



SARA MARGARIDA VIEIRA

**A FIXAÇÃO DA MEDIDA DA COIMA POR REFERÊNCIA AO MONTANTE
MÁXIMO DE 10% DO VOLUME DE NEGÓCIOS TOTAL, A NÍVEL MUNDIAL,
NO REGIME JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA**

Reflexão sobre os impactos na observância dos princípios de direito sancionatório público

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito, na especialidade de
Direito Público

Orientador:

Professor Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Professor da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa

Março de 2023



SARA MARGARIDA VIEIRA

**A FIXAÇÃO DA MEDIDA DA COIMA POR REFERÊNCIA AO MONTANTE
MÁXIMO DE 10% DO VOLUME DE NEGÓCIOS TOTAL, A NÍVEL MUNDIAL,
NO REGIME JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA**

Reflexão sobre os impactos na observância dos princípios de direito sancionatório público

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito, na especialidade de
Direito Público

Orientador:

Professor Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Professor da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa

Março de 2023

Declaração de compromisso anti plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão devidamente referenciadas.

Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 15 de março de 2023

Sara Margarida Vieira

Declaração do n.º de caracteres

Declaro que o corpo da presente dissertação, incluindo notas e espaços ocupa um total de 148 544 (cento e quarenta e oito mil quinhentos e quarenta e quatro) caracteres.

Aos meus pais,

Zita e Mateus

Agradecimentos

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto, por ter assumido a orientação da presente dissertação com total disponibilidade, dedicação e paciência, e por ter transmitido observações e recomendações valiosas ao longo de todo o trabalho.

Aos meus irmãos, Joana e João, cujos exemplos sigo com admiração, e ao Gonçalo, companheiro de todas as horas, agradeço o apoio inesgotável com que diariamente me presenteiam.

Modo de citar

As referências bibliográficas são citadas em nota de rodapé.

Sempre que a obra citada corresponda a uma monografia, a mesma é citada uma primeira vez indicando-se o nome do autor, título, edição, local, editora, ano e número(s) da página citada. A citação de uma parte ou contribuição em monografias é feita indicando-se o nome do autor, título da parte, nome do autor principal/coordenador, título da obra, edição, local, editora, ano e número da página citada.

Os artigos de um periódico são citados indicando-se o nome do autor, título, revista, volume, ano, número da página citada.

A citação de documentos eletrónicos é feita por referência ao nome do autor, título da contribuição, nome do coordenador (se aplicável), título da publicação, local, editora, ano, número da página citada e ao *link*.

A partir da segunda citação, esta passa a ser feita por remissão, referindo-se o nome do autor, início do título, Ob. Cit., número da página citada.

A citação da jurisprudência do Tribunal Constitucional é efetuada indicando-se o tribunal, número do acórdão, data, número do processo, nome do relator, *in (link)*. A citação da jurisprudência dos tribunais comuns e administrativos e fiscais é efetuada indicando-se o tribunal, data, número do processo, nome do relator, *in (link)*.

A bibliografia final compreende a referência completa de cada uma das obras citadas e consultadas, em conformidade com o disposto nas Normas Portuguesas n.º 405-1 e 405-4 do Instituto Português da Qualidade.

Esta dissertação é redigida em língua portuguesa e segue o novo acordo ortográfico, com exceção das citações de autores que utilizam o antigo acordo ortográfico, que se reproduzem tal qual o autor a tenha redigido.

Lista de abreviaturas

AdC	–	Autoridade da Concorrência
ANAC	–	Autoridade Nacional da Aviação Civil
CdVM	–	Código dos Valores Mobiliários
Cf.	–	Conferir
Cit.	–	Citada
CMVM	–	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CRP	–	Constituição da República Portuguesa
Diretiva	–	Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018
DMOS	–	Direito de mera ordenação social
ERC	–	Entidade Reguladora da Comunicação
ERSAR	–	Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos
ERSE	–	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
Linhas de Orientação	–	Linhas de orientação sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º, n.º 8, da lei n.º 19/2012, de 8 de maio
Ob.	–	Obra
OWiG	–	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten de 24 de Maio de 1968
P.	–	Página
Pp.	–	Páginas
RGCO	–	Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82 de 27 de outubro, na versão atualmente em vigor
RJC	–	Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na versão atualmente em vigor
Ss.	–	Seguintes
STA	–	Supremo Tribunal Administrativo
TC	–	Tribunal Constitucional
TCAS	–	Tribunal Central Administrativo Sul
TCS	–	Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

TRC	–	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	–	Tribunal da Relação de Lisboa
UE	–	União Europeia
Vol.	–	Volume

Resumo

O presente trabalho analisa a fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC. Partindo desta norma do RJC, leva-se a cabo uma reflexão sobre os impactos na observância dos princípios de direito sancionatório público. Encontramos hoje legislação contraordenacional em vários sectores da economia, de que é exemplo o previsto no RJC. Este regime elenca critérios para a determinação da coima distintos daqueles do RGCO, estatuidando como montante máximo da coima o montante de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela Adc (com o limite do valor que resultaria tendo por referência o valor correspondente ao ano anterior ao da infração). O direito contraordenacional admite a existência de molduras sancionatórias de limites afastados. Porém, enquanto direito sancionatório público, deve respeitar os princípios do Estado de Direito democrático, da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e proteção da confiança e da separação de poderes. A prática tem mostrado que a AdC dá primazia à capacidade de pagar (conferida pelo volume de negócios) para determinar a contraordenação aplicável, fator que é externo à conduta ilícita, preterindo a ponderação dos restantes critérios, por exemplo a gravidade da infração, a sua duração e a culpa do agente. Esta consideração, associada à ausência de termos objetivos que concorram para a segurança jurídica da norma, como sejam a existência de um sistema de sanções graduáveis e de Linhas de Orientação que se debrucem sobre o procedimento até ao momento de decisão da coima, põe em causa a observância dos princípios constitucionais, que se mostram feridos pela falta de previsibilidade dos atos de poder.

Palavras-chave: Infração jus concorrencial; montante máximo da coima; volume de negócios; empresa; culpa; contraordenação; prevenção geral; prevenção especial; autoridade da concorrência; Regime Jurídico da Concorrência; Linhas de Orientação; princípio da legalidade; princípio da igualdade; princípio da proporcionalidade; princípio da separação de poderes; princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Abstract

This paper analyses the determination of the amount of the fine by reference to the maximum amount of 10% of the total worldwide turnover in the year immediately preceding the final decision issued by the AdC. Based on this provision of the RJC, a reflection is carried out on the impacts on the observance of the principles of public sanctioning law. This regime sets out the criteria for determining the fine which are different from those of the RGCO, establishing as the maximum amount of the fine the amount of 10% of the total worldwide turnover made in the year immediately preceding the final decision issued by the AdC (with the limit of the amount which would result having as a reference the amount corresponding to the year preceding that of the infringement). The administrative offence law admits the existence of sanctioning frameworks with distant limits. However, as a public sanctioning law, it must respect the principles of the democratic rule of law, legality, equality, proportionality, legal certainty and the protection of confidence and the separation of powers. Experience has shown that the AdC gives precedence to the ability to pay (conferred by the turnover) to determine the administrative sanctions framework, a factor that is external to the illicit conduct, neglecting the consideration of the remaining criteria, such as the gravity of the infraction, its duration and the fault of the agent. This consideration, associated with the absence of objective terms that contribute to the legal certainty of the legal provision, such as the existence of a system of gradable sanctions and guidelines that address the proceedings up to the moment the fine is decided, calls into question the observance of constitutional principles, which are harmed by the lack of predictability of state authority acts.

Keywords: Competition law infringements; maximum amount of the fine; turnover; undertakings; guilt; administrative sanctions; general prevention; special prevention; principle of legality; Portuguese competition authority; Portuguese Competition Act; Guidelines; principle of equality; principle of proportionality; principle of separation of powers; principle of legal security and the protection of legitimate expectations.

Introdução

O direito das contraordenações está consagrado entre nós desde o final dos anos setenta, tendo a sua aplicação se tornado efetiva em 1982, com a publicação do RGCO. Desde então, este ramo do direito sancionatório público tem vindo a consolidar-se no ordenamento jurídico português, tendo a sua evolução resultado no aparecimento de quadros contraordenacionais dispersos por vários setores da economia, com terminologia não uniforme e soluções jurídicas distintas das estabelecidas pelo RGCO.

O desenvolvimento de direito das contraordenações deve-se a um conjunto de fatores entre os quais se destacam as transformações político-sociais e económicas vividas na Europa no movimento liberalizador. Além disso, contribuem também para a sua evolução as exigências relacionadas com as finalidades das coimas em áreas transversais da economia, que obrigam a uma cada vez maior pormenorização e adequação técnica das soluções sancionatórias vigentes.

Neste âmbito, ainda que o RGCO seja subsidiariamente aplicável a todos os regimes especiais de contraordenações, quer na vertente substantiva, quer na vertente processual, os regimes legais sectoriais definem quadros contraordenacionais distintos do fixado no RGCO, que estabelecem regimes completos que dispensam quase totalmente o recurso aos preceitos do RGCO. Aliás, assiste-se muitas vezes à consagração de regimes incompatíveis com o RGCO, nomeadamente no que se refere ao montante máximo da coima aplicável.

Um exemplo de um regime contraordenacional distinto do RGCO é o estabelecido no RJC, que define que a determinação do montante máximo da coima delimita-se tendo por base o volume de negócios total, a nível mundial, realizado pela empresa (ou associação de empresas) infratora(s) no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC, com o limite do valor correspondente ao volume de negócios do ano económico anterior ao ano da infração.

Este limite máximo, além de estar em total desacordo com o montante máximo da moldura contraordenacional desenhado pelo RGCO, que estabelece que o montante máximo da coima aplicável a pessoas coletivas é de 44.891,81€, leva a que sejam aplicadas coimas de montantes distintos às empresas que desrespeitaram a mesma infração às regras da concorrência, em função da sua situação económica num determinado momento, e, em última análise, faz com que o Estado não puna de igual modo condutas idênticas, pondo em crise vários princípios do Estado de Direito: o princípio da legalidade na vertente da previsão

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

da sanção e na vertente da determinabilidade da sanção, o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da separação de poderes e o princípio da segurança jurídica.

Com a presente dissertação pretendemos refletir sobre se o quadro legal infraconstitucional descrito no RJC que consagra a determinação da medida da coima por referência ao volume de negócios da empresa está em conformidade com os princípios de direito sancionatório público.

Para o efeito, começaremos por apresentar uma resenha do advento do direito das contraordenações em Portugal, passando à enunciação das finalidades de prevenção geral e especial das coimas no âmbito contraordenacional. Em seguida, serão examinados os critérios de determinação da medida concreta da coima elencados no RGCO e analisado o regime contraordenacional especial descrito no RJC, nomeadamente as divergências deste em relação ao regime geral. Por último, será considerada a correlação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório público através da análise da jurisprudência relevante.

O advento do direito das contraordenações: do direito bagatelar de mera ordenação social à importância qualitativa e quantitativa das contraordenações

I. O advento do direito das contraordenações: do direito bagatelar de mera ordenação social à importância qualitativa e quantitativa das contraordenações

O fim da Segunda Guerra Mundial está intimamente ligado ao surgimento do Estado intervencionista. Impulsionado pela crise económica do pós-guerra, o Estado reiventou-se como direto prestador de serviços, competindo-lhe recuperar os diversos domínios da economia que haviam sido profundamente abalados por aquele conflito, recuperação que os cidadãos reclamavam e da qual o crescimento das sociedades dependia. Surgiu desta forma o Estado de *welfare*, ao qual pertencia a tarefa de promover as finalidades sociais essenciais à vivência e convivência dos cidadãos na sociedade do pós-guerra, entre as quais se incluíam a implementação e manutenção dos serviços públicos essenciais.¹

No contexto do novo paradigma social, e tendo em conta a experiência da eficácia preventiva que o sistema sancionatório repressivo havia demonstrado alcançar, o modelo de Estado dirigista e intervencionista repercutiu um pouco por todo o direito sancionatório a tendência de criminalizar condutas que não assumiam dignidade penal suficiente para serem incluídas no direito criminal, e que em nada beliscavam os interesses que a legislação penal clássica visava proteger.

Assistia-se ao fenómeno da hipercriminalização, que, ao contrário do que se previa, redundou na degradação do direito penal, que começou a ser identificado pelos destinatários das normas como bagatelar. Quanto a tal constatação, referiu Eduardo Correia que “*Face a uma tal confusão de normas e de sanções, chega a dizer-se que os homens acabam por pensar ou concluir que, já que tudo é criminalmente proibido, tudo passa afinal a ser permitido*”.²

¹ O Estado passa, nas palavras de Vieira de Andrade, “ (...) *para uma intervenção social activa e intensa (...)*.” JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5.^a ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018, p. 25. Também sobre a génese do direito contraordenacional, vide JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das contra-ordenações*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 19, “ (...) *crecente intervencionismo do Estado, que se verificou a partir do fim do primeiro quartel do séc. XX, por força de uma conjugação de factores, em que avultam, por um lado, a implantação de concepções sociais ou mesmo socialistas (e, portanto, também, dirigistas) da sociedade e, por conseguinte, do Estado (qualquer que fosse o seu enquadramento ideológico). A tendência naturalmente sentida foi a de engrandecimento da Administração, (...)*”.

² Nestes termos, EDUARDO CORREIA, “Direito penal e direito de mera ordenação social”, in EDUARDO CORREIA, *et. al.*, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários – Vol. I – Problemas Gerais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 6 e 7 e, no mesmo sentido, JORGE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in EDUARDO CORREIA, *et. al.*, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários – Vol. I – Problemas Gerais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, .p. 21: “*Apresentando-se as penas como medidas coativas dotadas de particular efetividade, inscreveu-se um pouco por toda a parte a tendência para ameaçar com elas a violação de zonas cada vez mais alargadas da*

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

De facto, ao invés do que o legislador à época perspetivava, o aumento patológico do âmbito das condutas punidas pelo direito penal não conduziu a resultados satisfatórios do ponto de vista da prevenção, nem mesmo da repressão da criminalidade, mas, ao invés, à “hipertrofia do direito criminal”.³

Tornou-se assim premente edificar um adequado ordenamento sancionatório, capaz de, por um lado, mobilizar os recursos disponíveis para a prevenção da criminalidade mais grave, e, por outro, proteger os interesses que não tinham a dignidade penal, mas que careciam de proteção através de uma adequada política social, que se devia encaixar no exercício do poder punitivo estatal.

Se, por um lado, existia a necessidade de adequar o sistema sancionatório, por outro o Estado estava gradualmente a retirar-se da economia, nomeadamente nas áreas de fornecimento de serviços e produtos, atividades económicas até então reservadas ao sector público, e que de forma progressiva foram sendo privatizadas.

Foi, pois, em face da crescente complexidade do quadro legislativo do estado social que o direito das contraordenações floresceu enquanto realização da visão do direito penal como *ultima ratio*⁴, assistindo-se a uma multiplicação de normas e regimes contraordenacionais indispensáveis para a eficiente regulação e funcionamento da sociedade, capazes de proteger determinados bens jurídicos através da aplicação de sanções pecuniárias.

Portugal assistia lentamente a uma Europa em passo rápido para a consolidação do direito contraordenacional no seio da política sancionatória pública. Entre nós, e em única

ordem jurídica e para as fazer intervir onde e sempre que se julgava necessário revestir os imperativos estaduais, mesmo os de carácter administrativo, de uma particular força de vigência. Numa palavra: o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social – e deu assim ênfase ao fenómeno da hipercriminalização.”; no mesmo sentido, cf., entre outros, ANTÓNIO BEÇA PEREIRA, Regime geral das contraordenações e coimas: anotação ao decreto-lei nº 433/82, de 27 de outubro, Coimbra: Almedina, 2022, p.8.

³ A expressão é de EDUARDO CORREIA, em “Direito Penal...”, Ob. Cit., p. 5.

⁴ O direito das contraordenações é uma das mais importantes manifestações do movimento da descriminalização, que desde então se continua a intensificar, assumindo presença nas mais variadas áreas. Nesse sentido, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento...” Ob. Cit., p. 19: “O movimento de descriminalização (...) deve surgir como o pano de fundo, direi melhor: como o horizonte de compreensão dentro do qual se projeta e ganha exata dimensão a problemática do ilícito de mera ordenação social.”.

O advento do direito das contraordenações: do direito bagatela de mera ordenação social à importância qualitativa e quantitativa das contraordenações

voz, Eduardo Correia cogitava a introdução no ordenamento jurídico português do paradigma alemão das contraordenações.^{5 6}

No entanto, o mencionado projeto não passou disso mesmo até ao pós Estado Novo, altura em que a instauração de um sistema político de matriz democrática estabeleceu as condições necessárias para levar adiante a reforma penal e contraordenacional de que o sistema jurídico português tanto carecia.

O projeto de Eduardo Correia cumpriu o propósito de reforma que se aguardava, constituindo um significativo avanço em relação à ciência criminal instituída na época. Avançou-se para a cisão do direito das contraordenações do direito penal clássico, através do Decreto-Lei n.º 232/79, de 27 de julho, que procurou introduzir no sistema jurídico português o regime geral das contraordenações. Instituir o ilícito de mera ordenação social representava, na expressão do preâmbulo do diploma, “(...) *uma consequência da confluência de duas ordens de fatores: a superação definitiva do modelo do Estado liberal, por um lado, e o conhecido movimento de descriminalização, por outro.*”

Este diploma eliminava a categoria das contravenções puníveis com pena de multa⁷, convertendo-as em contraordenações, e incumbia a Administração da aplicação automática das sanções nele previstas, o que implicaria alterações na atividade e organização de vários serviços da Administração, para o que precisariam de adaptar-se. Assim, por via do Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de outubro, foi praticamente paralisada a aplicação do Decreto-Lei n.º 232/79, que ficou desprovido de eficácia, tendo sido transformado numa mera lei-quadro das contraordenações.

Só em 1982 foi publicado o regime geral das contraordenações implementado pelo RGCO, diploma ainda hoje em vigor. O regime, calcado da lei geral das contraordenações alemã⁸, prevê um conjunto de regras substantivas e processuais para a aplicação de sanções

⁵ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento...” Ob. Cit., pp. 19 a 33. No contexto da reforma global do sistema sancionatório português, Eduardo Correia, enquanto Ministro da Justiça, ficou incumbido pela elaboração do projeto do Código Penal Português, tendo, em 1963, publicado a “parte geral” do código, e, em 1966, a “parte especial”.

⁶ Para o aprofundamento da história do direito das contraordenações, numa abordagem das premissas do século XVIII até à atualidade, AUGUSTO SILVA DIAS/RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contra-ordenações*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023, pp. 13 a 68.

⁷ Sobre as contravenções, figura ascendente à das contraordenações, vide NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contraordenações: da cisão à convergência material*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2016, pp. 113 a 144.

⁸ Instituída na OWiG de 1968, foi Eberhard Schmidt um dos principais doutrinadores do direito contraordenacional atual. Sobre o seu contributo para o desenvolvimento da teoria, cf. NUNO BRANDÃO, *Crimes...* Ob. Cit., p. 21 e ss.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência pelas autoridades administrativas, que vão desde a admoestação, à aplicação de coimas e sanções acessórias.⁹

Desde a sua entrada em vigor, o RGCO foi objeto de algumas revisões que o aproximaram aos princípios e institutos do Direito Penal, sobretudo aquelas introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro, e n.º 109/2001, de 24 de dezembro, que dizem respeito ao reforço das garantias dos arguidos. Apesar da autonomização do direito contraordenacional em relação ao direito penal, é inquestionável a pertença de ambos ao grande ramo de direito sancionatório público.¹⁰

Através da 2.ª revisão constitucional aprovada pela Lei n.º 1/89, de 8 de julho, o direito das contraordenações obteve consagração constitucional no n.º 10 do artigo 32.º da CRP, passando aí a prever-se a aplicação das garantias de direito criminal aos visados em processos de contraordenação, embora numa “*fórmula minimalista*”.¹¹ Embora a letra da lei seja simplista, a realidade da prática administrativa e a jurisprudência demonstram a aplicação ao direito contraordenacional não só das garantias processuais consagradas na CRP como também as conferidas pelos princípios de direito sancionatório, e, de forma mais lata, dos princípios fundamentais do Estado de Direito. Além do mais, o RGCO elege, de modo subsidiário, nos seus artigos 32.º e 41.º, n.º 1, os preceitos reguladores do direito penal e direito processual, resultando assim demonstrada a aproximação existente entre estes ramos do direito sancionatório público.

No regime prefigurado por Eduardo Correia, o ilícito de (mera) ordenação social dedicar-se-ia a uma função de mera advertência, punindo “(…) *condutas de pequena gravidade, que não ofendem as conceções morais-sociais básicas da comunidade, mas visavam sobretudo a disciplina externa da sua vida diária* (...)”¹², o que explicava a aplicação de coimas tão bagatelares quanto as bagatelas que as normas se destinavam a tutelar.

⁹ Vide o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, na redação atual, em especial, os artigos 17.º e ss.

¹⁰ Sobre a conexão do direito sancionatório público com o direito penal e com o direito processual penal veja-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE com a colaboração de GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2.ª ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022, p. 25.

¹¹ A expressão é de NUNO BRANDÃO, *Crimes...* pp. 873.

¹² Neste sentido, JORGE FIGUEIREDO DIAS, em “Sobre as “grandes contraordenações””, in JOSÉ DE FARIA COSTA *et. al.*, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I, Coimbra: Universidade de Coimbra e Instituto Jurídico, 2017, p. 474.

O advento do direito das contraordenações: do direito bagatelar de mera ordenação social à importância qualitativa e quantitativa das contraordenações

Porém, a realidade de hoje alterou-se consideravelmente, e o campo de ação do direito contraordenacional avolumou-se a par com a alteração do paradigma socioeconómico de cada época. As sanções ditadas pelo direito das contraordenações deixaram hoje de ser de mera admonição, passando a prescrever-se coimas de valores elevados, que protegem valores fundamentais da vida pessoal e social. Neste sentido, o próprio legislador afirmou que “(...) *compreensivelmente, não pode o direito de mera ordenação social continuar a ser olhado como um direito de bagatelas penais*”.¹³ Na verdade, é consensual que atualmente cabe ao direito das contraordenações a tutela de interesses económicos complexos e vitais, o que faz através da prescrição de sanções principais e acessórias, sendo numerosos os regimes contraordenacionais sectoriais dispersos num sem número de diplomas legais.¹⁴

Como é bom de ver, o direito das contraordenações assume uma cada vez maior importância, abrangendo mais domínios e prescrevendo sanções de assinalável gravidade, designadamente coimas de valores muito altos, que contradizem o carácter bagatelar clássico das sanções contraordenacionais.¹⁵

A tramitação do procedimento contraordenacional é muitas vezes competência das diferentes autoridades administrativas independentes, ou autoridades reguladoras, que, num primeiro momento, surgiram no contexto de associação à liberalização dos serviços de interesse económico geral. Posteriormente, as autoridades reguladoras conheceram uma ampliação: deixaram de circunscrever-se aos domínios clássicos e passaram a um amplo perfil que admite a regulação de tipo sectorial e uma regulação do tipo transversal, a primeira dirigindo-se a um sector específico da atividade económica, com carácter *ex ante*, e a última com regulação *ex post*, após haver notícia de uma possível infração.¹⁶

¹³ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro, que procedeu à revisão do RGCO.

¹⁴ Acompanhamos TIAGO LOPES DE AZEVEDO, “(...) *não é tarefa fácil (senão impossível) encontrar alguma área de atividade em que o direito contraordenacional não marque presença, cada uma munida de elementos sancionatórios (contraordenacionais) quanto baste.*” in *Da subsidiariedade no direito das contraordenações: Problemas, críticas e sugestões práticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 64.

¹⁵ A título de exemplo, encontramos hoje regimes contraordenacionais em áreas de intervenção como o direito dos valores mobiliários (*vide* o Código de Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro, na redação atualmente em vigor), do ambiente (*vide* a Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, aprovada pela Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto, na redação atualmente em vigor), da economia (*vide* o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro, na redação atualmente em vigor) e da concorrência (*vide* o Novo RJC, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na redação atualmente em vigor), que, de forma completa, preveem todo o regime contraordenacional e prescrevem coimas de montantes mais gravosos do que aqueles estabelecidos no RGCO.

¹⁶ A ideia que aqui expomos foi desta forma apresentada por NUNO BRANDÃO, “O direito contraordenacional económico na era da regulação”, in FLÁVIA NOVRESA LOUREIRO (coord.), *A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada: atas da Conferência Internacional*, , Braga:

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

O surgimento destas autoridades administrativas independentes é fruto do modelo norte-americano das agências reguladoras.¹⁷ Estas autoridades reguladoras¹⁸ concentram manifestações típicas dos três poderes tradicionais do Estado: os poderes de criação de normas, de controlo e vigilância, e de sancionamento. Quanto à sua legitimidade, o artigo 267.º, n.º 3 da CRP, introduzido na quarta revisão constitucional, admitiu a sua criação. Entre outras, são exemplos de autoridades reguladoras em Portugal a CMVM, a AdC, a ERSE, a ERC, a ANAC, a ERSAR.

No caso específico da concorrência, esta é, como o próprio nome indica, avessa a regulação. Por outro lado, porém, é um dos vetores da economia contemporânea que acarreta preservação e salvaguarda, especialmente na tutela de interesses ou valores essenciais à vida em sociedade de que são exemplo a proteção da competitividade dos mercados, a confiança dos agentes económicos e dos consumidores no livre funcionamento da concorrência, isto é, na promoção do equilíbrio e na transparência das relações entre agentes económicos.¹⁹

Por esse motivo, consagrou-se o RJC, diploma aplicado pela AdC que procura tutelar a concorrência numa regulação *ex post* da atividade e o comportamento do agente face ao bloco normativo através da abertura de processos de contraordenação ou de supervisão se os elementos referidos nas denúncias que lhe forem transmitidas assim o determinarem.

A multiplicação de regimes que hoje coexistem no nosso ordenamento jurídico sancionatório deve-se, assim, à experiência de eficácia da regulação das contraordenações e à necessidade social e económica da previsão de um quadro sancionatório aplicável aos vários setores da economia.

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CH), 2017, pp. 96 a 99, *in* https://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2018/02/A_protecao_dos_DH_face-a-criminal_eco_gl_vELETR_comp.pdf.

¹⁷ Num enfoque pormenorizado sobre o modelo introduzido pela comunidade europeia, *vide* NUNO BRANDÃO, “O direito...”, Ob. Cit., pp. 93 a 95.

¹⁸ O espírito regulatório originário do contexto de estado liberal expressou-se não apenas no alargamento do número de entidades reguladoras como nos termos em que estas foram moldadas, passando as autoridades administrativas independentes a designar-se por “autoridades reguladoras”.

¹⁹ Acerca da identificação do bem jurídico tutelado pelos tipos legais que condenam as práticas restritivas da concorrência, cf. o acórdão do TRL, de 11 de março de 2015, proferido no processo n.º 204/13.6YUSTR.L1, Relator: Carlos Almeida, *in* www.dgsi.pt: “*Trata-se, a nosso ver, de um bem jurídico supraindividual que se pode caracterizar como sendo a «concorrência eficaz fundada em preocupações de eficiência económica», «elemento da democracia económica, ingrediente indispensável da democracia política». Esse bem jurídico intermédio, tal como outros da mesma natureza, «não pode estar ao serviço do bom funcionamento [do sistema] em si mesmo, mas apenas daqueles aspectos que podem afectar o cidadão», no caso, o bem-estar do consumidor. Assim, e não obstante a sua natureza supraindividual, constitui uma tutela antecipada de bens jurídicos de natureza pessoal.*” Para uma compreensão dos fundamentos da defesa da concorrência, *vide* MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, pp. 124 a 145.

II. A coima à ordem das finalidades de prevenção geral e especial

A mera determinação de punição de uma conduta desconforme com o quadro legal aplicável realiza desde logo fins de prevenção geral e especial, protegendo bens jurídicos.²⁰

Por banda das teorias de prevenção geral negativa, a coima funciona como exemplo: um modelo que evita que a generalidades dos membros da comunidade tome o comportamento infrator como paradigma da conduta, através da observação do prejuízo que a sanção causa ao agente, e dissuade aqueles que planeavam desobedecer à norma, intimando-os. É o denominado “medo das sanções”, que é suficiente para que os agentes ponderem as consequências que resultam da prática do facto punível, demovendo-os dessa prática.

Além disso, a coima tem também uma vertente da prevenção geral positiva ou de integração, servindo a sanção de mecanismo de interpelação social: alerta a comunidade para a importância dos valores preteridos com a prática da contraordenação, tornando evidente a relevância da salvaguarda dos bens jurídicos protegidos pelas normas. A sanção exerce, portanto, uma função pedagógica, dirigida à interiorização dos bens jurídicos por cada agente, e ao “*restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada*”.²¹

Sob o ponto de vista das finalidades de prevenção especial, a coima destina-se à neutralização e dissuasão do infrator ao comportamento punível – o que realiza fins de prevenção especial negativa, ao mesmo tempo que procura incutir no arguido uma consciencialização da importância dos valores que preteriu anteriormente, para que a partir daí este proceda em harmonia com as regras jurídicas estabelecidas, cumprindo, nessa ótica, finalidades de prevenção especial positiva.

²⁰ Bem jurídico, segundo JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 308, “é definido como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.” Reconhecemos a diferença entre o critério do bem jurídico no âmbito do direito penal e no direito contraordenacional, que resulta desde logo do princípio da subsidiariedade do segundo em relação ao primeiro. Em direito penal, o bem jurídico é assumido pela consciência ético-social como fundamentais à vida comunitária e à realização pessoal individual. Já no âmbito contraordenacional, os bens jurídicos protegidos não são essenciais às exigências mínimas da vida pessoal e em comunidade, mas, ainda assim, merecem tutela pela danosidade que a sua prática pode causar.

²¹ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, Ob. Cit., p.79.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

Ao contrário do que sucede no direito penal *stricto sensu*, julgamos incontroverso que no direito contraordenacional as doutrinas de prevenção especial positiva não visam “*a reintegração do agente na sociedade*”, conforme determina o artigo 40.º do Código Penal.²²

Por um lado, não se poderá dizer que o agente que pratica um facto contraordenacional se considera perigoso ou com personalidade deformada, nem tão pouco que tenha necessidades de (re)socialização como aquelas que as sanções penais procuram alcançar. Contudo, é indiscutível que a aplicação de uma sanção neutraliza a disposição do agente infrator em reincidir na violação da norma de dever, o que trará benefícios à sociedade, especialmente se o risco criado com o ato ilícito tiver resultado em consequências negativas para a comunidade. Nesse sentido, resulta claro que a coima assume funções de prevenção especial negativa, de proteção da sociedade perante um agente cuja ação ilícita lesou toda a comunidade.

Discordamos da visão restritiva de Augusto Silva Dias e Rui Soares Pereira, quando estes autores expõem que a coima tem essencialmente finalidades de prevenção geral: “(...) *elas [as finalidades da coima] são basicamente de duas espécies: o restabelecimento da expectativa normativa violada pela infração; a difusão das mensagens de que o projeto ilícito não vingou (função reafirmativa-expressiva da coima) e de que o infrator não beneficiou das vantagens patrimoniais ou económicas que almejava alcançar (função confiscatória da coima) (...). Não encontramos na coima potencialidades para prosseguir a ressocialização do infrator ou para combater situações de associalidade ou de anti-socialidade, fins que correspondem respetivamente às dimensões positiva e negativa da prevenção especial. Ambos os objetivos estão, por definição, fora do alcance funcional e político-sancionatório do Direito das Contraordenações*”.²³

Na perspetiva de admitir o sentido de prevenção especial negativo da coima, escreve Jorge Figueiredo Dias, que “(...) *as finalidades da coima são em larga medida estranhas a sentidos positivos de prevenção especial ou de (re)socialização*”.²⁴

Em idêntico entendimento, Paulo Pinto de Albuquerque e Gabriel Mateus de Albuquerque esclarecem que a coima desempenha uma função de prevenção geral negativa

²² Sobre esta disposição legal introduzida na reforma de 1995 do Código Penal que versa sobre as finalidades das penas e das medidas de segurança, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal – sobre os fundamentos da doutrina penal - sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 155 e 156.

²³ AUGUSTO SILVA DIAS/RUI SOARES PEREIRA, *Direito... Ob. Cit.*, pp. 205 e 206.

²⁴ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Temas... Ob. Cit.*, p. 135.

e de prevenção especial negativa, não referindo os sentidos de prevenção especial positiva.

²⁵ O acórdão do TRC de 15 de março de 2019, citando Paulo Pinto de Albuquerque, refere também os fins de prevenção negativa (geral e especial) da coima.²⁶

No sentido de aplicabilidade das finalidades de prevenção geral e especial, veja-se Alexandra Vilela, quando afirma que “(...) *a prova de que a necessidade de prevenção especial e geral está presente no direito de mera ordenação social reside no facto de o artigo 18.º, n.º 1, do RGCO fazer apelo à culpa e à gravidade da contra-ordenação na tarefa de determinação da coima*”.²⁷

A par com a referida autora, entendemos que além das finalidades de prevenção geral são igualmente aplicáveis ao direito contraordenacional as finalidades de prevenção especial, uma vez que consideramos que a imposição de uma coima neutraliza e dissuade o agente da prática da contraordenação e, por outro lado, incute uma consciencialização da importância dos valores que com a sua ação preteriu, estes que podem encerrar uma danosidade social elevada, que extravasa a função de mera advertência social. Além disso, a aferição de tais sentidos tem a virtualidade de permitir que a autoridade administrativa concretize o montante concreto da coima a aplicar.

Também a AdC na aplicação de decisões sancionatórias²⁸ tem entendido pela aplicabilidade das teorias de prevenção especial na determinação da medida concreta da coima. Veja-se, a título de exemplo²⁹, a decisão condenatória no processo PRC/2018/5.³⁰

No referido processo, a autoridade administrativa fundamentou a determinação da sanção tanto em razões de prevenção geral: “*A prevenção geral é entendida como um instrumento de política sancionatória destinado a atuar sobre a generalidade dos membros*

²⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE com a colaboração de GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, Ob. Cit., pp. 112 e 113.

²⁶ Acórdão do TRC, de 15 de março de 2019, processo 1873/18.6T8VIS.C1, Relator: Paula Maria Roberto, *in* www.dgsi.pt.

²⁷ ALEXANDRA VILELA, *O direito de mera ordenação social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do direito penal clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 367.

²⁸ Através dos seus poderes sancionatórios, procura a AdC proteger bens jurídico-económicos vitais, que surgiram com o evoluir de setores chave da economia, e que com frequência transportam uma potencial danosidade difusa sobre toda ou parte considerável da comunidade.

²⁹ A título exemplificativo porque a alusão às finalidades de prevenção geral e prevenção especial é repetidamente efetuada pela AdC nas decisões finais condenatórias que emite.

³⁰ Cf. A decisão final do conselho de administração da AdC, de 2 de dezembro de 2020, PRC/2018/5, *in* www.concorrenca.pt. Nesta decisão a AdC impôs à MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. uma coima no montante de 84 milhões de euros por cartel com a NOWO – Communications, S.A. nos serviços de comunicações móveis e fixas, pelo menos entre 03 de janeiro de 2018 e 28 de novembro de 2018, e, a título de sanção acessória, a publicação de um extrato da decisão pela visada MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

da comunidade, afastando-os da prática de ilícitos, atuando em duas vertentes: através da manutenção ou reforço da confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos (prevenção geral positiva ou de integração), e através da intimidação causada à generalidade dos agentes, devido ao prejuízo que a sanção causa ao infrator e que os leva a abster-se da prática de factos puníveis (prevenção geral negativa ou de intimidação)”, como naquelas de prevenção especial: “A prevenção especial atua, quer ao nível da intimidação individual do agente para que este não repita o facto praticado (prevenção especial negativa), quer através da criação de condições para que este aja em harmonia com as regras jurídicas (prevenção especial positiva).”³¹

Da nossa parte, perfilhamos o entendimento de Alexandra Vilela, que tem sido igualmente reiterado pela autoridade administrativa nas suas decisões finais, uma vez que a aferição das necessidades de prevenção geral e especial da coima permitem concretizar o montante da sanção a aplicar. Salvo melhor opinião, o direito das contraordenações prossegue finalidades que também se reconduzem a fins de prevenção especial: de prevenção especial negativa, por um lado, através da dissuasão do comportamento punível, e, por outro, de prevenção especial positiva, com a introdução de consciencialização no agente da importância do bem jurídico preterido com a sua conduta.

Atentas as considerações efetuadas nos pontos anteriores da presente dissertação, percebemos, pois, que tal como no direito penal estrito também em direito contraordenacional são as exigências de prevenção que determinam a medida ótima de tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias que a coima protege, auxiliando para a determinação da medida concreta da coima, para a qual concorrem também os fatores relacionados com a prática ilícita elencados no artigo 18.º, n.º 1, do RGCO.

³¹ Cf. O ponto 21.1 da decisão final, em especial os parágrafos 1844 e 1846.

III. Os critérios de determinação da medida concreta da coima

Conforme acima referido, o legislador português orientou a disciplina de direito das contraordenações no ordenamento jurídico português pelo sistema alemão. Como tal, o artigo 18.º do RGCO tem como fonte a § 17 da OWiG alemã.

Nos termos do artigo 18.º, n.º 1, do RGCO, a medida da coima determina-se em função da gravidade da contraordenação, da culpa, da situação económica do agente, e do benefício económico que este retirou da prática da contraordenação.

1. Gravidade da contraordenação

A este respeito já se viu que a gravidade da contraordenação pode aferir-se diretamente da lei, de que é exemplo as contraordenações económicas, em que o legislador qualifica as contraordenações como leves, graves e muito grave, considerada a relevância dos bens jurídicos tutelados³², coexistindo também no nosso ordenamento jurídico regimes contraordenacionais que não definem os patamares de gravidade.

Em todos os casos, porém, o aplicador da norma terá de aferir a medida da coima aplicável ao caso concreto considerando, por um lado, a ilicitude “(...) *definida em função da maior ou menor desconformidade dos factos relativamente aos comandos derivados do ordenamento jurídico* (...)”³³, ao grau de dolo/negligência com que o agente incumpriu a norma de dever.³⁴

Quanto ao RJC, a gravidade da infração jus concorrencial é determinada casuisticamente, tendo em conta a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional, o grau de sofisticação da sua implementação, a relevância do sector económico em causa, entre outros aspetos que a autoridade administrativa poderá, no caso concreto, considerar relevante para a determinação do montante da coima, conforme *infra* demonstraremos.

³² Vide o artigo 17.º do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de agosto.

³³ ANTÓNIO BEÇA PEREIRA, *Regime...* Ob. Cit., p. 85.

³⁴ Abrangemos nos casos de incumprimento não só aqueles em que o agente incumpe a norma de dever como ainda os em que o agente conhece a proibição e a ignora deliberadamente. Sobre o regime do erro intelectual sobre a proibição no direito de mera ordenação social, vide FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários – Vol. I – Problemas Gerais*, EDUARDO CORREIA, et. al., Coimbra: Coimbra Editora, 1998, , pp. 256 e 257.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

2. Situação económica do arguido

Quanto ao requisito da situação económica do arguido, o aplicador do direito deve atender à concreta situação do agente para encontrar a medida concreta da coima: se o agente for pessoa singular, deverá considerar-se a sua profissão, a composição do agregado familiar, e demais características relativas aos seus dados pessoais que permitam determinar a sua situação económica; se se tratar de uma pessoa coletiva, deverá atender-se à situação concreta desta, nomeadamente aos dados contabilísticos que traduzam a sua realidade económica.

3. Benefício económico retirado com a prática da contraordenação

O parâmetro basilar de determinação do montante da coima é a perda do benefício económico que o agente tenha retirado da prática da infração.³⁵

No que se refere ao elemento objetivo do benefício económico obtido com a prática da contraordenação, o legislador português não acompanhou a OWiG alemã, que determina que a medida da coima possa ser elevada ao limite necessário para compensar o benefício económico resultante da infração.³⁶ Diversamente, o artigo 18.º, n.º 2 do RGCO “*previu um critério geral de determinação da medida da coima mais contido, fixando-se um limite para a elevação do limite máximo da coima*”.³⁷ A existência deste limite menos amplo tem por efeito fazer compensar a infração para o agente que a pratica nos casos em que o benefício económico resultante do ato ilícito é superior a um terço do limite máximo da coima legalmente estabelecido, uma vez que esse é o teto máximo que a lei prevê que o montante da coima pode atingir.

Encontramos nesta opção legislativa uma fragilidade, uma vez que a neutralização (total) do benefício obtido pelo arguido é (ou deveria ser) o objetivo primário da imposição da sanção. Não sendo, poderão surgir situações em que a coima aplicada é incapaz de eliminar o benefício que o infrator obteve com a prática da contraordenação, caso em que a

³⁵ A propósito, leia-se MARIA FERNANDA PALMA/PAULO OTERO, “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXVII – N.º 2, 1996, p. 562.

³⁶ Cf. § 17.º (4) da OWiG.

³⁷ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE com a colaboração de GABRIEL MATEUS DE ALBUEQUERQUE, *Comentário...*, Ob. Cit., pp. 112 a 114.

aplicação da norma perde naturalmente a sua utilidade e função, e coloca em causa a defesa dos valores que a norma visava proteger.³⁸

Parece-nos, porém, que a opção do legislador encontra fundamento na necessidade de conferir uma mínima determinabilidade à coima a aplicar, uma vez que a amplitude da medida da coima é, por natureza, grande. Foi através desta metodologia que o legislador tentou encontrar uma medida capaz de satisfazer o núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos em relação às normas contraordenacionais, olvidando, porém, a neutralização total do benefício económico retirado pelo arguido com a prática da contraordenação.

Na senda do que vimos sublinhando, na aplicação dos elementos objetivos há ainda que ponderar as finalidades de prevenção geral e especial de forma a ser encontrado o ponto ótimo do *quantum* da coima, capaz de satisfazer as suas diversas finalidades, e, portanto, a função de tutela de bens jurídicos.

4. Culpa

O RGCO identifica também o elemento objetivo da culpa como determinante para a decisão da medida da coima.

Para Augusto Silva Dias e Rui Soares Pereira, a culpa no âmbito contraordenacional decompõe-se, tal como no direito penal, em “(...) *imputação subjetiva, censura de culpa e critério da medida da coima.*”, com a diferença de que goza de maior flexibilidade do que aquela do plano do direito penal, uma vez que o parâmetro normativo das contraordenações é o “*papel social*”, ou seja, a existência de um padrão do sector de atividade em que o agente atua. Para o autor, a culpa analisa-se, do ponto de vista da imputação subjetiva, no “(...) *padrão de cuidado cujo incumprimento constitui o desvalor da ação* (...)”, e, no plano da censura, o que é censurável é ao incumprimento do dever: “(...) *desempenho defeituoso do papel, ou seja, o desvio relativamente ao procedimento-padrão no sector da atividade em causa.*” Quanto à medida da coima, denota-se no âmbito contraordenacional uma

³⁸ Defendendo a reforma do regime de perda de vantagens provenientes de ilícitos contraordenacionais, veja-se NUNO BRANDÃO, “As grandes contraordenações e os seus desafios actuais”, in *O Direito das Contraordenações nos tempos atuais – III Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2022, pp. 52 e 53, in https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Aw-eX5CdN_w%3D&portalid=30.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência relativização da culpa para a qual contribuem os outros critérios de determinação da medida, como sejam a apreensão dos benefícios da contraordenação.³⁹

Também para Nuno Brandão, “A *irrestrita subordinação da responsabilidade contraordenacional ao princípio jurídico-constitucional da culpa constitui condição mínima de compatibilidade do direito das contra-ordenações, como ordenamento sancionatório que é, à ideia de Estado de direito material*”.⁴⁰

No mesmo sentido vão Manuel Simas Santos e Jorge Lopes de Sousa, quando escrevem que a culpa é “*um dos princípios basilares do RGCO, à semelhança do que sucede com o Código Penal, reside na compreensão de que toda a sanção tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta, como desde logo pronuncia o artigo 8.º, ao dispor que só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.*” E continuam, “*Esse princípio da culpa significa não só que não há sanção sem culpa, mas também que a culpa decide da medida da sanção, ou seja, a culpa não constitui apenas o pressuposto-fundamento da validade da sanção, mas afirma-se também como limite máximo da mesma sanção (...)*”.⁴¹

Os citados autores entendem que o princípio da culpa desempenha no âmbito do direito das contraordenações um papel idêntico àquele do direito penal, isto é, ser fundamento e limite da pena aplicável, e ligam o princípio da culpa à necessidade de imputar-se o cometimento do facto ao arguido a título de dolo ou negligência.

Neste sentido também o acórdão do TRC, de 11 de março de 2009, no qual se assinalou que “*Determina o artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência. Quer isto dizer que um dos princípios basilares do direito contraordenacional é o princípio da culpa.*”⁴²

Parte da doutrina portuguesa advoga a perspectiva de que em direito contraordenacional a coima não tem um fim retributivo de culpa ética, ou seja, a ideia de censurabilidade que lhe é característica, mas, pelo contrário, forma-se num substrato

³⁹ AUGUSTO SILVA DIAS/RUI SOARES PEREIRA, *Direito...* Ob. Cit., pp. 78 a 80.

⁴⁰ NUNO BRANDÃO, *Crimes...* Ob. Cit. p. 913.

⁴¹ MANUEL SIMAS SANTOS e JORGE LOPES DE SOUSA, *Contra-ordenações, Anotações ao Regime Geral*, 6.ª ed., Lisboa: Áreas Editora, 2011, p. 188.

⁴² Acórdão do TRC, de 11 de março de 2009, processo n.º 529/08.2TBTMR.C1, Relator: Jorge Gonçalves, in www.dgsi.pt.

axiologicamente neutro no qual o elemento intelectual do dolo e da negligência surgem em moldes distintos dos que são próprios do direito penal. Isto é, a censurabilidade do comportamento está ínsita na imputação de um facto a um comportamento responsável do seu autor, e as coimas sancionam incumprimentos a normas de dever que podem ou não transportar qualquer valor ético ou moral.

Entre outros, pronunciou-se neste sentido o acórdão do TRC, de 13 de outubro de 2016, no qual decidiram os Juízes Desembargadores por unanimidade que “*enquanto a culpa penal comporta um juízo de censura ético-jurídica, a culpa no âmbito do direito contraordenacional corresponde a um juízo de censura de violação de um dever legal*”.⁴³

A fundamentação do acórdão é proferida com clara inspiração na doutrina de por Figueiredo Dias, que considera que a culpa, no direito das contraordenações não se trata “*(...) de uma culpa, como a jurídico-penal, baseada numa censura ética, dirigida à pessoa do agente e à sua atitude interna, mas apenas de uma imputação do facto à responsabilidade social do seu autor (...)*”⁴⁴. Ou seja, segundo o autor, no direito das contraordenações a conduta (ilícita) em si mesma é neutra, tornando-se ético-socialmente censurável quando ligada à proibição legal.

Inicialmente, o preâmbulo do diploma que instituiu o direito das contraordenações em Portugal (Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho), seguia a conceção de Eduardo Correia, ao considerar que as desobediências às normas contraordenacionais “*não revestiam da ressonância moral característica do direito penal*”.⁴⁵

Hoje, porém, o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro assinala uma “*desigual ressonância ética*”⁴⁶ entre os crimes e contraordenações, o que evidencia existir certa ressonância ética em alguma contraordenação prevista, como sejam, por exemplo, as contraordenações imputadas pela prática de infrações ambientais.

No sentido de admitir o conteúdo ético-social no direito das contraordenações, ainda que o foco seja a presença de um tal conteúdo mais vigoroso no âmbito criminal, veja-se o acórdão do TCAS, de 28 de maio de 2020, que, ao distinguir o direito penal do direito

⁴³ Acórdão do TRC, de 13 de outubro de 2016, processo n.º 2368/15.5T8CBR.C1, Relatora: Paula do Paço, *in* www.dgsi.pt.

⁴⁴ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento...” *Ob. Cit.*, p. 29.

⁴⁵ Por não ser o propósito da presente dissertação, não nos vamos aqui debruçar sobre as teorias qualitativas e quantitativas da relação entre o direito penal e o direito contraordenacional para cujo estudo remetemos para NUNO BRANDÃO, *Crimes...* *Ob. Cit.*, pp. 213 e 214.

⁴⁶ *Vide* o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência contraordenacional, refere que “(...) o conteúdo ético-social está mais presente na criminalização do que no ilícito contraordenacional (...)”.⁴⁷

Na doutrina, Alexandra Vilela defende a aptidão de o ilícito contraordenacional proteger bens jurídicos com dignidade penal. Desse ponto de partida, a autora considera que “(...) é possível ligar a prática da contra-ordenação ao desvalor ético-social e concatená-lo, à vez, com a dimensão de culpa enquanto ligada à personalidade do agente e à sua atitude interior de desrespeito, seja doloso, seja negligente, pelos bens jurídicos assim violados”, admitindo a falta de neutralidade sob o ponto de vista ético social das contraordenações.⁴⁸

A autora considera que coexistem dois tipos de contraordenações: o primeiro é marcado pela neutralidade axiológica, valendo nas contraordenações um princípio de culpa flexível. E o segundo – que se aplicará ao maior número de contraordenações, para “ (...) toda a ilicitude contra-ordenacional que se traduz em qualquer coisa mais do que a simples violação de regras de ordenação e promoção da ordenação social (...)” no qual deverá aplicar-se um princípio da culpa tal como no direito penal.⁴⁹

Pelo exposto, concordamos com a definição de culpa proposta por Augusto Silva Dias e Rui Soares Pereira, importando, no plano da ética, referir que o direito das contraordenações é diretamente fundamentável num plano ético-social e moral distinto daquele que é explícito no quadro legislativo do direito penal *stricto sensu*, numa harmonia entre contraordenações sem conteúdo ético-social, e aquelas outras com esse conteúdo. As primeiras ocasionadas pela proliferação de normas e regimes especiais que derogam o regime geral das contraordenações em numerosas áreas de atividade. Essas normas, de domínios técnicos ou específicos, não encontram, à partida, qualquer correspondência na consciência do cidadão comum, mas já se encaixam no subsistema em que se inserem e onde as questões deverão ser resolvidas.⁵⁰ Por esse motivo, a violação às mesmas é merecedora de um juízo de censura ético-jurídica, como aliás é notório pelas atividades para as quais as contraordenações estão previstas e pela cada vez mais grave magnitude das sanções contraordenacionais principais e acessórias impostas aos agentes infratores. Quanto aos tipos

⁴⁷ Acórdão do TCAS, de 28 de maio de 2020, processo n.º 1314/17.6BESNT, relator: Paulo Pereira Gouveia, in www.dgsi.pt.

⁴⁸ ALEXANDRA VILELA, *O direito*, pp. 564 e 565.

⁴⁹ ALEXANDRA VILELA, *O direito*, pp. 555 e 556.

⁵⁰ Nesse sentido, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “O ilícito...”, *Ob. Cit.*, p. 271.

Os critérios de determinação da medida concreta da coima

contraordenacionais com conteúdo ético-social, encontramos-os presentes em vários tipos contraordenacionais, como sejam aqueles prescritos para o domínio do ambiente.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

IV. As contraordenações no Regime Jurídico da Concorrência

Conforme já referido, é inequívoco que o RGCO perdeu, ao longo dos seus mais de 40 anos de vigência (e com poucas inovações significativas), a função central de “leiquadro”, perda que se atribui à falta de especialização dos seus imperativos legais e ao aparecimento de soluções especiais que se distanciaram das linhas traçadas pelo regime geral.⁵¹

Adiantámos também que o foco do nosso estudo é o regime sancionatório do RJC, que elenca um conjunto de elementos para a determinação da medida da coima distinto daquele previsto no RGCO estatuindo a aplicação de coimas de montantes com tetos máximos muitíssimo afastados dos previstos no RGCO.

O RJC identifica as práticas anti concorrenciais que constituem contraordenação punível com coima no artigo 68.º, prevendo como contraordenação os acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou com efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional; a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste; entre as demais práticas descritas no artigo 68.º e que aqui não identificaremos por não serem diretamente relevantes para o tema em análise neste trabalho.

Seria expectável que o RJC antecipasse uma fórmula de calculo da coima. Porém, não a encontramos na lei⁵², tendo, para o efeito, de recorrer às Linhas de Orientação, instrumento utilizado pela AdC como guia para aplicação das coimas. Encontramos no RJC apenas uma descrição, nas várias alíneas do artigo 69.º, n.º 1, de um elenco exemplificativo de critérios que a AdC pode considerar na determinação da medida da coima aplicável a uma concreta violação da concorrência, não os distinguindo como circunstâncias agravantes e atenuantes, nem os relaciona com um montante de base da coima, distanciando-se do regime geral instituído no RGCO, desde logo, pelo carácter aberto dos critérios descritos, que surgem em total contradição às regras constantes do regime geral.

⁵¹ Concordamos com FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, em “O ilícito...” Ob. Cit., p. 215, “Verificou-se entre nós na última década um alargamento das áreas de intervenção do Direito de Mera Ordenação Social a sectores para os quais este sistema sancionatório não foi pensado, em particular a circuitos económicos e tecnológicos complexos. Esta tendência – que não foi acompanhada por qualquer inovação no regime substantivo e processual adequada às novas realidades que foram sendo, entretanto, abrangidas por este ramo do Direito – originou no plano sancionatório um considerável agravamento dos montantes das coimas e um alargamento do leque de sanções acessórias aplicáveis”.

⁵² No mesmo sentido, PAULO DE SOUSA MENDES, *O sancionamento das práticas restritivas da concorrência*, Lisboa: Almedina, 2022, p. 67.

Para a determinação da medida da coima, o RJC identifica os critérios da (i) gravidade da infração (para a afetação da concorrência no mercado nacional), (ii) a natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração, (iii) a duração da infração; (iv) o grau de participação do visado na infração; (v) as vantagens de que haja beneficiado o agente em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas (requisito análogo ao benefício económico elencado no RGCO); (vi) o comportamento do visado na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência; (vii) a situação económica do agente; (viii) os antecedentes em matéria de infrações às regras da concorrência; (ix) a colaboração prestada à AdC até ao termo do procedimento contraordenacional.

Conforme se observa, o RJC vai além dos critérios estabelecidos no RGCO que enunciámos *supra*, prevendo outros tantos – e a título exemplificativo - que deverão considerar-se na determinação da medida concreta da coima, bem como praticamente todos os aspetos materiais e processuais do respetivo regime, separando-se totalmente do RGCO, que em matéria de direito da concorrência se tornou de aplicação residual.⁵³

É de sublinhar que o artigo 69.º, n.º 1, não menciona a culpa entre os nove critérios elencados para determinação da medida da coima. Aliás, a o RJC refere a culpa apenas a propósito das sanções acessórias. Ora, sendo a culpa, no direito contraordenacional, um dos critérios a atender na imputação subjetiva do facto contraordenacional ao agente, deveria constar do elenco – embora a descrição seja feita a título meramente ilustrativo - do artigo 69.º, n.º 1 do RJC.

É relevante observar-se o comentário ao artigo 69.º, quando, em relação ao princípio da culpa, se refere que este “*além de constituir um pressuposto e fundamento da sanção, ele constitui um limite máximo da própria sanção.*” E que o artigo 69.º, n.º 1, descreve “*um elenco exemplificativo das circunstâncias a ter em linha de conta (“nomeadamente”), aplicando-se cumulativamente o artigo 18.º do RGCO (...) que estipula que na determinação da coima há que considerar a culpa e a situação económica do agente (...).*”⁵⁴

Sendo, conforme dissemos, a listagem de critérios a observar na determinação da medida da coima do artigo 69.º, n.º 1, exemplificativa, analisaremos as decisões

⁵³ Ainda que o RGCO seja subsidiariamente aplicável ao RJC, conforme estabelecem os artigos 13.º, n.º 1, 59.º, n.º 2 e 87.º, n.º 2 do RJC, a sua aplicação é quase dispensável neste domínio.

⁵⁴ CARLOS BOTELHO MONIZ, *et. al.*, *Lei da Concorrência Anotada*, Lisboa: Almedina, 2016, p. 664.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência condenatórias proferidas pela AdC, de forma a apurar como é feita a alusão ao princípio da culpa.

De facto, a autoridade administrativa tem considerado o grau de culpa do infrator na determinação da medida da coima. A título de exemplo, veja-se a decisão condenatória da autoridade administrativa no processo PRC/2019/4⁵⁵, que culminou com a condenação das oito empresas visadas por acordo e/ou prática concertada para a repartição do mercado nacional da prestação de serviços de segurança e vigilância humana e a fixação do nível dos preços entre si, com o objeto de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência, com afetação do mercado de serviços de segurança e vigilância. No processo, a AdC menciona, no momento da apreciação jurídica do comportamento das empresas visadas, a apreciação da culpa das referidas entidades, aludindo ao artigo 9.º do RGCO (aplicável *ex vi* do artigo 13.º do RJC), e concluiu que as empresas visadas conheciam o carácter restritivo da concorrência do seu comportamento, tendo decidido, ainda assim, adotar o acordo e/ou prática concertada, verificando-se a sua adoção de forma livre, consciente e voluntária. A autoridade administrativa conclui, por fim, pela existência de dolo na prática do tipo legal de contraordenação previsto e punido no artigo 9.º do RJC, isto é, acordo e/ou prática concertada.⁵⁶

Encontramos um outro exemplo da prática uniforme seguida pela AdC de atenção ao critério da culpa para preenchimento do tipo subjetivo da infração no PRC/2017/6, no âmbito da qual a autoridade adotou uma decisão condenatória relativa à fixação de preços entre várias cadeias de supermercados, juntamente com um fornecedor comum, na qual a AdC concluiu que os agentes agiram com manifesta culpa, com plena consciência da ilicitude das condutas e sem incorrerem em qualquer erro.⁵⁷

Em ambos os processos mencionados, a AdC identifica o artigo 9.º do RGCO – que tal como no direito penal - alude ao erro não censurável que, tal como no direito penal, não exclui o dolo, mas apenas a culpa quando o erro não for censurável. Entendemos que outra técnica deveria ser seguida pela autoridade administrativa, nomeadamente a consideração do critério da culpa jurídico-contraordenacional em primeiro lugar como parâmetro determinante da medida da coima referido no artigo 69.º, n.º 1 do RJC e a ser tomado em consideração nesta determinação, que demarcaria, em obediência à dogmática do direito

⁵⁵ Versão não confidencial do PRC/2019/4 in www.concorrencia.pt.

⁵⁶ Cf. o parágrafo 18.4.1.2. da decisão final.

⁵⁷ Versão não confidencial do PRC/2017/6 in www.concorrencia.pt. Cf., especificamente, o capítulo IV.1.4.2.

contraordenacional geral, a imputação subjetiva do facto, censura da conduta e a medida da coima. Todavia a técnica utilizada pela autoridade administrativa é distinta: a AdC alude somente ao erro sobre a ilicitude, e parte desse exame para concluir sobre a existência de culpa, isto porque a inadmissibilidade legal da imputação de um facto desacompanhada do dolo ou da negligência é reveladora da eliminação da responsabilidade objetiva imposta pelo princípio da culpa, isto é, ninguém pode ser punido se não tiver culpa, ainda que se tenha produzido um dano.

Ainda que a alusão ao princípio da culpa seja relevante, a problemática que encontramos no RJC não diz respeito aos critérios elencados na lei, mas sim ao intervalo em que os critérios são tidos em consideração. Estamos de acordo com Pedro Caeiro quando escreve que “(...) a medida da sanção, resultando embora dos critérios enunciados no n.º 1 do art. 69.º, é determinada num intervalo que não se calcula em função do facto praticado, mas sim em função de uma capacidade de pagar que pode estar completamente desligada do facto. Deste modo, não é possível determinar correctamente, nessa moldura, o limite correspondente à culpa do facto, para lá do qual a sanção se mostra ilegítima”.⁵⁸

Efetivamente, a determinação da medida da coima no RJC atende ao volume de negócios realizado pelo conjunto de pessoas que integrem cada uma das empresas infratoras, ou pela associação de empresas infratoras (cf. o artigo 69.º, n.º 4 do RJC).

É importante sublinhar que na noção de empresa plasmada no RJC cabe qualquer entidade (pessoa singular ou coletiva) que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento, considerando-se uma única empresa o conjunto de entidades que, embora juridicamente distintas, constituam uma unidade económica, ou mantenham entre si laços de interdependência decorrentes, por exemplo, de uma participação maioritária no capital (cf. o artigo 3.º do RJC).⁵⁹

Ora, esta aceção utilizada na RJC conjugada com a norma do artigo 69.º, n.º 4 afigura-se problemática para a aplicação do princípio da culpa, pois leva a que a imputação da

⁵⁸ PEDRO CAEIRO, em “Punível com coima de até 10% de um montante qualquer: a inconstitucionalidade das normas sancionatórias do RJC, na parte em que (não) fixam um limite máximo para as coimas aplicáveis ao Abuso de posição dominante”, JOSÉ LOBO MOUTINHO (coord.), *et. al.*, in *Homenagem ao professor doutor Germano Marques da Silva*, Volume IV, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 2466.

⁵⁹ Num relevante estudo sobre o conceito de empresa ao nível da prática decisória da comissão e da jurisprudência europeia, veja-se PAULO DE SOUSA MENDES, *O sancionamento...* Ob. Cit., pp. 13 a 17, e ainda MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito...* Ob. Cit., pp. 243 a 246 e em relação às associações de empresas e grupos de sociedade (e responsabilidade por infrações), veja-se, em especial, as pp. 259 a 267.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência contraordenação possa ser dirigida a uma sociedade que poderá não ter estado envolvida na prática da infração pela qual se vê acusada, violando desta forma o princípio da culpa empregue no direito sancionatório público, que, conforme nesta sede já aludimos, implica a existência de umnexo causal entre o autor e a prática da contraordenação.

Diga-se ainda, no que se refere ao montante máximo da coima, que o RJC estabelece a regra, mas não detalha como deve ser feita a sua aplicação. Nos termos do artigo 69.º, n.º 4 do RJC, o montante máximo da coima aplicável não pode exceder os 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC, podendo os membros do órgão de administração das empresas infratoras estar sujeitos à aplicação de uma coima até 10% do seu rendimento bruto anual (cf. o artigo 73.º, n.º 9 do RJC). Este regime aparece em total discrepância com o estabelecido no artigo 17.º, do RGCO, em especial no n.º 2, que prevê o montante máximo da coima aplicável às pessoas coletivas como sendo de 44.891,81€.

Importa recordar que apesar de o RGCO determinar especificamente o montante máximo, esclarece desde logo que este só vale “*se o contrário não resultar de lei*”, abrindo-se dessa forma a soluções legislativas diversas, entre as quais se inclui a estabelecida no RJC, que, aliás, e conforme enunciado acima, resulta de uma evolução do direito das contraordenações a par com a sociedade.

A disposição que hoje consta do n.º 4 do artigo 69.º foi inicialmente introduzida no artigo 69.º, n.º 2 do Novo Regime da Concorrência, instituído pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que estabelecia que a determinabilidade da moldura abstrata da coima se fazia por referência ao volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência.⁶⁰ Este critério fazia flutuar no tempo o valor máximo da coima a que o agente visado num procedimento contraordenacional estaria sujeito.⁶¹

⁶⁰ A norma que atende aos 10% do volume de negócios resultou claramente do Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, que marcou uma alteração histórica na forma como se aplica hoje o Direito da Concorrência da UE, permitindo a aplicação direta das regras de concorrência da UE.

⁶¹ O critério escolhido pelo RJC surgiu em sentido contrário àquele da anterior Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, que determinava que o montante máximo da coima a aplicar não poderia exceder 10% do volume de negócios no último ano, a jurisprudência, face à ambiguidade do texto normativo, entendeu como sendo aquele em que cessou a prática ilícita, interpretação que também para nós parece-nos ser a única compatível com os princípios de direito sancionatório público. Nesse sentido, cf. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2011, de 12 de julho de 2011, processo n.º 619/2010, Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral, *in* www.tribunalconstitucional.pt.

De facto, aceitar como montante máximo de determinação da moldura abstrata o volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC relegava a determinação da sanção aplicável para o momento em que a AdC proferisse a decisão no processo, critério que exprimia não só uma enorme volatilidade – o que violaria, desde logo, o princípio da legalidade da sanção –, como vinculava os termos da condenação ao momento em que a decisão fosse proferida pela autoridade administrativa, momento esse que estava geralmente já muito desfasado da realidade económica da empresa infratora em comparação com o momento da prática que justificou a condenação.

Não obstante as críticas expressamente reconhecidas pela jurisprudência em variados momentos de aplicação da norma, o momento relevante para determinar o montante máximo da coima foi mantido com a transposição da Diretiva. Os números 4 e 5 do artigo 69.º do RJC introduzidos pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto, atualmente em vigor, continuam a prever o volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória como sendo o momento relevante a atender. Estas normas refletem o disposto no n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva, que prevê que “*Os Estados-Membros asseguram que o montante máximo da coima que as autoridades nacionais da concorrência podem aplicar a cada empresa ou associação de empresas que tenha participado numa infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE não é inferior a 10% do volume de negócios global total da empresa ou associação de empresas no exercício anterior à decisão (...)*”. Daqui se compreende que o legislador europeu optou por manter a determinação da base de cálculo da coima atendendo ao exercício imediatamente anterior à decisão final da AdC.

Ainda que o legislador português tenha transposto para o ordenamento jurídico português a solução da diretiva, estabeleceu no artigo 69.º, n.º 7 do RJC que o limite máximo não pode ser superior ao que resultaria tendo por referência o valor correspondente ao ano económico anterior ao ano da infração. Ficam assim eliminadas as fragilidades que a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio fez surgir e, limitada a aplicação dos números 4 e 5 do artigo 69.º, introduzido pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto no que se refere ao momento relevante para determinação do montante da coima.

Quanto ao montante máximo da moldura contraordenacional, o legislador português optou por não transpôr para o nosso ordenamento jurídico a norma exatamente como a Diretiva expôs, desformando-a. O considerando 49 da Diretiva assinala que “*(...) o montante*

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência *máximo da coima aplicável é muito baixo. (...) o montante máximo da coima que pode ser imposto por cada infração (...) deverá ser estabelecido num nível não inferior a 10% do volume de negócios total, a nível global, da empresa em causa.*” Depois, o n.º 2 do artigo 15.º estabelece que o montante máximo da coima a aplicar a uma associação de empresas, *“(...) não pode ser inferior a 10% (...)”*. Numa decisão que consideramos mais consentânea com os princípios enformadores do Estado de direito democrático, o legislador português estabeleceu que o limite máximo do valor da coima é de 10% do volume de negócios, não indo além desta percentagem, como a Diretiva tencionava que fizesse.

A redação que o legislador escolheu manter evidencia a desnecessidade, na ótica do legislador português, de ir além da referida percentagem para encontrar o montante concreto da coima. A adicionar, os limites impostos pelo número 7 do artigo 69.º permitem salvaguardar uma maior determinabilidade da sanção, uma vez que o arguido sempre conhecerá o volume de negócios da empresa ou associação de empresas no ano anterior à prática da infração.

Atentas as considerações efetuadas, concordamos com a opção do legislador português em manter o limite máximo da coima inalterado relativamente ao que estabelecia já a lei anteriormente em vigor, bem como em optar por introduzir o limite máximo que não pode ser superior ao montante que resultaria tendo por referência o valor correspondente ao ano económico anterior ao ano da infração.

Porém, mesmo com o limite máximo conhecido, não deixa de parecer indeterminada a definição da coima numa moldura contraordenacional amplíssima. No sentido de esclarecer questões relevantes relacionadas com a aplicação de coimas no âmbito da legislação da concorrência pela AdC, o artigo 69.º, n.º 13 do RJC refere a adoção, pela AdC no âmbito dos seus poderes de regulamentação, de linhas de orientação que contenham a metodologia a utilizar para aplicação de coimas. Esta norma, introduzida no número 8 do artigo 69.º na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, teve como fundamento o cumprimento ao princípio da transparência e objetividade das decisões da AdC, o que se compreende através da análise ao regime contraordenacional do RJC, que não determina, com certezas, aspetos essenciais do regime, como seja a determinabilidade das coimas aplicáveis ao agente.

A motivação é patente no capítulo introdutório das Linhas de Orientação, que referencia, no parágrafo 2., a necessidade de adotar as referidas para assegurar consistência e uniformidade na aplicação das regras da concorrência no espaço da União Europeia, o que

contribui para o aumento da previsibilidade e, logo, da segurança jurídica, e ainda para asseverar o efeito dissuasório das sanções por infrações jus concorrenciais.

Do parágrafo 17 das Linhas de Orientação retiramos a fórmula para o cálculo do montante de base da coima, que corresponde a uma percentagem do volume de negócios relacionado com a infração, determinada em função da gravidade desta, multiplicada pelo número de anos da respetiva duração. As Linhas de Orientação referem [parágrafo 16, alíneas ii) e iii)] que o montante pode ser aumentado ou reduzido por efeito da verificação de circunstâncias agravantes ou atenuantes em relação ao agente, bem como em função das vantagens de que o visado pelo processo haja beneficiado em consequência da infração que sejam identificadas.

Note-se, porém, que as Linhas de Orientação não têm carácter normativo, pelo que a sua natureza vinculativa é, desde logo, de afastar. O documento configura apenas uma bengala justificativa adotada com vista a tornar transparente e objetiva a aplicação das coimas concretas pela AdC, isto é, conforma um guia de orientação para a autoridade administrativa⁶², que permite, na perspetiva do agente, o conhecimento por este da metodologia que a entidade administrativa empregará, possibilitando também, na fase de recurso, a sindicância pelo tribunal judicial da decisão da autoridade administrativa de forma mais objetiva, por referência às Linhas de Orientação.

Conforme referido antes, as Linhas de Orientação sublinham não ser sua finalidade a “(...) *determinação prévia das coimas concretas aplicáveis em cada caso, mas antes fornecer as informações necessárias à compreensão do método utilizado pela Autoridade da Concorrência na determinação dessas coimas*”⁶³, o que confirma a sua natureza meramente informativa e, na perspetiva do destinatário das normas, com utilidade diminuta, uma vez que a aplicação da metodologia constante das Linhas de Orientação confere uma orientação de índole geral, preservando o grau de amplitude para a AdC aplicar sanções aleatórias, encapotadas com a motivação de adaptar o montante das coimas às particularidades e exigências específicas de cada caso concreto.⁶⁴

⁶² No exercício de determinação da medida concreta da coima a AdC menciona considerar a metodologia constante das Linhas de Orientação nas decisões condenatórias que profere. Veja-se, como exemplo, as decisões nos processos com as referências: PRC/2019/4 e PRC/2022/01, ambos disponíveis em www.concorrenca.pt.

⁶³ Cf. o parágrafo 5 das Linhas de Orientação.

⁶⁴ No sentido de que as Linhas de Orientação são deficientes em acompanhar todo o processo de decisão da AdC, veja-se MIGUEL GORJÃO HENRIQUES (coord.), *et. al.*, *Lei da concorrência: Comentário*

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

Atendendo à alteração legislativa da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto, é presumível que as Linhas de Orientação sejam revistas e atualizadas, não se antevendo, porém, alterações significativas na metodologia seguida pela AdC na aplicação das coimas e, portanto, qualquer alteração para conferir maior determinabilidade às coimas.

Aqui chegados, o próximo Capítulo irá demonstrar qual a relação da moldura sancionatória configurada no regime contraordenacional do RJC com os princípios de direito sancionatório público.

Conimbricense, Coimbra: Almedina, 2013, p. 702: “(...) não se debruçam sobre todo o processo até ao momento de decisão a respeito da verificação da contraordenação e aplicação da respetiva coima”.

V. A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório

A panóplia de poderes sancionatórios públicos não se esgota com a punição penal. Também o direito contraordenacional faz parte do grande ramo de direito sancionatório público, executando um poder punitivo não penal. Também ele configura uma restrição relevante aos direitos fundamentais, e por esse motivo o bloco de fontes normativas de direito contraordenacional participa do núcleo de garantias asseguradas num Estado de Direito para os cidadãos relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade.⁶⁵

Não obstante, independentemente de os ilícitos penal e contraordenacional pertencerem ao grande ramo de direito sancionatório público, a natureza do ilícito contraordenacional não é idêntica à do ilícito jurídico-penal, na medida em que estamos perante sistemas de direito punitivo materialmente autónomos, alicerçados em planos ético-jurídicos distintos, que naturalmente não partilham do idêntico rigor da técnica legislativa utilizada em direito penal.

Além disso, por não se encontrar sistematizado na legislação, os regimes jurídicos contraordenacionais assumem configurações diferenciadas consoante a legislação em que se inserem, uma vez que salvaguardam interesses distintos que merecem um grau proteção igualmente diferenciada, o que resulta num distanciamento entre o grau de violação do dever legal pelos respetivos agentes bem como da sua situação económica, e impõe ao legislador a adoção de molduras contraordenacionais amplas e ajustáveis ao caso concreto.

⁶⁵ No sentido de que o DMOS se ordena assente no conjunto de garantias próprias do Estado de Direito, cf. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social”, in *Scientia Iuridica* – Tomo LXVI, n.º 344, Braga, 2017, p. 245.

Para uma análise jurisprudencial, cf. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 41/2004, de 14 de janeiro de 2004, processo n.º 375/2003, Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma, in www.tribunalconstitucional.pt, no qual se expôs o entendimento perfilhado pelo Tribunal: “*Está, porém, consolidado no pensamento constitucional que o direito sancionatório público, enquanto restrição relevante de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal, isto é, do núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos (...)*”. Cf. ainda o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 76/2016, de 3 de fevereiro de 2016, processo n.º 30/14, Relatora: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, in www.tribunalconstitucional.pt, “*(...) o facto de as contraordenações fazerem parte do poder punitivo estadual, cuja expressão máxima se encontra no direito penal, justifica que o seu regime jurídico seja influenciado pelos princípios e regras comuns a todo o direito sancionatório público. O direito de mera ordenação social é um direito sancionador, que permite à Administração participar no exercício do poder punitivo estadual, aplicando penalidades aos administrados, o que significa que esse direito e esse poder, enquanto emanção do jus puniendi, estão matizados pelos princípios e pelas regras “penais”. Por isso, há de admitir-se que os princípios constitucionais do direito penal possam influenciar os direitos sancionadores que derivam da mesma matriz.*”

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

Ainda que, pela sua natureza, o ordenamento sancionatório contraordenacional requeira a previsão de um quadro amplo de reações sancionatórias disperso por várias normas de regimes jurídicos distintos, tal não poderá traduzir-se na existência de um sistema de sanções indefinido e imprevisível, desprovido de racionalidade punitiva, com instrumentos de diminuição das garantias constitucionalmente consagradas de segurança e previsibilidade para o agente.

Pelo contrário, justifica-se a existência de garantias penais e administrativas para o agente visado pelos procedimentos ou processos que incluam o exercício de poderes sancionatórios, porque estes traduzem-se sempre em interferências punitivas do poder público com repercussões ablativas no património do infrator, e a determinabilidade das sanções não serve, nas palavras de Pedro Caeiro, “*para o agente se autodeterminar (essa é a função da norma de comportamento), mas sim – e muito justamente, (...) para proibir sanções aleatórias e arbitrárias.*”⁶⁶

Evidentemente, o respeito pelos princípios constitucionais que norteiam a ação de um Estado de direito democrático, isto é, das garantias de liberdade, igualdade e segurança dos cidadãos, expressão do princípio plasmado no artigo 2.º da CRP, que dispõe que “*A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.*”, deve ser observado em qualquer circunstância, mas especialmente no exercício da atividade sancionatória do Estado.⁶⁷

Exige-se que a função legislativa do Estado satisfaça exigências de certeza, compreensibilidade, razoabilidade, determinabilidade, estabilidade e previsibilidade.⁶⁸ Exige-se, portanto, que a norma de previsão contenha a identificação do bem jurídico e o essencial no que respeita à razão de censurabilidade da conduta (o que, em direito penal, se identifica como o desvalor da ação) e o dano social que se pretende evitar (o que equivale,

⁶⁶ PEDRO CAEIRO, “Punível com coima...” Ob. Cit., p. 2454.

⁶⁷ Também os princípios processuais da defesa e audição do arguido, corolários do princípio do contraditório, que se encontram constitucionalmente consagrados no artigo 32.º, n.º 10 da CRP, estão reconhecidos no artigo 50.º do RGCO. Sobre este tema, vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE com a colaboração de GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, Ob. Cit., pp. 255 a 264.

⁶⁸ Sobre o princípio do estado de direito democrático no exercício da função legislativa, vide JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2.ª ed. revista, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017, p.79.

A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório para o direito penal, ao desvalor do resultado), e que exista uma norma sancionatória que indique claramente quais são as sanções aplicáveis a cada infração tipificada.

Numa primeira aproximação, poderá pensar-se que os princípios elencados se satisfazem através da determinação legal dos limites máximos da sanção aplicável, uma vez que é este o limite da intervenção do Estado sobre os direitos individuais.

Porém, num olhar mais fino compreende-se que o facto de o “limite máximo” previsto na norma legal não estar definido *a priori*, coloca desde logo em causa o princípio da legalidade da sanção, impossibilitando o destinatário de conhecer antecipadamente as consequências sancionatórias que resultarão da sua conduta.

A capacidade económica da empresa (representada pelo seu volume de negócios) é o primeiro fator para estabelecer-se a moldura dentro da qual se determinará concretamente a sanção. Assim, coloca-se em prevalência o critério do volume de negócios para delimitar e determinar a coima, revelando uma construção do direito sancionatório muito próxima do direito sancionatório do agente, em contradição face aos princípios de direito sancionatório público.⁶⁹

Além disso, também o facto de a moldura sancionatória prever limites extraordinariamente amplos que, por isso mesmo, resultam indeterminados, compromete a previsibilidade da atuação da administração para o agente, que não conhece os critérios concretos que subjazem à determinação concreta da sanção.

Na vertente do princípio da igualdade, as infrações à concorrência são frequentemente praticadas em conluio por empresas ou grupos económicos distintos, que partilham posição influente em determinado mercado, e que acordam no exercício de determinada prática restritiva da concorrência. Nestes casos, em sede de procedimento e aplicação de sanção o critério que prescreve o montante máximo da coima é o mesmo, mas é diferente o montante concreto da coima que cada empresa suporta, ainda que os critérios relacionados com a prática ilícita sejam idênticos para as empresas arguidas. A prescrição de diferentes molduras abstratas da coima face à mesma infração jus concorrencial (em função do maior ou menor

⁶⁹ Sobre o entendimento de que os 10% do volume de negócios começaram por ser interpretados como cláusula de bloqueio, um limite externo à determinação de uma coima, passando, porém, em 2013, a seguir-se o entendimento de que uma tal percentagem representa o limite máximo da coima, consideração que tem sido também seguida entre nós, pela AdC e pelos tribunais, *vide* PEDRO CAEIRO, “Punível com coima...” Ob. Cit., pp. 2442.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência (volume de negócios mundial da empresa infratora), poderá conduzir, no caso concreto à violação do princípio da igualdade, conforme *infra* detalharemos.

No mesmo sentido, também o princípio da proporcionalidade se mostra ferido pela perda de ligação entre o facto ilícito e a sanção concretamente aplicada, o que resulta pela referência ao volume de negócios da empresa a nível mundial.

A previsão de uma grande amplitude da medida da coima afeta ainda o princípio da separação de poderes no sentido de transferir, para o aplicador do direito (que, na fase administrativa do procedimento contraordenacional por infração jus concorrencial, é a AdC), a fixação concreta do montante da coima, sem um quadro claro e objetivo de escalonamento das sanções.

Por tudo quanto se disse, julgamos que a solução adotada pelo RJC compromete a segurança jurídica, princípio que rege todas as relações jurídicas, que garante a previsibilidade na aplicação das leis e oferece o conjunto de condições aos cidadãos para conformarem a sua ação com certeza e confiança.

Feito este enquadramento, entendemos que a conformidade de qualquer regime sancionatório com o Estado de Direito exige um grau mínimo de previsibilidade e segurança jurídica. Caso contrário, poderá ficar comprometida a viabilidade constitucional do regime, conforme demonstraremos de seguida.

1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade consubstancia o fundamento e limite do exercício do poder sancionatório do Estado, e a efetivação deste princípio é condição de segurança e liberdade dos cidadãos face ao poder sancionatório do Estado.

A tutela reforçada está expressamente consagrada para a lei criminal no artigo 29.º da CRP, que consagra o princípio da legalidade penal. Para o direito contraordenacional substantivo, o RGCO prescreve, no seu artigo 2.º, que “*Só será punido como contraordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento*

A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório

da sua prática”, de onde se conclui que o diploma enuncia o princípio da legalidade na formulação clássica “*lex praevia, scripta, stricta e certa*”.⁷⁰

Tal sucede mesmo que as sanções contraordenacionais sejam “(...) *desprovidas da carga ética que se usa adscrever à intervenção penal (...)*” Uma vez que a condenação do Estado e a conseqüente aplicação de uma coima “(...) *revestem-se de um peso e de um significado negativos para a esfera pessoal do visado por si só suficientes para justificar que essa ação punitiva seja rodeada e condicionada pelo núcleo essencial de garantias instituídas pelo princípio constitucional da legalidade*”⁷¹.

Pois que ainda que as exigências de tipicidade se sintam em menor grau nos domínios sancionatórios distintos do direito penal, também no seio do direito contraordenacional deve prestar-se obediência ao princípio da legalidade na previsão da infração e da sanção, o que decorre dos artigos 2.º e 18.º, n.º 2 da CRP⁷², que prescrevem os pressupostos materiais de verificação obrigatória para que opere a restrição aos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidas, juntamente com o n.º 3, que enuncia os requisitos.⁷³

No sentido da aplicabilidade dos princípios da legalidade e tipicidade ao domínio contraordenacional, o acórdão do TC de 3 de março de 2014 declarou resultar da jurisprudência do TC que “(i) *embora tais princípios não valham “com o mesmo rigor” ou “com o mesmo grau de exigência” para o ilícito de mera ordenação social, eles valem “na sua ideia essencial”*; (ii) *aquilo em que consiste a sua ideia essencial outra coisa não é do que a garantia de proteção da confiança e da segurança jurídica que se extrai, desde logo, do princípio do Estado de direito*; (iii) *assim, a Constituição impõe “exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional” que só se cumprem se do regime legal for*

⁷⁰ Nesta linha, vide NUNO BRANDÃO, *Crimes...* Ob. Cit., p. 892: “*Igualmente em imediata consonância com a exigência de determinabilidade resultante do princípio constitucional da legalidade criminal (art. 29.º-1 da CRP), só é admissível uma responsabilização contra-ordenacional com base num acto normativo suficientemente determinado (arts. 1.º e 2.º do RGCO).*”

⁷¹ NUNO BRANDÃO, *Crimes...* Ob. Cit., p. 901.

⁷² Para uma análise mais completa, vide a anotação ao artigo 18.º da CRP em J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 379 a 396.

⁷³ Os requisitos materiais a observar são os seguintes: (i) que a restrição esteja expressamente prevista na CRP, (ii) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, (iii) que a restrição se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo, (iv) que a lei revista carácter geral e abstrato, (v) que a lei não tenha efeito retroativo nem diminua a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência *possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas como ainda antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito.*”⁷⁴

Encontramos o princípio da legalidade da sanção diversas vezes abordado na jurisprudência dos tribunais portugueses, designadamente no acórdão do TC de 14 de dezembro de 1994, aresto que julgou inconstitucional a norma do Regulamento Disciplinar aprovado pelo Decreto de 22 de fevereiro de 1913, que previa medidas que não permitiam, com precisão, identificar o tipo de comportamentos a que elas se podiam aplicar: *“Simplesmente, num Estado de Direito, nunca os cidadãos (...) podem ficar à mercê de puros actos de poder. (...) as normas legais têm que conter um mínimo de determinabilidade. Ou seja: hão-de revestir um grau de precisão tal que permita identificar o tipo de comportamentos capazes de induzir a inflicção dessa espécie de penas - o que se torna evidente, se se ponderar que, por força dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, elas só deverão aplicar-se às condutas cuja gravidade o justifique (cf. artigo 18º, nº 2, da Constituição).”*⁷⁵

Seguindo a linha de entendimento exposta, concluímos que se é certo que o princípio da legalidade no ramo contraordenacional é compatível com um certo grau de indeterminação⁷⁶, é também verdadeiro que a previsão da infração bem como da previsão da sanção deve ser feita de forma concreta pelo legislador, em obediência ao princípio da tipicidade, corolário da legalidade.

Em concreto, o regime jurídico sobre o qual incidimos a nossa análise contém a tipificação das práticas restritivas da concorrência que materializam contraordenações, consubstanciando previsões conhecidas dos destinatários e que obedecem por isso ao princípio da legalidade na vertente de previsão da infração.

Além da exigência de tipicidade da conduta proibida, o princípio da legalidade compreende também a vertente da proibição de previsão de sanções abstratas e indefinidas. Neste âmbito, impõe-se alguma determinabilidade dos tipos contraordenacionais, ainda que a demarcação legal da sanção se efetue através de molduras sancionatórias afastadas. O

⁷⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 201/2014, de 3 de março de 2014, Processo n.º 70/2012, Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral, *in* www.tribunalconstitucional.pt.

⁷⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 666/94, de 14 de dezembro de 1994, proferido no processo n.º 307/91, Relator: Conselheiro Messias Bento, *in* www.tribunalconstitucional.pt.

⁷⁶ Neste sentido, JORGE FIGUEIREDO DIAS, em “Sobre...” Ob. Cit., p. 479.

A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório agente deve conhecer não só a conduta proibida, como antecipar com segurança a sanção potencialmente aplicável ao correspondente comportamento ilícito.

Na esteira do acórdão do TC de 18 de outubro de 1995, o Tribunal, chamado a apreciar a constitucionalidade das normas que se continham no n.º 15 do artigo 670.º do CdVM, que fixava um limite máximo da coima aplicável às contraordenações que punia superior ao limite máximo estabelecido no RGCO, considerou que “(...) o princípio da legalidade das sanções, o princípio da culpa e, bem assim, o princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida valem, na sua ideia essencial, para todo o direito público sancionatório, maxime, para o domínio do direito de mera ordenação social.”⁷⁷

No mesmo aresto, dissentindo do juízo de não inconstitucionalidade formulado, assinalou o Conselheiro Luís Nunes de Almeida na sua declaração de voto, acerca da inconstitucionalidade material da norma, “(...) cabe ao legislador, para assegurar que o princípio da culpa não é postergado, mas que o princípio da legalidade não é também inteiramente sacrificado, determinar, em abstrato, os critérios definidores dos diversos patamares de culpa e fixar, para cada patamar, a sanção aplicável, no seu mínimo e no seu máximo. O que não se apresenta como admissível, é remeter para o juiz, sem a definição clara de critérios minimamente perceptíveis, a determinação das sanções aplicáveis e isso é o que acontece no caso sub judicio, dada a desproporção entre os limites mínimo e máximo.”

Noutro caso, o acórdão do TC de 7 de dezembro de 2001 julgou inconstitucional, por violação do princípio da legalidade da sanção, a norma do n.º 4 do artigo 670.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários. Estava em causa a amplitude sancionatória fixada pelo legislador, referindo o TC que os montantes muito elevados em causa, os benefícios colhidos pelos infratores, os prejuízos sofridos por outrem ou pelo próprio mercado, e a necessária possibilidade de atuar com rigor, prontidão e eficiência na punição das infrações cometidas não levam a aceitar necessariamente uma desproporção acentuada entre os limites mínimo e máximo das sanções, e que a aplicação dos critérios gerais de determinação da medida da coima, previstos no artigo 18.º do RGCO de que o legislador se pode servir para evitar violar

⁷⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 574/95, de 18 de outubro de 1995, processo n.º 357/94, Relator: Conselheiro Messias Bento, in www.tribunalconstitucional.pt.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência o princípio da determinação da sanção, “(...) *não reduz de modo significativo a insegurança dele* [de um quadro sancionatório de limites tão afastados] *resultante*”.⁷⁸

Concordamos com Pedro Caeiro quando refere que “*Se é verdade que a maior pormenorização dos critérios de aplicação das sanções reduz a discricionariedade do aplicador, aumentando as possibilidades de controlo, ela não reduz de modo algum o espectro onde os seus poderes se projectam, mantendo-se por isso, no essencial, a imprevisibilidade das sanções aplicáveis. (...)*” Por esse motivo, considera o autor que “(...) *mantém-se intocado, nas várias dimensões que examina e, em particular, no que diz respeito à irrelevância dos critérios de aplicação para compensar uma amplitude excessiva da moldura, bem como à impossibilidade de justificar tal excesso com a natureza dos bens e interesses protegidos*”.⁷⁹

Num outro prisma, relativamente ao momento de considerar o volume de negócios, a debilidade da solução implementada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio e que identificámos no Capítulo IV, *supra*, isto é, de considerar o volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória, foi repetidamente assinalada na jurisprudência portuguesa uma vez que surgiu em rutura com o critério vigente na legislação anterior, na Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.⁸⁰

Nesse sentido, o acórdão do TRL, de 11 de março de 2015 recusou a aplicação da norma que se extraía do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, por considerar que a excessiva amplitude da moldura sancionatória violava o princípio da legalidade, “(...) *a variação no tempo do valor máximo da coima ao sabor da evolução do mercado, da diligência da autoridade sancionadora e da própria complexidade do processo, como acontece no indicado preceito da lei de 2012, que mandou atender ao «exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da*

⁷⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 547/01, de 7 de dezembro de 2001, processo n.º 481/00, Relator: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, in www.tribunalconstitucional.pt.

⁷⁹ PEDRO CAEIRO, “Punível com coima...” Ob. Cit., p. 2459.

⁸⁰ Nesta, entendiam os Tribunais que o “último ano” a que se referia o artigo 43.º, n.º 1, teria “*que corresponder àquele em que cessou a prática ilícita*”, uma vez que aceitar uma interpretação segundo a qual os 10% do volume de negócios deveriam reportar-se ao exercício anterior à decisão da AdC faria com que “*o valor máximo da coima fosse variando no tempo ao sabor da evolução do mercado e da diligência da autoridade sancionadora, o que permitia a sua manipulação e era claramente violador do princípio da legalidade, consagrado no artigo 2.º do RGIMOS*” – cf. o acórdão do TRL, processo n.º 7251/2007-3, de 7 de novembro de 2007, in www.dgsi.pt.

A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório

*Concorrência», é violador do corolário do princípio da legalidade «nullum crimen, nulla poena, sine lege certa».*⁸¹

De facto, a utilização deste critério traduzia-se no detrimento do princípio da legalidade, por tornar muitas vezes impossível identificar uma relação direta entre a sanção e o benefício económico retirado da prática ilícita⁸², verificando-se também uma transferência de competências para a autoridade administrativa que aplica o Direito.

E, não obstante a opção do legislador europeu na elaboração da Diretiva tenha seguido o entendimento de que o momento relevante para aferir o volume de negócios que ditará o montante máximo da coima aplicável é o exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC, o legislador português estabeleceu uma válvula de escape do regime no n.º 7 do artigo 69.º, estabelecendo que da aplicação das regras definidas nos n.º 4 e 5 do mesmo artigo não pode resultar um valor máximo da coima superior ao que resultaria tendo por referência o valor correspondente ao ano económico anterior ao da infração. O legislador português anulou, desta forma, as fragilidades que a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio fez surgir e limitou o disposto nos números 4 e 5 do artigo 69.º, introduzido pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto. Veremos, porém, qual será a opinião da Comissão Europeia à introdução desta regra que se distancia das regras da Diretiva, contrapondo-se a estas.

Contudo, somos da opinião que se por um lado o critério confere maior determinabilidade à sanção, por outro não tem a virtualidade de igualar a coima ao benefício económico potencialmente adquirido pelo agente com a prática da infração, resultando numa sanção que não realiza cabalmente os fins de prevenção geral e especial. Na verdade, a prática restritiva resulta na obtenção de vantagens económicas que, na maior parte das situações, terão reflexo difuso e póstumo no volume de negócios da empresa, nomeadamente no ano da prática da infração, pelo que a determinação da coima tendo por referência o volume de negócios relativo ao ano anterior à prática restritiva certamente não refletirá por inteiro as vantagens obtidas pelo agente com a prática da infração às regras da concorrência.

⁸¹ Acórdão do TRL de 11 de março de 2015, processo n.º 204/13.6YUSTR.L1-3, in www.dgsi.pt. O acórdão seguiu o entendimento de JORGE FIGUEIREDO DIAS, que firmemente considera a aplicação integral do princípio *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa* a toda a matéria sancionatória. Vide JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre...” Ob. Cit., p. 479 e no mesmo sentido, NUNO BRANDÃO, *Crimes...* Ob. Cit., p. 891 e ss.

⁸² O benefício económico representa o limite mínimo do montante da coima a aplicar ao infrator. Entendimento que segue, entre outros, ANTÓNIO BEÇA PEREIRA, *Regime...* Ob. Cit., p. 87, “(...) a perda do benefício económico resultante do ato ilícito é um critério fundamental da determinação da medida da coima, pelo qual se pretende impedir que o infrator possa ter um incentivo para repetir a conduta ilícita (...)”.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

A expectativa reside agora na forma como a AdC aplicará o novo artigo 69.º, e, mais especificamente, como conjugará os números 4, 5 e 7 do referido artigo. Se, de facto, a AdC utilizar como limite superior da coima o valor máximo que resultaria tendo por referência o valor correspondente ao ano económico anterior ao ano da infração, ficarão minimizados os danos para o princípio da legalidade na vertente de determinabilidade da sanção no que se refere ao momento a considerar para aferir o limite máximo da coima. No entanto, manter-se-á a imprevisibilidade da sanção, que decorre da insegurança resultante de um quadro sancionatório com limites tão afastados e sem critérios definidos capazes de reduzir a discricionariedade do legislador, como seja um sistema de sanções graduáveis.

2. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade encontra-se consagrado no artigo 13.º da CRP, enquanto parâmetro jus fundamental do sistema constitucional. Naturalmente, uma vez que a atividade da administração se encontra subordinada à lei, também ela tem o dever de atuar conforme as normas e princípios constitucionais, e, portanto, deve respeito ao duplo conteúdo do princípio da igualdade em toda a sua atividade.

Na sua vertente negativa, o princípio da igualdade traduz-se na proibição de o Estado atuar de forma discriminatória sem fundamento material, com justificação em meras categorias subjetivas, obrigando, em termos positivos, a tratar de forma idêntica situações equivalentes. Nesse sentido, entre outros⁸³, veja-se Jorge Miranda e Rui Medeiros, “*O sentido primário da fórmula constitucional é negativo: consiste na vedação de privilégios e de discriminações. Privilégios são situações de vantagem não fundadas e discriminações situações de desvantagem. E quanto ao sentido positivo, (...) o sentido positivo do princípio da igualdade: (i) tratamento igual de situações iguais (...), (ii) tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador, (iii) tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação, (iv) tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir (...), (v) consideração do princípio*

⁸³ Vide, entre tantos, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV*, 5.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 286; J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...* Ob. Cit., pp. 333 a 350.

A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório não como uma “ilha”, antes como princípio a situar no âmbito dos padrões materiais da Constituição.”⁸⁴

O princípio da igualdade assume importância na análise aqui empreendida, uma vez que as normas do artigo 69.º, n.ºs 4 e 5 do RJC, não conferem garantias idênticas aos agentes que cometam a mesma infração à concorrência, ainda que, em termos teóricos, a igualdade perante a lei constitua fundamento de contestação da validade da norma, enquanto exigência decorrente da igual dignidade.

De facto, seguindo os ditames do princípio da igualdade, a sua aplicação no domínio sancionatório do direito da concorrência implicaria, para factos de igual gravidade, em que o infração à norma de dever é idêntica, bem como os restantes critérios que qualificam a conduta ilícita, que o montante da sanção aplicada fosse semelhante, e não oscilasse de forma tão discrepante quanto a volatilidade do patamar de 10% do volume de negócios realizado a nível mundial admite.

Bem pelo contrário, não é isso que o regime legal do RJC transmite. O facto de a determinação do montante da coima fazer-se com base no volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior ao da decisão condenatória da AdC no processo (ainda que com um valor máximo da coima correspondente ao ano económico anterior ao ano da infração), leva a que a prática do mesmo facto, por diferentes agentes, no mesmo momento, origine decisões díspares, por se alterar o montante máximo abstrato aplicável a cada agente. Do mesmo modo, a punição de empresas do mesmo grupo por um facto praticado somente por uma das empresas é paradigmática da violação do princípio da igualdade na sua vertente positiva. Pois se a situação das duas empresas é distinta, distinto deveria ser o procedimento contraordenacional – que, em muitos casos, deveria inclusivamente inexistir para as empresas que não participam na infração.

A título de exemplo, veja-se a decisão da AdC no processo de contraordenação PRC/2019/4⁸⁵, no qual a AdC concluiu que a infração vigorou pelo menos entre 05.02.2009 até 09.03.2020, e, embora estando em causa a mesma prática restritiva, condenou todas as visadas em coimas de montantes diferenciados, em conformidade com o critério plasmado no RJC. Nesse caso em concreto, o volume de negócios da visada Securitas – Serviços e Tecnologia de Segurança, S.A. foi calculado pela AdC em 103.310.970€, em que 10%

⁸⁴ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição... Ob. Cit.*, pp. 166 a 175.

⁸⁵ Aludimos já ao PRC/2019/4, *supra*.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência corresponde a 10.331.097€. Já para a visada Comansegur Segurança Privada, S.A., calculou-se um volume de negócios de 11.756,062€, em que 10% corresponde a 1.175.606€.

Na determinação do montante da coima, a AdC decidiu aplicar à primeira visada uma coima no montante de 10.131.000€ - que se encontra muito próximo do limite máximo dos 10% do volume de negócios da empresa -, e, à segunda visada, uma coima de 11.175.000€, apenas 606 mil euros abaixo do limite superior da moldura das coimas aplicável.

Estando em causa a violação do mesmo facto, e sendo o direito sancionatório orientado pela tipificação como contraordenação de determinados factos, o princípio da igualdade ditaria a aplicação de coimas de montante idêntico às empresas infratoras visadas no mesmo processo e cuja participação na infração foi qualificada como igual, justificável tendo em consideração que as necessidades de prevenção geral e especial seriam as mesmas.

A motivação subjacente à disparidade que pode resultar da determinação do limite máximo da coima atendendo ao volume de negócios individualmente a cada empresa/grupo económico é porque esse intervalo assegura que é tida em conta a situação particular e a proporcionalidade da coima. Até porque, como é notório, quanto mais robusta a posição de mercado da empresa infratora, é expectável que maior seja o dano causado por esta, e, como tal, as necessidades de prevenção sejam também elas distintas e maiores.

A fragilidade do critério reside nas dúvidas de inconstitucionalidade que dele emergem, uma vez que o limite máximo, ao agregar o volume de negócios a nível mundial de um grupo empresarial, passa a ter em conta volumes de negócios obtidos fora do território nacional, e revela-se desigual entre grupos empresariais que tenham uma dimensão multinacional e aqueles que atuam predominantemente (ou somente) em Portugal.

O critério estabelecido na lei implica a desconsideração do desvalor da ação, e a primazia ao volume de negócios da empresa infratora, isto é, a “pessoalização da sanção”. Atende-se às características do agente (e atendendo aos resultados mundiais da empresa), à capacidade de pagar, desprezando as características do facto praticado. Esta escolha conduz, em casos como o referido *supra*, à não observância do princípio da igualdade entre empresas que praticaram a mesma infração.

Conforme escreve Pedro Caeiro, “(...) a capacidade de pagar deve ser tomada em consideração no momento de determinação da coima. Porém, erigi-la em primeiro e decisivo factor para construir a moldura onde se determinará a sanção consitui (...) um

A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório

*tratamento desigual dos agentes, porque a identidade dos elementos que verdadeiramente justificam a restrição de direitos (os factos ilícitos, a culpa, e o benefício económico auferido) não se repercute numa identidade fundamental das sanções aplicáveis, que poderão variar muito, e aleatoriamente, em função da capacidade de pagar actual.*⁸⁶

Assim, as exigências impostas pelo princípio da igualdade implicam que a determinação da medida concreta da coima se faça tendo em consideração o facto punível e gravidade deste, a culpa, o benefício económico obtido e as necessidades de prevenção, e em último, as características do agente. Porém, acontece o exato oposto: os atributos do agente são elevados a primeiras características a atender, em especial, através da consideração do volume de negócios mundial do agente, ou seja, da capacidade de pagar.

3. Princípio da proporcionalidade

Em obediência ao artigo 18.º, n.º 2 da CRP, a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos permitidos pela própria CRP e na medida do necessário para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Esta disposição legal cristaliza o princípio da proporcionalidade, ao qual o legislador se encontra subordinado⁸⁷, e que, conforme estabelece o artigo 266.º, n.º 2 da CRP, se aplica em todas as relações da Administração com os particulares, o que inclui a atividade da Administração no âmbito sancionatório.⁸⁸

A coima, sanção aplicada na decisão de condenação pela restrição à concorrência praticada, “(...) *tem de ser cominada (na lei, em abstrato) e determinadas (pelas*

⁸⁶ In PEDRO CAEIRO, “Punível com coima...” Ob. Cit. p. 2468.

⁸⁷ Nas palavras de JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 161, “(...) *pode dizer-se que este princípio é, hoje, a referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos em Estado de Direito, assumindo, particularmente no âmbito dos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controlo da atuação restritiva da liberdade individual e de chave sem qual, integrada no recurso à metodologia de ponderação de bens, não seria possível decifrar os complexos problemas que aí vêm sendo suscitados.*”

⁸⁸ Sobre as implicações da submissão da administração pública ao princípio da proporcionalidade cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *et. al., Código Procedimento Administrativo Anotado, com a Legislação Complementar*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, pp. 42 e 43. “A submissão da Administração Pública ao princípio da proporcionalidade implica uma dupla consideração: a da necessidade de adequação das medidas administrativas aos objetivos a serem prosseguidos, e a da necessidade de equilíbrio entre os interesses públicos e privados, não podendo ser infligidos sacrifícios desnecessários aos destinatários das decisões administrativas.”

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência *autoridades, em concreto) como restrições de direitos proporcionais aos factos que visam prevenir e reprimir.*”⁸⁹

O cumprimento do princípio da proporcionalidade desdobra-se na obediência a três dimensões ou subprincípios: em primeiro lugar, o subprincípio da adequação. Neste sentido deve aferir-se, de acordo com Jorge Miranda e Rui Medeiros, “(...) *se um certo meio é idóneo ou apto para a realização de um certo fim*”⁹⁰. Está em causa a eficácia de uma medida legislativa, “(...) *bastando a existência de uma relação de causalidade positiva entre o meio e o fim, isto é, reconhecimento de um grau sensível de capacidade do meio para transformar a realidade jurídica e material no sentido de alcançar o fim proposto.*”⁹¹

Em segundo, a gravidade da sanção deve ser adequada à gravidade da infração, o que concretiza o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Isto é, a atuação administrativa deve ser tomada na exata medida da situação carecida de resolução, através de uma ponderação entre os benefícios para o interesse público e o correspondente sacrifício imposto ao particular, não podendo adotar-se medidas excessivas e/ou desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos.⁹² Na senda de Jorge Miranda e Rui Medeiros, “(...) *a máxima proporcionalidade em sentido estrito convola-se na exigência de que o sacrifício imposto a uma das partes não vá além de uma justa medida (...)*”.⁹³

Por último, o subprincípio da necessidade determina que para a obtenção de determinados fins não seja possível adotar outro meio menos oneroso para o arguido.

A previsão do limite máximo da moldura contraordenacional permite a “pessoalização da sanção”, por a determinação concreta depender de circunstâncias não controláveis pelo infrator. Tal como referido em relação ao princípio da igualdade, também a obediência ao princípio da proporcionalidade implicaria que a norma de sanção expressasse o desvalor do facto previsto na norma de ilicitude, e obstar-se de prever sanções desnecessárias, inadequadas, ou manifestamente excessivas.

⁸⁹ A expressão é de PEDRO CAEIRO, “Punível com coima...” Ob. Cit. p. 2460.

⁹⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2008, de 23 de dezembro de 2008, processo n.º 977/2008, Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral., in www.tribunalconstitucional.pt.

⁹¹ Cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...* Ob. Cit. 274.

⁹² Nos termos referidos no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2001, de 2 de maio de 2001, processo n.º 120/95, Relator: Paulo Mota Pinto, in www.tribunalconstitucional.pt: “*Trata-se (...) de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação 'calibrada' - de justa medida - com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis.*”

⁹³ Cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...* Ob. Cit. 277.

A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório

Compreende-se que seja deixado espaço à administração para determinar o montante concreto da coima na sequência do processo contraordenacional, de modo que a administração faça a opção por uma dosimetria sancionatória que respeite o princípio da proporcionalidade absoluta (em relação ao facto sancionado) e da proporcionalidade relativa (em relação aos restantes factos sujeitos à mesma proibição). No entanto, atendendo à amplitude da moldura contraordenacional, a dúvida de compatibilização com o princípio que aqui desenvolvemos surge exatamente no momento da aplicação concreta da sanção, em que assistimos à aplicação de avultadas coimas, que não se revelam conformes ao princípio da proporcionalidade.

A este respeito, entendemos, a par com Pedro Caeiro, que *“não é possível afirmar-se que as coimas aplicáveis aos factos proibidos pela lei da concorrência (e, conseqüentemente, as coimas efectivamente aplicadas aos respectivos agentes) são restrições de direitos proporcionais, adequadas e necessárias.”*⁹⁴

Em primeiro lugar, as Linhas de Orientação atualmente seguidas pela AdC não conferem a transparência e previsibilidade suficiente para que se conclua que a aplicação da coima será feita de forma proporcional à sanção que se pretende aplicar ao arguido.⁹⁵ O aplicador da sanção deveria antes guiar-se por uma escala de grandezas objetivas, que permitisse calibrar a sanção de forma proporcional em relação ao facto sancionado (proporcionalidade absoluta) e em relação aos restantes factos sujeitos à mesma proibição (proporcionalidade relativa), permitindo ainda a punição agravada para os factos mais graves.

Também a proporcionalidade no sentido da adequação e da necessidade da sanção são comprometidas com a aplicação do critério do volume de negócios. Se a percentagem do volume de negócios for, como entre nós é, entendida como o limite máximo da moldura da coima, a sanção será determinada através de um juízo de proporcionalidade, adequação e necessidade não em relação ao facto, mas sim por referência ao volume de negócios da empresa, perdendo-se a ligação entre o facto ilícito e respetivos efeitos, e a sanção. Nesse sentido Pedro Caeiro, *“(…) Se a percentagem de 10% do volume de negócios (…) for compreendida como o limite máximo da moldura da coima, a sanção não será determinada através de um juízo de proporcionalidade, adequação e necessidade em relação ao facto,*

⁹⁴ PEDRO CAEIRO, “Punível com coima...” Ob. Cit. p. 2460.

⁹⁵ No mesmo sentido, vide MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, *Comentário...* Ob. Cit., p. 702.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência *nem sequer aos seus efeitos, mas antes por referência a um factor que lhes é totalmente estranho, perdendo-se assim, por completo, a ligação entre facto ilícito e sanção.*”⁹⁶

Na jurisprudência veja-se o acórdão do TC de 29 de maio de 2013, que julgou inconstitucional, por violação do princípio de proporcionalidade, a norma extraída do artigo 9.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro, que, por um lado, agrava o montante da coima sem ligação com um facto agravante do agente e que, por outro lado, não diferencia, na própria moldura sancionatória, casos de maior e menor gravidade.⁹⁷

Veja-se igualmente o acórdão do TRL de 11 de abril de 2021 que determinou a redução do montante da coima que havia sido aplicada pela AdC na fase administrativa do processo. No aresto, o Tribunal considerou que *“Uma coima não se mostra correctamente definida por não ultrapassar o máximo da censura prevista na lei para o comportamento em apreço mas por ter sido formada tendo em atenção rigorosos critérios de adequação, proporcionalidade e Justiça e por não se furta, na sua definição, à «pesagem» e cotejo das distintas e conflituantes circunstâncias e ao balanço seguro e globalizante dos elementos agravantes e atenuantes envolvidos no juízo*”, demonstrando a exigência de cumprimento ao princípio da proporcionalidade.⁹⁸

O que acontece, porém, é o aplicador da lei dispor de uma margem de grande discricionariedade, em que nenhum critério se torna funcional para a fixação concreta da sanção, não sendo possível efetuar a dosimetria da coima aplicável. Da nossa parte, e na esteira de Pedro Caeiro, entendemos que *“todo o direito sancionatório requer, portanto, uma escala que empregue medidas de valor invariável e universal (...) pois só dessa forma se pode conferir um significado autónomo (...) às concretas sanções aplicadas, pondo-as em relação com os factos praticados*”. E, em relação à utilização da percentagem do volume de

⁹⁶ PEDRO CAEIRO, “Punível com coima...” Ob. Cit. p. 2461.

⁹⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 313/2013, de 29 de maio de 2013, processo n.º 780/12, Relator: Conselheiro Pedro Machete, in www.tribunalconstitucional.pt.

⁹⁸ Acórdão do TRL, processo n.º 420/17.1YUSTR.L2-(PICRS), de 11 de abril de 2021, in www.dgsi.pt, que decidiu o recurso da decisão do TCRS que julgou parcialmente procedente a impugnação judicial deduzida, decidindo condenar os dois recorrentes (visados no processo contraordenacional) pela prática de uma contraordenação por associação de empresas visando a fixação de um preço mínimo para a obtenção da carta de condução para qualquer categoria de veículo, tendo por objeto impedir, falsear ou restringir de forma sensível, a concorrência, na área da Grande Lisboa e Setúbal, numa coima no montante de 200.000,00€ e 10.000,00€, respetivamente. Refira-se que na fase administrativa do processo, a AdC havia decidido impor, a título de sanção principal, coimas aos dois visados no montante de 400.000,00€ e 13.776,71€, respetivamente.

A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório

negócios do infrator, “(...) *seja qual for o exercício de referência, não é uma grandeza objetiva, pois varia de sujeito para sujeito.*”⁹⁹

Acresce ao que foi dito que a consideração do volume de negócios mundial poderá mostrar-se desproporcionada em relação ao mesmo critério em Portugal. Nesse sentido, é passível de violar o princípio da proporcionalidade, uma vez que potencia a aplicação de uma coima de valor desajustado em relação à situação jurídica e à realidade empresarial da infratora.¹⁰⁰

Com esta configuração do regime, não é possível afirmar-se com toda a segurança que as coimas aplicáveis aos factos cuja prática é proibida pelo RJC configuram sempre restrições de direitos proporcionais, adequadas e necessárias.¹⁰¹ Para tal, o padrão a utilizar na determinação do montante da coima teria de ter termos objetivos, capazes de revelar um grau de reprovação do facto considerado em si mesmo, e em comparação com outras infrações ou com outros casos de infrações do mesmo tipo.

4. Princípio da separação de poderes

De acordo com o princípio da separação de poderes estatuído no artigo 111.º, n.º 1 da CRP, os órgãos de soberania devem observar a separação e interdependência estabelecidas na Constituição, princípio que se revela como enformador do Estado de Direito, e “(...) *princípio organizatório básico do poder político.*”¹⁰²

Conforme aludimos acima, no ordenamento jurídico português pertence ao poder judicial o monopólio do poder repressivo estatal. Não obstante, a abordagem sancionatória

⁹⁹ PEDRO CAEIRO, “Punível com coima...” Ob. Cit. p., 2461.

¹⁰⁰ Nesse sentido *vide* o Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos Liberdades e Garantias relativo à Proposta de Lei n.º 99/XIV/2.ª (GOV) que deu origem à última alteração do RJC, cujas preocupações são aplicáveis atendendo a que a redação da norma analisada no parecer manteve-se na versão em vigor da lei, *in* <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765130394e4c7a5a4452556c50554567765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938774e4463315a546c695953307a4d546b774c5451314d4749744f5745774e43316c4e6d466959324934595455344d6a6b756347526d&fich=0475e9ba-3190-450b-9a04-e6abcb8a5829.pdf&Inline=true>.

¹⁰¹ Nesse sentido também PEDRO CAEIRO, “Punível com coima...” Ob. Cit., p. 2462, “(...) *a natureza aleatória, do ponto de vista dos ilícitos cometidos, das molduras assim criadas não permite subordiná-las aos mandamentos da proporcionalidade, adequação e da necessidade que regem o direito sancionatório, nem, por isso, controlar eventuais violações dos mesmos. (...) intensifica-se aqui a impossibilidade de estabelecer uma razão entre o facto ilícito e as sanções aplicáveis.*”

¹⁰² J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...* Ob. Cit., p. 44.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência faz-se atualmente num regime sancionatório misto, que conta com crimes e contraordenações, mediante a combinação e articulação das duas espécies de infrações em ordem a garantir a tutela mais eficaz possível.

A introdução deste modelo envolveu a criação de novas entidades administrativas independentes, de modelo norte-americano¹⁰³, nas quais convergem simultaneamente manifestações dos três poderes tradicionais do Estado, conforme *supra* aludimos já. Neste contexto, a AdC, criada com a missão de promover o bem público da concorrência, desempenha o seu papel de garante da aplicação das regras da promoção e defesa da concorrência, dispondo, para o efeito, de três poderes: sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

Nesse sentido, no exercício dos seus poderes sancionatórios, compete à AdC *“identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação da 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 (...)”*.¹⁰⁴

Na verdade, a AdC atua segundo os modos de agir típicos do direito criminal naquilo que se refere às fases do procedimento sancionatório, que se iniciam com a abertura de inquérito, fase em que a AdC dispõe de poderes de inquirição, busca e apreensão, tendo inclusivamente poderes que vão além daqueles admissíveis em processo criminal. Exemplo disso é a nova previsão do artigo 18.º, n.º 7 do RJC, que amplia os poderes de investigação, autorizando a autoridade administrativa, nas diligências de busca, exame, recolha e apreensão, de se fazer acompanhar *“de quaisquer outros acompanhantes autorizados pela AdC ou nomeados para o efeito”*, sem que esse acompanhante e a sua qualidade sejam expressamente identificados e admitidos no despacho que autoriza o meio de obtenção de prova da autoridade judiciária competente. Seguem-se as fases de encerramento do inquérito, com a prolação de decisão condenatória, arquivamento do processo, ou abertura de

¹⁰³ Para um panorama sobre o modelo norte-americano das entidades administrativas independentes, *vide* MARCELO MADUREIRA PRATES, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 47 e ss e, bem assim, NUNO BRANDÃO, “O direito...” Ob. Cit. p. 93.

¹⁰⁴ Cf. o artigo 6.º, n.º 2, alínea a) dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014 com as alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto.

A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório instrução¹⁰⁵, o que denota a correspondência existente entre os processos contraordenacionais e criminais.

É consensual que a prossecução dos objetivos da AdC está intrinsecamente ligada ao elevado grau de autonomia com que esta desenvolve a sua atividade, e que se manifesta aquando do exercício dos poderes sancionatórios, especialmente no momento da determinação concreta da coima.¹⁰⁶

Porém, deverá questionar-se se a previsão de uma grande amplitude da medida da coima não transferirá para o aplicador do direito a fixação concreta do montante da mesma, quando, em bom rigor, esta caberia ao legislador. Nesse sentido, atente-se à declaração de voto do Conselheiro Luís Nunes de Almeida no acórdão do TC de 18 de outubro de 1995, referido *supra*, e que aqui voltamos a reproduzir: “*O que não se apresenta como admissível, é remeter para o juiz, sem a definição clara de critérios minimamente perceptíveis, a determinação das sanções aplicáveis e isso é o que acontece no caso sub judicio, dada a desproporção entre os limites mínimo e máximo.*”¹⁰⁷

Na generalidade, a jurisprudência constitucional tem-se pronunciado no sentido da não inconstitucionalidade das normas que preveem molduras sancionatórias de limites muito afastados, admitindo, em relação ao RJC, que a existência legal dos critérios qualificadores elencados nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 69.º do RJC, resulte numa “*(...) significativa diminuição da liberdade do julgador na fixação do valor da coima a aplicar no caso concreto.*”¹⁰⁸

Todavia, julgamos que a problemática requer discussão mais ampla. Em primeiro lugar, porque os referidos critérios são enumerados apenas a título exemplificativo, dependendo da autoridade administrativa a consideração de demais parâmetros, que o agente

¹⁰⁵ Sobre as fases do procedimento, *vide* MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito...* Ob. Cit., pp. 403 a 464.

¹⁰⁶ Ainda que esteja salvaguardada a sindicância da decisão da AdC por parte de um tribunal judicial, em fase de recurso.

¹⁰⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 574/95, de 18 de outubro de 1995, processo n.º 357/94, Relator: Conselheiro Messias Bento, *in* www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁰⁸ A expressão retira-se da Decisão Sumária do Tribunal Constitucional n.º 216/2016, processo n.º 383/15, de 14 de abril de 2016, Relator: Conselheiro João Pedro Caupers, *in* www.tribunalconstitucional.pt. Bem assim, também o acórdão do TRL, processo n.º 420/17.1YUSTR.L2-(PICRS), de 11 de abril de 2021, *in* www.dgsi.pt.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência não só não conhece *a priori* como apenas conhecerá no final do procedimento, aquando da determinação da medida da coima.¹⁰⁹

Salvo melhor opinião, a indeterminação da sanção e a sua consequente imprevisibilidade produz uma transferência de competências para o aplicador do Direito que prejudica as exigências basilares de previsibilidade nesta matéria.

O paralelismo entre os processos criminal e contraordenacional verifica-se também na fase de determinação da sanção, no qual não poderá deixar de refletir-se a necessidade de reduzir-se a margem de liberdade do aplicador da norma – que é a administração e não o poder judicial –, balizando, por exemplo, a definição da medida concreta da coima através de critérios objetivos, de modo a impedir a transferência para o aplicador do direito do poder de, na prática, criar a sanção de forma acrítica.

Nesta sequência, a solução ora proposta passa pela definição, a ser levada a cabo pelo legislador, de uma escala sancionatória clara e objetiva, capaz de demarcar legalmente a sanção, competindo somente ao aplicador a decisão do montante da coima que se encontra previamente delimitada.

5. Princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança

Depois de traçado o percurso pelos vários princípios de direito sancionatório aplicáveis ao direito das contraordenações releva por último aludir ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, âncora dos restantes princípios enunciados. Em bom rigor, ainda que não estejam expressamente plasmados na Lei Fundamental, o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança decorrem da própria ideia de Estado de Direito Democrático, estabelecido no artigo 2.º da CRP, e assumem-se como princípios classificadores do Estado de direito democrático, constituindo o lado subjetivo da garantia de estabilidade e segurança jurídica, e da confiança da comunidade na tutela jurídica.¹¹⁰

¹⁰⁹ Verificando-se, muitas vezes, uma fundamentação insuficiente. Na senda de PAULO DE SOUSA MENDES, *in O sancionamento...* Ob. Cit., p. 98, consideramos que a decisão da AdC “(...) *deve indicar o método de cálculo da coima, (...) a escolha da percentagem das vendas levada em consideração para determinar o montante de base da coima deve ser justificada e deve ser explicada a ponderação e a avaliação das várias circunstâncias agravantes e atenuantes tidas em conta*”.

¹¹⁰ Seguindo JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios ...*, Ob. Cit., p. 261, “*Este princípio é pacificamente dedutível do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, projeta exigências diferenciadas dirigidas ao estado, que vão desde as mais genéricas de previsibilidade e calculabilidade da atuação estatal, de clareza*

A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório

Na jurisprudência constitucional, *vide* o acórdão do TC n.º 466/2012 nos termos do qual se esclarece de forma muito clara a aplicação dos princípios vigentes num Estado de direito democrático ao direito das contraordenações: “(...) *sendo o ilícito de mera ordenação social sancionado com uma coima, a qual tem repercussões ablativas no património do infrator, também aqui se devem respeitar os princípios necessariamente vigentes num Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição), como o da segurança jurídica e da proteção da confiança.*”¹¹¹

O princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança pressupõe um mínimo de previsibilidade em relação aos atos do poder, valendo em todas as vertentes da atuação do Estado: na atividade da Administração, do poder judicial, e do poder legislativo.

Conforme referido no acórdão do TC de 14 de maio de 2021, “(...) *o princípio da confiança mantém analogia com a proteção da confiança depositada pelos destinatários do ordenamento jurídico, andando de braço dado com a boa-fé, impondo nas relações jurídicas a certeza e veracidade nos atos decisórios.*”¹¹²

Por um lado, os princípios implicam que o conteúdo das proibições esteja concretamente definido na legislação. Nesse sentido, veja-se o acórdão do TC de 28 de agosto de 2012, que determinou que a norma que estatuiu as “*substâncias não tipificadas como substâncias psicotrópicas ou estupefacientes, mas que [pudessem], em virtude dos seus efeitos, vir a constar das tabelas anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro*” não satisfaz as exigências dos princípios do Estado de direito democrático da segurança jurídica e da confiança, pronunciando-se pela inconstitucionalidade da norma. De facto, a norma previa a integração de substâncias psicotrópicas ou estupefacientes que ainda não estavam identificadas, mas que já se abria a possibilidade a virem integrar as referidas tabelas de estupefacientes. Ora, neste âmbito, o douto Tribunal declarou que “*A determinabilidade do conteúdo de proibições cujo desrespeito é sancionado com uma coima é um pressuposto da existência de uma relação equilibrada entre Estado e cidadão. Na verdade, essa exigência é um fator de garantia da proteção da confiança e da segurança jurídica, uma vez que o cidadão só pode conformar autonomamente as suas condutas se souber qual a*

e densidade normativa das regras jurídicas e de publicidade e transparência dos atos dos poderes públicos, designadamente os suscetíveis de afetarem negativamente os particulares, até às mais específicas de observância dos seus direitos, expectativas e interesses legítimos e dignos de proteção.”

¹¹¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 466/2012, de 1 de outubro de 2012, processo n.º 248/12, Relator: Conselheiro João Cura Mariano, *in* www.tribunalconstitucional.pt.

¹¹² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 310/2021, de 14 de maio de 2021, processo n.º 400/21, Relator: Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro, *in* www.tribunalconstitucional.pt.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência *“margem de ação que lhe é permitida e quais as reações do Estado aos seus comportamentos.”*¹¹³

No que respeita ao RJC, o conteúdo das proibições encontra-se concretamente previsto, cumprindo os ditames dos princípios da confiança e da segurança jurídica.

Não obstante, a determinação do montante da coima deverá também cumprir os referidos princípios, ainda que o limite máximo da coima seja amplíssimo.

Acontece, porém, que a eleição do momento de determinabilidade do montante máximo da coima como sendo o ano imediatamente anterior à decisão final da AdC constitui um limite indeterminável no momento da prática da infração, já que o agente não conhece, nem poderia conhecer, o momento em que a autoridade proferirá a decisão condenatória, que tantas vezes se verifica vários anos após o início do procedimento, nem conhece, claro está, qual será o volume de negócios que terá no exercício anterior à condenação. Por este motivo, ficam precludidas as exigências de determinabilidade, estabilidade e previsibilidade que se exige que a legislação cumpra.

Por este motivo, não se poderá consentir que a previsão de 10% de um montante “qualquer”¹¹⁴ realize cabalmente as exigências do princípio da confiança, porquanto a variação indefinida do montante máximo da coima por um lado nunca será conhecida pelo infrator, o que poderá levar à adoção de estratégias por parte da empresa infratora com o objetivo de apresentar um volume de negócios baixo e manipulado, beneficiando a arguida no momento de determinação da medida da coima pela autoridade da concorrência.

A previsão do novo n.º 7 do artigo 69.º do RJC, ao proibir um valor máximo da coima superior ao que resultaria tendo por referência o volume de negócios correspondente ao ano económico anterior ao ano da infração veio conferir segurança jurídica ao montante máximo aplicável, uma vez que o arguido sempre terá conhecimento do seu volume de negócios do ano anterior ao da infração. Neste sentido, a nova norma veio prestar obediência ao princípio da segurança jurídica, tornando o regime vigente mais conforme com o referido princípio.

Ainda assim, o modo de determinação concreta da coima não oferece segurança jurídica ao arguido, pois não consegue antecipar em que intervalo de valores poderá situar-

¹¹³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 397/2012, de 28 de agosto de 2012, processo n.º 576/12, Relator: Conselheiro João Cura Mariano, *in* www.tribunalconstitucional.pt.

¹¹⁴ A expressão é de PEDRO CAEIRO, “Punível com coima...” Ob. Cit., especialmente a p. 2460.

A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório

se a coima que eventualmente lhe venha a ser aplicada, não servindo os propósitos de preenchimento dos princípios referidos.

Sobre a avaliação, na lei, de mecanismos que concorram para a segurança jurídica, refira-se o acórdão do TC de 15 de fevereiro de 2012¹¹⁵, no qual o Tribunal considerou que a conformidade da norma em análise com a Lei Fundamental dependia do cumprimento das exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional, isto é, de “[ser] possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas, como ainda antecipar, com segurança, a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito (...)”, tendo ainda precisado ser “(...) nisto que consiste a necessária determinabilidade dos tipos contraordenacionais. O Tribunal sublinhou ainda que “(...) da jurisprudência do Tribunal resulta que o estabelecimento de limites alargados das sanções, no domínio contraordenacional, não consubstancia em si uma violação de princípios constitucionais, devendo avaliar-se se a lei estabelece outros mecanismos que concorrem para a segurança jurídica”.¹¹⁶

Conforme vimos já, não serão as Linhas de Orientação, que, embora tendo como propósito assegurar a objetividade das decisões da AdC, bem como a segurança jurídica e o efeito dissuasório das sanções por infrações jus concorrenciais, não fornecem critérios suficientemente determinados para a compreensão dos métodos utilizados pela AdC na determinação da medida da coima.

Efetivamente, embora as Linhas de Orientação forneçam critérios para a determinação da medida concreta da coima, verifica-se casuisticamente uma aproximação ao montante máximo possível (os 10% do volume de negócios) na maior parte das decisões condenatórias proferidas pela AdC. Logo, em última medida, observa-se a conseqüente desconsideração pelo (restante) quadro legal relevante para a determinação do montante final da coima e, mais do que isso, a ausência de fundamentação crítica por parte da autoridade administrativa nas decisões condenatórias que profere.

Ora, neste sentido, é importante reforçar o princípio da confiança, o que se alcançaria, por exemplo, através de uma alteração às Linhas de Orientação, para que estas fornecessem

¹¹⁵ Acórdão n.º 85/2012, de 15 de fevereiro de 2012, processo n.º 367/11, Relator: Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira, in www.tribunalconstitucional.pt.

¹¹⁶ É que, no caso em análise, considerou cumpridas, tendo negado provimento ao recurso, confirmando a decisão da Relação de Lisboa no que se refere à questão de inconstitucionalidade.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência critérios que contribuíssem para essa segurança, nomeadamente através da prescrição de diretrizes claras e mais precisas sobre a metodologia da aplicação da coima.

Além disso, refira-se também que as Linhas de Orientação estão neste momento desatualizadas, pelo que a sua aplicação na atualidade é insatisfatória e incoerente com a normativa atualmente aplicável.

Por tudo quanto foi dito, concluímos que o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança não se compadecem com a circunstância de a determinação do montante concreto da coima ser feita por referência ao volume de negócios total, agregado, a nível mundial, da empresa, ainda que não possa resultar um valor máximo da coima superior ao que resultaria tendo por referência o valor correspondente ao ano económico anterior ao ano da infração, sendo necessário conferir determinabilidade ao tipo contraordenacional, nomeadamente através de atos não normativos capazes de reforçar os princípios da segurança jurídica e da confiança.

Conclusões

Do estudo que levámos a cabo compreendemos que o direito contraordenacional não é mais um direito de bagatelas penais, sendo não apenas o direito sancionatório por excelência dos setores de serviços de interesse económico gera como também de circuitos económicos e tecnológicos complexos – de que é exemplo o domínio da concorrência, cujo regime contraordenacional se encontra estabelecido no RJC.

O RJC identifica uma lista de critérios de exemplos-padrão relacionados com a prática da infração a aplicar na determinação da medida concreta da coima, porém, assistimos à primazia não destes critérios, mas da capacidade de pagar, revelada pelo volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC, com o limite que resultaria tendo por referência o valor correspondente ao ano económico anterior ao ano da infração.

Na prática, os critérios de determinação da coima passam para segundo plano, situando-se muitas vezes a coima aplicada muito perto do limite máximo admissível¹¹⁷, o que evidencia uma desconsideração pelos critérios de determinação da medida concreta da coima, em especial pela culpa do agente, uma vez que a escolha do limite máximo da moldura contraordenacional aplicável atende a um parâmetro que nada tem que ver com a culpa do agente, sendo externo à conduta ilícita praticada por este.

Além do que foi referido, acresce à problemática o facto de a noção de empresa plasmada no RJC abranger qualquer entidade que exerça uma atividade económica, considerando-se como uma única empresa o conjunto de entidades que constituam uma unidade económica ou mantenham entre si laços de interdependência. Esta aceção leva a que a imputação da responsabilidade contraordenacional possa ser assacada a uma sociedade que não praticou diretamente a infração pela qual se vê acusada por estar numa relação de domínio ou de grupo (o que é frequente entre o tecido empresarial). Não existindo correlação entre a prática do facto ilícito e a sanção aplicada, nem tão pouco do limite máximo da moldura contraordenacional aplicável, a norma do artigo 69.º, n.ºs 4 e 5 viola o princípio da culpa empregue no direito sancionatório público que obriga à existência de um nexo causal entre o autor e a prática da contraordenação. Pelos motivos apresentados, e salvo melhor entendimento, consideramos que o RJC viola o princípio da culpa.

¹¹⁷ Cf. PRC/2009/4, in www.concorrenca.pt.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

Importa agora refletir sobre os impactos no cumprimento dos princípios de direito sancionatório público na fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão proferida pela AdC, pela empresa arguida ou pela associação de empresas (em caso de prática de uma infração em associação), com o limite do valor que resultaria tendo por referência o volume de negócios correspondente ao ano anterior ao da infração.

A atividade de aplicação de uma sanção ao caso concreto deve respeitar, em primeiro lugar, o princípio do Estado de direito democrático, isto é, as garantias de liberdade, igualdade e segurança dos cidadãos. Ainda que no âmbito do direito das contraordenações se admita uma maior amplitude na previsão normativa, o direito contraordenacional pertence ao grande ramo de direito sancionatório público, sendo de extrema importância a criação de um clima jurídico de segurança e previsibilidade que respeite os princípios de direito sancionatório público.

O RJC, remete, no artigo 69.º, n.º 13, para as Linhas de Orientação que contém a metodologia a utilizar na aplicação das coimas. Daqui retiramos duas conclusões: em primeiro lugar, a de que é a própria lei a considerar-se incompleta, remetendo para as Linhas de Orientação para a AdC encontrar o método de definição concreta da medida da coima. Em segundo, importa sublinhar que as Linhas de Orientação não têm natureza normativa, configuram somente um guia para a AdC definir a coima, não fornecendo um grau de segurança sobre a forma como a autoridade administrativa determinará a medida da coima. Além disso, revelam-se incompletas em acompanhar todo o processo contraordenacional.

Em relação ao princípio da legalidade, do nosso estudo concluímos que este é diretamente aplicável ao direito contraordenacional, estando explicitamente prevista no RGCO a formulação clássica do princípio da legalidade: “*lex praevia, scripta, stricta e certa*”, aplicando-se também as exigências plasmadas nos artigos 2.º e 18.º, n.º 2 da CRP.

Analisando o RJC, este contém a tipificação das práticas restritivas da concorrência que materializam contraordenações, pelo que as previsões conhecidas dos destinatários e que obedecem por isso ao princípio da legalidade na vertente de previsão da infração.

Porém, o princípio da legalidade compreende também a vertente da proibição de previsão de sanções abstratas e indefinidas. Neste âmbito entendemos que os tipos contraordenacionais previstos no RJC não estão suficientemente determinados, mesmo que se admita um maior afastamento dos limites da sanção contraordenacional. Acontece, porém,

que o RJC impossibilita o destinatário das normas de conhecer, *a priori*, o montante mínimo e o montante máximo que conforma a moldura contraordenacional de determinada prática ilícita.

Como forma de minimizar a problemática poderia o legislador definir os vários patamares de culpa, fixando para cada um a moldura sancionatória aplicável, conforme o Conselheiro Luís Nunes de Almeida assinalou na sua declaração de voto do acórdão do TC de 18 de outubro de 1995.¹¹⁸

Porém, tal não sucede. Conforme nesta sede dissemos já, as Linhas de Orientação apenas apresentam critérios abstratos de determinação do montante da coima, expondo conceitos também eles dificilmente determináveis para o destinatário da norma, mantendo por isso a imprevisibilidade da sanção aplicável.

Assim, conclui-se que existem fortes argumentos pela inconstitucionalidade das normas contidas no artigo 69.º, n.º 4 e 5, do RJC, quando interpretadas no sentido de que o limite máximo das coimas aplicáveis aos agentes das contraordenações é o montante equivalente a 10% do respetivo volume de negócios no exercício anterior à condenação, por violação do princípio da legalidade na vertente da proibição de sanções ilimitadas ou indefinidas.

De igual forma, o princípio da igualdade acarreta o respeito pela ideia de que as situações iguais, devem ser tratadas de igual modo, e as situações desiguais, de modo desigual. Na verdade, a capacidade de pagar é responsável pelo esboço da moldura contraordenacional, o que implica a desconsideração do desvalor da ação, por oposição ao primado do volume de negócios do arguido, que resulta em coimas de montantes aleatórios.

Porém, não é isso que acontece no RJC. O facto de a determinação do montante da coima ter por base o volume de negócios total, a nível mundial, resulta, no caso de empresas que pertencem ao mesmo grupo, a que pela prática de um facto por determinada empresa seja responsabilizada uma outra em relação de grupo, o que nos parece violador do princípio da igualdade. Pois que se a situação é distinta, o tratamento que lhe é dado também o deverá ser. Porém, não é isso que o RJC prevê.

¹¹⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 574/95, de 18 de outubro de 1995, processo n.º 357/94, Relator: Conselheiro Messias Bento, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

Concordamos com Pedro Caeiro quando refere que são outros os elementos que justificam a restrição de direitos que não a capacidade de pagar: são eles o facto punível, a gravidade da contraordenação, a culpa, o benefício económico obtido. Se a estes não se atender, parece-nos verosímil que erigir a capacidade de pagar a primeiro critério a atender venha a ser considerado violador do princípio da igualdade.¹¹⁹

Também o princípio da proporcionalidade vê os seus imperativos ofendidos, nas três vertentes do princípio: em sentido estrito, da adequação, e da necessidade da restrição de direitos fundamentais.

Na dimensão em sentido estrito, o princípio implica que a atuação administrativa recorra à ponderação de bens na exata medida da situação que carece de resolução, ponderando os benefícios para o interesse público e o correspondente sacrifício imposto ao particular.

Para a dimensão da adequação, deverá aferir-se se determinado meio é idóneo para a realização do fim. Neste sentido, a AdC, investida dos seus poderes sancionatórios, deverá atender à situação que pretende sancionar e ao meio mais competente para o fazer.

Por último, o subprincípio da necessidade implica que para chegar a determinado fim não seja possível adotar outro meio que resultasse menos oneroso para o agente. Isto é, a AdC deverá realizar um confronto entre o meio efetivamente utilizado e outros meios hipoteticamente capazes de alcançar o fim pretendido.

Ora, analisando o artigo 69.º, n.º 4 e 5, não se vislumbra como poderá garantir-se que as coimas aplicadas configuram restrições de direitos proporcionais, adequadas e necessárias. Mais uma vez, reportamo-nos às Linhas de Orientação que guiam a AdC na determinação do montante da coima, não configurando estas um instrumento de relevo para os destinatários das normas calibrarem a sanção de forma proporcional em relação ao facto sancionado (proporcionalidade absoluta) nem em relação aos restantes factos sujeitos à mesma proibição (proporcionalidade relativa).

Neste sentido, também em obediência ao princípio da proporcionalidade deveria a norma de sanção expressar o desvalor do facto previsto na norma de ilicitude, o que não sucede se a percentagem da sanção for (como entre nós, é) entendida como limite máximo da moldura da coima. Conforme referimos já, a determinação da sanção faz-se não por

¹¹⁹ In PEDRO CAEIRO, “Punível com coima...” Ob. Cit. p. 2468.

referência ao facto ilícito, mas à capacidade de pagar, o que torna impossível ao destinatário da norma comparar a coima que lhe foi aplicada com outras infrações do mesmo tipo, perpetuando uma situação em que a existência de proporcionalidade é desconhecida por ser impossível de conhecer, pondo em causa a segurança jurídica.

Neste âmbito, consideramos que também em relação à observância do princípio da proporcionalidade, o RJC carece de melhoramento nas suas premissas, de feição a torná-lo conforme com o referido princípio, uma vez que consideramos que a ausência de termos objetivos para a determinação concreta da coima conduz a que não se consiga decifrar o grau de reprovação do facto em si mesmo, nem em comparação com outras infrações do mesmo tipo.

Passando ao princípio da separação de poderes, cumpre sublinhar que a AdC dispõe de poderes de regulamentação, sancionatórios e de supervisão, atuando segundo os modos de agir típicos do direito criminal nas fases do processo sancionatório, que terminam com a prolação de decisão condenatória ou arquivamento do processo. Fá-lo com amplo grau de autonomia, este que tem sido progressivamente aumentado por determinação das normas europeias. A própria determinação da medida da coima estabelecida na Diretiva é paradigmática da autonomia conferida à AdC: a fixação concreta do montante da coima é feita numa moldura sancionatória de limites muito afastados.

A jurisprudência tem-se pronunciado no sentido da não inconstitucionalidade da norma do RJC, atendendo à existência legal dos critérios qualificadores da conduta plasmados no artigo 69.º, n.º 1 do RJC.¹²⁰

Há que referir, porém que os critérios a que o Tribunal se refere são enumerados apenas a título exemplificativo, deixando (novamente) à ponderação da AdC a consideração de outros parâmetros, dos quais o agente não tem à partida conhecimento, só os conhecendo mais tarde, no momento da determinação da medida da coima.

Assim, a indeterminação da sanção conjugada com a falta de critérios objetivos qualificadores da conduta do agente, transferem as competências que, nos ditames da formulação clássica do princípio da separação de poderes, são cometidos ao poder judicial.

¹²⁰ Decisão Sumária do Tribunal Constitucional n.º 216/2016, processo n.º 383/15, de 14 de abril de 2016, Relator: Conselheiro João Pedro Caupers, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

Entendemos, pelos motivos apresentados, que apesar de admitir-se a aplicação da sanção contraordenacional pela AdC, deve o legislador proceder à definição de uma escala sancionatória capaz de demarcar legalmente a sanção, para que ao aplicador da sanção reste a determinação da coima numa margem mais balizada e com recurso a critérios objetivos, o que é exigido pelo princípio da separação de poderes.

Depois deste percurso chegamos ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, âncora dos restantes princípios que decorre da conceção de Estado de Direito Democrático.

O princípio pressupõe um mínimo de previsibilidade em relação aos atos de poder, valendo em todas as vertentes da atuação do Estado. Nesse sentido, o princípio implica que o conteúdo das proibições esteja concretamente definido na legislação ou, não estando, que esteja integrado num sistema de sanções graduáveis, que faculte diretrizes claras ao agente, para que este saiba com o que poderá contar na hipótese de incumprir uma norma de dever, e, em consequência, ser arguido num processo sancionatório.

Finalizado o nosso percurso, entendemos que se por um lado as molduras sancionatórias amplíssimas não são necessariamente inconstitucionais, o mesmo não se poderá afirmar das normas extraídas do artigo 69.º, n.º 4 e 5 do RJC. O regime contraordenacional do RJC contém fortes indícios de desconformidade com os princípios constitucionais, o que se deve à previsão de um limite máximo da coima desconsiderando o desvalor da ação e atendendo à capacidade de pagar do infrator, dando primazia à pessoalização da sanção em desprezo pelas características do facto ilícito praticado, bem como pela existência de culpa.

Por fim, consideramos que a elaboração, pelo legislador, de um sistema de sanções graduáveis e a existência de mecanismos que contribuam para a segurança jurídica cumpriria os ditames dos princípios constitucionais aplicáveis. Esses mecanismos passam, por exemplo, pela existência de Linhas de Orientação claras para o destinatário, que explicitem o cálculo do montante base da coima. Por outro lado, a AdC deveria proceder a uma fundamentação casuística das decisões condenatórias, com a discriminação dos critérios tomados em consideração para a escolha da coima, indicando o método de cálculo da coima, facultando ao agente o conhecimento total das razões subjacentes à sua condenação.

VI. Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto; ALBUQUERQUE, Gabriel Mateus de - **Comentário do Regime Geral das Contraordenações: à luz da Constituição da República, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. 2.^a ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022. ISBN 9789725408766.

AMARAL, Diogo Freitas do [et. al.] - **Código Procedimento Administrativo Anotado, com a Legislação Complementar**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2411-3.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Lições de Direito Administrativo**. 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017. ISBN 9789892614885.

AZEVEDO, Tiago Lopes de - **Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: Problemas, críticas e sugestões práticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 9789723219760.

BRANDÃO, Nuno – As grandes contraordenações e os seus desafios actuais. In **O Direito das Contraordenações nos tempos atuais – III Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão** [Em linha]. Lisboa: Cento de Estudos Judiciários, 2022. [Consult. 12.mar.2023]. p. 43-58. Disponível na Internet: <URL:https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Aw-eX5CdN_w%3D&portalid=30>. ISBN 978-989-9102-02-6.

BRANDÃO, Nuno - **Crimes e Contraordenações: da cisão à convergência material**. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2016. ISBN 978-972-32-2314-9.

BRANDÃO, Nuno – O direito contra-ordenacional económico na era da regulação. In LOUREIRO, Flávia Novera - **A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada: atas da Conferência Internacional** [Em linha]. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CH), 2017. [Consult. 12.mar.2023]. p. 87-118. Disponível na Internet: <URL: https://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2018/02/A_protecao_dos_DH_face-a-criminal_eco_gl_vELETR_comp.pdf>. ISBN 978-989-54032-0-2.

CAEIRO, Pedro – Punível com coima de até 10% de um montante qualquer: a inconstitucionalidade das normas sancionatórias do RJC, na parte em que (não) fixam um

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência
limite máximo para as coimas aplicáveis ao Abuso de posição dominante. In Coord. MOUTINHO, José Lobo, [et. al.]. **Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. ISBN 9789725406922. Vol. IV, p. 2429-2471.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I**, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1839-8.

CORREIA, Eduardo – Direito penal e direito de mera ordenação social. In CORREIA, Eduardo, [et. al.]. **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. ISBN 972-32-0837-7. Vol. I. p. 3-18.

DIAS, Augusto Silva e PEREIRA, Rui Soares – **Direito das contra-ordenações**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2023. ISBN 978-989-40-0198-0.

DIAS, Jorge Figueiredo – **Direito Penal, Parte Geral, Tomo I**. 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1523-6.

DIAS, Jorge Figueiredo – O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social, [et. al.]. In CORREIA, Eduardo, [et. al.]. **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. ISBN 972-32-0837-7. Vol. I. p. 19-33.

DIAS, Jorge Figueiredo – Sobre as “grandes contraordenações”. In COSTA, José de Faria, [et. al.]. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. Coimbra: Universidade de Coimbra e Instituto Jurídico, 2017. ISBN 978-989-8891-07-5. Vol. I, p. 469-487.

DIAS, Jorge Figueiredo - **Temas Básicos da Doutrina Penal – sobre os fundamentos da doutrina penal - sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-1012-6.

HENRIQUES, Miguel Gorjão, [et. al.] – **Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense**. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5060-7.

MENDES, Paulo de Sousa - **O sancionamento das práticas restritivas da concorrência**. Lisboa: Almedina, 2022. ISBN 978-989-40-0900-9.

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional, tomo IV**. 5.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 9789723220100.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa Anotada - Volume I**. 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017. ISBN 9789725405413.

MONIZ, Carlos Botelho Moniz, [et. al.] - **Lei da Concorrência Anotada: lei n.º 19/2012, de 8 de Maio**. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5990-7.

MOUTINHO, José Lobo – **Direito das contra-ordenações**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0207-8.

NOVAIS, Jorge Reis - **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 9789723212549.

PALMA, Fernanda; OTERO, Paulo – Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Lisboa. ISSN 0870-3116. XXXVII - N.º 2 – 1996. p. 557-591.

PEREIRA, António Beça – **Regime geral das contraordenações e coimas: anotação ao decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro**. 13.^a ed. Coimbra: Almedina, 2022. ISBN 978-989-40-0370-0.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social. **Scientia Iuridica**. Braga. ISSN 0870-8185. Tomo LXVI, 2017, n.º 344, p. 243-262.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade. In CORREIA, Eduardo, [et. al.]. **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. ISBN 972-32-0837-7. Vol. I. p. 209-274.

PRATES, Marcelo Madureira - **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2599-3.

SANTOS, Manuel Simas; SOUSA, Jorge Lopes de - **Contra-ordenações, Anotações ao Regime Geral**. 6.^a ed. Lisboa: Áreas Editora, 2011. ISBN 9789898058591.

SILVA, Miguel Moura e - **Direito da Concorrência**. 2.^a ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018. ISBN 978-972-629-185-5.

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

VILELA, Alexandra – **O direito de mera ordenação social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do direito penal clássico.** Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2139-8.

VII. Jurisprudência citada

- Ac. do TC de 12.07.2011, n.º 353/2011, proc. n.º 619/2010;
- Ac. do TC de 14.01.2014, n.º 41/2014, proc. n.º 375/2003;
- Ac. do TC de 03.02.2016, n.º 76/2016, proc. n.º 30/14;
- Ac. do TC de 03.03.2014, n.º 201/2014, proc. n.º 70/2012;
- Ac. do TC de 14.12.1994, n.º 666/94, proc. n.º 307/91;
- Ac. do TC de 18.10.1995, n.º 574/95, proc. n.º 357/94;
- Ac. do TC de 07.12.2001, n.º 547/01, proc. n.º 481/00;
- Ac. do TC de 23.12.2008, n.º 632/2008, proc. n.º 977/2008;
- Ac. do TC de 02.05.2001, n.º 187/2001, proc. n.º 120/95;
- Ac. do TC de 29.05.2013, n.º 313/2013, proc. n.º 780/12;
- Ac. do TC de 01.10.2012, n.º 466/2012, proc. n.º 248/12;
- Ac. do TC de 14.05.2021, n.º 310/2021 proc. n.º 400/21;
- Ac. do TC de 28.08.2012, n.º 397/2012, proc. n.º 576/12;
- Ac. do TC de 15.02.2012, n.º 85/2012, proc. n.º 367/11;
- Decisão Sumária do TC de 14.04.2016, n.º 216/2016, proc. n.º 383/15;

disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

- Ac. do TRC de 15.03.2019, proc. n.º 1873/18.6T8VIS.C1;
- Ac. do TRC de 11.03.2009, proc. n.º 529/08.2TBTMR.C1;
- Ac. do TRC de 13.10.2009, proc. n.º 2368/15.5T8CBR.C1;
- Ac. do TRL de 07.11.2007, proc. n.º 7251/2007-3;
- Ac. do TRL de 11.03.2015, proc. n.º 204/13.6YUSTR.L1-3;
- Ac. do TRL de 11.04.2021, proc. n.º 420/17.1YUSTR.L2-(PICRS);

A fixação da medida da coima por referência ao montante máximo de 10% do volume de negócios total, a nível mundial, no Regime Jurídico da Concorrência

- Ac. do TCAS de 28.05.2020, proc. n.º 1314/17.6BESNT;

disponíveis em www.dgsi.pt.

Índice

Declaração de compromisso anti plágio	III
Declaração do n.º de caracteres	IV
Agradecimentos	VI
Modo de citar	VII
Lista de abreviaturas	VIII
Resumo	X
Abstract	XI
Introdução	1
I. O advento do direito das contraordenações: do direito bagatelar de mera ordenação social à importância qualitativa e quantitativa das contraordenações	3
II. A coima à ordem das finalidades de prevenção geral e especial	9
III. Os critérios de determinação da medida concreta da coima	13
1. Gravidade da contraordenação	13
2. Situação económica do arguido	14
3. Benefício económico retirado com a prática da contraordenação	14
4. Culpa	15
IV. As contraordenações no Regime Jurídico da Concorrência	20
V. A relação entre a amplitude da moldura sancionatória e os princípios de direito sancionatório	29
1. Princípio da legalidade	32
2. Princípio da igualdade	38
3. Princípio da proporcionalidade	41
4. Princípio da separação de poderes	45
5. Princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança	48
Conclusões	53
VI. Bibliografia	59
VII. Jurisprudência citada	63