



II JORNADAS TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA,  
REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

# A REFORMA DO DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES

Santarém, 20 de abril de 2018

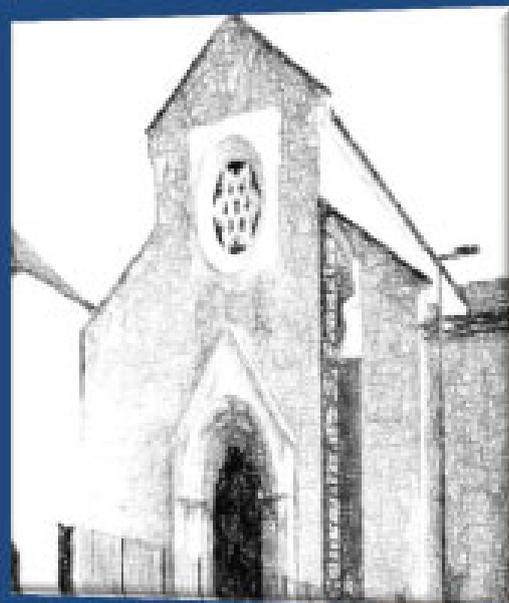
# II JORNADAS

## TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

Inscrições (até 18 de Abril):

[gabinete.presidente.santarem@tribunais.org.pt](mailto:gabinete.presidente.santarem@tribunais.org.pt)

telefone: 243090244



Convento de São Francisco  
Santarém, 20 de Abril de 2018

### A REFORMA DO DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES

#### PROGRAMA

##### **09h30** Abertura

Orlando Nascimento (Juiz Desembargador,  
Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa)

##### **10h00** *Regime Jurídico das Contraordenações: Revisão, Sistematização e Novas Soluções*

José Lobo Moutinho (Professor Associado da  
Universidade Católica Portuguesa, Advogado)

José António Barreiros (Advogado)

Moderador: António Beça Pereira (Juiz  
Desembargador do Tribunal da Relação de  
Guimarães)

##### **11h15** *Coffee break*

##### **11h30** *Direito das Contraordenações no Âmbito do Direito da Concorrência*

Catarina Borges, Ricardo Tavares, Inês Neves e  
Tiago Monfort (Equipa Vencedora da 1.ª edição do  
*Moot Court* Português de Direito da Concorrência,  
Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

##### **12h15** Debate

##### **12h30** Almoço (livre)

##### **14h30** *As Garantias Fundamentais do Direito das Contraordenações*

*As Garantias Fundamentais do Direito das Contraordenações  
à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*

João Manuel da Silva Miguel (Juiz Conselheiro, Director do  
Centro de Estudos Judiciários)

*As Garantias Fundamentais do Direito das Contraordenações  
à luz da Constituição da República Portuguesa*

João Cura Mariano (Juiz Desembargador, Membro do  
Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República)

Moderador: José de Faria Costa (Professor da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra, Ex-Provedor Justiça)

##### **16h00** *Coffee break*

##### **16h15** Debate

##### **16h45** Encerramento

João Caupers (Juiz Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal  
Constitucional)



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 II 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 objectivo do Centro de Estudos Judiciários: disponibilizar em forma de acesso universal conteúdos de excelência.

(ETL)

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Ficha Técnica

**Nome:**

A Reforma do Direito das Contraordenações – II 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:**

João Manuel da Silva Miguel – Juiz Conselheiro, Diretor do Centro de Estudos Judiciários

Orlando Nascimento – Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa

Luís Miguel Caldas – Juiz Presidente da Comarca de Santarém

José Lobo Moutinho – Professor Associado da Universidade Católica Portuguesa, Advogado

José António Barreiros – Advogado

Catarina Varajão Borges – Membro da Equipa vencedora da 1.ª edição do *Moot Court* Português de Direito da Concorrência, Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Inês Neves – Membro da Equipa vencedora da 1.ª edição do *Moot Court* Português de Direito da Concorrência, Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Ricardo Tavares – Membro da Equipa vencedora da 1.ª edição do *Moot Court* Português de Direito da Concorrência, Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Tiago Monfort – Membro da Equipa vencedora da 1.ª edição do *Moot Court* Português de Direito da Concorrência, Faculdade de Direito da Universidade do Porto

**Revisão final:**

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – CEJ – Departamento da Formação

Lucília do Carmo – CEJ – Departamento da Formação

## Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

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](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 –19/10/2018	

# **A Reforma do Direito das Contraordenações - II Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

## **Índice**

1. Discurso de abertura do Juiz Presidente da Comarca de Santarém Luís Miguel Caldas	9
2. Discurso de Abertura do Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa Orlando Nascimento	15
3. Regime Jurídico das Contraordenações: Revisão, Sistematização e Novas Soluções José Lobo Moutinho	21
4. Regime Jurídico das Contraordenações: Revisão, Sistematização e Novas Soluções José António Barreiros	29
5. O artigo 69.º, n.º 2, da Lei da Concorrência, Lei n.º 19/2012, de 8 de maio Catarina Varajão Borges	37
6. O lugar da proteção de dados na efetividade necessária ao Direito da Concorrência Inês Neves	43
7. Responsabilidade da empresa-mãe por infrações das subsidiárias Ricardo Tavares	51
8. Breves Notas sobre o art. 71.º, n.º 1, al. a), da LdC Tiago Monfort	57
9. O lugar da proteção de dados na efetividade necessária ao Direito da Concorrência Catarina Varajão Borges, Ricardo Tavares, Inês Neves, Tiago Monfort	63
10. As Garantias Fundamentais do Direito das Contraordenações à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem João Manuel da Silva Miguel	73

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



## 1. DISCURSO DE ABERTURA DO JUIZ PRESIDENTE DA COMARCA DE SANTARÉM

Luís Miguel Caldas\*

- Exmo. Senhores Presidentes dos Tribunais da Relação de Lisboa e de Évora, e Exma. Sra. Vice-Presidente da Relação de Coimbra, por si e em representação do Sr. Presidente.
- Exmo. Senhor Magistrado do Ministério Público Coordenador da Comarca de Santarém;
- Exmos. Senhores Vogais do CSM, Juiz Desembargador Dr. Sousa Pinto, por si e em representação do Senhor Vice-Presidente do CSM, e Vogal Distrital de Évora, Dr. Rodolfo Serpa
- Exmo. Senhor Dr. José António Barreiros, por si e em representação do Sr. Bastonário da Ordem dos Advogados;
- Exmos. Senhores Juízes Conselheiros, Desembargadores e Juízes de Direito, com um cumprimento especial para os colegas Juízes Presidentes;
- Exmos. Senhores Magistrados do Ministério Público;
- Exmos. Senhores Advogados;
- Exmos. Senhores Representantes de Autoridades Administrativas;
- Ilustres Conferencistas, a quem agradeço penhoradamente o terem aceitado participar nestas Jornadas;
- Minhas Senhoras e meus Senhores.

Sr. Presidente, com a sua permissão, dirijo umas breves palavras ao auditório, antes de V.ª Ex.ª declarar oficialmente abertas as II Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Quando, há cerca de 2 meses, os meus colegas do Tribunal da Concorrência enviaram o *memorandum* contendo o programa deste evento, cuja realização o Conselho Superior da Magistratura autorizou, e tomámos a iniciativa de levar a cabo as Jornadas, estava longe de imaginar que hoje, dia 20 de Abril, estaríamos aqui reunidos na presença de mais de 150 pessoas...

É um momento marcante para a Comarca de Santarém e para o Tribunal da Concorrência, a concretização das suas II Jornadas, sobretudo, permitam-me dizê-lo, pela inegável qualidade do conjunto de oradores e moderadores que se logrou concertar nesta data e neste local.

Recordo perfeitamente que um dos primeiros telefonemas que fiz – por entender que seria tarefa votada ao fracasso limitar-me a dirigir convites formais escritos a cada um dos convidados – foi para o Sr. Professor Lobo Moutinho.

Não conhecia pessoalmente o Sr. Professor.

---

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

Pensei, nesse momento, até que ponto conseguiríamos definir o painel de conferencistas e qual seria a reacção dos vários contactados.

Não esqueço o entusiasmo sincero e amigo que o Sr. Professor me expressou, e que me fez avançar, um a um, mais confiante, para os restantes convidados.

Todos, todos sem excepção – Dr. José António Barreiros, Dr. Beça Pereira, Dr. João Miguel, Dr. Cura Mariano, Prof. Faria Costa, Prof. João Caupers, sem esquecer, evidentemente, os alunos da Faculdade de Direito do Porto (a Catarina Borges, o Ricardo Tavares, a Inês Neves e o Tiago Monfort) – manifestaram o mesmo entusiasmo e profundo empenho em aqui estarem, apesar dos seus múltiplos afazeres profissionais e de estudo, reconhecendo que as Jornadas – eram e são –, uma iniciativa da única e exclusiva responsabilidade do Tribunal, sem qualquer tipo de financiamento, gratuita e absolutamente voluntária.

Neste momento – e embora seja hábito endereçar os agradecimentos no final –, não posso deixar de saudar o Sr. Professor Miguel Ferro (e, na sua pessoa, o Professor Pereira Coutinho), tendo nós coordenado a realização das Jornadas com outro acontecimento relevante, que é a concretização da 2.ª edição do *MOOT COURT* Português de Direito da Concorrência.

A final dessa competição terá lugar amanhã, nas salas de audiência do Tribunal da Concorrência, e contará com a presença de 24 alunos das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Universidade do Porto e Universidade Europeia.

Esta é uma das notas distintivas da concertação das iniciativas: abandonámos, deliberadamente, o arquétipo mais escolástico que caracteriza, por vezes, alguns destes eventos e integrámos os mais novos para também nos ensinarem.

Por isso mesmo, um dos painéis de hoje consistirá na apresentação de um tema pela equipa vencedora da 1.ª Edição do *MOOT COURT*, a qual é constituída, em exclusivo, por estudantes da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, que, estou convicto, será um sucesso.

É esta a abordagem que queremos: os mais velhos e os mais novos aprenderem uns com os outros, pois o conhecimento e, porque não dizê-lo, a ciência jurídica, só podem avançar se se abandonar a postura doutoral e se existir abertura para absorver com a experiência de uns e a vontade de apreender dos que há menos tempo se começam a interessar por estas temáticas.

Agradeço, igualmente, ao Senhor Presidente da Câmara Municipal de Santarém, a amabilidade e interesse que desde a primeira hora manifestou em apoiar este evento, tendo acolhido, de imediato, o pedido que lhe enderecei para a cedência deste maravilhoso espaço.

E falando neste espaço, recordo que o Convento de São Francisco, onde hoje nos encontramos, fundado no ano de 1242 por D. Sancho II, constitui uma das *Jóias* do gótico mendicante em Portugal.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Cf. *O Convento de São Francisco de Santarém*, Gérard Pradalié, 1992.

No Séc. XIV, outro monarca, o Rei D. Fernando I, patrocinou obras de ampliação deste notável edifício, designadamente a construção deste lindíssimo coro-alto, no qual o próprio Rei viria a ser sepultado em 1382.

Infelizmente, o tempo passou e com ele a decadência do monumento avolumou-se...

A machadada final, com a extinção das Ordens Religiosas (1834), conduziu a que todo o conjunto monumental entrasse em declínio, assistindo-se à transformação do convento em aquartelamento militar, da igreja em depósito de palha, do claustro em cavalaria, e do coro-alto em refeitório...

Ainda há poucos dias, em conversa, o meu pai recordava que nas “*Viagens na Minha Terra*”, Almeida Garrett, ao falar da degradação do país e da miséria do povo português no Séc. XIX, aludia, com tristeza, ao estado decadente em que se encontrava o Convento de São Francisco de Santarém.

Em meados do século passado, no ano de 1940, o Convento foi destruído por um incêndio, que determinaria a trasladação dos túmulos de D. Fernando I (e da sua mãe D. Constança), para o Museu Arqueológico do Convento do Carmo, em Lisboa.

Fecho este parêntesis histórico, para lembrar o simbolismo que ocorre em, passados quase 8 séculos, estarmos aqui reunidos para debater um dos ramos mais recentes do Direito, o Direito das Contra-Ordenações, no mesmo local onde foi enterrado o *pai* da famosa *Lei das Sesmarias*.

*Lei das Sesmarias*, promulgada nas Cortes de Santarém, no Séc. XIV (28 de Maio de 1375) e que é um marco do Direito Português e uma verdadeira Lei Moderna, manifestando profundas preocupações, políticas e sociais, ainda hoje tão actuais, ao pretender fixar os trabalhadores rurais às terras e diminuir o despovoamento, *estancando* as constantes migrações para os grandes centros urbanos.

A propósito desta *Lei*, o Professor Adriano Moreira, com a sua Excelência, escreveu que “*a leitura das circunstâncias em que foi promulgada (...) talvez desperte o talento governativo para a necessidade de hoje, que não é totalmente diferente da data daquela lei, olhar para a interioridade como um critério não apenas de contabilidade orçamental, mas antes com atenção à urgência de impedir que se agrave o desequilíbrio do território nacional*”.<sup>2</sup>

Regressando ao presente, e ao tema que hoje nos reúne – o *Direito das Contra-Ordenações* –, relembro a intervenção do Senhor Juiz Conselheiro Dr. Henriques Gaspar, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, aquando da abertura das I Jornadas do Tribunal da Concorrência, neste mesmo local, há cerca de 2 anos:

<sup>2</sup> *Diário de Notícias*, 6 de Dezembro de 2011.

*“O direito de mera ordenação social nasceu historicamente ligado à concretização do princípio da subsidiariedade do direito penal e ao momento de descriminalização. A construção do direito de mera ordenação social pretendeu responder, através de um modelo mais maleável, à necessidade de protecção de interesses, ditos eticamente neutros, de natureza estritamente administrativa, e cuja afectação justificaria meios de natureza administrativa, com o sentido de mera advertência, despojada de toda a mácula ético-jurídica. (...)”*

*Porém, o direito de mera ordenação social tem sofrido nos tempos mais recentes – podemos dizer o tempo da última década – profundas derivas, de primeiro e segundo grau, na razão da sua natureza e dos seus fundamentos dogmáticos.*

*Da razoabilidade intrínseca de sentido, que ultrapassava a dificuldade dogmática em retirar do juiz a competência sancionatória, justificada na natureza administrativa dos interesses e na menor gravidade das infracções, sem «ressonância ética», destinadas a assegurar a eficácia de comandos normativos da Administração, o ilícito de mera ordenação social tem vindo a assumir uma dimensão dificilmente imaginável num movimento de neopunição, com o alargamento exponencial das acções que passaram a constituir ilícitos administrativos, a fixação de sanções pecuniárias muito elevadas e a previsão de medidas acessórias de consequências especialmente severas.*

*A evolução revela uma erosão impensável do princípio da subsidiariedade em matéria penal, problemática e plena de riscos, com desvios insuportáveis na construção axiológica fundamental da constituição penal.”*

Seguramente, hoje, assistiremos a um rico e interessante debate sobre esta problemática, que o Sr. Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, há 2 anos, tão bem assinalou.

Sei que já estou a ocupar um pouco mais de tempo do que aquele que pretendia, mas com a autorização do Sr. Presidente, gostava de endereçar uma palavra, também, ao Sr. Administrador Judiciário, por todo o esforço e dedicação que demonstrou na boa concretização das Jornadas, e a todos os Srs. Funcionários que ajudaram a montar este evento.

Por fim, um cumprimento muito especial a todos que hoje se deslocaram a Santarém para assistir às Jornadas, designadamente aos Senhores Juizes, Magistrados do Ministério Público, Oficiais de Justiça, Advogados, Estudantes, e Profissionais das Autoridades Administrativas aqui presentes.

Termino, esperando não ter *maçado muito*, aguardando com grande expectativa que os trabalhos decorram, como estou seguro acontecerá, num clima vivo, participado e desafiante.

Obrigado Sr. Presidente pelos minutos que me concedeu e obrigado a Todos!

### Vídeo da apresentação



→ [https://educast.fcn.pt/vod/clips/1z2mxf9r/link\\_box\\_h?locale=pt](https://educast.fcn.pt/vod/clips/1z2mxf9r/link_box_h?locale=pt)

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



## 2. DISCURSO DE ABERTURA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Orlando Santos Nascimento\*

I. Agradeço o convite para estas **II Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**, como Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa, mas também a título pessoal, porque volto a Santarém, esta bela cidade, onde comecei cheio de idealismo e entusiasmo nas coisas da Justiça, que tenho tentado não perder ao longo do meu percurso.

O Tribunal da Relação de Lisboa aparece no *iter* das contraordenações, quase sempre no final, posição que poderia gerar a ideia da obrigação de idealizar e apresentar um projeto de alterações no âmbito do respetivo regime jurídico.

Não obstante, neste ato de abertura, mais do que certezas dogmáticas, cumpre-me apresentar-lhes algumas interrogações, de observador interessado, retiradas da minha experiência como juiz - que começou como Juiz de instrução (JIC) de quase todo o Ribatejo, da ponte de Vila Franca à ponte da Chamusca - sem a veleidade de apontar caminhos.

II. A criação do regime das contraordenações remonta ao final da década de setenta e princípio da década de oitenta, do século passado<sup>1</sup>, e teve como pressuposto a ideia, comumente aceite, de que um vasto conjunto de ilícitos se situava num grau inferior de gravidade aos ilícitos penais, devendo por isso ter um regime sancionatório diferente.

Como sanção paradigmática para estes ilícitos foi recuperado o termo COIMA reservando-se o termo MULTA até aí em uso corrente, para, a sanção pecuniária penal.

III. Com o decorrer dos tempos, não só a fronteira entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional, que nunca chegou a ser claramente estabelecida, se veio a revelar tarefa difícil, senão impossível, como as alterações da economia e da organização empresarial conduziram a que os interesses sociais em causa em algumas das contraordenações sobrelevassem os interesses objeto da proteção criminal.

O direito contraordenacional deixou de se ocupar de coisas pequenas.

Talvez por isso tenha surgido a ideia comum de uma eventual insuficiência do respetivo processo e as pretensões de aproximação aos institutos do processo penal, por exemplo, ao nível da recolha da prova e respetiva sindicância pelo tribunal, que é o ponto onde nos encontramos.

---

\* Juiz Desembargador, Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa.

<sup>1</sup> Que se cristalizou no regime jurídico aprovado pelo Dec. Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, ainda em vigor, apesar de decorridos 35 anos.

Tenho para mim que este grau de evolução é natural, significando que muitas destas contraordenações atingiram um tal nível axiológico que as afasta de meras contraordenações e as aproxima aos ilícitos penais.

IV. Aliás, em muitas delas não se vislumbram valores sociais a proteger com a manutenção de dois níveis de ilícitos, sendo que a duplicação da atividade sancionatória, para além de dispendiosa, dificulta a sua interligação e pode até neutralizar qualquer delas ou mesmo as duas.

O desperdício de meios e as dificuldades de coordenação de ambas as matérias são por demais evidentes.

Guiando-me pela experiência das coisas processuais, afigura-se-me que deveríamos fazer a opção: ou contraordenação ou crime, podendo este consumir aquela, paralisando e absorvendo os seus meios de reação.

Com efeito, para cada comportamento social desviante a comunidade dispõe de:

- (1) Um tempo de reação, findo o qual a justiça deixa de o ser, assemelhando-se a vingança; e de
- (2) Uma quantidade de energia (sancionatória) disponível, que uma vez esgotada torna socialmente penosa e inútil a insistência no seu sancionamento.

Em muitas situações o procedimento contraordenacional pode entrar em concorrência com o direito e o processo penal, suscitando questões de relevância dos atos praticados em qualquer deles no outro, induzir na tentação de atrasar as respetivas reações e/ou desgraduar o ilícito penal para mero ilícito administrativo.

Aliás, não será por acaso que muitas vezes se tem colocado a questão da competência dos tribunais judiciais ou dos tribunais administrativos.

Neste âmbito, gostaria ainda de chamar a atenção para uma questão que, demasiadas vezes, se tem esquecido no processo penal, relativamente à prova pericial e que é a diferença substancial entre os procedimentos de Auditoria e de Inspeção de legalidade.

Em traços largos, a primeira (auditoria) basta-se com o não seguimento de determinados procedimentos técnicos, as *legis artis* de determinadas atividades, enquanto a segunda (inspeção de legalidade) pressupõe a existência de uma norma legal e a sua violação.

Não se pode pedir ao auditor a declaração de ilegalidade que compete ao julgador, não se pode substituir a intervenção valorativa deste pelo juízo técnico, de *legis artis*, do primeiro.

No processo penal demasiadas vezes ficamos com a convicção que o Ministério Público e o Tribunal esperam da auditoria aquilo que ela não pode dar, que é um veredicto de legalidade ou ilegalidade.

V. A aplicação do atual regime jurídico das contraordenações tem ganho relevância e visibilidade social com o modelo económico de concorrência (entre entidades privadas), cuja atividade é supervisionada/regulada por entidades públicas, ditas Entidades Reguladoras.

Este modelo, pela sua própria conceção, baseado em atividades económicas, pressupõe e aponta para uma ideia de especialização. Especialização da atividade, especialização da regulação/supervisão, especialização da intervenção administrativa e judicial.

É o modelo da concorrência que determina a especialização.

Este modelo económico, baseado na concorrência, não deixa de ser isso mesmo, um modelo, convivendo com outros modelos, podendo ser alterado ou questionado.

Pelo nosso modelo de concorrência privada fomos obrigados a vender as nossas melhores empresas a entidades de economias fortemente estatizadas, atuando fora do modelo de concorrência.

E tendo adotado este modelo já há algum tempo será que encontramos nele valor social acrescido em atividades estruturantes da economia, como sejam os setores financeiro, energético, vias de comunicação, comunicações, ou em setores vitais para a cidadania, como o abastecimento de água, habitação, saúde?

A própria especialização, tanto a determinada por este modelo económico como qualquer outra, apresenta vantagens e desvantagens.

As vantagens podem reunir-se em dois grupos, sendo o primeiro, o aprofundamento técnico das questões e o segundo a economia de escala potenciado pelo primeiro.

Entre as principais desvantagens se contam:

- (1) A possibilidade de perda de uma noção de conjunto das questões em face da totalidade da ordem jurídica; e
- (2) O afastamento dos cidadãos destinatários da justiça pela incompreensibilidade da sua linguagem hermética.

Já seria tempo de alguém se penitenciar publicamente pelo uso repetido de “IMPARIDADES” e outros termos técnicos, cuja utilização pode ter o efeito de esconder aquilo que devemos saber!

VI. Como decorrência do atual modelo concorrência/regulação muitas vezes se tem colocado a questão de saber se intervenção das entidades administrativas no recurso da decisão judicial

do tribunal de 1.<sup>a</sup> instância deve ser autónoma ou subordinada à do Ministério Público, mas outras questões se poderão colocar, como a de saber se o recurso da decisão sancionatória da entidade administrativa deve ser interposto diretamente para o Tribunal da Relação, se deve ser feita uma segregação de funções entre as atividades de supervisão (da atividade) e de sancionamento (dos comportamentos desviantes), pelo perigo de uma afrouxar a outra.

A concentração de poderes é por si mesma uma coisa má, como diariamente podemos observar no direito do urbanismo, em que a reunião de poderes (legislativo, executivo e sancionatório) na mesma entidade tem dado os resultados que conhecemos.

**VII.** Por último, afigura-se-me incontornável abordar a questão dos conflitos de interesses/acumulação de funções entre público e privado, entre regulador e regulados.

Respeitando os princípios constitucionais do direito ao desenvolvimento da personalidade, consagrado no art.º 26.º, n.º 1 da Constituição, e do direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, previsto no art.º 47.º, n.º 1, da mesma Constituição, como este último preceito constitucional permite, não podemos deixar de prestar uma especial atenção à permeabilidade de trabalho entre as entidades reguladas e as entidades de regulação e sancionamento, com o trânsito de reguladores para o privado e vice-versa, como se de uma carreira única se tratasse<sup>2</sup>, em ordem a que o interesse público não seja prejudicado pelo interesse particular de cada um dos intervenientes, ainda que seja pelo monolitismo da visão com que são abordados os atos a analisar.

**VIII.** Partilhadas estas minhas dúvidas, não posso deixar de registar o avanço social que o direito das contraordenações tem proporcionado, ao debruçar-se e desenvolver várias áreas de relevante interesse coletivo, temperando o engenho criativo da iniciativa económica e acautelando os valores de cidadania, não só pelo sancionamento de atos desviantes como pela formação de uma consciência coletiva do que é o interesse comum.

E se hoje podemos aspirar a uma reforma e melhoramento do regime jurídico das contraordenações, tal só é possível pela persistente ação dos diversos intervenientes, desde as Entidades Administrativas, ao Ministério Público e aos Tribunais, no prosseguimento das suas missões, mas também pelo esforço de compreensão dos papéis de cada um deles.

E é este esforço mútuo de compreensão que aqui deixo como mensagem para o novo paradigma de intervenção que não deixará de resultar deste colóquio.

Aceitando-nos e compreendendo-nos uns aos outros estaremos no caminho certo para a melhoria da nossa ação.

<sup>2</sup> Cfr., v. g., Luciano Alvarez: “A “porta giratória” que captura reguladores para o privado”, jornal “Público”, de 12 de abril, de 2018.

### Vídeo da apresentação



→ [https://educast.fcn.pt/vod/clips/9vsnp4mca/link\\_box?locale=pt](https://educast.fcn.pt/vod/clips/9vsnp4mca/link_box?locale=pt)

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



### 3. REGIME JURÍDICO DAS CONTRAORDENAÇÕES: REVISÃO, SISTEMATIZAÇÃO E NOVAS SOLUÇÕES

José Lobo Moutinho\*



---

**Contra-ordenações:  
“revisão,  
sistematização,  
novas soluções”**



---

**O hoje**

- ⌘ Desafio a **questionamento global e fundamental**
- ⌘ As **perguntas-chave:**
  - ⌘ Onde estamos?
  - ⌘ Como chegámos aqui?
  - ⌘ Para onde vamos?

---

\* Professor Associado da Universidade Católica Portuguesa, Advogado.



## O equilíbrio de base

### ⌘ C-O => poder sancionatório da Administração

(+ "confusão das funções de instrução e julgamento na mesma pessoa")  
- José António Veloso

### ⌘ "Para obviar [...] a quaisquer perigos ou abusos, submete-se a aplicação da coima:

- ☒ a um **estrito princípio de legalidade** e
- ☒ ressalva-se, **sem reservas, um direito de defesa e audiência** e
- ☒ um **inderrogável direito de recurso** para as instâncias judiciais."

(Relatório do DL 232/79, de 24-07, nº 4)



## Onde estamos quanto à concentração?

### ⌘ As autoridades sectoriais (independentes ou não)

- ☒ "Um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial)"

• Vital Moreira

### ⌘ *By-pass* à reserva de competência da AR:

- ☒ Os regimes especiais-gerais
- ☒ As normas em branco genéricas



## “Estrito princípio de legalidade”?

### ⚡ A “desilusão” de Hirsch (Parecer C. Const. 4/81)

- ☒ “Penalização **inflacionária**, liberta de escrúpulos de política penal”
- ☒ Previsões que tendem para **cláusulas-gerais** de punição
- ☒ (Dependendo do preceito primário) **deficits de tipicidade**

### ⚡ A indeterminação das coimas (as GC-O)

- ☒ A distância **excessiva** entre máximo e mínimo
- ☒ (por vezes, abertamente **assumida**)
- ☒ Coimas **sem medida legal**



## “Inderrogável direito de recurso”?

	<i>Reformatio in pejus</i>	Efeito meramente devolutivo*
RGCO	S	
DL 28/84		S
RGCO (v.1995)		
CVM	S	
LQCOA	S	
RPCOL		S
RJC	S	S
RSSE	S	S
RGICSP	S	S



## Conclusão

### ⌘ Ruptura do equilíbrio original

☞ *"Perante o desenvolvimento das grandes contra-ordenações económicas, os tradicionais sapatos do Direito das Contra-Ordenações tornaram-se demasiado pequenos; as garantias constitucionais dos interessados não cresceram com as contra-ordenações"*

(W. Hassemer/J. Dallmeyer, 2010)



## As propostas

### ⌘ Um Direito de contra-ordenações *melhor*

### ⌘ Um Direito *melhor* do que o Direito de contra-ordenações

#### ☞ **Direito Penal** (pelo menos, em parte)

- O precedente da reacção liberal ao direito penal de polícia iluminista
- A noção de "acusação" da CEDH (Presidente do STJ)

#### ☞ **Outro Direito sancionatório público**

- Acção penal (sancionatória) da Autoridade Administrativa
- Eventualmente, medidas cautelares



## Como chegámos aqui?

### ⌘ "Uma espécie de teocracia" (Presidente do STJ)

- ☑ A tensão pelo poder

### ⌘ A "genealogia dos conceitos" (Puchta)

- ☑ "Cada conceito superior (p. ex., o de direito subjectivo) autoriza certas afirmações; por conseguinte, se um conceito inferior (p. ex., o de direito de crédito) se subsumir ao superior, valerão para ele forçosamente, as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior"

#### ☒ Abusivamente invertida

#### ☒ O direito e processo de contra-ordenações a vaguar pelo espaço sideral

- ☑ = Ao dispor do legislador e da administração



## O caminho

### ⌘ A ponderação material: a analogia

- ☑ Não um "cômodo preenchedor de lacunas"
  - Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*
- ☑ Mas um "momento essencial do Direito"
  - Arthur Kufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*
- ☑ E, pois, "espinha dorsal do discorrer jurídico"
  - Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*

### ⌘ Desde logo, ao nível constitucional

#### ☒ Direito a direito / princípio a princípio



### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/236hjljgse/html5.html?locale=pt>



#### 4. REGIME JURÍDICO DAS CONTRAORDENAÇÕES: REVISÃO, SISTEMATIZAÇÃO E NOVAS SOLUÇÕES

José António Barreiros\*

Venho tratar de um tema que parece residual, mas, passe a imodéstia, contém em si a totalidade de muitos problemas: as normas remissivas do regime geral das contraordenações.

No plano substantivo, determina o artigo 32.º do RGCO:

*«Em tudo o que não for contrário à presente lei aplicar-se-ão, subsidiariamente, no que respeita à fixação do regime substantivo das contraordenações, as normas do Código Penal»*

Não era assim na formulação originária do regime do ilícito de mera ordenação social, emergente do determinado pelo Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, porquanto aí o que se previa era uma equiparação às contraordenações das transgressões previstas na lei «a que sejam aplicadas sanções pecuniárias» [artigo 1.º n.º 3], equiparação que – devido à impossibilidade de adaptação tempestiva da Administração Pública para passar a tramitar as contraordenações – levou à revogação daquele n.º 3 [e também do n.º 4] do artigo 1.º em causa.

No ângulo processual, vigora o artigo 41.º do mesmo diploma, o qual, na sua redacção actual, ditada pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro, o seguinte [itálico nosso]:

1. *Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.*

2. No processo de aplicação da coima e das sanções acessórias, as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para o processo criminal, sempre que o contrário não resulte do presente diploma.

Não era rigorosamente assim na formulação inicial do regime, tal como o consagrou o artigo 57.º do citado Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, pois então a remissão era – com a mesma ressalva do «salvo disposição em contrário deste diploma» - para o previsto no Código de Processo Penal em matéria de «processo de transgressões, não havendo, todavia, lugar à redução da prova a escrito»

São típicas normas remissivas, em que o determinante e o conseqüente não estão determinados [Oliveira Ascensão, *O Direito*, página 517], e o conteúdo normativo só se alcança pelo funcionamento da operação imposta pelo legislador ou permitida ao aplicador.

---

\* Advogado.

Não se trata de lacuna em sentido próprio, e é importante que se clarifique, pois isso sucederia se o legislador não tivesse previsto o que deveria ter regulado, sim de o legislador determinar, regulando o caso, que outro conjunto normativo se aplique à zona do Direito que tomou como seu objecto de normação, espécie de complemento geográfico numa lógica de arquipélago legislativo: não há vazio que o intérprete tenha de preencher, substituindo-se ao legislador omissivo, construindo a norma aplicável. Há, sim, autoridade legislativa a impor um *plus ultra* legal à lei compendiada.

Mas mais: é que a remissão, no caso, é em bloco para todo um Código, seja o Penal ou o de Processo Penal, consoante seja, e não reenvio para preceito específico.

Em geral, as normas remissivas são aquelas que num diploma legal determinam a aplicabilidade de outras, situadas dentro do próprio normativo legal [remissão intra-sistemática] ou em outro compêndio jurídico [remissão extra-sistemática]; é desta segunda categoria que tratamos e isso coloca desde logo um problema que desde já introduzimos.

É que, no plano substantivo, o legislador configurou as contraordenações como zonas de ilícito diferenciado dos ilícitos criminais – e diversas, logo por isso, das transgressões ou contravenções, que tinham natureza penal e no Código Penal encontravam expressão e no Código de Processo Penal tramitação adequada – mas, em contradição, previu que subsidiariamente à regulação da ilicitude contraordenacional se aplicasse, subsidiariamente, o regime jurídico dos crimes. Do mesmo modo, ao ter estruturado uma arquitetura do processo contraordenacional que não tem paralelo com a do processo criminal – e assim se aproxima do procedimento disciplinar, público ou laboral privado –, determinou que fosse o Código de Processo Penal o diploma para o qual se remetia no que respeita à demais regulação do processo pelo qual se aplicam coimas.

Na remissão, enquanto técnica legislativa, é frequente o recurso ao princípio da adaptabilidade, como na fórmula do artigo 41.º que citámos, ou outros afins, que exprimem o princípio do *mutatis mutandis*, tão caro à teoria geral das alterações de circunstâncias pelo decurso do tempo, mas que encontra expressão também ante o concurso de preceitos legais diferenciados decorrente da remissão legal.

Trata-se de normas indirectas [na expressão de João Baptista Machado, *Introdução*, página 105], pelas quais o legislador regula uma situação prevista numa fonte de Direito através da previsão em outra fonte desse mesmo Direito, onde se encontra o preceito *ad quam*.

Existem, porém, vários tipos de formas remissivas e, ao enunciá-las, ganhamos consciência dos problemas que se suscitam.

Quando a remissão é determinada e assim exacta [a norma remetida é preceito individualizado pelo seu *nomen iuris* ou pelo seu número ordinal], o normativo é localizável e a tarefa do aplicador está facilitada, a não se colocarem problemas de compatibilização entre a norma remetente e a remetida, como por exemplo a manutenção da vigência da remetida, a congruência normativa face à literalidade ou ao espírito dos preceitos em causa.

Mas quando a remissão é indeterminada [como nos casos em apreço em que se remetem para «os preceitos reguladores do processo criminal», ou «as normas do Código Penal», ou seja, supostamente todos ou ainda para «os direitos e deveres das entidades competentes para o processo criminal»], já o aplicador tem de se assumir como intérprete e encontrar as normas passíveis de aplicação, expurgando as inaplicáveis: aqui, não havendo lacuna directa, ela surge indirectamente, pois a situação em que o aplicador da lei é colocado tem zonas de semelhança com o que tem de vencer quando se trata de ele construir a norma, localizando-a, por analogia, em outra zona do ordenamento jurídico.

Mais: quando à indeterminação se acrescenta a regra da adaptabilidade [mais uma vez como aqui «devidamente adaptados» explicita o artigo 41.º, citado ou «em tudo o que não for contrário à presente lei», como o dita o artigo 32.º] aí o aplicador tem, assumindo-se então claramente como intérprete, tarefa acrescida, porque, não só lhe cabe seleccionar os artigos da lei remetida abstractamente aplicáveis, como está adstrito a escolher os que são passíveis de concreta aplicação.

Ou seja, trata-se de uma primária devolução, feita pelo legislador de um diploma em benefício de outro legislador de diverso diploma, mas também uma consequente devolução legislativa feita pelo legislador de um diploma a favor do aplicador, o qual terá de localizar a lei em outro diploma ou construí-la a partir do imperativo que a remissão determina.

Tudo isto gera amplas margens de ambiguidade e incerteza.

Daí que na legística se refira reiteradamente que o recurso à remissão deve garantir certeza e ter natureza excepcional.

Assim o diz o manual de Regras de Legística editado em 2008 pela Assembleia da República: «As remissões para artigos e números do mesmo acto ou de outros actos normativos devem ser usadas apenas quando indispensáveis, indicando primeiro as alíneas e depois os números dos artigos em causa».

E o mesmo diz o diploma que publica as regras de legística a observar no processo legislativo do Governo [artigo 8.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 90 B/2015].

Ora o que vemos é que no diploma que estamos a apreciar encontramos não uma excepção, mas sim uma regra, pois a remissão, se bem que efectuada duas vezes, é para diplomas de âmbito e extensão muito significativos, espécie de remissão em bloco.

E estando, como estamos, em sede de normas jurídicas de Direito e de processo criminal tenho dificuldade em contabilizar tudo isso com as garantias inerentes ao princípio da legalidade dos actos de processo que a Constituição salvaguarda e da tipicidade dos ilícitos e respectivas punições.

E isto num quadro legal em que o próprio RGCO estabelece no seu artigo 43.º que «o processo das contraordenações obedecerá ao princípio da legalidade» e em que a Constituição, no seu

artigo 266.º, n.º 2 determina que «os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé».

Desta perniciosa técnica conflituante se deu conta o legislador quando, em 1995 [através do Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro], alterou o diploma que desde 1982 regulava o regime geral do ilícito de mera ordenação social, pois no seu preâmbulo estatuiu: «Por último, afigura-se adequado, no momento presente, proceder ao aperfeiçoamento da coerência interna do regime geral de mera ordenação social, bem como da coordenação deste com o disposto na legislação penal e processual penal.»

Cotejando as modificações efectuadas verifica-se que elas incidiram:

**(i)** Por alteração da redacção dos artigos 1.º, 3.º, 4.º, 9.º, 13.º, 16.º a 19.º, 21.º a 27.º, 29.º, 33.º, 35.º, 38.º, 39.º, 41.º, 45.º, 49.º a 51.º, 53.º, 56.º, 58.º a 62.º, 64.º, 65.º, 68.º a 76.º, 78.º a 83.º, 85.º e 87.º a 95.º

**(ii)** Por revogação dos artigos 84.º e 86.º

**(iii)** E por aditamento dos artigos 21.º A, 27.º A, 30.º A, 48.º A, 65.º A, 72.º A e 89.º A.

Isso mesmo já sucedera quando a Lei n.º 4/89, de 3 de Março, autorizou o Governo a legislar em matéria do regime geral do ilícito de mera ordenação social, nomeadamente [artigo 2.º, alínea g)] no sentido de «adaptar o processo de contraordenações ao novo Código de Processo Penal e à nova orgânica dos tribunais», o que seria efectivado pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro.

Ou seja, em ambos os casos a remissão tinha-se tornado incoerente.

Tem sido, porém, na prática, que a consciência da incongruência se fez sentir, gerando decisões divergentes, acumulando insegurança para os cidadãos e entidades colectivas e desprestígio para as autoridades reguladoras e para o sistema judicial.

No fundo, e eis-nos centrados no problema, tudo decorre da remissão decretada naqueles artigos 32.º e 41.º do Regime Geral das Contraordenações e retomada nos diplomas específicos que legislaram em sede de ilícito de mera ordenação social nos sectores vários da economia e da vida social e sobre os quais não terei oportunidade de me pronunciar.

É que à indeterminação na devolução [remete-se, não para preceitos específicos da lei, mas para todo um sistema legal junta-se a ductilidade da remissão [«devidamente adaptados», se diz para a remissão em favor do processo criminal e «em tudo o que não for contrário à presente lei», se afirma na remissão para o Código Penal] e – eis o ponto de agonia do sistema – tratando-se de sistemas normativos que, não comungam da mesma natureza pois se o sistema remetido é sancionatório criminal e processo criminal, sistema remetente é algo sobre cuja natureza ainda não se ganhou sequer certeza jurídica, tanto na literatura como na jurisprudência, pois sobre ele encontramos inúmeras soluções contrastantes.

É que, para usar uma expressão que penso terá tido origem no pensamento de Manuel Lopes Rocha, «o ilícito de mera ordenação social é um *aliud* em relação ao ilícito penal».

Há, de facto, quem considere que as normas substantivas e processuais atinentes ao ilícito de mera ordenação social são formas de Direito punitivo ou sancionatório administrativo, mas existem os que opinam tratar-se de uma outra categoria jurídica atípica.

Fernanda Palma, por exemplo, fala na existência de um Direito Penal especial, secundário, «disfarçado no poder da Administração Pública, mais por conveniências práticas, do que por preocupações de rigor da sua natureza jurídica». No mesmo sentido Manuel Ferreira Antunes [*Reflexões*] ao considerar que não é hoje possível considerá-lo como «ilícito penal administrativo», como o tinha considerado, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 07.01.86 [sumariado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 355, página 447], na sequência do que expendera Cavaleiro de Ferreira [*Lições*, 1979/1980, página 9].

De facto, o Direito Penal administrativo se encontra hoje «falecido» [expressão de Figueiredo Dias, *Direito e Justiça*, IV, 1989/1990, página 22] pelo que o Direito contraordenacional não pode ser «a sua máscara» [*ibidem*] é hoje ponto assente.

Que se trata de um Direito sancionatório de carácter punitivo, reconhece-o o Tribunal Constitucional [Acórdão n.º 366/2008, de 19.06.2008].

Mas, a tentar um critério de diferenciação, o Supremo Tribunal de Justiça, notando que o Direito Penal, ainda quando secundário, se centra sobre condutas ético-socialmente relevantes, enquanto o Direito contraordenacional se refere a condutas ético-socialmente indiferentes, não deixa de reconhecer que «(...) muitas vezes o traço distintivo radique num elemento aparentemente formal, que não material e axiológico» [Acórdão do STJ de 12.10.2006, processo n.º 05P4118]; e eis-nos de novo em pleno território de ambiguidade numa área em que deveria haver da segurança a certeza.

Já o Tribunal Constitucional, evidenciando a relatividade da situação, fez notar em 1993 [Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 344/93, de 12.05.93] que tal distinção entre os dois tipos de ilícito «terá, em última instância, se ser jurídico-pragmática e, por isso, também necessariamente formal», remissão para a casuística, forma de evitar um problema, gerando problema maior.

Assim se tem feito apelo a «uma diversidade ontológica entre o direito de mera ordenação social e o direito penal, da natureza de censura ético-penal correspondente a cada um e da distinta natureza dos órgãos decisores» [Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11.04.2012, processo n.º 2122/11.3TBPVZ.P1], mas sem que, vista a relatividade da distinção e o seu carácter, afinal, pragmático, se alcance depois, no plano prático, soluções que resistam à dúvida.

Por isso, com inteligente ironia, José Lobo Moutinho refere o carácter «banal» da distinção entre ambos os direitos e no carácter tendencial dessa dicotomia.

Na expressão de Henriques Gaspar, actual Presidente do Supremo Tribunal de Justiça:

«A gravidade dos comportamentos, medida e avaliada segundo os critérios da severidade, intensidade e consequências das sanções aplicáveis, imporia que lhes fosse atribuída dignidade e natureza penal, com julgamento em primeira ordem de jurisdição nas instâncias constitucionais de jurisdição que são os tribunais.

«A razão constitucional dificilmente suportará a contradição nos valores e a desconsideração de princípios fundamentais, como o princípio da proporcionalidade que se presente em algumas manifestações dos movimentos de neo-punição.»

Mas mais: é que o núcleo essencial do problema já não é a existência de diversidade entre os ilícitos criminais e contraordenacionais e, por isso, dos respectivos processos, mas sim poder não existir denominador comum que os considere parte daquele Direito sancionatório ou punitivo em que haja regras que sejam comuns não direi por paridade, mas, ao menos, por um mínimo de razão.

Certo é que, esta divisão de conceitos não é mera questão académica, de relevo estritamente teórico, pois dela promana uma solução diferenciada no que se refere à determinação das normas jurídicas aplicáveis em concreto de entre as que estão clausuladas no sistema jurídico remetido.

Ou seja, uma técnica, a remissiva, que, numa visão gentil, se diz necessária ou útil para que se evitem «repetições inúteis» [Larenz, *Metodologia*, página 312], torna-se de uma inutilidade quase total, porque ao facilitismo para o legislador, sucedem as dificuldades para os aplicadores e, como não o acentuar como primeira questão – pois não se trata de mero problema técnico-profissional – para os destinatários das normas em causa, o decantado povo em nome do qual se administra justiça.

E não se fantasie que se trata de bagatelas – era essa a génese do ilícito de mera ordenação social, o visar substituir-se às contravenções e transgressões – nem, porque se aplicando, na área económico-financeira, aos fartos e poderosos, estes bem podem suportar o risco de esportularem lutas somas em troca de abdicarem de discutirem questões que são tão essenciais como de legalidade e tão graves como de constitucionalidade.

Está fora de questão enunciar aqui a extensa zona de ambiguidade e incerteza que disto decorre.

Exemplificativamente, eis zonas de diferenciação relativamente ao processo criminal:

- Ausência da garantia do princípio do juiz natural, vista a admissibilidade dos acordos sobre a competência natural [artigo 37.º, n.º 2] e definições de competência *a posteriori* [artigo 34.º, n.º 2];

- Inexistência da garantia do acusatória, antes pelo contrário, cumulação «em promiscuidade» [expressão de José Veloso] na mesma entidade do poder de investigar, avaliar a prova da defesa e sentenciar, mesmo quando se trata de violação de normas de que foi o legislador, assim se atingindo o máximo exasperante da sobreposição de competências;

- A audiência e defesa a não comportar a judicialização da instrução nem o princípio da estrutura acusatória do processo em termos idênticos ao que a CRP reserva ao processo criminal;

- Arguido e o seu mandatário a não terem direito a assistir aos actos de produção de prova na fase administrativa;

- Não poder o arguido impugnar o despacho que indefere as diligências de prova por ele requeridas na fase administrativa;

- Finda a produção de prova da defesa sem lugar obrigatório a alegações, salvo o direito de apresentar memoriais que tentem ser um sucedâneo;

E tantas mais, que se torna impraticável citá-las aqui, mas que abrem sucessivas dúvidas, como, a título de exemplo saber se:

- O prazo para impugnação judicial da decisão que aplicou a coima não ter natureza judicial, mas administrativa;

- Poder não haver lugar à suspensão ou interrupção da prescrição do procedimento criminal;

- Ter sido necessário fixar em jurisprudência obrigatória que ocorre prescrição do procedimento criminal quando ao prazo de prescrição em causa se somou metade [Acórdão do STJ para fixação de jurisprudência n.º 6/2001, o que seria previsto na Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro];

- Se acusação em processo criminal deve respeitar os requisitos da acusação em processo penal, nomeadamente a indicação dos factos que integram o tipo de ilícito da prova em que se estriba;

- Se a decisão condenatória em processo de contraordenação deve respeitar os requisitos de uma sentença penal;

- Possibilidade de aplicação da apresentação electrónica de peças processuais;

- Aplicação do regime de apresentação para além do prazo, mediante o pagamento de multa, de peças processuais;

- Enfim, haver ao menos como princípio absoluto, um princípio de presunção de inocência em matéria contraordenacional.

E, por igual no plano substantivo estão também em causa, as seguintes questões em que se põe em crise a aplicabilidade, a final, do Código Penal:

- Possibilidade de suspensão de execução da coima [inviável segundo um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18.09.2002 e outro do Tribunal da Relação de Coimbra de 23.04.2008, mas admitida por Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.12.1987 «quando o condenado não tiver possibilidades de a pagar» e decretada por um acórdão do TC n.º 628/99 em matéria de infracções eleitorais], se bem que regimes específicos prevejam a possibilidade de dispensa da coima [RBIT, artigo 32.º, n.º 1 e CT, artigo 560.º];

- Possibilidade de aplicação às coimas de prisão em alternativa [como teve de ser decretado impossível por Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.04.1988 [recurso n.º 22 829-3.ª Secção, BMJ, n.º 376, página 645];

- A aplicação das causas de justificação, e de exclusão da culpa, bem como o regime de atenuação especial da pena [admitidos por Simas Santos e Lopes de Sousa, 2011];

- Possibilidade de, fora dos regimes específicos, mas dentro do regime geral do ilícito de mera ordenação social, proceder à responsabilização dos órgãos ou agentes faz pessoas colectivas [Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 31.01.2005, proferido no processo n.º 219/04];

- Efeitos do pagamento voluntário da obrigação pecuniária [Acórdão do TC n.º 245/2000, de 12.04.2000].

Ante este panorama há que encontrar uma via que garanta um mínimo de segurança e, sobretudo, critério.

Ora a remissão legislativa pode ser configurada como se o legislador assumisse, no diploma onde efectua a remissão, a existência de lacuna voluntária que, ao remeter, integraria, ele próprio, por analogia através de preceito(s) que localiza ou entende existir ou poderem existir, ainda que tudo mediado por adaptação, no diploma remetido, isto [como acentua Costa Pinto, 2002, página 617] salvo quando o legislador explicita que não pretende que haja norma e, por isso, estaremos antes não previsão intencional.

Ou seja, a ser assim, estaríamos de pleno ante o previsto, a nível geral, pelo artigo 10.º do Código Civil, segundo o qual, no que se refere à integração de lacunas há que operar pelo seguinte método:

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.

2. Há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

A norma aplicável nos casos análogos é, quando o legislador o determina, a que ele indique existir no diploma remetido; quando o não faça cabe ao aplicador assumir essa procedência das razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei. Em suma, operando a remissão para diploma em que não possa ocorrer essa identidade de razão, o intérprete cria a norma que se contenha dentro do espírito do sistema.

Tudo, para ser coerente e legal, respeitando as regras decorrentes do artigo precedente do Código Civil, segundo o qual:

1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Ora, eis-nos, enfim, em plena constatação da natureza ficcional do Direito.

Ficciona-se haver uma «unidade do sistema jurídico», mas sucede que, como vimos, é de diversidade que se trata, neste caso em que o legislador determina a remissão no quadro de um sistema legal sobre ilícito de mera ordenação social para outro sistema legal de natureza jurídico-criminal em sentido amplo, pois que englobando o processual penal e a execução das decisões.

Ficciona-se fundar-se o sistema numa situação de analogia quando, de facto, ao ter previsto o funcionamento da regra da adaptabilidade, o legislador reconhece que de analogia imperfeita ou até impossível se trata.

Por isso e por procurar evitar estas dificuldades construtivistas inerentes a pensarmos o problema como se de lacuna se tratasse, e por seguramente por lhe percebermos as consequências, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2014, de 06.03.2104 [*Diário da República*, 14.04.2104], considerou que o Direito subsidiário aqui em causa «tem a ver com o elenco das fontes de direito mobilizáveis como critério para a sua realização, diferente no problema das lacunas vai ínsita a ausência de uma fonte ou critério positivo para essa objectivação».

Ficciona-se, mais ainda, que se tenham presente as condições específicas do tempo em que é aplicada a norma, mas estamos hoje a aplicar um sistema legal contraordenacional que foi fizado para suceder ao regime das transgressões e contravenções, ou seja, aplicável às infracções de menor relevo social, que não colocam em causa bens jurídicos fundamentais, isto quando estamos hoje ante a possibilidade de coimas de vários milhões de euros e de sanções acessórias altamente lesivas e estigmatizantes, mais graves até do que é o quotidiano no sistema penal quando opera em se de penas não privativas da liberdade.

Ficciona-se, enfim, que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados quando aquilo de que estamos a curar é de uma devolução indeterminada, maleável, incerta no consequente e imperfeita no antecedente: o que se remete? Para onde se remete? Até que ponto se remete?

Tudo é insegurança: equipara-se o diferenciado, presume-se identidade normativa onde não existe sequer analogia jurídica. E torna-se, isso, lei repressiva. O insuportável não é diferente disto.

Em suma: como o Direito Criminal e seu processo gozam de tutela constitucional, estamos ante a possibilidade de, por acto do intérprete, por mera manipulação de etiquetas, recusar a garantia constitucional a zonas específicas do Direito contraordenacional, bastando que considere e, no caso, a remissão para a norma criminal ou processual criminal não deverá efectuar-se.

Se tudo quando visto nos faz colocar em dúvida a congruência constitucional deste sistema com a Lei Fundamental, este último elemento revela-se decisivo para que a dúvida se reforce, sejam quais forem os critérios pragmáticos e temporizadores do Tribunal Constitucional [perdoe-se a irreverência], expressos que sejam, e são, pela processualização formalista do seu modo de conhecer as questões que lhe são submetidas para apreciação.

E, se do nosso pequeno espaço nacional, nos içarmos ao espaço europeu onde estamos integrados, e onde se coloca o problema da aplicabilidade do artigo 6.º da CEDH na parte em que clausula o direito a um processo equitativo, urge meditar no honrado aviso de Henriques Gaspar, de novo citado, quando adverte:

«No entanto, as contradições ou desconcertos dogmáticos expostos na fuga para a «jurisdição» sancionatória administrativa (não digo competência, para isolar a aporia), estão patentes nesta matéria, e bem reveladas na descoordenação e na autonomização conceptual entre as perspectivas nacional e a abordagem das instâncias jurisdicionais internacionais – a jurisprudência do TEDH é, e este respeito, de uma clareza assinalável. Em breve síntese, para a instância europeia a «natureza penal» de uma infracção não depende da qualificação e do *nomen* no direito nacional, mas da integração da chamada «noção penal autónoma europeia».

A natureza penal das infracções resulta da conjugação, alternativa ou cumulativa, de vários critérios; a qualificação jurídica do direito nacional constitui certamente um critério, mas

outros critérios substanciais devem ser considerados na definição da natureza das infracções, independente da qualificação e mesmo que a qualificação nacional seja administrativa.

Os critérios materiais referem-se ao grau de severidade da sanção aplicável; montantes da sanção pecuniária; efeitos das sanções acessórias; consequências de interdições ou inibições previstas, sempre por aplicação do princípio do primado da materialidade subjacente.

A jurisprudência do TEDH tem qualificado como tendo natureza penal um conjunto vasto de infracções administrativas, sendo consequentemente aplicável aos procedimentos de averiguação e à determinação da responsabilidade e da sanção, o artigo 6.º, par. 1.º da CEDH, que estabelece e garante o respeito do princípio do processo equitativo.»

Concluo.

Mostrei todas as aporias do sistema, as incongruências normativas, as colisões de princípios.

Sinto-me obrigado, na modéstia da minha opinião, a sugerir uma via que isto resolva. Atrevo-me: passará por dois pontos.

O primeiro, aprovar uma lei reforçada, que seja, enfim, o regime geral inderrogável do ilícito de mera ordenação social, que obrigue o legislador a respeitar princípios fundamentais uniformes, poupando-nos ao irrequietismo da sua imaginação criadora e aos nefastos efeitos.

O segundo, a supressão das remissões em causa, pois nenhum sentido faz, se o Direito de mera ordenação social é um Direito Punitivo não penal que se remeta para as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal, antes se faça um esforço para, em nome da tipicidade das infracções e da legalidade dos procedimentos, se rediga um Código que tudo preveja e vede o que não previr.

Um Código de que preveja uma separação de poderes entre quem – a nível administrativo – investiga e acusa e quem, garantindo o contraditório e a defesa na fase da audição do acusado, avalie a prova global e profira a proposta de decisão final, um Código que vede a possibilidade de *reformatio in pejus*, um Código que garanta efeito suspensivo à impugnação judicial da decisão que aplicou a coima.

Todos ganharemos: defendidos do legislador e protegidos dos entendimentos jurisprudenciais e das entidades reguladores. Com o devido respeito por todos eles.

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/2e9tyf2rn/html5.html?locale=pt>



## 5. O ARTIGO 69.º, N.º 2, DA LEI DA CONCORRÊNCIA, LEI N.º 19/2012, DE 8 DE MAIO

Catarina Varajão Borges\*

O tema que vos trago relaciona-se com o regime sancionatório no direito da concorrência, especificamente o artigo 69.º, n.º 2, da Lei da Concorrência.

Proponho-me a analisar várias questões nos breves minutos que me pertencem e, por isso, relatarei, em grande medida, apenas as conclusões a que cheguei, de acordo com um estudo mais aprofundado, mas que aqui não o poderei contextualizar, que realizei em ordem a chegar a tais resultados.

### I - Direito da Concorrência e o seu enquadramento no direito das contraordenações

Desde logo, é curioso o enquadramento sancionatório do legislador do direito da concorrência no direito contraordenacional. E digo isto porque o **direito das contraordenações** é tendencialmente **associado** às bagatelas penais, àqueles ilícitos a que se associam uma **neutralidade axiológica**.

Ora, esta neutralidade axiológica ou as bagatelas penais não se verificam no direito da concorrência visto que trata de bens constitucionalmente protegidos, sendo aliás uma das principais incumbências do Estado garantir a livre concorrência.

Neste sentido, **se ao direito da concorrência** fosse aplicável o **direito penal**, parece-me que seria uma **opção legislativa igualmente válida**, porque se trata aqui de um bem com dignidade penal.

Todavia, há vantagens na aplicação do direito contraordenacional. Desde logo, **a estrutura inquisitória** que este processo pode ter e que no processo penal seria até inconstitucional (32.º, n.º 5, do CRP). **Permite-se assim a concentração na mesma entidade**, neste caso, na Autoridade da Concorrência, **dos poderes de regulação, investigação, acusação e sancionatória**, entidade esta a que se reconhece a alta competência dos seus quadros e, por isso, permite-se aqui uma especialização importante.

Ora isto dito, também me parece que **esta opção legislativa, não deve pôr em causa direitos e mecanismos de defesa dos arguidos visados num processo contraordenacional no âmbito do direito da concorrência**, isto porque não deve a opção do legislador determinar medidas mais gravosas com menos direitos por parte dos arguidos, porque mesmo que não esteja em causa uma pena preventiva, podemos estar a falar de uma coima com valores tão ou mais elevados como uma pena de multa.

---

\* Membro da Equipa vencedora da 1.ª edição do *Moot Court* Português de Direito da Concorrência, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

## II - Análise da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem sido no sentido de que o **direito das contraordenações deve**, em regra, **considerar-se “matéria penal”** nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 6.º (relativo ao direito a um processo equitativo) e 7.º (relativo ao princípio da legalidade) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Diz este mesmo Tribunal que **“matéria penal” não é um conceito que esteja na disponibilidade dos Estados** definir, sem prejuízo do enquadramento legal que os Estados fazem. Todavia, este enquadramento não é o critério que prevalece, sendo necessário **aferir de outros dois critérios: a natureza da infração e a severidade da coima.**

A **natureza da infração desdobra-se em três subcritérios**: o raio de ação da norma de proibição (saber se afeta grupos específicos ou a sociedade em geral, sendo que só neste último caso é que em princípio será matéria penal); a finalidade dissuasora da norma e o cunho repressivo da coima.

Verificando-se este segundo critério nem é necessário aferir do terceiro, considera-se logo que se trata de matéria penal.

No Acórdão *Menarini Diagnostics S.R.L. contra Itália*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu que atendendo à severidade da coima (6 milhões de euros) a norma pertencia ao domínio penal.

## III – Não diferenciação dos ilícitos anticoncorrenciais

Focando a análise no artigo 69.º, n.º 2, **não há aqui uma diferenciação dos ilícitos anticoncorrenciais**. À partida, a censura ético-jurídica dirigida a estes atos é igual, ou seja, **relewa da mesma forma** um abuso de posição dominante; um acordo que, por exemplo, fixe coimas ou o incumprimento das medidas cautelares isto pode levantar a questão **se não é conflituante com o Princípio da Culpa**, porque todas as práticas anticoncorrenciais são aprioristicamente tratadas da mesma forma.

Fazendo um paralelo com o Direito Penal, a previsão da Lei da Concorrência seria como que o Código Penal apenas dissesse que a pena máxima aplicável não pode ultrapassar os 3.000 dias ao valor diário de no máximo 10.000, 00€ sem depois em cada crime concretizar qual a moldura penal abstrata daquele crime.

## IV – Amplitude da norma

Esta questão já foi apreciada pelo Tribunal Constitucional que decidiu no sentido da não inconstitucionalidade e parece-nos que bem. Apesar do possível distanciamento entre o limite mínimo e máximo da coima, **não me parece que haja aqui uma “demissão” do legislador de estabelecer os limites legais**. Cabendo depois à Autoridade da Concorrência ou ao juiz determinar segundo o caso concreto qual a coima mais ajustada à situação.

**Parece-nos que esta norma levanta outros problemas, mas não este em específico da “amplitude da norma”.**

#### **V – Volume de negócios como critério e indeterminabilidade do limite máximo da coima**

Um desses problemas, é a **utilização do volume de negócios como critério e a indeterminabilidade do limite máximo da coima.**

O artigo 69.º, n.º 2, da Lei da Concorrência diz que o limite máximo da coima é aferido pelo volume de negócios do infrator no ano anterior ao da condenação pela AdC, com o limite de 10% desse volume de negócios.

A indeterminabilidade do limite máximo da coima é **contrária ao Princípio da determinabilidade da pena** que deve ser um Princípio aplicável no âmbito das contraordenações.

**Por outro lado, utilizar o Volume de Negócios como critério para a fixação da coima, é utilizar um critério subjetivo**, que depende não só do mercado em que o infrator desenvolve a sua atividade como também de outros fatores, mas **fatores que seguramente não são objetivos e abstratos** como uma moldura penal abstrata deveria ser.

A fixação de um limite máximo de coima dependente do volume de negócios **viola os Princípios da igualdade e da proporcionalidade**, porque sem qualquer razão substancial ou de fundo, podemos estar a analisar o mesmo ato anticoncorrencial e a um infrator ser estabelecido o limite máximo de x e a outro de y, ou seja, a coima aplicável é inicialmente diferente. Não parece justificável que para o mesmo ilícito a moldura penal abstrata seja diferente.

Na realidade, de acordo com a previsão legal em vigor, **a situação económica do agente é duplamente valorada**: num primeiro momento, fixa o montante máximo; num segundo momento, é tida em conta para a fixação da medida concreta da coima.

Não nos parece o melhor sistema, parece-me preferível um sistema semelhante aos dias-de-multa como existe no direito penal e a **fixação do limite máximo deveria ser abstrata e objetiva e não nos termos que se configura.**

#### **VI – Momento de aferição do Volume de Negócios**

A lei estabelece para a verificação do montante máximo o ano anterior à condenação. Exatamente por levar à indeterminação do limite máximo da coima, não nos parece que este momento seja também o mais correto.

Na verdade, não adiro a qualquer critério que determine que o limite máximo de uma moldura penal, que num primeiro momento, deveria ser abstrata, esteja dependente do infrator. Pelo que vim dizendo anteriormente, a moldura abstrata seja penal seja contraordenacional não deve depender de critérios subjetivos.

Mas mesmo que assim seja, fixá-lo reportando o critério ao momento da condenação quando o agente não sabe quando é que esta vai ocorrer é contrário ao Princípio da segurança e certeza jurídicas, do Princípio da Confiança e Princípio da Legalidade, corolários do Estado de Direito.

## VII – Conclusão

Concluindo, muito mais há a dizer sobre cada um destes pontos, mas o tempo escasseia, tudo sem prejuízo de mais tarde se aprofundar cada um destes pontos.

Mas, sumariando tudo que vem sendo explanado, considero que **face à importância do direito da concorrência** e o bem que está aqui em causa, bem como a severidade da coima que pode vir a ser aplicada é necessário uma **reforma do sistema sancionatório no sentido de rever certos direitos e mecanismos de defesa ao arguido**, porque, caso contrário, podemos **até chegar ao ponto de ser preferível para o arguido estar perante um processo penal** do que num processo contraordenacional, **porque aquele lhe garantia mais direitos, uma multa determinada, porventura menos elevada**. Ora, se o enquadramento no direito contraordenacional é uma opção legislativa, não devem direitos básicos e, na verdade, fundamentais, ser retirados por causa dessa opção.

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/q93819wyh/html5.html?locale=pt>



## 6. O LUGAR DA PROTEÇÃO DE DADOS NA EFETIVIDADE NECESSÁRIA AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Inês Neves\*

Excelentíssimo Senhor Juiz Presidente do Tribunal Judicial da Comarca de Santarém,  
Caríssimos Senhores Convidados, Moderadores e Oradores,  
Estimados Presentes,

Antes de mais, cumpre-nos reiterar a gratidão para com o convite que tanto nos honra.

Na verdade, é enorme o nosso agradecimento para com o Senhor Juiz Luís Miguel Caldas, que amavelmente nos contactou e que é, de facto, a razão para estarmos aqui hoje, junto de nomes da Doutrina e da Jurisprudência que tanto admiramos, e com quem tanto aprendemos.

Atendendo ao motivo que justifica o lançamento deste desafio é nosso propósito abordar alguns pontos de interseção entre o regime das Contraordenações e o Direito da Concorrência, analisando questões substantivas e práticas.

Nesse sentido, e pese embora a temática possa parecer deslocada, a minha intervenção tratará das repercussões e interrogações que o novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (doravante RGPD) poderá ou não suscitar ao nível dos poderes inspetivos amplos da AdC. Ainda nesse âmbito, e considerando que a violação do dever de colaboração - que incide sobre os representantes legais das empresas e outras entidades destinatárias da atividade da AdC, como também sobre as pessoas que colaborem com aquelas - configura uma contraordenação, nos termos da alínea j) do n.º 1 do artigo 68.º do Regime Jurídico da Concorrência<sup>1</sup>, importa esclarecer qual a base legal que poderá justificar a atuação destas entidades, sempre que esta possa conflitar com o disposto no RGPD.

Na verdade, a especificidade do Direito da Concorrência reclama soluções de efetividade que não se compreendem nos estritos cânones tradicionais do Direito Processual Penal, do Direito Civil ou do Direito Administrativo. Tecendo íntimas ligações com todos estes ramos, de todos eles se distancia, bebendo de uma lógica própria e empregando uma linguagem singular. Não obstante, a defesa do interesse público na preservação da liberdade de concorrência, assegurando um funcionamento eficiente do mercado e uma concorrência equilibrada entre agentes económicos não é, de todo, uma bolha imune a jogos de interferências externos, que limitam o seu âmbito e restringem a sua margem de atuação. Entre os mais destacados agentes conformadores se encontram os Direitos Fundamentais dos particulares.

---

\* Membro da Equipa vencedora da 1ª edição do *Moot Court* Português de Direito da Concorrência, Faculdade de Direito da Universidade do Porto. O presente texto serviu de base à comunicação que apresentamos nas II Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que decorreram em Santarém, no dia 20 de abril de 2018.

<sup>1</sup> RJC: Artigo 68.º (Contraordenações)

“1 - Constitui contraordenação punível com coima: (...)

j) A não colaboração com a Autoridade da Concorrência ou a obstrução ao exercício dos poderes previstos nos artigos 18.º a 20.º, 43.º, 61.º e 64.º; (...)

2 - Se a contraordenação consistir no incumprimento de um dever legal ou de uma ordem emanada da Autoridade da Concorrência, a aplicação da coima não dispensa o infrator do cumprimento do mesmo, caso tal ainda seja possível.

3 - A negligência é punível”.

Com o novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados e a elevação do “direito à proteção dos dados de caráter pessoal” a Direito Fundamental<sup>2</sup> cumpre repensar uma outra frente de conformação do Direito da Concorrência. O nosso escopo é, precisamente, o de colocar, em diálogo, complexos normativos que, prosseguindo valores distintos, se compreendem numa moldura harmónica que permite conciliar os vários interesses, sem prejudicar a força de nenhum deles.

Nesse sentido, devemos começar por recordar a amplitude de poderes conferidos à Autoridade da Concorrência na prossecução de missões ao nível sancionatório, regulador e de supervisão, bem assim a necessária colaboração imposta às entidades visadas em processos de investigação. Tentaremos encontrar o lugar da Proteção de Dados no seio dessas ações e concluir por uma resposta que olhe ao interesse público em causa, sem esquecer o pesado colete de forças que são os direitos dos particulares. Para o efeito, cumpre considerar o peso não menos significativo do Princípio da Efetividade, amplamente tratado e desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Não poderemos concluir sem referir, portanto, o que poderá resultar deste jogo de valores.

Em primeiro lugar, cumpre notar que, aquando das suas ações inspetivas, e para efeitos do exercício da tríade de poderes sancionatórios, de regulação e de supervisão, quer a Comissão Europeia quer as Autoridades Nacionais da Concorrência (entre nós, a AdC) têm amplos poderes, consagrados no artigo 6.º dos Estatutos da AdC<sup>3</sup> e nos artigos 18.º a 20.º, 43.º, 61.º e 64.º do RJC. Entre eles, cabe certamente o de analisar os registos da empresa, pedir a consulta de faturas e apreender as mesmas, examinar os emails dos funcionários, enfim, recolher cópias e, inclusive discos rígidos com informação relevante.

Toda esta atividade nos leva a reequacionar a sua compatibilidade com o RGPD, impondo descortinar as eventuais restrições que este último coloca à competência da AdC para apreender dados em inspeções realizadas.

---

<sup>2</sup> Carta dos Direitos Fundamentais: Artigo 8.º (Proteção de dados pessoais)

“1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente”.

<sup>3</sup> Estatutos da AdC (Decreto-Lei n.º 125/2014 de 18 de agosto): Artigo 6.º (Poderes)

“1 — Para o desempenho das suas atribuições, a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

2 — No exercício dos seus poderes sancionatórios, incumbe à AdC:

a) Identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentração de empresas, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções e demais medidas previstas na lei;

b) Cobrar as coimas estabelecidas na lei;

c) Adotar medidas cautelares, nos termos do regime jurídico da concorrência e de outras disposições legais aplicáveis;

d) Praticar os demais atos previstos na lei.

3 — No exercício dos seus poderes de supervisão, compete à AdC:

a) Instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia;

b) Proceder à realização de estudos, inspeções e auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários;

c) Praticar os demais atos previstos na lei. (...)”

Em segundo lugar, a questão poderá, ainda, colocar-se a propósito do dever de colaboração das entidades destinatárias da atividade da AdC, obrigação essa prevista no artigo 8.º dos Estatutos da AdC<sup>4</sup> e no artigo 64.º, n.º 4 do RJC<sup>5</sup>, e cujo desrespeito leva a:

- Abertura de inquérito no âmbito do processo de controlo de concentrações de empresas, nos termos do 58.º, al. d), do RJC;
- Contraordenação, prevista nos termos do artigo 68.º, n.º1, al. j), do RJC;
- Agravamento da medida da coima, nos termos do artigo 69.º, n.º 1, al. i), do RJC.

Por último, poderão ainda ser as próprias empresas as reais interessadas em colaborar voluntariamente com a AdC. É que, para efeitos de descobrir e “desvendar” eventuais violações do Direito da Concorrência que comprometam empresas terceiras, não será difícil pensar em hipóteses como o acesso e fiscalização de e-mails que contenham dados pessoais dos respetivos funcionários, de terceiros ou até mesmo de concorrentes. Com efeito, essa informação poderá permitir o preenchimento das condições necessárias à dispensa ou redução de coima, nos termos do Programa de Clemência, previsto nos artigos 75.º a 82.º RJC.

Seguindo o esquema que propomos, e no que respeita às investigações lançadas pela AdC, cumpre referir que as mesmas têm crescido em meios e instrumentos. São vários os tipos de software que permitem pesquisar volumes de dados relativamente consideráveis, sendo ainda pensável importar a chamada “forensic data analysis” para este domínio, a qual possibilita a análise de dados, o traçar de tendências e a aferição da probabilidade de existência de um determinado comportamento anticoncorrencial. Documentos, ficheiros e outros registos na posse de entidades sujeitas a investigação poderão conter e frequentemente contêm dados pessoais dos funcionários, ou mesmo de terceiros, sejam eles fornecedores, distribuidores, clientes ou concorrentes.

Ora, considerando a definição de “Tratamento” dada pelo RGPD, no artigo 4.º<sup>6</sup>, fácil é de constatar que estas novas formas de investigação, se, decerto, mais eficazes, eficientes e servientes da defesa do bem público de qualquer economia de mercado que é a concorrência, não podem deixar esquecer a necessidade de reforço da atenção e cuidado por que se deve pautar a conduta das entidades atuantes.

<sup>4</sup> Idem, Artigo 8.º (Obrigação de colaboração)

“Os representantes legais das empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da AdC e as pessoas que colaborem com aquelas estão obrigadas a prestar toda a colaboração que lhes seja solicitada pela AdC para o cabal desempenho das suas atribuições, nos termos do regime jurídico da concorrência, da lei-quadro das entidades reguladoras, e dos presentes estatutos”.

<sup>5</sup> RJC: Artigo 64.º (Poderes em matéria de inspeção e auditoria)

“(…) 4 -Os representantes legais da empresa ou associação de empresas, bem como os trabalhadores e colaboradores são obrigados a prestar toda a colaboração necessária para que os funcionários e as outras pessoas mandatadas pela Autoridade da Concorrência possam exercer os poderes previstos no número anterior”.

<sup>6</sup> RGPD: Artigo 4.º (Definições)

“Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

1) «Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;

2) «Tratamento», uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição; (...).”

Dada a escassez do tempo, não me será possível fazer uma análise exaustiva do RGPD e das soluções nele previstas. Apresentarei, no entanto, as conclusões que retiro da análise do regime:

Em primeiro lugar,

- A AdC, enquanto entidade administrativa independente que “tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, prossegue um interesse público que, portanto, legitima o tratamento de dados, ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD.

Os seus amplos poderes sancionatórios, de investigação e de regulação, previstos nos respetivos estatutos e no RJC constituem base legal clara, para efeitos do n.º 3 do artigo 6.º do RGPD<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> RGPD: Artigo 6.º (Licitude do tratamento)

“1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

- a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;
- b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados;
- c) O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- d) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular;
- e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;
- f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

O primeiro parágrafo, alínea f), não se aplica ao tratamento de dados efetuado por autoridades públicas na prossecução das suas atribuições por via eletrónica.

2. Os Estados-Membros podem manter ou aprovar disposições mais específicas com o objetivo de adaptar a aplicação das regras do presente regulamento no que diz respeito ao tratamento de dados para o cumprimento do n.º 1, alíneas c) e e), determinando, de forma mais precisa, requisitos específicos para o tratamento e outras medidas destinadas a garantir a licitude e lealdade do tratamento, inclusive para outras situações específicas de tratamento em conformidade com o capítulo IX.

3. O fundamento jurídico para o tratamento referido no n.º 1, alíneas c) e e), é definido:

- a) Pelo direito da União; ou
- b) Pelo direito do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito.

A finalidade do tratamento é determinada com esse fundamento jurídico ou, no que respeita ao tratamento referido no n.º 1, alínea e), deve ser necessária ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. Esse fundamento jurídico pode prever disposições específicas para adaptar a aplicação das regras do presente regulamento, nomeadamente: as condições gerais de licitude do tratamento pelo responsável pelo seu tratamento; os tipos de dados objeto de tratamento; os titulares dos dados em questão; as entidades a que os dados pessoais poderão ser comunicados e para que efeitos; os limites a que as finalidades do tratamento devem obedecer; os prazos de conservação; e as operações e procedimentos de tratamento, incluindo as medidas destinadas a garantir a legalidade e lealdade do tratamento, como as medidas relativas a outras situações específicas de tratamento em conformidade com o capítulo IX. O direito da União ou do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido.

4. Quando o tratamento para fins que não sejam aqueles para os quais os dados pessoais foram recolhidos não for realizado com base no consentimento do titular dos dados ou em disposições do direito da União ou dos Estados-Membros que constituam uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar os objetivos referidos no artigo 23.º, n.º 1, o responsável pelo tratamento, a fim de verificar se o tratamento para outros fins é compatível com a finalidade para a qual os dados pessoais foram inicialmente recolhidos, tem nomeadamente em conta:

- a) Qualquer ligação entre a finalidade para a qual os dados pessoais foram recolhidos e a finalidade do tratamento posterior;

Por sua vez,

- A empresa que esteja obrigada a colaborar com a AdC, na sequência de pedido formulado pela Autoridade ou de despacho da autoridade judiciária que tenha ordenado a apreensão de documentos contendo dados pessoais, deverá legitimar a sua ação com base na alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD. Tal apenas será o caso, se os dados constituírem objeto imprescindível ao cumprimento da obrigação, nomeadamente pelo facto de o pedido ou despacho se referir a eles, ou, ainda, se os mesmos se revelarem necessários à finalidade da ordem, neste caso impondo uma fundamentação mais premente por parte de empresa.

- Resta-nos considerar a situação da empresa que, não estando “obrigada a colaborar”, opta por fazê-lo, a título voluntário, seja na sequência de uma inspeção, seja nos termos de um Programa de Clemência, para efeitos de redução ou dispensa de coima.

Na verdade, a colaboração prestada à Autoridade no decurso de investigações relativas a infrações à concorrência, funciona, não apenas como circunstância atenuante de entre os vários critérios de determinação da coima, como pode, ainda, significar a isenção (dispensa) ou a redução substancial (atenuação especial) da coima que seria normalmente aplicável pela prática da infração, se aplicados fossem os critérios gerais. A este propósito, importa recordar que *a ratio* da clemência se prende, sobremaneira, com a eficácia necessária na prossecução de um interesse que, porque público, reclama soluções de efetividade que se coadunem com o valor comunitário que lhe subjaz<sup>8</sup>.

Posto isto, não tem o sujeito nenhuma obrigação jurídica, nem sequer natural de colaboração, mas há, de facto, um verdadeiro ónus jurídico, que parece, atentos os valores envolvidos, preencher o conceito de interesse legítimo, para efeitos de permitir a cedência e transmissão de dados à Autoridade competente, nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD.

---

b) O contexto em que os dados pessoais foram recolhidos, em particular no que respeita à relação entre os titulares dos dados e o responsável pelo seu tratamento;

c) A natureza dos dados pessoais, em especial se as categorias especiais de dados pessoais forem tratadas nos termos do artigo 9.º, ou se os dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações forem tratados nos termos do artigo 10.º;

d) As eventuais consequências do tratamento posterior pretendido para os titulares dos dados;

e) A existência de salvaguardas adequadas, que podem ser a cifragem ou a pseudonimização.”

<sup>8</sup> Ver artigos relevantes no RJC: Artigo 69.º (Determinação da medida da coima)

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

(...) i) A colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento”.

Artigo 77.º (Dispensa da coima)

“1 -A Autoridade da Concorrência concede dispensa da coima aplicável, nos termos do disposto no artigo 70.º, à empresa que revele a sua participação num alegado acordo ou prática concertada, desde que essa empresa seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova que, no entender da Autoridade da Concorrência, lhe permitam: (...)”

Artigo 78.º (Redução da coima)

“1 -A Autoridade da Concorrência concede uma redução da coima que seria aplicada, nos termos do disposto no artigo 70.º, às empresas que, não reunindo as condições estabelecidas no n.º 1 do artigo anterior, cumpram, cumulativamente, as seguintes condições: (...)”.

Vide, entre outros, o disposto no Considerando 10 do RGPD: “(10) A fim de assegurar um nível de proteção coerente e elevado das pessoas singulares e eliminar os obstáculos à circulação de dados pessoais na União, o nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento desses dados deverá ser equivalente em todos os Estados-Membros. É conveniente assegurar em toda a União a aplicação coerente e homogénea das regras de defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. No que diz respeito ao tratamento de dados pessoais para cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, os Estados-Membros deverão poder manter ou aprovar disposições nacionais para especificar a aplicação das regras do presente regulamento”.

Em face do exposto, e porque o tempo de que dispomos apenas nos permite avançar algumas notas essenciais, cremos que a proteção dos Direitos Fundamentais é, de facto, um limite à atuação das Autoridades Nacionais da Concorrência e da Comissão. Sem prejuízo, cremos ser importante convocar o princípio da Efetividade, o qual mitiga a força compressora dos Direitos consagrados na Carta. Com efeito, uma leitura in concreto revela, à luz de um juízo de proporcionalidade, a possibilidade de manter a amplitude dos poderes conferidos àquelas Autoridades. É que a defesa do interesse público da Concorrência reclama soluções de eficácia. E para tal não basta a consagração formal de prerrogativas que, na prática, possam ser bloqueadas pela invocação de interesses e direitos pessoais cuja afetação será mínima.

- Assim, atenta a proteção ampla reclamada pelo RGPD e expressa nos seus Considerandos 10, e sobretudo atendendo à permissividade conferida aos Estados Membros para adaptarem a sua legislação, quando em causa esteja uma obrigação jurídica (dever de colaboração, por exemplo), ou o exercício de funções de interesse público (pela ADC, no nosso caso), proporíamos um artigo em paridade com o preceituado no 30.º do RJC, replicando-o em lugares paralelos.

### **Artigo 30.º-A** **Proteção de dados**

*1 - Na instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o direito fundamental dos particulares de proteção contra a recolha e utilização de dados pessoais, em conformidade com o RGPD e com o artigo 8.º da CDF, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo seguinte.*

*2 - Após a realização das diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º, a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo, prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações a recolher que considere protegidas, em razão do disposto no RGPD, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais dados, expurgada dos mesmos.*

*3 - Sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de conter dados de particulares, porque estrita e justificadamente necessárias à sua atividade, comunica-o aos sujeitos titulares dos dados, excetuadas as hipóteses de compatibilidade manifesta com o RGPD, comunicação inviável, ou, ainda, caso tal procedimento constitua obstrução à atividade instrutória.*

*4 - Se, em resposta à solicitação prevista nos n.º 2 ou no artigo 15.º, a empresa, associação de empresas ou outra entidade, não identificarem as informações que consideram confidenciais, não fundamentarem tal identificação ou não fornecerem cópia não confidencial dos documentos que as contenham, expurgada das mesmas, as informações/dados consideram-se não confidenciais e passíveis de tratamento, sem prejuízo da responsabilidade daquelas pela violação do RGPD.*

*5 - Se a Autoridade da Concorrência não concordar com a classificação dos dados como protegidos, ou se, com base num juízo de ponderação prévia, concluir pela necessidade de os obter, informa os particulares, a empresa, associação de empresas ou outra entidade de que não concorda no todo ou em parte com o pedido de confidencialidade.*

*6 - Para efeitos do disposto no n.º anterior, a Autoridade da Concorrência pode, ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD, proceder ao tratamento dos dados, independentemente da oposição do titular dos dados ou da empresa, associação de empresas ou outra entidade, devendo fundamentar a sua conduta e limitar os dados recolhidos, no respeito pelas finalidades prosseguidas.*

- Na verdade, ainda que um juízo de proporcionalidade sempre permita a sindicabilidade da atuação, e pese embora o RGPD e o Princípio da Efetividade justifiquem e legitimem a atuação da AdC, cremos ser de aproveitar a abertura concedida pelo Regulamento, clarificando a proteção que dele resulta para os particulares.

- No que concerne à colaboração voluntariamente prestada pelas empresas, e como em causa está um verdadeiro ónus jurídico, afigura-se-nos legítimo considerar que o seu intento de beneficiar da redução ou isenção de coima deve ser balizado pelo respeito devido ao RGPD, sob pena de incorrer nas coimas nele previstas. Sem prejuízo, sempre que cumpra com o disposto no Regulamento, a divulgação dos dados será legítima, e permitir-lhe-á obter a vantagem procurada.

- O que suscita mais interrogações é, segundo cremos, a divulgação de dados de administradores ou outros sujeitos de empresas implicadas no ilícito anticoncorrencial. É certo não poder negar-se o grau elevado de lesividade para o(s) titulares dos dados, porém, de igual forma se deve recordar que, oculta nesta colaboração voluntária (ainda que prosseguida com fins meramente egoísticos), está a efetiva realização de um interesse público. Ora, parece-nos que o pressuposto da legitimidade do interesse estará preenchido, sempre que a empresa se limite à transmissão dos dados que sejam estritamente necessários, enquanto “meios de prova”. Por outro lado, cremos avisado sublinhar a importância de considerar meios alternativos que não tolham com o âmbito de aplicação do RGPD. Isto é, a visada deverá evitar a transmissão de dados sempre que disponha de provas igualmente efetivas na revelação da participação de um determinado sujeito num acordo ou prática concertada.

Em suma,

A entrada em vigor do RGPD e o debate em seu torno certamente trarão consigo uma maior consciencialização dos sujeitos em face de um direito que é seu e cujo respeito podem reclamar de terceiros.

Ao nível dos amplos poderes investigatórios da AdC, não é sem consequências que o tema da proteção de dados irrompe como novo *leitmotiv*.

Na verdade, se fácil é de legitimar a atuação da AdC na prossecução de um interesse público premente, sempre se recorda a necessidade de a mesma se coadunar com a extensão de intromissão necessária (e apenas na medida do necessário) à realização desse mesmo interesse.

Mais dificuldades levanta a atuação das empresas visadas nestes procedimentos.

Quando haja ordem expressa da AdC ou de autoridade judicial, poderão as mesmas acomodarse na obrigação jurídica sobre elas impendente, não servindo esta, porém, para autorizar a transmissão de dados que extravasem, no seu todo, a vinculação em causa.

Quando essa ordem inexista, concluímos pela possibilidade de invocar um interesse legítimo, dada a vantagem obtida em Programas de Clemência ou na simples colaboração que vá além do dever legal existente.

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/q93819wyh/html5.html?locale=pt>



## 7. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA-MÃE POR INFRAÇÕES DAS SUBSIDIÁRIAS

Ricardo Tavares\*

### 1. “EMPRESA” – breve referência

O conceito de empresa refere-se a qualquer entidade que exerça uma atividade económica com elementos pessoais, tangíveis e intangíveis que se destinem a prosseguir uma determinada atividade económica.

O estatuto legal e o seu financiamento são irrelevantes. Conforme resultou da jurisprudência do TJUE a separação meramente legal das empresas não pode ser mais relevante do que a sua conduta unitária no mercado (é a ideia da separação entre aquilo que é um grupo *de facto*).

Esta personalidade jurídica coletiva é uma das razões para que a responsabilidade da empresa-mãe seja aceite, a forma de atuação reflete essa ideia de unidade económica. O conceito de empresa foi precisado pelo juiz da União e designa uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas. (Acórdão Schindler Holding v. Comissão). O conceito de entidade económica única procura identificar a verdadeira natureza de uma empresa a operar no mercado.

De certa forma, quando se diz “empresa” na letra dos arts. 101.º e 102.º do TFUE será um sinónimo daquilo que é a entidade económica única, a doutrina da entidade económica única é uma maneira de descrever aquilo que a Comissão entende por “empresa”. Tratando-se de uma subsidiária, a empresa não tem independência para tomar ações no mercado sem a supervisão da empresa-mãe seguindo inclusive as suas instruções (*Acórdão Europemballage and Continental Can v Commission*).

### 2. A PRESUNÇÃO ILIDÍVEL, INFLUÊNCIA DETERMINANTE E JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

#### a) **Presunção dos 100%** (DETENÇÃO DE TOTALIDADE DO CAPITAL):

Lançada no ACÓRDÃO AEG e consolidada com o ACÓRDÃO STORA KOPPERBERGS.

Ganhou os contornos atuais com o ACÓRDÃO AKZO NOBEL.

O ACÓRDÃO BOLLORÉ disse à data que não bastava a detenção de 100% do capital, mas essa foi a exceção e não a regra.

General Química vs Comissão: Em seguida, no n.º 59 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância observou que, segundo jurisprudência igualmente consolidada, no caso especial em que uma sociedade-mãe controla a 100% a sua filial, autora de um comportamento infrator, existe uma presunção ilidível segundo a qual a referida sociedade-mãe exerce efetivamente uma influência determinante sobre o comportamento da sua filial (por referência ao acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de setembro de 2006,

---

\* Membro da Equipa vencedora da 1.ª edição do *Moot Court* Português de Direito da Concorrência, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Avebe/Comissão, T-314/01, Colect., p. II-3085, n.º 136 e jurisprudência referida), de modo que as duas sociedades constituem uma única empresa na aceção do artigo 81.º CE (por referência ao acórdão do Tribunal de 15 de junho de 2005, Tokai Carbon e o./Comissão, dito «Tokai II», T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, n.º 59).

Incumbe, pois, à sociedade-mãe que impugna perante o juiz comunitário uma decisão da Comissão que lhe aplica uma coima por uma infração cometida pela sua filial, ilidir essa presunção apresentando elementos de prova suscetíveis de demonstrar a autonomia desta última, tendo, a este respeito, o Tribunal de Primeira Instância feito referência ao acórdão Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão.

AG Juliane Kokkot no processo Schindler Holding vs Comissão:

É incontestável que esta presunção dos 100% tem vindo a ser aplicada em jurisprudência constante dos tribunais da União — a chamada jurisprudência Akzo Nobel (43) —, sendo que, mais recentemente, foi confirmada por duas vezes por acórdãos da Grande Secção do Tribunal de Justiça (44): Acórdão ArcelorMittal Luxemburg e o./Comissão + Acórdão AOI

Defesa da Schindler quanto à validade da presunção:

- Quanto ao princípio da separação de responsabilidades, consagrado no direito das sociedades;

- Quanto à alegada ingerência nas competências dos Estados-Membro;

- Quanto à alegada violação da reserva da essencialidade.

b) Com o passar do tempo deu-se um alargamento dessa presunção: passou a aplicar-se a casos em que a empresa-mãe detinha **mais de 90% do capital** da sua subsidiária, deixando de ser necessário a totalidade dos 100%: ACÓRDÃO ARKEMA.

Ou seja, o caminho foi o alargamento da presunção e, com isso, o aumento do número de casos em que a empresa-mãe é responsabilizada pelos atos da sua subsidiária. Foi nesse sentido que caminhou a jurisprudência do TJUE. A presunção tem como efeito operar uma inversão do ónus da prova: já não é a comissão que tem que mostrar a influência da empresa-mãe, mas é sim a empresa-mãe que tem que provar a autonomia da sua subsidiária no mercado. A comissão tem tão só que mostrar que a empresa-mãe detém uma percentagem superior a 90% da sua filial.

c) **Abaixo dos 90%**: Não funciona já uma presunção ilidível, já não opera a inversão do ónus da prova. Cabe à autoridade que investiga a possível prática violadora do art. 101º fazer prova de que a empresa-mãe não só podia como efetivamente exerceu influência decisiva sobre a subsidiária.

A influência determinante tem agora que ser mostrada pela Comissão que deve apresentar provas de que a empresa-mãe pode e efetivamente exerceu essa influência. A influência determinante é averiguada em vários termos: política de preços, distribuição de atividades, objetivos de vendas, fluxo de capital, *stocks* e *marketing*. Os elementos que se têm considerado relevantes são:

- Poder da empresa-mãe de definir ou aprovar determinadas decisões comerciais estratégicas;
- Aplicar as instruções que lhe são dadas;
- Presença de um elemento da empresa-mãe na direção da subsidiária.

A Comissão deve apresentar elementos factuais que permitam comprovar uma destas coisas como por exemplo o cúmulo de lugares pelas mesmas pessoas singulares, as atas das reuniões do conselho de administração, análise de documentos assinados antes do início do funcionamento da empresa, etc.

Determinar a responsabilidade da empresa-mãe por violações dos arts. 101.º e 102.º por parte das suas subsidiárias tem as seguintes consequências jurídicas:

✓ O montante da coima seria dado pelo valor do grupo e não da subsidiária. *O limite de 10% pode basear-se no volume de negócios do grupo a que a empresa pertence se a empresa-mãe do grupo exerceu uma influência decisiva sobre a exploração da filial durante o período de infração. Commission Guidelines: Sempre que a infração de uma associação de empresas incida nas atividades dos seus membros, o valor das vendas corresponderá em geral à soma do valor das vendas dos seus membros.*

- ✓ Coima pode ser aumentada para assegurar o efeito dissuasor;
- ✓ Maior possibilidade de reincidência;
- ✓ As investigações de uma alegada infração podem ocorrer não só na sede da subsidiária que é suspeita de ter violado o direito da concorrência, mas também na sede da empresa-mãe e até de outras subsidiárias.
- ✓ Empresa-mãe responderia solidariamente com a subsidiária pela infração quer no plano administrativo quer no plano cível (nas ações de *private enforcement*);

### 3. A EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE À EMPRESA-MÃE NO PRIVATE ENFORCEMENT

A Diretiva é omissa, mas a proposta de lei do Governo, no seguimento daquilo que foi o Anteprojeto de Transposição da Diretiva consagrou no art. 3.º ('Responsabilidade Civil'), no n.º 2, a responsabilidade da empresa-mãe ao processo cível. Diferença entre o que era a norma no primeiro anteprojeto em relação ao segundo que é quase igual à proposta de lei do governo.

Se a finalidade da diretiva é reforçar o exercício efetivo do direito de reclamar uma indemnização aos lesados da prática anticoncorrencial, esta extensão só poderá traduzir-se num alargamento dessa possibilidade de ressarcimento dos danos emergentes e dos lucros cessantes, com a possibilidade dos lesados, poderem não só, pedir indemnização à subsidiária, mas também, poderem socorrer-se também do património detido pela sociedade-mãe.

### 4. A ATUAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA E DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

A lei da concorrência portuguesa parece permitir a mesma interpretação que tem sido feita ao nível da União Europeia no que diz respeito à aplicação de coimas e à responsabilidade da

empresa-mãe. No entanto parece haver substanciais diferenças na prática levada a cabo pela Autoridade da Concorrência e pela Comissão. Na DUE não tem havido dúvida nenhuma, conforme demonstramos acima o caminho até tem sido o alargamento das empresas-mãe que respondem pelas infrações das suas filiais, de que se deve responsabilizar a empresa-mãe, todavia em Portugal não tem funcionado assim.

Efetivamente, no *site* da Autoridade da Concorrência consta a metodologia a utilizar na aplicação de coimas, mas em nenhum desses pontos trata da responsabilidade da empresa-mãe pelas infrações levadas a cabo pelas suas subsidiárias.

A AdC aplicou coimas a subsidiárias que participaram em cartéis em vez de o fazer às empresas-mãe em alguns casos:

- Nestlé Portugal – coima de 1 milhão à subsidiária nacional em vez do grupo sediado na Suíça;
- Vatel, uma coima de 545 mil à subsidiária nacional do grupo Esco com sede na Alemanha;
- Coimbra Hospital Center, coima de 650 mil à subsidiária nacional do Roche Group sediado na Suíça;
- CASO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA ESPANHOLA: <http://www.tvi24.iol.pt/economia/09-03-2018/multa-de-3-1-milhoes-para-subsidiaria-dos-ctt-por-alegado-cartel> A Tourline Express, subsidiária espanhola dos Correios de Portugal – CTT, foi condenada, a 9 de março de 2018, a uma multa de 3,1 milhões de euros por “alegada prática de cartel”, divulgou hoje o grupo português, assegurando que a companhia vai recorrer da decisão.

A mesma prática restritiva é imputada à subsidiária ou à empresa-mãe, tudo depende de qual autoridade está a investigar o caso – se a CE, se a AdC.

Se assim for, a autoridade nacional da concorrência passa um pouco ao lado da teoria que falamos acima da empresa enquanto conceito funcional e não estritamente jurídico. presente na lei dirigindo as decisões sobre práticas restritivas da concorrência às subsidiárias nacionais em vez de o fazer às empresas-mãe estrangeiras. A uniformidade e o reforço do DUE não será conseguido enquanto diferentes empresas sejam responsáveis por uma infração dependendo da autoridade que investiga o caso. Pai e filho são, afinal de contas, duas componentes da mesma entidade.

## 5. A PUNIÇÃO DA EMPRESA-MÃE PELO CONTROLO NEGATIVO

O foco da comissão e dos tribunais da UE tem estado no controlo positivo: a possibilidade da empresa-mãe compelir a subsidiária a atuar de determinada forma. No que se prende com as contraordenações o controlo positivo é primordial.

Toda a jurisprudência relevante trata de casos controlo positivo.

O controlo negativo, isto é, a capacidade de prevenir a subsidiária de uma determinada ação, é ignorada. O foco no controlo positivo não é acertado porque o art. 23.º do Reg. 1/2003 diz que se deve punir as atitudes intencionais e negligentes. Além disso, punir por negligência é

consistente com os princípios de Direito Europeu, defende-se uma extensão da responsabilidade da empresa mãe pela negligente vigilância das suas subsidiárias de forma a contribuir para um mais efetivo programa de *Compliance* e para reforçar o incentivo à prevenção do antitrust. A falha da empresa-mãe em exercer este controlo negativo sobre os seus agentes deve ser base suficiente para as responsabilizar. É esta posição que é compatível com o art. 23.º, n.º 1, do Reg. 1/2003. Assim deve ser desde logo porque a negligência também é punida nos crimes, é um princípio do direito europeu.

Há bases para se responsabilizar a empresa-mãe pela falha no exercício de controlo sobre a subsidiária que levou às práticas anticoncorrenciais. Aqui referir o art. 23.º, n.º 2, do Reg. 1/2003. Falamos aqui de falha no exercício de controlo. Faria sentido, seria uma aplicação do princípio “*who gains, pays*”. Num regime de negligência a empresa-mãe tem um dever de garante, um dever de supervisionar a conduta da sua subsidiária.

A Hand Formula surgiu no acórdão U.S vs Carroll Towing Company (1947) em que o Juiz Leander Hand procedeu a um cálculo de negligência. A regra impõe responsabilidade nos casos em que a acusada não investiu o suficiente em prevenção do *antitrust*.

Este sistema reconhece que a empresa não será responsabilizada pelas atividades que não podia, de forma eficiente, ter detetado ou prevenido.

“ONDE OS CUSTOS DE PREVENIR A INFRAÇÃO SUPERAM OS CUSTOS DA PRÓPRIA INFRAÇÃO, A HAND FORMULA RECONHECE QUE ESSE GASTO NA PREVENÇÃO É UM DESPERDÍCIO DE RECURSOS E ASSIM NÃO SE IMPÕE RESPONSABILIDADE”

Assim dá-se um incentivo em prevenir as condutas erróneas e em promover programas de *Compliance*.

Assim, examinar-se-iam não só as ligações legais e operacionais existentes entre a empresa-mãe e a sua subsidiária, mas também as ligações que poderiam ter-se estabelecido para que a atividade não se tivesse verificado, numa perspetiva *ex ante*.

Aquilo que se pergunta é como é que **poderia a prática anticoncorrencial ter sido prevenida?**

A defesa das empresas será o seguinte: se a prática não pudesse ter sido prevenida através da tomada de medidas eficientes com vista à prevenção então não pode haver responsabilização.

**Consequência** da aplicação deste modelo - Caso BMW Belgium - foi considerada uma subsidiária desonesta e que agiu ao contrário das instruções da empresa-mãe, mas era evidente que a BMW Munique podia influenciar a conduta da BMW Bélgica. A Comissão não responsabilizou a empresa-mãe porque a ação da subsidiária foi contrária às instruções da empresa-mãe. Neste caso, o que perguntaríamos era se a empresa-mãe podia, de forma eficiente ter prevenido este tipo de atividade da subsidiária, como por exemplo, proceder vetar ou até mesmo escrever pela BMW Bélgica a resposta que eles deveriam ter dado aos fornecedores.

**Negligência seria definida como falha na supervisão.** Usar programas de *compliance* deve servir para reduzir a coima, ver n.º 47 das *guidelines*.

Em suma, esta proposta traria o reforço de prevenção ao *antitrust*.

Breve referência: Programas de Cumprimento - Os administradores que não impulsionem a adoção de programas de adoção de cumprimento serão gestores negligentes.

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/q93819wyh/html5.html?locale=pt>



## 8. BREVES NOTAS SOBRE O ART. 71.º, N.º 1, AL. A), DA LDC<sup>1</sup>

Tiago Monfort\*

O tema escolhido para esta exposição oral é a sanção acessória consagrada no art. 71.º, n.º 1, al. a), da Lei da Concorrência (doravante “LdC”):

### Artigo 71.º Sanções acessórias

1 - Caso a gravidade da infracção e a culpa do infractor o justifiquem, a Autoridade da Concorrência pode determinar a aplicação, em simultâneo com a coima, das seguintes sanções acessórias:

*a) Publicação no Diário da República e num dos jornais de maior circulação nacional, regional ou local, consoante o mercado geográfico relevante, a expensas do infractor, de extracto da decisão de condenação ou, pelo menos, da parte decisória da decisão de condenação proferida no âmbito de um processo instaurado ao abrigo da presente lei, após o trânsito em julgado;*

Não se pretende, nesta sede, analisar o conceito jurídico de sanção acessória, de uma forma geral e abstracta. O que se comenta é a específica sanção acessória plasmada no art. 71.º, n.º 1, al. a), da LdC, assim como a sua aplicação prática e possíveis conflitos com outras disposições legais.

Um ponto essencial que se retira da leitura do comando legal é a exigência que o legislador expressamente estatui: a publicação da decisão condenatória ou de parte da decisão condenatória só se poderá verificar “após o trânsito em julgado”.

Ora, o art. 71.º, n.º 1, al. a), da LdC não pode deixar de ser interpretado, segundo as regras gerais do Direito, de uma forma sistemática. Nesse sentido, assume especial interesse a sua articulação com o art. 32.º, n.º 6, da LdC:

### Artigo 32.º Publicidade do processo e segredo de justiça

1 - O processo é público, ressalvadas as excepções previstas na lei.

2 - A Autoridade da Concorrência pode determinar que o processo seja sujeito a segredo de justiça até à decisão final, quando considere que a publicidade prejudica os interesses da investigação.

3 - A Autoridade da Concorrência pode, oficiosamente ou mediante requerimento do visado pelo processo, determinar a sujeição do processo a segredo de justiça até à decisão final, quando entender que os direitos daquele o justificam.

---

\* Membro da Equipa vencedora da 1.ª edição do *Moot Court* Português de Direito da Concorrência, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

<sup>1</sup> O presente texto consubstancia algumas notas simples de apoio à comunicação proferida no dia 20 de Abril de 2018, no Convento de São Francisco, em Santarém, por ocasião das II Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, subordinadas ao tema “A Reforma do Direito das Contraordenações”. Por escassez de tempo, não foi possível limar algumas arestas e desenvolver o conteúdo deste escrito, que está longe de ser um produto acabado. Ainda assim, reitera-se a vontade de, num futuro próximo, fazê-lo.

4 - No caso de o processo ter sido sujeito a segredo de justiça, a Autoridade da Concorrência pode, oficiosamente ou mediante requerimento do visado pelo processo, determinar o seu levantamento em qualquer momento do processo, considerando os interesses referidos nos números anteriores.

5 - Sem prejuízo dos pedidos das autoridades judiciárias, a Autoridade da Concorrência pode dar conhecimento a terceiros do conteúdo de ato ou de documento em segredo de justiça, se tal não puser em causa a investigação e se afigurar conveniente ao esclarecimento da verdade.

6 - A Autoridade da Concorrência deve publicar na sua página electrónica as decisões finais adoptadas em sede de processos por práticas restritivas, sem prejuízo da salvaguarda dos segredos de negócio e de outras informações consideradas confidenciais.

7 - Devem ser também publicadas na página electrónica da Autoridade da Concorrência as sentenças e acórdãos proferidos pelos tribunais, no âmbito de recursos de decisões da Autoridade da Concorrência.

Repare-se que no n.º 6 deste artigo não é feita qualquer menção ao trânsito em julgado.

Recorrendo a uma imagem matemática, se fosse possível representar estes dois artigos num Diagrama de Vern, as duas circunferências estariam praticamente sobrepostas.

Juridicamente, há uma antecipação, por parte da AdC, da aplicação da sanção acessória, o que é manifestamente anti-jurídico.

Com a publicação, por parte da AdC, no seu site, de uma decisão final por ela aplicada, a sanção acessória perde o seu efeito útil. Existe um esvaziamento desse mesmo efeito útil, em particular aos olhos do homem/consumidor médio.

Por uma questão de facilidade de exposição, far-se-á a divisão da questão em dois momentos distintos:

1. Publicitação de actos processuais anteriores à decisão definitiva da AdC, mesmo que esta não englobe o seu conteúdo.
2. Publicitação de decisões finais da AdC (art. 32.º, n.º 6, da LdC)

Quanto ao 1.º ponto (*publicitação de actos processuais anteriores à decisão definitiva da AdC, mesmo que esta não englobe o seu conteúdo*):

a. Se o processo se encontrar sob segredo de justiça, mesmo que a informação veiculada no site da AdC não abranja o conteúdo dos actos processuais, acompanha-se a posição do Professor Medina de Seíça (a protecção do bem jurídico salvaguardado abarca a simples ocorrência de actos, motivo pelo qual a mera publicitação na página oficial da AdC da realização de buscas, por exemplo, viola o segredo de justiça).

b. Mesmo que o processo não esteja sob segredo de justiça, nem no art. 32.º, n.º 6, da LdC, que se refere apenas a decisões finais da AdC, existe cabimento para estas comunicações (uma vez que, obviamente, não se está perante qualquer decisão final). Entende-se a relevância do princípio da transparência, o objectivo e a salvaguarda da economia democrática, mas o ordenamento jurídico deve acautelar mais bens jurídicos e defender outros institutos jurídicos, que, seguindo um critério de ponderação dos interesses em causa, terão que ser atendidos, conforme se referirá de seguida. Entre eles, a título de mero adiantamento, cabem a presunção de inocência, o direito ao bom nome, o efeito negativo da mediatização da justiça, entre outros. Para além do mais, a

publicitação destes actos processuais não encerra em si mesma a virtualidade de prestar qualquer esclarecimento relevante para o mercado, nem concorre para a descoberta da verdade material ou defesa das garantias dos visados.

Quanto ao 2.º ponto (*publicitação de decisões finais da AdC*):

- a. Existe uma certa esquizofrenia do legislador: a cautela que o legislador teve no art. 71.º LdC já não é reflectida no art. 32.º da LdC, em que não se exige o trânsito em julgado para que haja publicação da AdC no seu site.
- b. Verifica-se uma situação de manifesta desproporcionalidade no art. 32.º LdC (a sindicância popular da decisão da AdC e a transparência da sua actuação não podem falar mais alto que a presunção de inocência e o bom nome do visado.)
- c. A percepção geral do cidadão comum da decisão publicada no site da AdC (ainda que esta faça, e bem, menção da possibilidade de recurso, por parte do visado, da decisão que aplica) é a de uma decisão firme, sólida, já transitada em julgado, cujo conteúdo material é exactamente o da sanção acessória.

Não seria mais sensato, atendendo às exigências de proporcionalidade já referidas, esperar 30 dias pelo trânsito em julgado, quando não haja recurso?

E mesmo que seja interposto o recurso, a presunção de inocência ainda existe e deve ser tida em conta.

Para além do mais, mesmo no fim da fase de recursos, quando se atinge uma decisão já transitada em julgado, a publicação das sentenças sempre acontecerá por via do art. 32.º, n.º 7, da LdC.

Aqui chegados, cabe dizer que a posição defendida segue no sentido da inconstitucionalidade do art. 32.º, n.º 6, por violação da presunção de inocência.

Ancorada a esta questão está uma outra; a dos danos de reputação dos visados, abarcando vários temas:

1. Especialidade no Direito da Concorrência – neste ramo jurídico em particular, o bom nome dos visados assume uma importância central, tratando-se de um conceito bastante sensível, pelo facto de a sua lesão poder afectar as escolhas dos consumidores e, conseqüentemente, influenciar drasticamente o volume de negócios dos visados. Aliás, é possível descredibilizar e assassinar uma marca ou pessoa colectiva que levou anos ou décadas a ser construída, em horas ou dias, pela simples propagação de uma decisão não transitada em julgado (ainda para mais no seio de um processo que oferece poucas garantias aos visados, quando uma única entidade investiga, acusa e condena);
2. Redes Sociais – na viragem do milénio, as redes sociais tornaram-se num importante instrumento de acesso à informação. No entanto, o crivo racional neste meio nem sempre é o mais desejável, o que permite, amiudamente, que uma mera informação sofra um efeito de bola de neve, com os inerentes exageros e distorções. A isto há que somar a errada percepção das informações propagadas nas redes sociais, realidade que se verifica frequentemente numa sociedade cada vez mais sedenta de informação compactada e rápida;

3. Informação ao segundo e facilidade extrema de disseminação de informação por todos os pontos do globo – Algumas das questões que se levantam neste tópico são comuns às tratadas no ponto anterior. Em virtude dos avanços tecnológicos das últimas décadas, a informação deixou de ter fronteiras físicas. O mundo é cada vez mais global e aberto (no que ao Direito diz respeito, veja-se as suas implicações no caso dos actos administrativos transnacionais). Actualmente, uma qualquer notícia pode ser acompanhada, no outro lado do mundo, em tempo real (quantos dos participantes nestas Jornadas não assistiram em directo à queda das Torres Gémeas, em 11/09/2001?). Multiplica-se o potencial danoso para os visados com a publicação das decisões da AdC na Internet, de acesso aberto a todos os cidadãos;

4. A Internet é aberta e propensa à potencialização de um efeito danoso indirecto – Como já abordado, toda e qualquer pessoa pode ter acesso ao site da AdC e decisões por ela proferidas, nos termos do art. 32.º LdC. Assim, os Media têm acesso a estas decisões, verificando-se um efeito danoso indirecto.

Contra o que já foi aqui apresentado não se refira a possibilidade de posterior anulação das decisões. Ainda que o n.º 7 do art. 32.º tenha a virtualidade de acautelar uma espécie de dever de retratamento (por via da publicação no site da AdC das sentenças proferidas pelos Tribunais, no âmbito de recursos de decisões da AdC e que podem ser favoráveis aos visados), o seu efeito útil é já muito reduzido. Na verdade, o dano já foi consumado e a sua reparação nunca será integral ou até satisfatória (imagine-se o caso de uma sociedade que se torna insolvente).

Ainda assim, não se propõe uma solução de justiça privada ou de justiça secreta (como que saída *d'O Processo Franz Kafka*), próprias de um regime ditatorial ou de um modelo inquisitório.

O caminho que se sugere é outro, diferente daquele que se verifica entre nós, mas certamente se conseguirá acautelar a publicidade do processo por outra via que não a da administração da justiça dentro de quatro paredes, à porta fechada.

A solução que se avança é a via normal.

A via que acautela os interesses de co-visados e terceiros (que gozem de um interesse atendível).

É a via comum dos tribunais judiciais nacionais: a notificação aos intervenientes e terceiros que gozem de um interesse atendível e o depósito da decisão e posteriores sentenças (no caso de serem interpostos recursos) na secretaria competente.

Reforça-se: o processo público é diferente do processo publicitado. A exigência do Estado de Direito é de um processo público, longe das ameaças e prejuízos da publicitação dos processos, que, de uma forma geral, não mereceu acolhimento legal no ordenamento jurídico nacional, não podendo o art. 32.º LdC assumir-se como uma excepção a esta regra, ainda para mais quando completamente injustificada.

Um outro aspecto que levanta dúvidas e cria alguma confusão é o facto de o art. 90.º da LdC se perfilar como incongruente, quando interpretado em conjunto com os restantes preceitos do diploma (em especial o art. 32.º da LdC), uma vez que este artigo, que tem como epígrafe "*Divulgação de decisões*", não abrange todas as decisões finais adoptadas pela AdC (ao contrário da letra do art. 32.º da LdC). Com efeito, no n.º 1 do art. 90.º da LdC faz-se expressa

menção a um dever de publicação, pela AdC, das suas decisões, que abrange as als. c) e d) do n.º 3 do art. 24.º da LdC, deixando de fora a al. b) (*“Proceder ao arquivamento do processo, quando as investigações realizadas não permitam concluir pela possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória”*).

Não se entende esta opção do Legislador: o facto de o arquivamento não ter sido incluído neste elenco choca de frente com o interesse de informação ao mercado, que poderia ser apontado como um dos motivos que concorreria para a necessidade de publicação das decisões da AdC no seu site.

Na verdade, também o comportamento dos visados que se apura estar dentro da Lei deve ser reconhecido, salvaguardando-se uma hipótese de reposição da sua imagem social (sendo que a lesão verificada sempre manterá as suas sequelas), na eventualidade de ela ter sido beliscada.

Cabe, então, apresentar soluções para este problema:

Crê-se que não existe necessidade de se defender uma tese radical, de uma interpretação abrogante do n.º 6 do art. 32.º da LdC.

Os caminhos que se apontam são os da interpretação sistemática e, eventualmente, correctiva ou extensiva.

Neste caso, a letra da lei fica aquém do espírito da lei.

Assim, as implicações deste entendimento importariam alterações na leitura do n.º 6 do art. 32.º, que passaria a ser interpretado da seguinte forma:

### **Artigo 32.º** **Publicidade do processo e segredo de justiça**

*6 - A Autoridade da Concorrência deve publicar na sua página eletrónica as decisões finais **transitadas em julgado e não impugnadas judicialmente** adotadas em sede de processos por práticas restritivas, sem prejuízo da salvaguarda dos segredos de negócio e de outras informações consideradas confidenciais.*

Resumindo: o n.º 6 do art. 32.º seria referente a decisões finais transitadas em julgado não impugnadas judicialmente, ao passo que o seu n.º 7 diria respeito a decisões finais transitadas em julgado impugnadas judicialmente.

Por fim, no que tange aos mecanismos de reacção à publicação das decisões no site da AdC: podem os visados lançar mão de um procedimento cautelar, alegando, entre outros argumentos (alguns dos quais adiantados nesta exposição), a desproporcionalidade do fim acautelado pela publicação de uma decisão não transitada em julgado no site da AdC, face aos prejuízos que causaria ao visado.

Existirá sempre a possibilidade de proposição de uma acção de responsabilidade civil.

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/q93819wyh/html5.html?locale=pt>



## 9. O LUGAR DA PROTEÇÃO DE DADOS NA EFETIVIDADE NECESSÁRIA AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Catarina Varajão Borges\*  
Ricardo Tavares  
Inês Neves  
Tiago Monfort

### II JORNADAS TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO A REFORMA DO DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES

DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES NO ÂMBITO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

CATARINA VARAJÃO BORGES, RICARDO TAVARES, INÊS NEVES E TIAGO MONFORT

(EQUIPA VENCEDORA DA 1.ª EDIÇÃO DO MOOT COURT PORTUGUÊS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA,  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO)

### O LUGAR DA PROTEÇÃO DE DADOS NA EFETIVIDADE NECESSÁRIA AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Inês Neves

\* Equipa vencedora da 1ª edição do *Moot Court* português de Direito da Concorrência, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

## REGIME JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA (RJC)

### Artigo 68.º

#### Contraordenações

1 - Constitui contraordenação punível com coima:

(...)

j) A não colaboração com a Autoridade da Concorrência ou a obstrução ao exercício dos poderes previstos nos artigos 18.º a 20.º, 43.º, 61.º e 64.º;

(...)

2 - Se a contraordenação consistir no incumprimento de um dever legal ou de uma ordem emanada da Autoridade da Concorrência, a aplicação da coima não dispensa o infrator do cumprimento do mesmo, caso tal ainda seja possível.

3 - A negligência é punível.

## CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

### Artigo 8.º

#### Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

## ESTATUTOS DA ADC (DECRETO-LEI N.º 125/2014 DE 18 DE AGOSTO)

### Artigo 6.º

#### Poderes

1 — Para o desempenho das suas atribuições, a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

2 — No exercício dos seus poderes sancionatórios, incumbe à AdC:

- a) Identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentração de empresas, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções e demais medidas previstas na lei;
- b) Cobrar as coimas estabelecidas na lei;
- c) Adotar medidas cautelares, nos termos do regime jurídico da concorrência e de outras disposições legais aplicáveis;
- d) Praticar os demais atos previstos na lei.

3 — No exercício dos seus poderes de supervisão, compete à AdC:

- a) Instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia;
- b) Proceder à realização de estudos, inspeções e auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários;
- c) Praticar os demais atos previstos na lei.

(...)

## ESTATUTOS DA ADC (DECRETO-LEI N.º 125/2014 DE 18 DE AGOSTO)

RJC

### Artigo 8.º

#### Obrigações de colaboração

Os representantes legais das empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da AdC e as pessoas que colaborem com aquelas estão obrigadas a prestar toda a colaboração que lhes seja solicitada pela AdC para o cabal desempenho das suas atribuições, nos termos do regime jurídico da concorrência, da lei-quadro das entidades reguladoras, e dos presentes estatutos.

### Artigo 64.º

#### Poderes em matéria de inspeção e auditoria

4 - Os representantes legais da empresa ou associação de empresas, bem como os trabalhadores e colaboradores são obrigados a prestar toda a colaboração necessária para que os funcionários e as outras pessoas mandatadas pela Autoridade da Concorrência possam exercer os poderes previstos no número anterior.

## REGULAMENTO GERAL SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD)

### Artigo 4.º

#### Definições

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

- 1) «**Dados pessoais**», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;
- 2) «**Tratamento**», uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição;

## REGULAMENTO GERAL SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD)

### Artigo 6.º

#### Licitude do tratamento

1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

(...)

- e) O tratamento for **necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;**

3. **O fundamento jurídico** para o tratamento referido no n.º 1, alíneas c) e e), é definido: a) Pelo direito da União; ou b) **Pelo direito do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito. A finalidade do tratamento é determinada com esse fundamento jurídico ou, no que respeita ao tratamento referido no n.º 1, alínea e), deve ser necessária ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. Esse fundamento jurídico pode prever disposições específicas para adaptar a aplicação das regras do presente regulamento, nomeadamente:** as condições gerais de licitude do tratamento pelo responsável pelo seu tratamento; os tipos de dados objeto de tratamento; os titulares dos dados em questão; as entidades a que os dados pessoais poderão ser comunicados e para que efeitos; os limites a que as finalidades do tratamento devem obedecer; os prazos de conservação; e as operações e procedimentos de tratamento, incluindo as medidas destinadas a garantir a legalidade e lealdade do tratamento, como as medidas relativas a outras situações específicas de tratamento em conformidade com o capítulo IX. O direito da União ou do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido.

## REGULAMENTO GERAL SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD)

**Artigo 6.º****Licitude do tratamento**

- I. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:
- (...)
- c) O tratamento for necessário para o **cumprimento de uma obrigação jurídica** a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

## RJC

**Artigo 69.º****Determinação da medida da coima**

- I - Na determinação da medida da coima a que se refere o artigo anterior, a Autoridade da Concorrência pode considerar, nomeadamente, os seguintes critérios:
- (...)
- i) A colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.

## RJC

**Artigo 77.º****Dispensa da coima**

- I - A Autoridade da Concorrência concede dispensa da coima aplicável, nos termos do disposto no artigo 70.º, à empresa que revele a sua participação num alegado acordo ou prática concertada, desde que essa empresa seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova que, no entender da Autoridade da Concorrência, lhe permitam:

(...)

**Artigo 78.º****Redução da coima**

- I - A Autoridade da Concorrência concede uma redução da coima que seria aplicada, nos termos do disposto no artigo 70.º, às empresas que, não reunindo as condições estabelecidas no n.º I do artigo anterior, cumpram, cumulativamente, as seguintes condições:

(...)

## REGULAMENTO GERAL SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD)

## Artigo 6.º

## Licitude do tratamento

I. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

(...)

f) O tratamento for necessário para efeito dos **interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular** que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

## REGULAMENTO GERAL SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD)

**(10)** A fim de assegurar um nível de proteção coerente e elevado das pessoas singulares e eliminar os obstáculos à circulação de dados pessoais na União, o nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento desses dados deverá ser equivalente em todos os Estados-Membros. **É conveniente assegurar em toda a União a aplicação coerente e homogênea das regras de defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.** No que diz respeito ao tratamento de dados pessoais para cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, **os Estados-Membros deverão poder manter ou aprovar disposições nacionais para especificar a aplicação das regras do presente regulamento.**

## PROPOSTA...

## Artigo 30.º-A

## Proteção de dados

- 1 - Na instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o direito fundamental dos particulares de proteção contra a recolha e utilização de dados pessoais, em conformidade com o RGPD e com o artigo 8.º da CDF, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo seguinte.
- 2 - Após a realização das diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º, a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo, prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações a recolher que considere protegidas, em razão do disposto no RGPD, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais dados, expurgada dos mesmos.
- 3 - Sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de conter dados de particulares, porque estrita e justificadamente necessárias à sua atividade, comunica-o aos sujeitos titulares dos dados, excetuadas as hipóteses de compatibilidade manifesta com o RGPD, comunicação inviável, ou, ainda, caso tal procedimento constitua obstrução à atividade instrutória.
- 4 - Se, em resposta à solicitação prevista nos n.º 2 ou no artigo 15.º, a empresa, associação de empresas ou outra entidade, não identificarem as informações que consideram confidenciais, não fundamentarem tal identificação ou não fornecerem cópia não confidencial dos documentos que as contenham, expurgada das mesmas, as informações/dados consideram-se não confidenciais e passíveis de tratamento, sem prejuízo da responsabilidade daquelas pela violação do RGPD.
- 5 - Se a Autoridade da Concorrência não concordar com a classificação dos dados como protegidos, ou se, com base num juízo de ponderação prévia, concluir pela necessidade de os obter, informa os particulares, a empresa, associação de empresas ou outra entidade de que não concorda no todo ou em parte com o pedido de confidencialidade.
- 6 - Para efeitos do disposto no n.º anterior, a Autoridade da Concorrência pode, ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD, proceder ao tratamento dos dados, independentemente da oposição do titular dos dados ou da empresa, associação de empresas ou outra entidade, devendo fundamentar a sua conduta e limitar os dados recolhidos, no respeito pelas finalidades prosseguidas\*.

## O ARTIGO 69.º, N.º 2 DA LEI DA CONCORRÊNCIA

LEI N.º 19/2012, DE 8 DE MAIO

Catarina Varajão Borges

### SUMÁRIO

- I - Direito da Concorrência e o seu enquadramento no direito das contraordenações
- II – Análise da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
- III - Não diferenciação dos ilícitos anticoncorrenciais
- IV – Amplitude da norma
- V – Indeterminabilidade do limite máximo da coima
- VI – Volume de Negócios como critério
- VII – Momento de aferição do Volume de Negócios
- VIII – Conclusão

16

- I - Direito da Concorrência e o seu enquadramento no direito das contraordenações

17



- II – Análise da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

- Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Öztürk contra Alemanha*, de 21 de fevereiro de 1984, Processo n.º 8544/79<sup>1</sup>
- Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. contra Itália*, Processo n.º 43509/08<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57553>

<sup>2</sup>Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106438> <sup>18</sup>



- III - Não diferenciação dos ilícitos anticoncorrenciais

19



- IV – Amplitude da norma

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 400/2016, de 21 de junho de 2016, Processo n.º 383/15 (Relator: João Pedro Caupers)<sup>3</sup>

<sup>3</sup>Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160400.html> <sup>20</sup>



- V – Indeterminabilidade do limite máximo da coima
  
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 400/2016, de 21 de junho de 2016, Processo n.º 383/15 (Relator: João Pedro Caupers)

21



- VI – Volume de Negócios como critério
  
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 400/2016, de 21 de junho de 2016, Processo n.º 383/15 (Relator: João Pedro Caupers)
  
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 641/2017, de 4 de outubro de 2017, Processo n.º 314/2017 (Relator: Conselheiro Fernando Ventura)<sup>4</sup>

<sup>4</sup>Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170641.html>



- VII – Momento de aferição do Volume de Negócios

23



- VIII – Conclusão

24

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



## 10. AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES À LUZ DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

João Manuel da Silva Miguel\*

**II JORNADAS DO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA,  
REGULAÇÃO E SUPERVISÃO**

***As Garantias Fundamentais do  
Direito das Contraordenações à luz da  
CEDH***

SANTARÉM, 20.4.2018  
joao.m.miguel@mail.cej.mj.pt

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

1

---

\* Juiz Conselheiro, Diretor do Centro de Estudos Judiciários.

## CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS



1. Tribunal Europeu e instrumentos de interpretação
2. Concretização tópica do processo equitativo
3. Princípio *Ne bis in Idem*, previsão convencional e aplicabilidade a contraordenações
4. Casos de aplicação dos princípios do processo equitativo e *Ne bis in idem* em contraordenações

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

2

## 1. TRIBUNAL EUROPEU E INSTRUMENTOS DE INTERPRETAÇÃO

### a. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA

Construção pretoriana

«Instrumento vivo a interpretar à luz das condições de vida atuais» - *Tyrer c. Reino Unido*, acórdão de 25.4.1978, § 31.

Assim, Direito ao ambiente não previsto, mas reconhecido por ricochete, mercê da interpretação evolutiva

Caso *Fredin c. Suécia* (n.1), acórdão de 18.2.1991 (§38):

«The Court recognises for its part that in today's society the protection of the environment is an increasingly important consideration.»

E, no caso *Hamer c. Bélgica*, acórdão de 27.11.2007 (§79):

«L'environnement constitue une valeur dont la défense suscite dans l'opinion publique, et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu.»

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

3

## 1. TRIBUNAL EUROPEU E INSTRUMENTOS DE INTERPRETAÇÃO (CONT.)

### a. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA (Cont.)

Interpretação dinâmica e progressiva, que alarga o espetro da previsão das disposições convencionais e garante maior efetividade dos direitos.

Induz mudanças jurisprudenciais, no sentido do reforço da garantia dos direitos reconhecidos, mas balizado pelo princípio do Estado de direito, suportado pela segurança jurídica, posta em causa na emergência de mudanças bruscas na jurisprudência.

## 1. TRIBUNAL EUROPEU E INSTRUMENTOS DE INTERPRETAÇÃO (CONT.)

### b. AUTONOMIA DOS CONCEITOS/NOÇÕES AUTÓNOMAS:

Construção pretoriana

Interpretação no sentido da Convenção e não apenas sob o sentido do direito Interno: (Art. 6: *Engel e outros c. Países Baixos*, de 8.6.76, §81; ).

«Acusação em matéria penal» (n.º 1 artigo 6.º CEDH) tem uma dimensão autónoma (*Caso Deweer c. Bélgica*, acórdão de 27.2.1980, §42; caso *Adolf c. Austria*, acórdão de 26.3.1982, §30).

Melhor definição Caso *LTU c. Eurocontrol*, acórdão de 14.10.1976

Acórdãos fundadores da ‘técnica’ das ‘noções autónomas’ usada pelo TEDH para assegurar a uniformidade indispensável da interpretação da CEDH: *Engels e Outros c. Países Baixos*, de 8.6.1976, e *König c. Alemanha*, de 28.6.1976.

Ex, entre outros: Noção de direitos e obrigações de caráter civil e de acusação em matéria penal (artigo 6.º, n.º 1, ), de lei (artigos 8.º a 11.º), de vítima (artigo 34.º), de propriedade (artigo 1.º do Protocolo I, todos

## 1. TRIBUNAL EUROPEU E INSTRUMENTOS DE INTERPRETAÇÃO (CONT.)

### d. MARGEM DE APRECIÇÃO DOS ESTADOS

(Ac. *Odièvre c. França*, 13.2.2003, §35; *Evans c. RU*, 10.4.2007, §54)

- Construção pretoriana
- Expressão não usada na CEDH ou trabalhos preparatórios, mas perfilhada em centenas de acórdãos (artigos 8.º-11.º, 14.º e 15.º CEDH e Art 1 PI).
- É usada pela primeira vez no preâmbulo à CEDH introduzido pelo Protocolo XV, ainda não em vigor - Preâmbulo e ligação com princípio da subsidiariedade.
- Margem de manobra que o TEDH concede aos Estados para o cumprimento das obrigações que lhes incumbem por força da CEDH.
- Conteúdo (Depende das circunstâncias do caso e dos Direitos em causa).

## 1. TRIBUNAL EUROPEU E INSTRUMENTOS DE INTERPRETAÇÃO (CONT.)

### d. MARGEM DE APRECIÇÃO DOS ESTADOS: (Cont.)

Princípios balizadores:

- i.* Proteção efetiva
- ii.* Subsidiariedade e revisão
- iii.* Interferências permitidas
  - a.* Previstas na lei;
  - b.* Objetivo legítimo
  - c.* Necessárias numa sociedade democrática
- iv.* Proporcionalidade

*v.* O Consenso (Consenso Europeu): (*T. c. RU*, 16.12.99, §§71-72 (Idade mínima de imputabilidade) ; *L e V c. Áustria*, 3.1.2003, §50 (igual idade do consentimento para relações heterossexuais, lésbicas e homossexuais); *Lambert e Outros c. França*, 5.6.2015 (autorização para suicídio assistido ou eutanásia); *Rohlena c. República Checa* (Crime continuado – voto concordante), 27.1.2015.

## 2. Caracterização tópica do processo equitativo

### ARTIGO 6.º

#### Direito a um processo equitativo

- 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.
- 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. Caracterização tópica do processo equitativo (Cont.)

### ARTIGO 6.º

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

- a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
- d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
- e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. Caracterização tópica do processo equitativo (Cont.)

### NOÇÃO DE ACUSAÇÃO

A jurisprudência delimita o conceito nestes termos: «A notificação oficial pela autoridade competente da acusação de ter cometido uma infração penal» - *Caso Deweer c. Bélgica, acórdão de 27.2.1980, §46.*

“Acusação criminal” existe desde o momento em que uma pessoa foi oficialmente notificada pela autoridade competente de uma alegação de que cometeu uma infração penal, ou em que a sua situação foi substancialmente afetada por medidas tomadas pelas autoridades como resultado de uma suspeita contra si” - (Caso *Ibrahim e Outros c. Reino Unido* [GC], acórdão de 13.9.2016, § 249).

## 2. Caracterização tópica do processo equitativo (Cont.)

### DIMENSÃO PENAL:

Critérios para determinar se se trata de acusação em matéria criminal (*Caso Engel e Outros c. Países Baixos* [GC], de 8.6.1976:

- a. a caracterização legal da infração no direito interno;
- b. a própria natureza da infração;
- c. o grau de severidade da penalidade que pode ser sofrida pela pessoa envolvida.

O segundo e terceiro critérios são alternativos e não necessariamente cumulativos. No entanto, isso não impede a adoção de uma abordagem cumulativa se a análise separada de cada critério não permitir chegar a uma conclusão clara sobre a existência de acusação em matéria penal ( caso *Serguei Zolotoukhine c. Rússia* [GC], acórdão de 10.2.2009, §53; caso *Grande Stevens c. Itália*, acórdão de 4.3.2014, §94))

## 2. Caracterização tópica do processo equitativo (Cont.)

### DIMENSÃO PENAL:

Noção de acusação em matéria criminal em contraordenações .

TEDH considerou que contraordenações poderiam recair na previsão do Art. 6.º, n.º 1, no caso *Öztürk c. Alemanha*, acórdão de 21.12.1984, §52, 54.

E, em matéria de contraordenações, o TEDH disse:

«(...) in determining the existence of a “criminal charge”, it is necessary to have regard to three factors: the legal classification of the measure in question in national law, the very nature of the measure, and the nature and degree of severity of the “penalty” (caso *Grande Stevens e Outros c. Itália*, acórdão de 4.3.2014, §§94-100).

## 1. Caracterização tópica do processo equitativo (Cont.)

### b. Acusação em matéria penal e contraordenações (casos por ordem cronológica):

Caso *Öztürk c. Alemanha*, acórdão de 21.12.1984, §52, 54;

Caso *Lutz c. Alemanha*, decisão de 25.8.1987;

Caso *Inocêncio c. Portugal*, decisão de 11.1.2001 (Punição com coima por falta de obtenção de licença para uma construção “cannot constitute a punitive criminal measure of general application to all citizens” e a coima de 20 000 000\$00 “that is certainly substantial. (...) there was no threat of criminal proceedings being brought against the applicant in place of the fine in question”;

Caso *Lilly France c. França*, decisão de 3.12.2002;

Caso *Menarini e Outros c. Itália*, acórdão de 27.9.2011, §§ 38-45;

Caso *Grande Stevens e Outros c. Itália*, acórdão de 4.3.2014;

Caso *A e B c. Noruega*, acórdão de 15.11.2016.

## 2. Caracterização tópica do processo equitativo (Cont.)

### Casos de contraordenações em matéria de Regulação e Supervisão:

- a. Tribunal da Disciplina Orçamental e Financeira, caso *Guisset c. France*, acórdão de 29.9.2000, § 59 (ausência de audiência pública);
- b. Conselho dos Mercados Financeiros (CMF), caso *Didier c. France* (déc.), de 27.8.2002 – não ter sido julgado por um verdadeiro tribunal; participação do relator do CMF como relator geraria falta de imparcialidade; o Conselho de Estado não é um tribunal de plena jurisdição porque o recurso não tinha efeito suspensivo; o que violaria também presunção de inocência por não ser possível estabelecer a culpabilidade;
- c. Conselho da Concorrência, caso *Lilly France S.A. c. France* (déc.), de 3.12.2002 – falta de audição do representante legal pelo conselho da concorrência e falta de comunicação à requerente de um parecer do conselheiro relator da Cassação; que fora comunicado ao advogado geral;
- d. Comissão das Sanções da Autoridade dos Mercados Financeiros, caso *Messier c. France* (déc.), 19.5.2009 – recusa de comunicação do conjunto dos elementos recolhidos em inquérito, bem como das transmitidas à Comissão de Sanções;

Comissão Bancária, caso *Dubus S.A. c. França*, acórdão de 11.6.2009, § 38 - Falta de distinção entre as funções de investigação, acusação e julgamento de uma autoridade supervisora de instituições de crédito e investimento.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. Caracterização tópica do processo equitativo (Cont.)

### Casos de contraordenações em matéria de Regulação e Supervisão:

- f. Autoridade italiana da Regulação da concorrência e do mercado (AGCM), caso *Menarini c. Itália*, acórdão de 27.9.2011, § 44 (Revisão judicial por órgão judicial de plena jurisdição de uma decisão administrativa de autoridade independente);
- g. Caso *DEBÚT Zrt. e Outros c. Hungria*, Decisão de 20.11.2012;
- h. Comissão Nacional para as Sociedades e a Bolsa (CONSOB), caso *Grande Stevens c. Itália*, acórdão de 4.3.2014 §94-101 e 222) - na área de infrações do mercado de ações, cumula acusação penal e contravencional. Ausência de audiência pública perante o tribunal de recurso que apreciou a decisão administrativa.

### Casos de contraordenações em matéria de majorações de Impostos:

- Caso *Pirttimaki c. Finlândia*, acórdão de 20.5.2014, §§ 45-48;
- Caso *Lucky Dev c. Suécia*, acórdão de 27.11.2014, § 51;
- Caso *A et B c. Noruega* [GC], acórdão de 15.11.2016, §§ 136-139;
- *Jóhannesson e outros c. Islândia*, acórdão de 16.5.2017, § 43.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. Caracterização tópica do processo equitativo (Cont.)

### ARTIGO 6.º

#### Direitos reconhecidos:

#### Direito de acesso a um tribunal (n.º 1 art. 6)

- Não é um direito absoluto, prestando-se a limitações (caso *Deweert c. Bélgica*)
- Noção de tribunal: Caso *Öztürk c. Alemanha*, de 21.2.1984 (§56), *Lutz c. Alemanha*, de 25.8.1987 (§57), *Grande Stevens e Outros c. Itália*, de 4.3.2014:  
 Não é contrário à Convenção atribuir às autoridades administrativas missões antes atribuídas aos tribunais, desde que a pessoa visada possa recorrer de qualquer decisão tomada contra ela para um tribunal que ofereça as garantias do artigo 6.º da CEDH
- Independência e imparcialidade (critérios) – Caso *Grande Stevens c. Itália*, acórdão de 4.3.2014, §§132-137.
- Direito a audiência pública – caso *Grande Stevens e outros c. Itália*, §§148-155;
- Tribunal de plena jurisdição – *Menarini c. Itália...*, §§57-67;

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. Caracterização tópica do processo equitativo (Cont.)

### ARTIGO 6.º

#### Direitos reconhecidos:

- A. GARANTIAS PROCESSUAIS:
  - a. **Igualdade de armas** (apresentação de provas; inquirição de testemunha,..)
    - Contraditório (acusação e defesa poderem ter conhecimento das alegações ou elementos de prova da outra parte)
    - Motivação das decisões judiciais (visa dar a conhecer às partes que foram ouvidas e contribuir para que aceitem a decisão)
    - Direito a guardar silêncio, não contribuir para a sua incriminação.
    - Uso de provas proibidas:
  - B. **Publicidade do processo**
  - C. **Prazo razoável**: princípios (equilíbrio entre celeridade e boa administração da justiça – caso *Boddaert c. Bélgica*, de 12.10.1992, §39) e critérios (complexidade da causa, comportamento das partes e das autoridades judiciais e o «enjeu» do litígio (caso *Abdoella c. Países Baixos*, 25.11.1992, §24)

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. Caracterização tópica do processo equitativo (Cont.)

### B. GARANTIAS ESPECÍFICAS:

#### 1. Presunção de inocência:

- (ónus da prova da acusação, de facto e de direito) – n.º 2.
- Declarações nefastas (autoridades judiciais – *Neratinni c. Grécia*, 18.12.2008, §23, públicas (*Allet de Ribemont c. França*, de 10.2.1995, §36) e comunicação social (*Kuzmin c. Rússia*, de 18.3.2010, §62);
- Recusa de reembolso de custas e despesas (não violação) – caso *Lutz c. Alemanha*, acórdão de 25.8.1987, §§58-64.

#### 2. Direitos de defesa (n.º 3) garantia do processo equitativo

- Receber informações sobre a acusação, a requalificação dos factos, que deve ser detalhada, analisada em conjunto com o disposto na al. b)-
- Dispor de tempo adequado, tendo em atenção a “natureza do processo, a sua complexidade e a sua fase processual”, facultar as facilidades necessárias, incluindo a consulta com advogado;”
- Defender-se a si mesmo (al. c) – Ac. STJ de 20.11.2014, P. 7/14.0TAVRS.S1; TEDH caso *Correia de Matos c. Portugal*, acórdão de 4.4.2018; *Decisão de 15.11.2001*, Comité de Direitos Humanos da ONU, *constatação de 28.03.2006*, proferida na comunicação n.º 1123/2002;

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

Inquirir testemunhas (conceito autónomo, engloba esforço para fazer aparecer testemunha, motivar decisão de recusa,

## 2. Caracterização tópica do processo equitativo (Cont.)

### ARTIGO 6.º

#### Direito a assistência gratuita de intérprete:

*Caso Ozturk c. Alemanha* – “le droit protégé par l’article 6 § 3 e) comporte, pour quiconque ne parle ou ne comprend pas la langue employée à l’audience, le droit d’être assisté gratuitement d’un interprète sans pouvoir se voir réclamer après coup le paiement des frais résultant de cette assistance. »

### ARTIGO 8.º

#### Proteção do domicílio:

*Caso Buck c. Alemanha*, acórdão de 28.4.2005, §52:

«(...) les Etats peuvent fort bien estimer nécessaire, aux fins d'une prévention spéciale et générale, de recourir à des mesures telles que autrement les auteurs de ces dernières. Toutefois, au vu de la gravité de l'atteinte portée par ces mesures au droit au respect du domicile de la personne concernée, il doit être clairement établi que le principe de proportionnalité a été observé.»

Ver também caso *DEBÚT Zrt. e Outros c. Hungria*, Decisão de 20.11.2012.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

### 3. Contraordenações e *Ne bis in idem* – Art. 4.º Protocolo n.º 7 CEDH

#### Artigo 4.º

(Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez)

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.
2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afetar o resultado do julgamento.
3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15.º da Convenção.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

### 3. Contraordenações e *Ne bis in idem* – Art. 4.º Protocolo n.º 7 CEDH

#### Portugal formulou Declaração:

«Por "infração penal" e "infração", no sentido dos artigos 2.º e 4.º do Protocolo, Portugal só compreende os factos que constituam infração penal segundo o seu direito.»

#### Validade de declaração e reserva:

Caso *Grande Stevens c. Itália*, acórdão de 4.3.2014, §207:

O Tribunal reitera que, para ser válida, uma reserva deve preencher as seguintes condições:

- (1) deve ser feita no momento em que a Convenção for assinada ou ratificada;
- (2) deve relacionar-se com leis específicas em vigor no momento da ratificação;
- (3) não deve ser uma reserva de carácter geral;
- (4) deve conter uma breve declaração da lei em causa.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

### 3. Contraordenações e *Ne bis in idem* – Art. 4.º Protocolo n.º 7 CEDH

- Norma só se aplica ao processo penal;
- Não impede que uma pessoa possa ser perseguida por infração criminal e por infração de outra natureza (contraordenacional ou disciplinar);
- Processo penal: são aplicáveis os mesmos princípios que para a caracterização de «acusação em matéria penal» de acordo com os critérios enunciados no caso *Engel e outros c. Países Baixos*:
  - Caso *Serguei Zolotoukhine c. Rússia* [GC], acórdão de 10.2.2009 §53;
  - Caso *Menarini c. Itália*, acórdão de 27.9.2011;
  - Caso *Grande Stevens e outros c. Itália*, acórdão de 4.3.2014;
  - Caso *A e B c. Noruega* [GC], acórdão de 15.11.2016 (processos mistos)
- Conceito de “mesmos factos”: «deve concentrar o seu exame nos factos constituindo um conjunto de circunstâncias factuais concretas envolvendo o mesmo autor e indissolúvelmente ligadas no tempo e no espaço, cuja existência deve ser demonstrada para que uma condenação possa ser pronunciada ou que um processo criminal pode ser instituído (*Serguei Zolotoukhine c. Rússia*, §§ 83-84); *A e B c. Noruega*..., §§108-134;

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

### 4. CASO MENARINI DIAGNOSTICS SRL C. ITÁLIA - acórdão de 27.9.2011

#### a. Factos do caso

- i. A empresa MENARINI comercializava numerosos testes de diagnóstico de diabetes;
- ii. A Autoridade italiana de regulação da concorrência (AGCM) instaurou investigação por práticas anticoncorrenciais, por ter entrado num acordo de fixação de preços;
- iii. AGCM – autoridade de regulação da concorrência italiana - impõe sanção pecuniária de €6 000 000 (sanção deve ser dissuasora);
- iv. MENARINI recorre para Tribunal administrativo (TAR), contestando a decisão, os factos e o valor da coima. Exceciona inconstitucionalidade pela não admissão do controlo jurisdicional pleno dos factos;
- v. TAR rejeita o recurso por só ter controlo de legalidade; tinha controlo completo sobre a valorização dos factos e a aplicação da sanção, mas estava limitado pela qualificação jurídica efetuada pela AGCM, podendo apenas avaliar a legalidade do ato.
- vi. Quanto à sanção:
  - a. Juiz não pode impor sua apreciação à AGCM;
  - b. Só pode impor as normas identificadas, sem as poder substituir;
  - c. Não pode modificar as características do inquérito, nem a decisão.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

#### 4. CASO MENARINI DIAGNOSTICS SRL C. ITÁLIA - acórdão de 27.9.2011

##### a. Factos do caso (Cont.)

- vii. O Conselho de Estado (CE) afastou a alegação de que o TAR, ao limitar-se ao controlo de legalidade não analisara o comportamento da requerente, que a sanção era ilegal, e que o sistema nacional italiano das jurisdições administrativas não era de plena jurisdição;
- viii. Disse o CE que apesar do controlo de legalidade, o juiz podia analisar e avaliar as provas recolhidas pela AGCM; o juiz, mesmo em caso de poder discricionário da administração, em que não se pode substituir à AGCM, pode verificar se foi feito uso adequado desses poderes; quanto à sanção, o controlo era de plena jurisdição, podendo o TAR substituí-la;
- ix. Interposto recurso em cassação, o Supremo Tribunal confirmou a decisão do CE, afirmando que, no caso das decisões da AGCM, o controlo efetuado pelos tribunais administrativos é de plena jurisdição porque o juiz pode verificar os factos na base da sanção.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

#### 4. CASO MENARINI DIAGNOSTICS SRL C. ITÁLIA - acórdão de 27.9.2011

##### b. Questões jurídicas

###### i. Aplicabilidade do artigo 6.º (âmbito penal)

Tribunal respondeu afirmativamente, pelo carácter penal da multa (§§42-44);

###### ii. *Acesso a tribunal, de plena jurisdição, e reexame judiciário, pretensamente incompleto da decisão da AGCM.*

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

**4. CASO MENARINI DIAGNOSTICS SRL C. ITÁLIA** - acórdão de 27.9.2011**b. Questões jurídicas (Cont.)**

*Acesso a tribunal, de plena jurisdição, e reexame judiciário, pretensamente incompleto da decisão da AGCM. Tribunal refere:*

- a. *Autoridade administrativa (AA) pode impor sanções (essa missão não é incompatível com CEDH)- §59;*
- b. *Não reunindo a AI as condições do ART6, deve permitir-se um controlo judiciário, de plena jurisdição, podendo “reformular”, de facto e de direito, a decisão do órgão inferior (Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi - §59)*
- c. *Tribunal deve reunir os requisitos exigidos pelo ART6/1 (§§60-61).*

*Neste caso:*

- a. *As jurisdições administrativas analisaram as diversas alegações de facto e de direito da requerente; além disso, em caso de poder discricionário, apesar de o juiz não se poder substituir à AA, pode verificar se a Administração fez uso devido dos seus poderes (§63)*
- b. *A competência das jurisdições administrativas não era limitado a um controlo de legalidade (§64);*

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

- c. *TAR e Conselho de Estado analisaram a adequação da sanção, e têm-lhe podido alterar (§65).*

**4. CASO A E B C. NORUEGA** - acórdão de 15.11.2016**A. NON BIS IN IDEM**

- O caso respeita a dois contribuintes, A e B, processados e punidos administrativa e criminalmente pela mesma infração de evasão fiscal.
- Sancionados fiscalmente foram depois condenados a um ano de prisão, a título de sanção penal.
- Na queixa apresentada ao TEDH, insurgem-se por terem sido sancionados administrativa e penalmente pelos mesmos factos, em violação do artigo 4.º do Protocolo n.º 7 (direito de não ser punido ou julgado duas vezes).
- TEDH faz uma resenha da sua jurisprudência em matéria de processos mistos (administrativos e penais), antes e depois do caso *Serguei Zolotoukhine*, no qual se estabeleceu que para saber se os processos são os mesmos importa atender aos factos (§84), mas este caso não responde às situações em que os processos não se repetem mas são «combinados e integrados de modo a formar um todo coerente» (§111).

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

#### 4. CASO A E B C. NORUEGA - acórdão de 15.11.2016

##### A. *NON BIS IN IDEM* (CONT.)

- No caso, os procedimentos administrativos e penais foram conduzidos paralelamente e entrelaçados, tendo os factos estabelecidos num deles sido repetidos no outro; e, quanto à proporcionalidade da sentença, a sanção penal levou em conta o aumento de impostos;
- Apesar de neste caso terem sido aplicadas sanções diferentes, por duas autoridades diferentes e em processos diferentes, o TEDH considera que existe, no entanto, entre si, uma ligação material e temporal suficientemente próxima para as considerar como dentro do mecanismo de penalidade previsto pela lei norueguesa;
- TEDH conclui, por maioria (seis contra um), pela não violação do artigo 4.º do Protocolo n.º 7, por nenhum dos requerentes ter sido «penalmente julgado ou punido (...) por motivo de infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva.»

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

II JORNADAS DO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

MUITO OBRIGADO

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

29

**II JORNADAS DO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO**

---

JOÃO MANUEL DA SILVA MIGUEL

Juiz conselheiro  
*Diretor do Centro de Estudos Judiciários*

joao.m.miguel@mail.cej.mj.pt

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

31

### Vídeo da apresentação



Direito

DATA JURIS JUSTIÇA

45:47

**A Reforma do Direito d...**  
As Garantias Fundamentais do Direit...

João Manuel da Silva Miguel (Juiz Conse...)  
3 Visualizações

CC BY

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2oemsb95r4/html5.html?locale=pt>

Título:

**A Reforma do Direito das Contraordenações - II Jornadas  
Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-38-4

Série: Caderno especial

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

[cej@mail.cej.mi.pt](mailto:cej@mail.cej.mi.pt)