

O CONTROLO DAS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA – *NOTHING ELSE MATTERS?*

*André Veloso Pedrosa, Francisco Espregueira Mendes & Rui Mesquita
Guimarães, em representação da TELLES Advogados*

ABSTRACT *The Directive (EU) 2019/1, of the European Parliament and of the Council, aims to strengthen and standardize the mechanisms made available to the national competition authorities in the investigation of breaches of competition law, as well as the payment of the sanctions applied. In this context, the present paper intends to approach these mechanisms, with a view to their transposition into national law, considering their framework in contraventions law. The approach will also consider the proposed amendment/transposition to the Portuguese Competition Law submitted for public consultation.*

SUMÁRIO Introdução. 1. A dialética entre os *Considerandos* da Diretiva e as concretas soluções normativas. 2. Da integração do direito sancionatório da concorrência no direito contraordenacional. 3. Das concretas soluções propostas – os mecanismos inspetivos e as medidas sancionatórias e sua efetivação. 3.1. Das medidas inspetivas e da admissibilidade da prova. 3.2. Do regime sancionatório

KEY-WORDS Competition Authorities, Contraventions/Criminal Law, Evidence, Electronic Messages, Recordings, In-house Lawyers, Liability, Parent Companies, Fines, Concurrence of Infringements

INTRODUÇÃO

Desde o início do presente século que se vêm intensificando os poderes de atuação das entidades administrativas da concorrência no controlo das práticas restritivas. Em Portugal essa intensificação ficou a dever-se em grande medida à reestruturação dos mecanismos de controlo introduzidos pela Lei da Concorrência de 2003, que conheceram um reforço na revisão de 2012. Essa crescente intensificação do controlo das práticas restritivas da concorrência conheceu recentemente um novo impulso com a Diretiva (UE) 2019/1

do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (doravante “Diretiva”).

Tomando como palavras de ordem *independência, intensificação, uniformização e colaboração*, a Diretiva incide sobre cinco temáticas: (i.) independência e meios das autoridades nacionais da concorrência, (ii.) os poderes inspetivos (*latu senso*), (iii.) a articulação/cooperação entre as diversas autoridades nacionais da concorrência, (iv.) os poderes sancionatórios e respetiva efetivação e (v.) o estatuto de clemência.

É neste quadro que surge agora para o legislador nacional a necessidade de transpor aquela Diretiva – até 04.02.2021 – e se convocam as reflexões necessárias à sua transposição. Nessa reflexão poderá o legislador nacional considerar que: (i.) a legislação nacional atual já dá resposta aos fins que a Diretiva pretende acautelar, mantendo a sua redação atual; (ii.) no todo ou em parte, a legislação nacional não dá resposta aos mecanismos previstos na Diretiva, operando – nessa parte – uma transposição *ponto por ponto*, que prescindida de uma reflexão crítica; ou (iii.) considerando que, no todo ou em parte, a legislação nacional não dá resposta aos mecanismos previstos na Diretiva, optar uma revisão/transposição mais alargada, que não se limite a *copiar* para a legislação nacional as soluções preconizadas pela Diretiva, indo para além daquele que é o cumprimento dos ditames da Diretiva – como parece ser o caso do n.º 6 do artigo 20.º da Proposta de Anteprojeto¹, a propósito dos contactos envolvendo trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado.

A nós juristas, mais do que perspetivar cada uma das soluções possíveis (o que também neste texto terá cabimento), incumbe-nos, primeiramente, perspetivar o impacto dessas soluções na coerência do sistema jurídico. E nesta abordagem, principalmente a respeito dos poderes inspetivos e sancionatórios (mesmo descontando a falta de coincidência, na abrangência das soluções propostas, entre os *Considerandos* da Diretiva e o seu texto normativo), surge-nos a primeira questão que poremos à discussão no início do nosso excursus: em face daqueles que são os fins a atingir pela Diretiva, deverá ser repensado o enquadramento das infrações ao direito da concorrência no direito contraordenacional? Serão as infrações concorrenciais ainda um direito administrativo sancionatório ou pelos poderes que pretendem ser conferidos às

1 Referimo-nos à proposta colocada a discussão pública disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Transposi%C3%A7%C3%A3o%20Diretiva%20ECN+%20--%20Alter%C3%A7%C3%B5es%20LdC%20-%20Consulta%20P%C3%BAblica.pdf

autoridades nacionais da concorrência estamos verdadeiramente perante um direito penal?

Deste ponto, partiremos para uma análise mais fina daquelas que poderão ser as hipóteses de transposição da Diretiva, tendo, designadamente, presente a Proposta de Anteprojecto de transposição da mesma.

1. A DIALÉTICA ENTRE OS *CONSIDERANDOS* DA DIRETIVA E AS CONCRETAS SOLUÇÕES NORMATIVAS

A leitura da Diretiva evidencia, na concretização de alguns dos seus principais objetivos, uma desconexão entre os seus *Considerandos* e o texto normativo. Essa desconexão é, desde logo, observável no que concerne aos mecanismos de independência das autoridades nacionais da concorrência, mas, particularmente, no que respeita aos poderes de recolha de prova/meios de prova admitidos. Com efeito, são diversos os *Considerandos* que revelam uma intenção legislativa com soluções mais intrusivas (ou, pelo menos, não coincidentes) que o texto normativo propriamente dito, que se mostra na sua extensão mais temperado.

O que se afirma é suscetível de ser evidenciado em diversos dos seus aspetos. Desde logo, salientando-se a necessidade de incrementar as garantias de independência e de imparcialidade das autoridades nacionais da concorrência, no *Considerando 17* menciona-se que “para assegurar a imparcialidade das autoridades administrativas nacionais da concorrência, as coimas por elas aplicadas por infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE não deverão ser utilizadas para o seu próprio financiamento”². Já analisadas as normas da Diretiva, concretamente, os seus artigos 4.º (sob epígrafe “Independência”) e 5.º (sob epígrafe “Meios”), verifica-se que em qualquer dos seus enunciados normativos é feita esta referência, tendo o legislador europeu limitado a sua intervenção à regulação dos conflitos de interesses, à nomeação e destituição dos membros dos órgãos decisórios e à necessidade de garantir que as autoridades nacionais da concorrência dispõem dos meios necessários à prossecução das suas atribuições.

2 As Autoridades Administrativas Independentes (ou numa versão ainda mais estrita, as Autoridades Reguladoras Independentes) não se integram, pela sua própria razão de ser, na pirâmide administrativa de tipo weberiano clássico, *id est*, por serem independentes não estão dentro do esquema tradicional da administração. Em razão das especificidades destas entidades no quadro organizatório das funções do Estado, o Supremo Tribunal dos E.U.A. pronunciou-se já no sentido de estas entidades constituírem um quarto poder – *fourth branch* – (Cfr. Acórdão «FTC v. Ruberoid Co», 343 US 470 – 1952).

Já no que respeita aos poderes inspetivos e meios de prova admissíveis nos processos sancionatórios, especificamente quanto ao exame de correspondência, estabelece-se no *Considerando 32* que a “competência para examinar livros ou outros documentos deverá ser extensiva a todas as formas de correspondência, incluindo mensagens eletrônicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas”. Da mesma forma, no *Considerando 73* prevê-se que “as ANC deverão poder considerar as mensagens eletrônicas como prova relevante, independentemente de essas mensagens parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas”. Já na al. b) do n.º 1 do artigo 6.º dispõe-se que nas inspeções realizadas as ANC dispõem, pelo menos, de competência para “(i)nspecionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenadas, tendo o direito de aceder a quaisquer informações acessíveis à entidade inspecionada”. Já no artigo 32.º, sob epígrafe “Meios de prova admissíveis perante as autoridades nacionais da concorrência”, dispõe-se que “Os Estados-Membros garantem que os meios de prova admissíveis perante uma autoridade nacional da concorrência incluem documentos, declarações orais, mensagens eletrônicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas”, nada se prevendo quanto “gravações ocultas efetuadas por pessoas singulares ou coletivas, que não sejam autoridades públicas”, conforme se prescreve no *Considerando 73*³.

Ora, esta dialética entre os *Considerandos* e a disciplina normativa, naquilo que é o seu sentido e alcance, não é inócua, pois é suscetível de obrigar a repensar o enquadramento do direito contraordenacional da concorrência naquela que será a apropriação no direito nacional das soluções contidas da Diretiva, em particular as relativas aos poderes inspetivos e aos poderes sancionatórios e respetiva efetivação, designadamente tendo em consideração os seus âmbito e limites e, como não poderia deixar de ser, o primado do Direito da União Europeia (DUE) sobre as legislações dos Estados-Membros, que exige que a regulamentação adotada por estes esteja, em princípio (assunto ao que voltaremos), em conexão com o *acquis* europeu. Será, assim,

3 Poderá admitir-se que a divergência evidenciada entre os *Considerandos* e o texto normativo seja aparente, pois quer no *Considerando 32*, quer no *Considerando 73* é utilizada a expressão “parecerem” não ter sido lidas. Admite-se, portanto, que o legislador europeu pretenda referir-se a mensagens que tenham sido lidas, mas que surjam como não lidas (prova que sempre caberá fazer às entidades nacionais da concorrência, caso pretendam as referidas mensagens para demonstrar ter ocorrido uma prática restritiva da concorrência).

principalmente, quando se perspectiva, pela análise da Proposta de Anteprojeto colocada a consulta pública, uma tendência para, designadamente no que respeita à utilização como meio de prova de “mensagens não lidas” [al. b) do n.º 1 do artigo 19.º-A e n.º 2 do artigo 31.º da Proposta de Anteprojeto], haver uma “colagem” aos *Considerandos* da Diretiva.

2. DA INTEGRAÇÃO DO DIREITO SANCIONATÓRIO DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO CONTRAORDENACIONAL

A preocupação com o reforço dos meios, em matéria inspetiva, postos à disposição das autoridades nacionais da concorrência e, bem assim, o quadro para as sanções a aplicar tende a tornar estes procedimentos cada vez mais musculados, quer quanto aos seus fins, quer quanto às suas consequências. Ora, partindo do que vem de se expor no ponto anterior e desta premissa inicial, impor-se-á aos legisladores nacionais, numa lógica de coerência do sistema, uma autocontenção na transposição da Diretiva ou uma alteração de paradigma, retirando o processo sancionatório por infração às regras da concorrência do âmbito do direito contraordenacional (ou mesmo de uma outra forma de processo administrativa sancionatória), fazendo-o nascer no direito penal.

É certo que o enquadramento numa ou noutra área do direito não se deve prosseguir pela observância dos meios que se pretende colocar à disposição das entidades inspetivas, mas sim dos bens jurídicos em causa. Com efeito, constituirá uma subversão à lógica do sistema a ideia de justificar a criminalização das infrações concorrenciais com vista a conceder poderes mais amplos às autoridades nacionais da concorrência, desconsiderando se é proporcional ao bem jurídico a proteger.

Assim, numa primeira abordagem e sob pena de se gerar uma patologia do ordenamento jurídico, a pergunta que se deverá fazer é se face aos bens jurídicos a proteger os meios sancionatórios em direito da concorrência deverão ser de génese penal ou contraordenacional/administrativo-sancionatórios. Concluindo-se que a proteção do bem jurídico concorrência (até pelo seu enquadramento constitucional) justifica a sua criminalização, então será coerente uma intensificação dos meios postos à disposição das autoridades nacionais da concorrência. O que não poderá suceder é a utilização em processos contraordenacionais de mecanismos típicos e apenas proporcionais para a tutela de bens jurídicos superiores, ou criminalizar porque se pretendem instituir esses mesmos mecanismos. Como bem afirma Eduardo Correia, o direito

penal “visa proteger, com as suas incriminações, os valores ou bens fundamentais da comunidade, isto é, aqueles interesses primários sem cuja observância a vida em sociedade não seria possível [...], bens jurídicos que directa ou indirectamente, mas sempre de maneira essencial, se prendem com a vida comunitária do homem e com a livre expansão da sua personalidade moral”, enquanto o direito contraordenacional está orientado para a defesa de “valores ou interesses fundamentais da vida comunitária ou da personalidade ética do homem, mas simples valores de criação ou manutenção de uma certa ordem social e por consequência mais ou menos estranhos – isto é: indiferentes – à ordem moral” (Correia, 1963: 28). É que, consabidamente, o direito das contraordenações projeta-se em domínios de ilicitude valorada em termos indiscutivelmente mais ligeiros. Assinalando essa *diferença quantitativa* detetada no ordenamento contraordenacional, diz-nos Cristina Líbano Monteiro que “[...] o lugar que o direito penal deve ocupar e o lugar que pertence ao direito de mera ordenação social é função da maior ou menor gravidade do respectivo ilícito. Por ordem decrescente (de gravidade), encontraremos primeiro o direito dos crimes e, só depois, o das contra-ordenações” (Monteiro, 2018: 171).

Nessa medida “as decisões legislativas de tipificação de crimes e de contra-ordenações devem ser orientadas pelo critério que subjaz a essa distinção material; que os princípios constitucionais válidos para o direito penal não devem, por norma, cobrar aplicação em sede contraordenacional, sendo esse critério sistematicamente invocado pelo Tribunal Constitucional para enfrentar as questões de constitucionalidade em matéria contraordenacional com que é confrontado; e que o regime legal do direito das contraordenações deve ser conformado de modo a assegurar a autonomia do direito contraordenacional em planos tão diversos como os do facto punível, das sanções e do processo” (Brandão, 2013: 17).

Na esteira do que vem de se dizer e apropriar, sob pena de se postergar esta perspetiva de sistema, a abordagem que haverá de ser feita pelo legislador nacional na transposição da Diretiva não poderá, por um lado, passar por criminalizar o que não é de criminalizável, com fundamento na necessidade de instituir meios investigatórios mais robustos das infrações concorrenciais e, por outro lado, mantendo as infrações à concorrência o seu enquadramento contraordenacional, colocar à disposição das autoridades nacionais da concorrência mecanismos de investigação típicos (e apenas proporcionais) do direito penal.

Será a partir deste enquadramento e daquelas que forem as opções do legislador nacional – ora mais perto das opções evidenciadas nos *Considerandos* da Diretiva, ora mais perto das opções evidenciadas do texto normativo –, que se lhe levantarão dois desafios na transposição da Diretiva, caso pretenda manter o *status* atual: o primeiro, de justificação da manutenção do procedimento de controlo das infrações ao direito da concorrência no direito administrativo sancionatório de génese contraordenacional; o segundo, de enquadramento conformação/adequação dos mecanismos propostos com o quadro constitucional.

Na verdade, antecipando o que se deixará exposto, não obstante a capacidade que o legislador nacional venha a demonstrar para se desviar dos escolhos constitucionais que se irão atravessar caso a opção passe por manter o enquadramento atual no âmbito do controlo das infrações ao direito da concorrência, não se antevê possível a articulação das exigências constitucionais, com a introdução daqueles mecanismos no âmbito de processos de natureza contraordenacional.

Referir, por fim, quanto a este ponto, que o primado do DUE sobre o direito nacional só se aplicará aos casos de aplicação paralela do DUE (concretamente da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE), com o direito nacional, considerando que o artigo 1.º da Diretiva apenas prevê a sua aplicação quando o direito nacional for aplicado de forma autónoma quanto ao regime previsto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 31.º (também da Diretiva). E neste ponto, porque o n.º 4 do artigo 8.º da CRP não constitui “letra morta”, o que de resto veio evidenciado no Acórdão do Tribunal Constitucional, de 15 de julho, n.º 422/2020⁴, não está irremediavelmente excluído o controlo de constitucionalidade.

4 No referido Acórdão veio o Tribunal Constitucional a decidir que “Nos termos do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, o Tribunal Constitucional só pode apreciar e recusar aplicação a uma norma de DUE, caso a mesma seja incompatível com um princípio fundamental do Estado de direito democrático que, no âmbito próprio do DUE – incluindo, portanto, a jurisprudência do TJUE –, não goze de valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição, já que um tal princípio se impõe necessariamente à própria convenção do [...] exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia’. Ao invés, sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de direito democrático que, no âmbito do DUE, goze de um valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, funcionalmente assegurado pelo TJUE (segundo os meios contenciosos previstos no DUE), o Tribunal Constitucional abstém-se de apreciar a compatibilidade daquela norma com a Constituição.”

3. DAS CONCRETAS SOLUÇÕES PROPOSTAS – OS MECANISMOS INSPETIVOS E AS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS E SUA EFETIVAÇÃO

Do que vem de se expor é possível concluir ou, pelo menos, antever que em nossa opinião algumas das soluções propostas pela Diretiva não serão compatíveis com um direito sancionatório de gênese contraordenacional. E esta opinião perpassa o *core* dos mecanismos inspetivos previstos e, bem assim, as medidas sancionatórias e sua efetivação.

Bem sabendo que a discussão sobre a legitimidade dos mecanismos inspetivos e sancionatórios propostos pela Diretiva seriam temas de tratamento individual em estudos *maiores*, caberão, ainda assim, nestas breves e próximas linhas, quanto mais não seja pela oportunidade, algumas reflexões sobre a idoneidade destes mecanismos.

3.1. Das medidas inspetivas e da admissibilidade da prova

a. Da inspeção a correspondência

Iniciando por aquela que é a questão controversa mais corrente, conforme já tivemos oportunidade de expor, dispõe o artigo 32.º da Diretiva, sob epígrafe “Meios de prova admissíveis perante as autoridades nacionais da concorrência”, para o que interessa, que “Os Estados-Membros garantem que os meios de prova admissíveis perante uma autoridade nacional da concorrência incluem documentos, declarações orais, *mensagens eletrônicas*, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas”. Servindo, pelo menos de referência interpretativa, dispõem os *Considerandos* 32 e 73 que as autoridades nacionais da concorrência deverão poder considerar as mensagens eletrônicas como prova relevante, independentemente de essas mensagens parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas.

E, neste ponto, a questão que haverá de colocar é a de saber se é lícita a utilização como meio de prova de mensagens de correio eletrônico (ou outras), fora do direito penal, em observância do disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, nos termos do qual se prevê que é “proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”. Aliás, a densificação daquela imposição constitucional, seja quanto ao seu âmbito, seja quanto às suas limitações, veio a ter enquadramento da legislação ordinária, concretamente nos artigos 126.º e 179.º do Código de Processo Penal (“CPP”) e na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro

e, bem assim, no que respeita ao direito contraordenacional, no n.º 1 do artigo 42.º⁵ do Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”). E o que se extrai daquelas disposições, mesmo que em matéria criminal, é de existirem restrições à apreensão de correspondência, visto que o legislador entendeu graduar a sua admissibilidade tendo presente o bem jurídico tutelado pela norma penal. Com efeito, nos termos do disposto na al. b) do n.º 1 do artigo 179.º do CPP, apenas se permite a apreensão de correspondência quando está em causa um crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos, sendo que dispõe também o n.º 3 do artigo 126.º do CPP que “(r)essalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular”.

Arredando aqui a discussão sobre a extensão do conceito de *correspondência*⁶, tomaremos neste ponto a sua extensão mais restritiva (isto é, da correspondência fechada), considerando que quanto à correspondência fechada

5 Dispõe a referida norma que “Não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional”.

6 No sentido de que o conceito de correspondência se aplica quer à correspondência aberta, quer fechada: ainda que concretamente a propósito da Lei do Cibercrime, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de dezembro de 2011, processo n.º 36/11.6PJOER-A.L1-5, no qual se decidiu que “Não é de admitir qualquer distinção entre correspondência fechada e correspondência aberta, não existindo diminuição de exigências garantísticas desta em relação àquela”. Ademais, decide-se no referido Acórdão, concorre para a referida interpretação o facto de, na al. h) do artigo 2.º da Directiva 2002/58/CE, já se estatuir que o correio eletrónico é “qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário o recolher”. No sentido de que o referido conceito apenas é aplicável a correspondência fechada, Costa Andrade afirma, a respeito do âmbito de aplicação do artigo 179.º do CPP que “é precisamente este facto – estar fechada – que define a fronteira da tutela penal do sigilo de correspondência e dos escritos, em geral.” (Andrade, 1999: 758). No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, afirma que o artigo 179.º do CPP é aplicável a toda a correspondência enquanto ela não for aberta pelo seu destinatário, sendo aplicável o disposto no artigo 178.º à correspondência já aberta pelo destinatário (Albuquerque, 2008: 494). Ainda no mesmo sentido, na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Março de 2011, processo n.º 463/07.3TAALM-A.L1-3, nos termos do qual se decide que a correspondência já aberta pelo seu destinatário passa a ter a natureza de documento e goza apenas da proteção que todos os documentos merecem, pois a correspondência é por definição fechada, e do mesmo Acórdão daquele Tribunal, de 15 de Julho de 2008, processo n.º 3453/2008-5, que a respeito das mensagens de correio eletrónico decidiu que “as comunicações por via electrónica ocorrem durante certo lapso de tempo. Começam quando entram na rede e acabam quando saem da mesma. [...] Quando o momento do seu recebimento já pertence ao passado, qualquer contacto com a comunicação feita não tem qualquer correspondência com a ideia de interceptação a que se reportam os artigos 187.º a 190.º do sobredito Código. As mensagens que, depois de recebidas, ficam gravadas no receptor deixam de ter a natureza de comunicação em transmissão. Nesta perspectiva, são comunicações recebidas, pelo que deverão ter o mesmo tratamento da correspondência escrita já recebida e guardada pelo destinatário”.

(i.) não existem dúvidas de que integra o conceito de correspondência de aplicação no âmbito criminal, (ii.) que estão vedadas em matéria contraordenacional⁷ e que (iii.) o texto normativo da Diretiva (em oposição com os *Considerandos*), portanto, na parte que é vinculativo para os Estados-Membros, apenas se refere a “mensagens eletrônicas”, nada dispondo quanto ao facto de (parecer) terem sido lidas.

Ora, na Proposta de Anteprojeto a admissibilidade de apreender correspondência surge na sua máxima extensão. Ali se dispõe [na al. b) do n.º 1 do artigo 18.º-A] que a Autoridade pode “Proceder à busca, exame, recolha e apreensão ou cópia sob qualquer forma de informações ou dados, em qualquer formato, físico ou digital, designadamente, documentos, ficheiros, livros, registos ou mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, [...], incluindo mensagens não lidas ou informação apagada, acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a busca e relacionadas com a empresa investigada”. Mas mais, bem se sabendo da limitação geral imposta pelo artigo 42.º do RGCO, no artigo 31.º da Proposta de Anteprojeto, a este respeito dispõe-se que “Constituem meios de prova admissíveis [...] mensagens eletrônicas, incluindo mensagens não lidas [...], não sendo aplicável o disposto no artigo 42.º do regime geral do ilícito de mera ordenação social no que respeita à intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações e à reserva da vida privada”.

Dito isto, se já se vê com muita dificuldade tomar como legítima a apreensão de correspondência aberta em processos contraordenacionais – sendo nossa opinião de que a limitação constitucional prevista no n.º 4 do artigo 34.º da CRP se aplica quer a correspondência fechada, quer a correspondência aberta –, não se perspetiva de que forma a previsão contida na al. b) do n.º 1 do artigo 18.º-A e do n.º 2 do artigo 31.º, que permite buscas a correspondência fechada e a utilização dessa correspondência como meio de prova, será articulável com as limitações impostas pelo n.º 4 do artigo 34.º da CRP e, bem assim, com o seu artigo 18.º.

7 A este propósito afirma Paulo Pinto de Albuquerque que a violação dos referidos preceitos para prova de uma contraordenação constitui “uma proibição absoluta de prova”, e que esta regra “vale também para as pessoas coletivas [...]. Portanto, estão vedadas [...] as interceções de conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio [...], o correio eletrónico”, o que se trata de “uma consequência do artigo 34.º, n.º 4 CRP”, (Albuquerque, 2011: 159).

b. Das gravações (não autorizadas)

Outro dos temas que poderão suscitar dúvidas na transposição da Diretiva para o direito nacional e, bem assim, colocar em causa a coerência do sistema, acaso a transposição que venha a ser concretizada o seja de acordo com o previsto no *Considerando 73* da Diretiva, decorre da possibilidade de serem admitidas como prova “gravações ocultas”. Conforme já se teve oportunidade de expor, este é daqueles temas em que a extensão com que é apresentado nos *Considerandos* da Diretiva é maior do que aquela com que é apresentada no artigo 32.º, em que apenas se utiliza o termo “gravações”. Neste ponto, olhando para a Proposta de Anteprojeto afigura-se que se foi mais comedido, na medida em que, quer no artigo 18.º-A, quer no artigo 31.º apenas é utilizada a expressão “gravações”, desacompanhada de qualquer especificação quanto à circunstância de poderem (ou não) ser ocultas.

E bem se compreende que assim seja, na medida em que este é daqueles temas que vem gerando controvérsia doutrinal⁸ e jurisprudencial⁹ no âmbito do processo penal. Na abordagem a este tema não se deverá perder de vista que, nos termos do disposto no artigo no artigo 199.º do Código Penal, é

8 No sentido da impossibilidade de serem realizadas gravações não autorizadas Costa Andrade afirma que “(...) não estão legitimados (...) a realizar gravações sem consentimento de quem de direito em ordem à realização de fins imanentes ao processo penal, nomeadamente a condenação de delinquentes e, nessa medida, a realização da justiça, a estabilização das normas e o reforço da paz jurídica” (Andrade, 1984: 612).

9 Na jurisprudência, considerando proibida a utilização de prova gravada sem consentimento, de modo impressivo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de dezembro de 2018, processo n.º 3968/2008-5, a respeito de uma gravação não autorizada de uma chamada telefónica decidiu que “1 - Não se vê como se poderá sustentar a legalidade de uma gravação levada a cabo por particulares, relativamente à qual se abriu mão do apertado controlo e aparato jurisdicional sempre em acção numa normal escuta processual. 2 - Bastaria, desta forma, que as autoridades públicas se socorressem da prova assim obtida por particulares, quando elas próprias não o pudessem ter feito com sucesso, para que se contornasse todo o labor legislativo e jurisprudencial que reclama destas entidades uma rígida obediência aos procedimentos legais a observar em matéria de obtenção da prova” (no mesmo sentido, ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de abril de 2012, processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9). Em sentido oposto, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2011, processo n.º 22/09.6VGLSB.S2, veio decidir-se que “É criminalmente atípica a obtenção de fotografias ou de filmagens, mesmo sem consentimento do visado, sempre que exista justa causa nesse procedimento, designadamente quando as mesmas estejam enquadradas em lugares públicos, visem a realização de interesses públicos ou hajam ocorrido publicamente, constituindo único limite a esta justa causa a inadmissibilidade de atentados intoleráveis à liberdade, dignidade e integridade moral do visado”, concluindo assim que “quando os valores jurídicos protegidos pela estatuição do artigo 199.º do CP - relativos à imagem ou à palavra - estão a ser instrumentalizados na defesa de outros direitos, ou quando a não protecção concreta do direito à imagem ou à palavra é condição de eficácia da actuação do Estado na protecção de outros valores, eventualmente situados num patamar qualitativo superior, não se vislumbrando a possibilidade de afirmação da prevalência daquela protecção contra tudo e contra todos”, de modo que “A protecção da palavra que consubstancia práticas criminosas ou da imagem que as retrata têm de ceder perante o interesse de protecção da vítima e a eficiência da justiça penal: a protecção acaba quando aquilo que se protege constitui um crime”.

crime fotografar ou gravar sem consentimento. Certo é, como quer que seja, que o fundamento encontrado na jurisprudência para admitir como prova gravações ocultas ou não autorizadas, nem sequer teria cabimento no processo contraordenacional. Efetivamente, mesmo em processo penal que não existe uma orientação uniforme quanto ao tema, a admissão de prova gravada sem consentimento teria de obedecer ao princípio da proporcionalidade que apenas admitirá a gravação quando aquilo que se protege constitui um crime. Fora desse espectro não serão admitidas gravações ocultas ou não autorizadas.

Nesse sentido, conforme se referiu, na Proposta de Anteprojeto não se prevê a possibilidade de proceder a gravações não autorizadas, mas também não se limita a possibilidade de utilização de gravações obtidas licitamente, menção que acaso venha a ser apropriada no texto final poderá evitar discussões futuras que se anteveem.

c. Das trocas de comunicações com trabalhadores de empresa que detenham o título profissional de advogado

Uma novidade face a qualquer previsão dos *Considerandos* ou disposição normativa da Diretiva, surge no n.º 6 do artigo 20.º da Proposta de Anteprojeto, aí se dispondo que “(o)s contactos envolvendo trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado não são abrangidos pelo segredo profissional referido no número anterior”.

Não se desconhecendo o lastro jurisprudencial europeu nesta matéria (nos Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 18 de maio de 1982, AM&S, 155/79, EU:C:1982:157¹⁰ e de 14 de setembro de 2010, AKZO Nobel Chemicals, C-550/07 P, EU:C:2010:512), que excluiu a confidencialidade dos seus documentos, por considerar que os advogados *in-house* não seriam autónomos, entendemos que a referida inserção, por nem sequer bulir com qualquer disposição da Diretiva (ou mesmo dos seus *Considerandos*), não poderá/deverá ser acolhida no direito nacional.

Com efeito, desde logo, no artigo 82.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 09 de setembro, resulta que apenas é incompatível com o exercício da advocacia o vínculo de emprego

10 A respeito deste processo haverá de considerar a posição adotada pelo Advogado-Geral Gordon Slynn, que manifestou uma opinião distinta daquela que veio a ser sufragada pelo TJUE, por considerar que apesar de estar ciente da “importância do respeito pelo artigos 85.º e 86.º do Tratado, da necessidade para obter todo o tipo de informação sobre os factos imputados aos indivíduos em questão, bem como as dificuldades na obtenção das provas para determinar a verdade [...] corretamente interpretado, o artigo 14.º não permite, em o nosso entender, à Comissão examinar os documentos que são protegidos para o princípio geral de proteção do sigilo profissional” (tradução livre).

público, mantendo, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 92.º do EOA, o sigilo profissional em todos os casos. Acresce que, é também aplicável aos denominados advogados *in-house* o Código de Deontologia dos Advogados Europeus, que no seu ponto 2.1-1 impõe que exerçam a sua atividade com “uma independência absoluta, isenta de qualquer pressão, especialmente a que possa resultar dos seus próprios interesses ou de influências exteriores”, assim como, no ponto 2.3-1 (a propósito do sigilo profissional), dispõe que a obrigação “de guardar segredo profissional visa garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes”, devendo essa obrigação “beneficiar de uma proteção especial por parte do Estado”. E a referida proteção é alvo de salvaguarda constitucional, pois no artigo 208.º da CRP garante-se aos advogados todas as imunidades necessárias ao exercício da profissão, nelas se incluindo “a proibição de apreensão de correspondência que respeite ao exercício da profissão, direitos de comunicação com os seus patrocinados, mesmo com arguidos presos, direito à informação, exame de processos e pedido de certidões, direito de protesto”. Do exposto decorre que “mesmo que o advogado exerça a sua profissão ao abrigo de um contrato de trabalho, nas instalações da sua entidade patronal, figurando na lista de trabalhadores da empresa, não perde a sua qualidade de advogado, e muito menos a faculdade de exercer a sua profissão com os valores deontológicos que a mesma lhe exige [...] não havendo qualquer distinção de direitos e/ou deveres, encontrando-se sujeito às mesmas obrigações deontológicas” (Cardoso, 2015: 9).

Em suma, a proposta formulada no n.º 6 do artigo 20.º da Proposta de Anteprojeto mostra-se absolutamente desadequada da realidade, pois conforme resulta das normas acima identificadas não existe qualquer diminuição das exigências impostas aos advogados *in-house*, seja em matéria de independência, seja de sigilo profissional que justifique que os contactos envolvendo trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado não sejam abrangidos pelo segredo profissional. Ademais, neste ponto, nem sequer se coloca qualquer questão relacionada com o primado do DUE, na medida em que não existe qualquer previsão na Diretiva (e reitere-se, ou nos seus *Considerandos*) que potencie uma eventual obrigação de apropriação pelo direito nacional.

3.2. Do regime sancionatório

a. Big boys don't cry – Da responsabilidade das sociedades-mãe pelo pagamento das coimas

A solução equacionada em matéria de responsabilidade pela prática de infrações ao Direito da concorrência, com a redação acolhida, ora no n.º 5 do artigo 13.º da Diretiva – profundamente inspirado nas motivações expendidas no *Considerando 46* daquele ato –, ora no artigo 73.º do NRJC, compulsadas as alterações assinaladas na Proposta de Anteprojeto, merece, em nossa leitura, detida consideração.

Numa primeira impressão, diremos, mal se concebe o fenómeno de imputação da responsabilidade pela prática de infrações a pessoas “que exerciam uma influência determinante, direta ou indiretamente, sobre a pessoa que haja praticado os factos constitutivos da infração”¹¹, nos termos em que veio a ser recebido na Proposta de Anteprojeto – conquanto já venha servindo a tradição judicial comunitária –, marcadamente edificado sobre o desiderato de insuflar o âmbito daquela responsabilidade, quando desencadeada no ambiente das relações societárias. O processo de responsabilização aventado permanece, todavia, alheado das exigências basilares de imputação, associando, sem mais, a responsabilidade pela prática de uma infração executada por um determinado sujeito a uma outra entidade em circunstâncias de *poder exercer*¹² uma influência determinante sobre o agente que pratica materialmente o ilícito contraordenacional. A ser assim, perpetuam-se as preocupações em torno do preenchimento daquele critério – *maxime*, o da influência determinante –, sobretudo quando prefigurando em termos estritamente *potenciais* – que não *efetivos* –, o que amiúde virá a suceder naqueles casos em que, a pretexto de uma determinada expressão (direta ou indireta) da participação da sociedade-mãe no capital social da sociedade-filha, se projete aquela

11 Trata-se da redação vertida na al. a) do n.º 2 do artigo 73.º.

12 Pese embora a exigência *legal* nos conduza à verificação, no plano da imputação, de um exercício efetivo de influência determinante sobre o sujeito que veio a praticar o facto – porquanto se exige, na conceção literal da norma, o *exercício* de influência (que não, por conseguinte, a mera possibilidade ou a suscetibilidade de exercício da mesma influência) –, facto é que a consagração, *ex vis* n.º 3 do mesmo preceito, de uma presunção de exercício de influência determinante, dado um determinado cenário factual, vem, em parte, derrubar a pré-compreensão suscitada pelo texto posto na al. a) do n.º 2, de tal modo que, presumida naquele caso a influência determinante em razão de uma determinada participação no capital social, seria pouco curial apelidar de *efetivo* o exercício de uma influência que se nos afigura, em rigor, como meramente *potencial*.

relação de titularidade, *ex vis* n.º 3 do artigo 73.º da Proposta de Anteprojeto, como uma conexão geradora de influência determinante *tout court*.

A esse propósito, desde logo se faça notar que vir sustentar os pressupostos de ativação da responsabilidade – a influência determinante – no funcionamento de presunções é tarefa carregada de perigos. Como resulta evidente da atual formulação, sempre que uma entidade participe em 90% ou mais no capital social de uma sociedade presumir-se-á, por força desta proposta, que aquela exercerá sobre esta uma influência determinante. Se não erramos, tanto equivale a declarar que a demonstração de um elemento essencial do tipo escapa, afinal, ao princípio acusatório, presumindo-se a sua verificação. E assim sucederá, sempre que não seja oferecida prova em sentido contrário. O que nos conduz a uma segunda ordem de considerações. Julgamos perturbador que uma proposta de alterações ao NRJC dispense, por um lado, as autoridades incumbidas da perseguição da infração de provar a existência de uma influência determinante, enquanto elemento essencial do tipo – presumindo-a –, e transfira, por outro, a prova da inexistência de uma influência determinante para a esfera da entidade visada, opção que vem a suscitar sérias dúvidas de conformidade com o princípio fundamental da *presunção de inocência*¹³.

Ponto é que, mesmo dilucidada a problemática suscitada pela díade da influência determinante *potencial/efetiva*, no demais, a solução em perspetiva inaugura um resultado de imputação de jaez meramente objetivo, bastando-se a produção dos seus efeitos tão somente com a verificação de uma relação de influência determinante entre as entidades em presença. Não esclarece, pois, a Proposta de Anteprojeto, em que medida vem a reputada influência *relacionar-se*, sob qualquer forma, com a infração. O silêncio normativo presentido neste domínio é, em nosso entender, de uma ingenuidade vociferante, e em nada contribui para dissipar a neblina interpretativa instalada na ordem jurídica europeia quanto à natureza e fenomenologia próprias da imputação de responsabilidade às sociedades-mãe¹⁴ pelos ilícitos perpetrados pelas suas

13 Essa obnubilação do princípio do *in dubio pro reo* resiste, *mutatis mutandis*, na jurisprudência da UE – “quando aplicável, [...] essa presunção implica, salvo se for ilidida, que o exercício efetivo, por uma sociedade-mãe, de uma influência determinante sobre a sua filial é considerada provada e confere à Comissão legitimidade para responsabilizar a primeira pelo comportamento da segunda, *sem ter de apresentar nenhuma prova suplementar*” (itálico nosso) (C-155/14 P, *Evonik Degussa e AlzChem/Comissão*, EU:C:2016:446, §30).

14 Ou (-)avó, etc., dependendo da genealogia em presença.

subsidiárias¹⁵. Na nossa humilde perspectiva, ao prescindir da demonstração de um *nexo causal entre o real exercício daquela influência e a prática materializada da infração*, a Proposta de Anteprojeto encaminha-se para uma doutrina de imputação derivada que, embora nos convença pela sua adequação à mundividência que pretende disciplinar – no rigor das coisas, uma verdadeira responsabilidade por facto de outrem –, não parece compatível com o rumo trilhado noutros recintos do regime legal. Trata-se, no fundo, e recuperando a clarividência da perspectiva com que o Advogado-Geral Nils Wahl enfrentou o problema¹⁶, da adesão a uma de duas possíveis leituras do problema da imputação da responsabilidade¹⁷ – se dirigida a fundar uma responsabilidade *pessoal* ou *derivada* das sociedades-mãe pelas infrações praticadas pelas respectivas sociedades-filha, quando aquelas não comunguem de forma direta e autónoma da qualidade de participantes no delito produzido – em exclusivo, por sinal – pelas subsidiárias.

Reservamo-nos, neste ponto, e afora a inclinação reputada, a apelar, no essencial, ao valor de uma decisão legislativa armada de uma direção sistemática coesa que, tanto quanto pudemos testemunhar, não logrou, entretanto, assento nas propostas trazidas ao fórum da discussão. Vale por dizer, o tema

15 Para um apanhado da diversidade de sentidos terminológicos e normativos explorados, neste campo, pelos tribunais europeus, *vide* as conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl no proc. C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §61 ss.

16 C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §61 ss.

17 É ver que, “Do ponto de vista terminológico, a jurisprudência remete frequentemente para o conceito de imputação *da responsabilidade* e não da conduta ilícita. Em contrapartida, alguns acórdãos adotam uma perspectiva de ‘culpabilidade’, no sentido de que a própria sociedade-mãe é considerada autora da infração, sem que haja qualquer diferenciação clara entre a situação em que se considera que a sociedade em questão está diretamente envolvida na infração como autora da mesma e a situação em que a responsabilidade por essa infração é apenas indiretamente imputada à sociedade-mãe. Segundo esta linha jurisprudencial, em minha opinião dificilmente conciliável com a primeira, considera-se que a sociedade-mãe que exerce uma influência determinante numa filial que participa numa infração ao artigo 101.º TFUE cometeu pessoalmente a infração às regras de concorrência do direito da União” – C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §63. Já aqui se avista como um juízo de imputação indireta ou derivadamente estabelecido em relação à sociedade-mãe melhor se adequa à cobertura de uma responsabilidade por infrações ao Direito da concorrência em que aquela não haja intervindo diretamente, ao invés de um exercício de imputação da *própria conduta típica* que não arrecada, a nosso ver, merecido fundamento, quando o exercício da influência determinante se posiciona num nível meramente *abstrato*, e não *concreto*. A própria compreensão do problema pelo TJUE, segundo nos informa o Advogado-Geral, coaduna-se, ao que parece, com semelhante perspectiva: “embora o Tribunal de Justiça tenha declarado, em várias ocasiões, que a sociedade-mãe suportava, em tal configuração, uma responsabilidade denominada ‘pessoal’, fê-lo, em minha opinião, para salientar o facto de que lhe incumbia responder pelos comportamentos anticoncorrenciais da sua filial, *independentemente da sua implicação concreta nestes comportamentos* e devido aos vínculos de capital e organizacionais que mantêm com a sua filial” (itálico nosso) – ainda o proc. C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §68.

da imputação, no que à configuração da responsabilidade projetada para as sociedades-mãe concerne, reclama, evidentemente, que o juízo legislativo que a precede enverede por uma determinada forma de entender a natureza daquela responsabilidade. E, como quer que seja, reclama, outrossim, que uma tal opção seja empreendida pela diversidade dos legisladores nacionais – também pela normatividade comunitária – até às últimas consequências, sob pena de desaguar – como hoje forçosamente se reconhece suceder – numa melodia legal em desafino (melhor, afinada algures, desafinada alhures). Ora, a busca pela harmonia principiaría, *prima facie*, por uma descrição aturada do tipo sancionatório adotado. Logo aí deveria a Proposta de Anteprojeto desvendar sem mistério, no confronto entre uma influência determinante *apreciada abstratamente* – isto é, objetivada na circunstância de a sociedade-mãe poder determinar a atuação em mercado da sociedade-filha, embora ignorando, para aquele efeito, se a produção do resultado danoso emerge como consequência dessa atuação da sociedade-mãe ou sequer se uma tal influência, não obstante em regra se faça notar, se evidenciou naquela situação – ou *avaliada diante das concretas circunstâncias do caso* – isto é, quando seja possível estabelecer, com recurso às ferramentas da causalidade, que o dano típico da infração foi provocado pelo exercício efetivo de uma tal influência –, qual o parâmetro normativo a privilegiar. É que a seleção de pressupostos mais ou menos exigentes para firmar a responsabilidade contribui, estamos em crer, para a coloração e esclarecimento da natureza da responsabilidade em presença. Acaso fará sentido supor que o exercício, em abstrato, de uma influência determinante sobre o comportamento da sociedade subsidiária no mercado – portanto, sem refração na concreta produção do ilícito – é fundamento bastante para a assunção de uma imputação, a título pessoal, da infração à sociedade-mãe, como se de uma autora material da infração se tratasse? A nosso ver, a resposta deverá ser negativa. De outro modo, ao que nos parece, avultam os riscos de uma imputação excessiva e injustificada dos comportamentos ilícitos do agente à pessoa *influyente* – mesmo de uma pessoa que, protagonizando em regra uma influência determinante sobre o sujeito que praticou o facto, em nada contribuiu para a produção daquele evento em concreto. Conjecture-se o caso de um diretor de uma sociedade comercial que pratica uma diversidade de factos subsumíveis a um qualquer tipo legal de infração ao Direito da concorrência. Supondo que a referida atuação é empreendida *em nome e no interesse coletivo*, concluir-se-á pela imputação da

conduta à sociedade, nos termos gerais¹⁸. Mas será de admitir – na hipótese de esta sociedade se tratar de uma subsidiária de uma outra sociedade principal – que a prática do ilícito resulte, outrossim, imputada à sociedade principal? Cremos que não, na esteira do que vimos defendendo, na exata medida em que, embora beneficiando a sociedade principal, em abstrato, de um poder de conformação da atividade da sua subsidiária – ou, repisando a fórmula da Proposta de Anteprojeto, influenciando de forma determinante sobre a atividade da subsidiária –, pouco ou nenhum significado haja adquirido uma tal influência na definição da concreta atuação protagonizada pela sua subsidiária, mormente através de um seu diretor¹⁹.

O que vimos de indagar é perfeitamente distinto, convém assinalar, de uma evasão da sociedade principal no que diga respeito à contribuição das suas forças patrimoniais para a satisfação da medida sancionatória aplicada. Nesses casos, porém, e em rigorosa obediência a um princípio elementar de justiça, quedar-se-á a emergência de uma tal responsabilidade simplesmente limitada pela técnica da derivação, o que explicaria, na tese que aqui perfilhamos, que a fixação da responsabilidade da sociedade-mãe se terá por necessariamente *dependente* da responsabilidade da sociedade subsidiária²⁰. Onde, por consectário, estranho seria que a sociedade principal, mesmo que instada na pressuposição de um juízo de imputação derivada, viesse responder pela infração *a título exclusivo* – cfr. a al. a) do n.º 2 do artigo 73.º –, isto é, independentemente das condições de efetivação da responsabilidade

18 Cfr. *infra*, pp. 18-19.

19 Ou, na síntese impressivamente fotografada por (Brito, 2008: 1427), quando falte à sociedade principal “o domínio de organização *concretamente conformador* da execução do ilícito típico” [o itálico é nosso] praticado pelo infrator material, o que é bem distinto de um poder de conformação abstrato, alheado do circunstancialismo em que se veio a produzir o facto ilícito.

20 Basta, para tanto, recordar que, mesmo a coberto de uma pretensa imputação pessoal da responsabilidade à sociedade-mãe, não deixaram os tribunais da União de reconhecer, aqui e ali, os efeitos de uma dependência vizinha de uma responsabilidade derivada, o que permite descobrir alguma inconsistência nas decisões proferidas. Assim, designadamente, no proc. C-597/13 P, *Total/Comissão*, EU:C:2015:613, §§38, 41 e 44, em que o TJUE arbitrou uma extensão do benefício da redução da responsabilidade da sociedade-filha ao âmbito da responsabilidade da sociedade-mãe; em sentido idêntico, as conclusões do Advogado-Geral no proc. C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §69 – “uma vez que a Comissão pode dirigir à sociedade-mãe uma decisão que aplica coimas, *sem que seja necessário fazer prova da implicação concreta* [...] desta última na infração, a contrapartida inevitável de utilizar esta possibilidade é, em meu entender, que qualquer erro que vicie as constatações relativas à participação concreta da filial na infração – e, por conseguinte, o cálculo da coima eventualmente aplicada a este título – deve também beneficiar a sociedade-mãe” (itálico nosso).

da sociedade-filha^{21,22}. A prossecução da finalidade subjacente ao comando legal, estamos convencidos, melhor se compaginaria com aquele outro regime instituído no universo contraordenacional do Regime Geral das Infrações Tributárias (“RGIT”) relativamente à responsabilidade subsidiária e solidária dos dirigentes das pessoas coletivas pelo não pagamento das coimas em que estas hajam sido condenadas, previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º daquele normativo. Diferentemente de uma responsabilidade fundada na comparticipação na prática da infração, do que ali se trata, em rigor, é de uma *co-responsabilidade* arrimada numa atuação culposa por referência à *falta de pagamento da sanção aplicada*²³.

Trata-se de um ponto absolutamente decisivo na compreensão da regulamentação do problema, na exata medida em que, onde não seja detetável uma afinidade relacional entre a posição de influência e a produção do ilícito anticoncorrencial – e ainda assim se busque interpelar a sociedade-mãe –, o juízo de imputação dirigido à sociedade-mãe reveste – *rectius*, deve revestir – um significado perfeitamente distinto de uma *condenação*^{24, 25}. Nessa

21 Já por isso se adere, na íntegra, às conclusões firmadas pelo Advogado-Geral Nils Wahl no proc. C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §88, no sentido de que “O termo do prazo de prescrição não pode ter, quando se trata de um único e mesmo comportamento ilícito, um efeito limitado à entidade autora direta desse comportamento, mas deve estender-se às entidades a quem foi imputada a responsabilidade por esse mesmo comportamento”. E tanto é de supor essa concertação do regime prescricional aplicável aos sujeitos responsáveis que a Proposta de Anteprojecto – *ex vis* n.º 2 do artigo 74.º – entendeu aquiescer quanto à ampliação dos efeitos da interrupção do prazo de prescrição.

22 Como em regra ocorre, por exemplo, no domínio da responsabilização das entidades coletivas pelos atos praticados por quem que nelas ocupe uma posição de liderança ou pessoas que lhes sejam funcionalmente subordinadas – cfr. o n.º 7 do artigo 11.º do Código Penal; também, ressalvados alguns cenários especiais, o princípio extraído do n.º 6 do artigo 73.º do NRJC –, embora uma tal independência se justifique, aí, e ao contrário do que aqui sucede, pela pertinência da imputação à entidade coletiva, supondo uma aproximação ao facto ilícito muito mais inteligível que uma mera relação de participação societária.

23 Sobre as assimetrias daquele formato de responsabilidade, com destaque para o tema da sua natureza – se civil ou não –, da proibição do seu excesso e (des)conformidade com o postulado constitucional de intransmissibilidade das sanções punitivas, v. Silva Dias, 2018: 174 ss.

24 Sinal de que, também quanto à demarcação dos sujeitos sobre os quais se venha a projetar o antecedente contraordenacional, assalta-nos a inconcluída desta Proposta de Anteprojecto, quando interpretado o n.º 3 do seu artigo 69.º quer no sentido de que à sociedade-mãe responsabilizada nos termos do n.º 2 do artigo 73.º seja também fixado um antecedente pela prática de infrações ao Direito da concorrência incorridas pelas suas subsidiárias, quer no sentido de que os antecedentes contraordenacionais (próprios) das sociedades-mãe possam vir refletidos na determinação da medida concreta da sanção aplicada às suas sociedades-filha, pelas infrações que estas cometam.

25 Se assim se passam as coisas, parece também adequado concluir que as prerrogativas de defesa ao dispor da sociedade-mãe se deveriam circunscrever ao problema do título do seu chamamento à co-responsabilidade pelo pagamento da coima eventualmente aplicável – o *exercício efetivo (embora abstrato) de uma influência determinante* sobre o comportamento da sociedade que praticou a infração.

conformidade, a introdução da sociedade principal no espectro da medida sancionatória aplicada pela autoridade administrativa competente adquiriria plena justificação sob o formato de uma *responsabilidade por dívida alheia*, motivada pela hipótese de não pagamento da coima²⁶. E com isso se deveria bastar, achando-se assim plenamente acauteladas as apreensões reveladas pelo legislador.

Inversamente, acaso se pretenda progredir numa imputação da responsabilidade à sociedade-mãe a título pessoal, resulta para nós inequívoco que entre o pressuposto elegido a critério de imputação – *o exercício de influência determinante* – e a prática da infração se deverá perceber algo mais do que um mero nada, sob pena de a imputação da infração a um determinado sujeito se perfilhar como irrecusavelmente injustificada. A sobrevivência desta *exigência relacional* percebe-se, com feliz evidência, por exemplo, na conformação das regras atinentes à responsabilidade das pessoas coletivas pelos factos praticados por quem nelas exerça uma posição de liderança ou pessoa que lhes seja funcionalmente subordinada, onde, a par da estatuição de uma condição orgânico-funcional – a qualidade de órgão e representante da pessoa coletiva e/ou a disposição de autoridade para exercer o controlo da atividade dos quadros intermédios do ente coletivo –, se baseou a imputação à pessoa coletiva na circunstância de a infração haver sido cometida em seu nome e no interesse coletivo. Nesta conformidade, como se perceberá, o simples facto de uma infração anticoncorrencial ser perpetrada por uma pessoa funcionalmente ligada à pessoa coletiva – na aceção do n.º 5 do artigo 73.º da Proposta de Anteprojeto, pessoa que ocupe posição de liderança [al. a)] ou pessoa subordinada de pessoa que ocupe posição de liderança [al. b)] – não basta para fundar a respetiva responsabilização da pessoa coletiva. O resultado da imputação encontra-se, na verdade, submetido à demonstração de um *plus* revelador de uma forte conexão entre o agente coletivo e a prática da infração. Ora, com esse propósito, veio o legislador exigir que o estabelecimento da responsabilidade contraordenacional do ente coletivo ficasse dependente de

26 Afirmava o TC, no seu Ac. n.º 129/2009, proferido no proc. n.º 649/08, a respeito do significado daquela responsabilidade no contexto do RGIT, que não estava em causa “a mera transmissão de uma responsabilidade contra-ordenacional que era originariamente imputável à sociedade ou à pessoa colectiva; mas antes a imposição de um dever indemnizatório que deriva do facto ilícito e culposo que é praticado pelo administrador ou gerente”, revestindo por isso o alcance de “uma mera responsabilidade civil subsidiária que resulta de um facto ilícito e culposo que se não confunde com o facto típico a que corresponde a aplicação da coima”.

um requisito adicional: que o facto punível haja sido praticado *em seu nome e interesse*²⁷.

Do mesmo modo, no caso que nos ocupa, cumpre concluir: não basta a afirmação da responsabilidade contraordenacional da sociedade-mãe que esta se encontrasse em condições de exercer uma influência determinante, direta ou indireta, sobre a pessoa que executou a prática restritiva, mais se exigindo, rigorosamente, que *a execução dos factos constitutivos da contraordenação se apresente como resultado de um processo causal desencadeado pelo exercício de uma influência determinante pela principal*. Só uma tal interpretação permitiria corrigir aquilo que, na economia da Proposta de Anteprojeto, se nos afigura como uma perturbação regimental inultrapassável: a instituição de uma responsabilidade pessoal das sociedades-mãe, de travo condenatório e inspirada numa técnica de imputação da própria conduta ilícita – o que é mais que uma simples operação de co-responsabilização ou mera imputação da responsabilidade –, conquanto edificada sobre um conjunto de requisitos que, na modéstia dos seus termos, mais se confundem com uma imputação derivada de facto alheio, distraída de um juízo verdadeiramente condenatório.

b. Yet a portrait with a broken frame – da moldura das coimas

Volvida a análise reclamada pela *feição subjetiva* da responsabilidade por infrações ao Direito da concorrência – o exercício de imputação da infração a um determinado sujeito –, centraremos, por ora, a nossa atenção no *objeto-sanção privilegiado*²⁸ na cena contraordenacional – a aplicação de uma coima.

27 Conquanto a técnica legal haja privilegiado a incorporação do requisito da atuação *em nome e no interesse coletivo* apenas quanto à responsabilidade das pessoas coletivas sustentada em factos praticados pelas pessoas que nela ocupam uma posição de liderança – a al. a) do n.º 2 [renumerado n.º 5 na Proposta de Anteprojeto] do artigo 73.º do NRJC –, subsistem razões bastantes para estender uma tal exigência à ativação da responsabilidade contraordenacional por factos praticados por quem atue sob a autoridade das pessoas que ocupam uma pessoa de liderança – os *quadros intermédios* visados pela al. b) do mesmo número. Comungamos, por isso, da perspectiva de Lobo Moutinho & Garcia Marques (2017: 863, 874), quando assinalam que “A exigência de atuação *em nome e no interesse* do ente colectivo marca a necessidade de demonstração de um liame essencial da concreta actuação típica ao ente colectivo ou equiparado, como condição razoavelmente exigível de imputação”; outrossim, com renovada evidência, que “quanto ao que na mencionada alínea b) releva, em todo o rigor, não está em causa, para efeitos de identificação do *facto de conexão*, a identificação da concreta actuação de um subalterno na estrutura do ente colectivo em si e por si, mas antes ainda aqui a identificação de um facto de um *líder* no ente colectivo, de uma pessoa em *posição de liderança*. Pelo que também aqui faz sentido afirmar estar-se perante actuações que deverão ser ainda sujeitas à exigência de prática *em nome e no interesse* do ente colectivo”.

28 Em especial, como melhor se perceberá, a questão em torno da moldura abstrata da coima, decomposta que seja na avaliação de um duplo parâmetro de determinação [*qualitativo* – o volume de negócios

A proposta de alteração avançada *preserva*²⁹ como critério (*qualitativo*³⁰) essencial de determinação da moldura abstrata da coima aplicável a referência ao *volume de negócios* – cfr. o n.º 4 do artigo 69.º. Nesta conformidade, a definição da moldura legal da coima, ao estribar-se num dado atinente à *atividade negocial do infrator*, reflete uma construção do direito sancionatório que está, na verdade, muito mais próxima de um *direito sancionatório do agente*, o que é inaceitável. Neste sentido, o critério apontado revela-se desadequado para avaliar o desvalor associado ao tipo de ilícito que se sanciona, pois tal significaria que esse *desvalor não estaria (apenas) associado à conduta concreta que se condena, mas (também, e em larga medida) ao agente que a praticou*, afastando-se a Proposta de Anteprojeto largamente dos quadros do direito sancionatório erigido enquanto ciência jurídica em torno do *facto punível*, em manifesta colisão com as exigências elementares de um Estado de Direito democrático³¹. Bem assim, facilmente se constatará que a aplicação daquele critério legal, na medida em que conduz, para ilícitos valorados identicamente, a molduras abstratas da coima distintas, sempre conflituaria com

– e *quantitativo* – a cifra dos 10%) e do momento temporal para aquele efeito relevado – o *exercício imediatamente anterior àquele em que seja proferida uma decisão final condenatória*.

29 Grafámos, a itálico, porquanto, mais do que a *preservação* de um critério de determinação da moldura abstrata da sanção – que seguramente existe por referência à versão atual do NRJC –, o recurso ao elemento caracterizador do volume de negócios adquire, na economia da Diretiva, um teor essencialmente *certificativo* para os Estados-Membros encarregues da sua transposição. Vale por dizer, o apuramento do volume de negócios do infrator enquanto dado merecedor de consideração na operação de determinação da moldura abstrata da coima revestia, até à adoção da Diretiva, o caráter de uma opção legal (nacional). Seguramente tal escolha conhecia fortes motivações no ordenamento comunitário, designadamente, pelo exemplo fornecido pela norma inscrita no n.º 2 do artigo 23.º do Regulamento 1/2003, onde se achava depositado parâmetro idêntico, quanto à aplicação de coimas da competência da Comissão Europeia. Com a Diretiva, porém, o pêndulo condutor do elemento *volume de negócios* transverte-se numa voz vinculante que se impõe na ordem jurídica interna, a par do que vinha sucedendo por imposição quanto à atividade sancionatória da Comissão. Também por essa razão, parece-nos, as debilidades do figurino do volume de negócios desviam-nos hoje de uma análise crítica dirigida a uma concreta opção legislativa nacional para uma apreciação das soluções encontradas no espaço da própria UE.

30 *Maxime*, enquanto *qualidade* própria do(s) agente(s) a quem venha a ser imputada a infração.

31 Em sentido próximo, cfr. Dias, 2011: 235: “Princípio hoje indiscutivelmente aceite em matéria de dogmática jurídico-penal e de construção do conceito de crime é o de que todo o direito penal é **direito penal do facto**, não *direito penal do agente*. E num duplo sentido: no de que toda a regulamentação jurídico-penal liga a punibilidade a tipos de factos singulares e à sua natureza, não a tipos de agentes e às características da sua personalidade; e também no de que as sanções aplicadas ao agente constituem consequências daqueles factos singulares e neles se fundamentam, não são formas de reacção contra uma certa personalidade ou tipo de personalidade. A esta dupla conclusão vinculam as posições acima tomadas em matéria de legitimação e de função do direito penal num Estado de Direito democrático [...]. Nesta acepção pode e deve logo ser dito que a construção dogmática do conceito de crime é afinal, em última análise, a construção do conceito de **facto punível**”.

alicerces fundamentais limítrofes – de ordem constitucional, é certo, mas nem por isso despercebidos no perímetro de valores da União –, designadamente em matéria de *igualdade*. Do exposto flui a nítida incompreensão de uma disciplina normativa que venha prescrever diferentes molduras abstratas da coima, em face da mesma infração, em função do maior ou menor volume de negócios do agente infrator³² – quando é certo que tais considerações deveriam vir refletidas, exclusiva e necessariamente, num exercício de *determinação concreta* da sanção aplicável, mas nunca na determinação da moldura legal. Por sinal, se é evidente que o legislador pretendeu equacionar os resultados económicos obtidos pelo agente da infração no cálculo da sanção merecida – e uma tal iniciativa facilmente se intuiria dos fatores de determinação da concreta medida da coima a que apela o n.º 1 do artigo 69.º da Proposta de Anteprojecto³³ –, melhor seria que a descrição da medida abstrata prescindisse de atender a uma grandeza facilmente confundível – pelo menos, certamente computável³⁴ – com aqueles outros fatores considerados, sob pena de nos desviarmos para uma inadmissível dupla valoração³⁵.

32 E, o que é mais grave, recorrendo mesmo a uma ferramenta de gradação da medida abstrata da coima que, não raro, chamará a si um volume de negócios mais vasto do que aquele relativo ao agente que consuma o ilícito. Assim decorrerá, nomeadamente, em virtude da aceção de volume de negócios esquadrihada no n.º 4 do artigo 69.º da Proposta de Anteprojecto, que parece habilitar a convocação dos resultados alcançados por entidades que, afora os laços de interdependência com a entidade que pratica a conduta antijurídica, não exibem qualquer conexão com a prática da infração (v. *supra*, na nossa exposição, pp. 14 ss.).

33 Em especial, no que aqui releva, “As vantagens de que haja beneficiado a empresa [...] em consequência da infração” [al. e)] e “A situação económica da empresa” [al. g)].

34 É ver, a propósito da relação de adjacência entre a introdução do parâmetro do volume de negócios no cômputo da moldura abstrata e a repercussão na sanção contraordenacional do conjunto das *vantagens alcançadas pelo infrator*, o Ac. do TRL proferido no proc. n.º 36/16.0YUSTR.L1, p. 252, no que reproduz as considerações expendidas no Ac. do TC n.º 353/2011, proc. n.º 619/2010, §7; ainda, em manifestação de uma equiparação do volume de negócios ao problema da *situação económica do agente*, escrevem Dias & Loureiro (2017: 839) que “No âmbito dos fatores relativos à personalidade do agente, a alínea g) do n.º 1 do artigo 69.º estabelece como critério a *situação económica do visado pelo processo*, particularmente importante na medida em que estamos aqui perante a aplicação de uma sanção pecuniária. A AdC deverá, pois, para a determinação da coima, atender à situação económica global da empresa, considerando nomeadamente os respetivos ativo e passivo e o *seu volume de negócios*” [itálico nosso].

35 A propósito, a advertência oportunamente formulada em Dias (2009: 234), de que “**não devem ser tomadas em consideração, na medida da pena, as circunstâncias que façam já parte do tipo de crime**: nisto se traduz o essencial do princípio da proibição da dupla valoração. Sob esta sua mais simples formulação, o princípio tem uma justificação quase evidente: não devem ser utilizadas pelo *juiz* para determinação da medida da pena circunstâncias que o *legislador* já tomou em consideração ao estabelecer a moldura penal do facto; e portanto não apenas os elementos do tipo-de-ilícito em sentido estrito, mas todos os elementos que tenham sido relevantes para a determinação legal da pena”.

Outrossim, em nossa convicção, revela a dimensão *quantitativa* do critério do volume de negócios graves deficiências quanto à necessária compatibilidade com o *princípio da legalidade*. Desde logo, se é evidente que, neste particular, a Diretiva autorizou o legislador nacional a estabelecer a razão percentual do volume de negócios considerada para efeitos do limite máximo da coima abstratamente aplicável – salvaguardado o limiar mínimo de 10% –, decerto já não se compreende a reprodução, em letra de lei, da opção adotada, que se nos afigura, na verdade, bem mais confusa do que a anterior redação. De facto, se o n.º 4 do artigo 69.º da Proposta de Anteprojeto fixa que “*o montante máximo da coima aplicável não pode exceder 10% do volume de negócios*”, já no n.º 2 do artigo 69.º do NRJC, de forma bem mais clara, se previa que “*a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10 / prct. do volume de negócios*”. A simplicidade da técnica legal em vigor – e da qual a Proposta de Anteprojeto parece pretender distanciar-se – é(era), a nosso a ver, a que melhor se compagina com as exigências convocadas pelo princípio da legalidade. O mais elementar cânone hermenêutico logo confirmaria serem coisas perfeitamente distintas o afirmar-se que *a coima não pode exceder um determinado nível* – que é o mesmo que fixar um limiar máximo à moldura legal abstrata – e o afirmar-se que *o montante máximo da coima não pode exceder um determinado nível* – o que, por conseguinte, é diferente de fixar um limiar máximo à moldura legal abstrata, na exata medida em que não se discrimina, como deve, o montante máximo da coima, antes exprimindo a redundância de um *montante máximo do montante máximo da coima*³⁶.

A aceitar-se a prescrição legal, nos termos descritos, teríamos ainda que a moldura abstrata da coima, quando identificada por referência ao volume de negócios do infrator, bem poderá conduzir a uma *amplitude manifestamente*

36 Não obstante a infelicidade do desvio de formulação assinalado, cremos que uma leitura conjugada da norma revista com o comando apontado no artigo 15.º da Diretiva, relativo ao montante máximo das coimas, permitirá intuir a fixação de um limiar máximo da coima, correspondente a 10% do volume de negócios. Assim que, se a proposta vertida na Proposta de Anteprojeto se limita a prescrever que o montante máximo da coima não pode exceder 10% do volume de negócios – donde, por consectário, a dúvida sobre qual seria afinal o montante máximo da coima, designadamente, se igual ou inferior àquele valor –, o facto é que a circunstância de o ato comunitário convencionar o seu preciso contrário – isto é, que o montante máximo da coima não deverá ser inferior a 10% do volume de negócios – leva a concluir que, se o horizonte máximo da moldura legal abstrata não pode ultrapassar nem ficar aquém de 10%, então, por convergência de critérios, deverá fixar-se naquela cifra. Evidentemente, porém, uma tal interpretação – que permitiria, quanto a este problema, restaurar vigor ao princípio da legalidade – sempre pressuporia que, tratando-se de um caso de aplicação autónoma do direito nacional – valendo, por isso, o tal n.º 4 do artigo 69.º da Proposta de Anteprojeto –, fosse ainda possível trazer à liça o disposto no artigo 15.º da Diretiva, muito embora aquele normativo se reporte, quanto ao seu âmbito de aplicação, à participação *numa infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE* (n.º 1).

exagerada, convocando um inevitável juízo de inadequação à exigência de legalidade da sanção. Num certo sentido, quando admita a composição de molduras com margens de tal maneira afastadas, o legislador quase prescinde de realizar a demarcação legal da sanção. Ora, uma tal amplitude da moldura vem a refletir-se numa *sobrevalorização absurda do princípio da culpa em detrimento do princípio da legalidade*, produzindo-se uma transferência de competências para o aplicador do Direito que transpõe a fronteira de uma irrecusável previsibilidade nesta matéria. Uma tal preocupação fora já assinalada, entre nós, por Figueiredo Dias e Flávia Loureiro³⁷, embora sem o merecido eco na evolução do quadro legal. E nem se pretenda aceitar como bastante para reverter a insegurança detetada que sobre tão larga moldura se faça incidir os fatores de determinação concreta da medida da coima contidos no n.º 1 do artigo 69.º do NRJC, como bem veio a sustentar o TC³⁸, no domínio das infrações contempladas no Código do Mercado dos Valores Mobiliários.

Por fim, não há como aderir à opção por um critério de determinação da moldura abstrata ancorado no volume de negócios *realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC*³⁹. Acaso se aceitasse a bondade da prescrição, quereria isso significar que a determinação da sanção aplicável em razão da infração ficaria irremediavelmente dependente do momento em que a autoridade administrativa viesse a proferir decisão condenatória. Nestes termos, visivelmente se perceberá que o critério acolhido na determinação da moldura abstrata da coima exprime uma inadmissível *volatilidade*, vinculando os termos da condenação à verificação de

37 Dias & Loureiro, 2017: 836: “[...] dada o âmbito de atuação da AdC e os seus poderes de largo espectro, se torna particularmente importante criar uma expectativa de segurança, de previsibilidade a respeito das suas decisões, de modo a que as empresas (destinatários por excelência dos seus atos) possam determinar-se levando em linha de conta esse fator. Tanto mais quanto algumas vezes se deparará com *margens muito afastadas nas molduras das coimas previstas*, o que pode suscitar problemas de eventual inconstitucionalidade derivados da *(in)compatibilidade de tais margens com o princípio da legalidade de determinabilidade da sanção*” (o itálico é nosso).

38 No seu Ac. n.º 547/01, proc. n.º 481/00, §10: “O que se questiona é, antes, a possibilidade de, pela aceitação de limites extraordinariamente amplos, se pôr em causa a previsibilidade da sanção, pela transferência para o aplicador do direito de uma tarefa da qual o legislador total ou parcialmente se demitiu. O que fica dito *não é ainda afectado pela aplicabilidade dos critérios gerais de determinação da medida da coima*, previstos no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 433/82, *ou dos critérios especiais* previstos no Código de Mercado de Valores Mobiliários. É que a aplicação de tais critérios a um quadro sancionatório de limites tão afastados como aquele que é objecto do presente recurso *não reduz de modo significativo a insegurança dele resultante*” (a nós se deve o itálico).

39 Estamos a citar o n.º 4 do artigo 69.º da Proposta de Anteprojeto, consonante com o disposto no n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva.

um evento – a condenação – que em nada se relaciona com a própria infração (podendo, até, ocorrer muito tempo depois). Cremos, por isso, também quanto a este ponto, a Proposta de Anteprojeto esculpe uma moldura rachada para o esboço normativo herdado da Diretiva. Curioso constatar, porém, que a Proposta de Anteprojeto haja prescindido de receber igual parâmetro na determinação da moldura legal das coimas aplicáveis a pessoas singulares, conforme evidencia o n.º 8 do artigo 69.º, optando aí pelo “último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida”. A debilidade da solução já havia sido repetidamente assinalada na jurisprudência, mesmo no contexto normativo que precedeu o NRJC⁴⁰, mas a advertência não parece ter colhido, na altura – hoje menos ainda, dada a estreita liberdade de conformação concedida pela Diretiva neste domínio – o assentimento do legislador.

Resta concluir, atenta a volatilidade implicada no momento temporal relevado nesta proposta, pela sua inadmissibilidade, porquanto resumiria uma transgressão das exigências de determinabilidade da medida sancionatória, do princípio da igualdade, na medida em que conduz a diferentes soluções sancionatórias para casos essencialmente idênticos, sempre que a decisão condenatória ocorra em momentos distintos, do princípio da legalidade, na medida em que subordina a extensão da moldura a facto diferente da lei, antes submetendo a determinação abstrata da sanção à diligência da autoridade administrativa, bem como uma derrogação do dogma da separação de poderes, legitimando uma ilegítima confusão de esferas de atuação entre as funções legislativa, administrativa e jurisdicional.

c. Perspetivas sobre o concurso

Mais surpreende o teor desta Proposta de Anteprojeto no tratamento dispensado ao concurso de contraordenações, nos termos admitidos no n.º 1 do recém-chegado artigo 69.º-A. Note-se que a solução alcançada, ao estabelecer uma correspondência entre a coima resultante do concurso e a mera adição das coimas que concretamente resultariam aplicadas às contraordenações

40 Assinalando o percurso desviante do legislador de 2012 em relação à experiência judicial até então verificada, Dias & Loureiro (2017: 840): “Note-se que na lei anterior não se estipulava qual o ano a considerar para a determinação do montante da coima, tendo o Tribunal da Relação de Lisboa entendido mesmo que este *não poderia ser* o ano anterior àquele em que tivesse sido proferida decisão condenatória pela AdC, mas antes *aquele em que cessou a prática ilícita*, sob pena de o valor máximo da coima poder ir variando ao ritmo da evolução do mercado e da diligência da autoridade sancionadora (processo n.º 7251/07; cfr. também sobre a questão o acórdão do TC n.º 353/2011). O legislador veio agora responder diretamente ao problema, *em sentido contrário àquela posição judicial*, fixando como critério o ano anterior ao da decisão condenatória” (itálico nosso). Já no contexto do NRJC, o Ac. do TRL proferido no proc. n.º 204/13.6YUSTR.L1-3, §19.

concorrentes, vem, afinal de contas, conferir força de lei à tese da *acumulação material*. Ora, uma tal perspetiva do problema do concurso não só não corresponde à solução prevista no RGCO – já por isso a proposta de alteração afasta ostensivamente a aplicação do artigo 19.º daquele diploma⁴¹ –, como não corresponde (quando deveria!) a um itinerário que se deva ter por aceitável nos quadros do direito sancionatório. Sobre as deficiências do sistema da acumulação material das sanções já se pronunciou Figueiredo Dias⁴², nestes termos: “Mesmo, porém, quando a um tal sistema se ponham limites destinados a permitir o seu funcionamento e a racionalizar a execução – máxime, quando à acumulação material se oponham *limites máximos de pena*⁴³ –, nem assim se evitam os seus graves e evidentes defeitos político-criminais. Por um lado, um tal sistema contraria o princípio da culpa: a mera adição mecânica das penas faz aumentar injustamente a sua gravidade proporcional e abre a possibilidade de ser deste modo ultrapassado o **limite da culpa**. Pois se a culpa não deixa de ser sempre referida ao facto (no caso: aos factos), a verdade é que, ao ser aferida por várias vezes, num mesmo processo, relativamente ao mesmo agente, ela ganha um inegável efeito multiplicador”.

O que vem sendo dito a respeito do concurso de contraordenações vale integralmente para a hipótese de concurso entre contraordenações e infrações criminais, previsto n.º 2 do artigo 69.º-A. Ao prescrever a perseguição, pelo mesmo facto, de duas sanções distintas, veio a Proposta de Anteprojecto reproduzir a tese da acumulação para esta modalidade de concurso – o agente será, afinal, condenado em coima e, adicionalmente, numa pena. Sucede, todavia, neste caso, que a alteração vertida na Proposta de Anteprojecto marca uma diferença assinalável em relação ao regime previsto no RGCO, cujo artigo 20.º vem estabelecer, nestas situações, uma regra de consunção da

41 Norma que referencia a soma das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso, não para efeitos de *determinação da coima do concurso* – como vem sugerido na Proposta de Anteprojecto –, mas tão somente para localizar o *montante máximo da coima do concurso*.

42 Dias, 2009: 279-280.

43 Sendo certo, porém, que, no caso, tampouco se verificaria o referido *efeito atenuante* – as coimas resultantes das infrações em concurso são, qual operação matemática, somadas, assim se decidindo, sem mais, o *quantum* de condenação. Nem sequer vem a revestir, neste ponto, qualquer sentido útil a indicação coligida no n.º 1 do artigo 69.º-A a propósito da observância dos “limites previstos nos n.ºs 4 e 9 do artigo anterior para cada contraordenação em concurso”, que, sob a aparência de uma imposição de limites à tese da acumulação material – o que é mera ficção –, só serve, na verdade, para reiterar o que naqueles números se prescreve sobre os limiares máximos da moldura abstrata de cada uma das coimas aplicadas. Não sobrevive, pois, qualquer bloqueio à doutrina da acumulação material.

punibilidade pela contraordenação, determinando que o agente seja apenas punido pela prática do ilícito criminal.

E não se divisam, em abono da verdade, razões suficientes para fundar as soluções aventadas nesta Proposta de Anteprojeto em matéria de concurso. Percorrida a Exposição de Motivos – com particular destaque para os pontos 86 a 90 –, resulta, aliás, evidente a confusão subjacente às conclusões que estiveram na base desta proposta. Uma leitura interessada do *Considerando 49* e do artigo 15.º da Diretiva permitira antever que o problema do concurso não surge, ali, minimamente afluído, contrariamente ao que pretende a Proposta de Anteprojeto veicular. Não se decifra, pois, naquele contexto normativo comunitário, qualquer indício bastante para fundamentar o propósito de instituir um regime de punibilidade do concurso como o que veio a ser acolhido na Proposta de Anteprojeto.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE

2008 *Comentário do Código Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

2011 *Comentário do Regime das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

2015 *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA

1984 “Sobre a Valoração, como Meio de Prova em Processo Penal, das Gravações Produzidas por Particulares”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Vol. 1*, Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra, n.º 60: Universidade de Coimbra.

1999 *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

BRANDÃO, NUNO

2013 *Crimes e Contra-ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*, Coimbra: s.n., Tese de Doutoramento. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/23886>.

BRITO, TERESA QUINTELA DE

2008 “Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão (II)*, Coimbra: Almedina, p. 1427.

CARDOSO, TÂNIA VANESSA NUNES

2015 “O segredo profissional e o regime das buscas e apreensões em escritório de advogado. A problemática do advogado in-house”, in *Revista Eletrónica de Direito*, fevereiro, n.º 1, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6471668>.

CORREIA, E.

1963 *Direito Criminal, I*, Coimbra: Almedina.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO

2009 *Direito Penal Português – Parte Geral, Tomo II – As Consequências Jurídicas do Crime*, 1.ª ed., Coimbra: Almedina.

2011 *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO & LOUREIRO, FLÁVIA

2017 “Anotação e Comentário ao artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 – Regime Jurídico da Concorrência”, in Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques, José Luís da Cruz Vilaça, Gonçalo Anastácio, Manuel Lopes Porto (Coord.), Miguel Gorjão-Henriques (Dir.), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 834-841.

LOBO MOUTINHO, J. & GARCIA MARQUES, P.

2017 “Anotação e Comentário ao artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 – Regime Jurídico da Concorrência”, in Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques, José Luís da Cruz Vilaça, Gonçalo Anastácio, Manuel Lopes Porto (Coord.), Miguel Gorjão-Henriques (Dir.), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 859-886.

MONTEIRO, CRISTINA LÍBANO

2018 “Natureza e equívocos da sanção contra-ordenacional”, in *Revista do Ministério Público*, Jul.-Set., pp. 97-107.

SILVA DIAS, A.

2018 *Direito das Contra-Ordenações*, 1.ª ed. Coimbra: Almedina.