

Il Tribunale costituzionale portoghese sulle sanzioni nell'ambito della disciplina della concorrenza

(Tribunal Constitucional, 3.ª Secção, acórdão 2 ottobre 2024, n. 661)

L'oggetto del giudizio è costituito dalla disciplina di cui all'art. 69, comma 2, l. n. 19/2012 (che ha approvato il nuovo regime giuridico della concorrenza), nella sua formulazione originaria, che fissa il massimo dell'ammenda in un importo pari al 10% del fatturato nell'esercizio anteriore alla condanna dell'autore dell'infrazione. Il Tribunale non giudica incostituzionale tale disciplina. La norma impugnata non viola il principio dello Stato di diritto, il principio di legalità, il principio del divieto di sanzioni illimitate, il principio della separazione dei poteri, il principio di proporzionalità, il principio di uguaglianza o il principio di colpevolezza.

Fonte: www.tribunalconstitucional.pt. Il testo riportato non ha carattere ufficiale.

ACÓRDÃO Nº 661/2024

Processo n.º 391/2024

3.ª Secção

Relator: Conselheiro João Carlos Loureiro

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional:

I. Relatório

1. Nestes autos, em que são recorrentes A. SGPS, S.A., B., S.A., C., S.A. e D., S.A. e são recorridos o Ministério Público e a Autoridade da Concorrência, foram interpostos, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (Lei do Tribunal Constitucional – LTC), recursos para o Tribunal Constitucional dos acórdãos proferidos pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 19/02/2024 e em 18/03/2024 e do despacho proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 29/01/2024.

2. Os presentes recursos de constitucionalidade constituem incidentes no Processo n.º 322/17.1YUSTR, em que as recorrentes são arguidas.

2.1. Nesse processo, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão confirmou parcialmente a decisão da Autoridade da Concorrência que sancionou as arguidas pela prática de

uma contraordenação, prevista e punida pelos artigos 9.º, n.º 1, alínea c), e 68.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprovou o Novo Regime Jurídico da Concorrência.

2.2. Inconformadas, as arguidas interpuseram recurso dessa decisão para o Tribunal da Relação de Lisboa.

2.3. Por acórdão proferido em 06/04/2021, o Tribunal da Relação de Lisboa apreciou parte das questões suscitadas e, simultaneamente, decidiu colocar ao Tribunal de Justiça da União Europeia um conjunto de questões prejudiciais.

2.4. Por acórdão proferido em 26/10/2023, o Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se sobre as questões objeto de reenvio prejudicial.

2.5. As arguidas recorreram do acórdão de 06/04/2021 para o Tribunal Constitucional, não tendo os recursos sido admitidos por decisão proferida pelo tribunal recorrido, confirmada em sede de reclamação apresentada ao abrigo do artigo 76.º, n.º 4, da LTC.

2.6. Por despacho proferido em 29/01/2024, foi, além do mais, atribuída natureza urgente ao processo.

2.7. Por requerimentos apresentados, respetivamente, em 07/02/2024 e 08/02/2024, as arguidas A., SGPS, S.A. e B., S.A. e as arguidas C., S.A. e D., S.A. invocaram a irregularidade do despacho datado de 29/01/2024 no segmento em que determinou a atribuição de natureza urgente ao processo.

2.8. Por acórdão datado de 19/02/2024, o Tribunal da Relação de Lisboa deu por reproduzido o teor do acórdão de 06/04/2021 e, apreciando as questões remanescentes, julgou improcedentes os recursos interpostos, mantendo a sentença recorrida.

2.9. Por requerimentos autónomos apresentados em 07/03/2024, as arguidas interpuseram, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, recurso do acórdão de 19/02/2024 para o Tribunal Constitucional.

2.10. Por requerimentos apresentados na mesma data, arguiram a inexistência e/ou ineficácia, bem como a nulidade desse aresto.

2.11. Pelo Tribunal da Relação de Lisboa foi proferido o acórdão de 18/03/2024, que julgou totalmente improcedentes os requerimentos referidos em “2.7.” e “2.10.”.

2.12. Por requerimentos autónomos apresentados em 01/04/2024 (no caso de A., SGPS, S.A. e B., S.A.) e em 03/04/2024 (no caso de C., S.A. e D., S.A.), as arguidas interpuseram, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, novo recurso do acórdão proferido em 19/02/2024 para o Tribunal Constitucional, com os mesmos objetos dos recursos referidos em “2.9.”.

3. Pela Decisão Sumária n.º 282/2024, decidiu-se, ao abrigo do disposto no artigo 78.º-A, n.º 1, da LTC, não tomar conhecimento (no todo ou em parte) do objeto dos recursos interpostos e, conseqüentemente, determinar a notificação das partes para alegações, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 79.º, n.º 1, da LTC, relativamente à norma do artigo 69.º, n.º 2, do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na sua redação originária, ao fixar abstratamente como máximo da coima montante equivalente a 10 % do volume de negócios do agente da infração no exercício anterior à condenação.

4. Inconformadas com tal decisão, vieram as recorrentes reclamar para a conferência, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 78.º-A da LTC.

5. Através do Acórdão n.º 581/2024, as reclamações para a conferência foram indeferidas.

6. As recorrentes B., S.A., C., S.A. e D., S.A. apresentaram alegações.

6.1. A recorrente B., S.A. apresentou as seguintes conclusões:

«§1. O objeto do presente recurso circunscreve-se a uma única questão de constitucionalidade: a inconstitucionalidade material da norma constante do disposto no n.º 2 do artigo 69.º da LdC, na sua redação originária, “ao fixar abstratamente como máximo da coima montante equivalente a 10% do volume de negócios do agente da infração no exercício anterior à condenação”.

B. Violação do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.º 3, da CRP), do princípio do Estado de Direito democrático (artigo 2.º da CRP) e da proibição de sanções ilimitadas (artigo 30.º, n.º 1, da CRP)

§2. O princípio do Estado de Direito democrático (artigo 2.º da CRP) impõe a extensão ao ilícito de mera ordenação social das garantias subjacentes ao princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP) e, bem assim, ao princípio da proibição de sanções ilimitadas ou indefinidas (artigo 30.º, n.º 1, da CRP).

§3. A norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da LdC, ao fixar abstratamente o montante equivalente a 10% do volume de negócios do agente da infração no exercício anterior à condenação como máximo da coima, ofende os princípios do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP), da legalidade (artigos 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP) e o princípio da proibição de sanções ilimitadas (artigo 30.º, n.º 1, da CRP), por três razões essenciais: (i) o período de referência temporal a que reporta a aplicação da fração percentual de 10% – o momento da decisão condenatória, ao invés de ser o ano anterior ao da prática da infração – torna a sanção punitiva indeterminável no momento da prática do facto e permeável ao arbítrio do aplicador; (ii) o valor máximo da coima está indexado a um montante indefinido, sem qualquer estipulação de um teto máximo; e, em todo o caso (iii) a moldura sancionatória é excessivamente ampla.

a. Inconstitucionalidade material em virtude da indeterminabilidade, no momento da prática da infração, da base de incidência temporal a considerar para efeitos de definição da coima aplicável

§4. A norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da LdC ofende o princípio da legalidade, na vertente *nulla poena sine lege*, considerando o período de referência temporal a que reporta a aplicação da fração percentual de 10% – e, por essa via, o apuramento da coima aplicável –, correspondente, num e noutro caso, “ao exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência”.

§5. Para que o princípio da legalidade se encontre cabalmente respeitado, o tipo legal tem de descrever em termos rigorosos o comportamento proibido e, bem assim, a sanção aplicável, devendo esta última estar previamente limitada por referência a uma concreta moldura sancionatória abstrata, objetivamente determinável, desde logo, para que o agente possa conhecer, no momento em que pratica o alegado facto ilícito, quais as consequências que poderão advir do seu comportamento.

§6. Tendo em conta o que se encontra previsto no artigo 69.º, n.º 2, da LdC, é evidente que o agente, no momento em que pratica o alegado facto ilícito, não tem como antecipar, com a necessária e exigível exatidão, quais as consequências sancionatórias em que poderá incorrer, porquanto não tem como saber qual é a base de incidência (i.e., qual o volume de negócios) que será considerada para efeitos da definição da coima máxima aplicável.

§7. Materialmente, a definição da moldura sancionatória é relegada para o momento da decisão condenatória que vier, eventualmente, a ser proferida pela AdC no futuro, pois apenas nesse momento será possível concretizar a base de incidência a considerar para efeitos de definição da coima aplicável e, por conseguinte, calcular a respetiva percentagem que delimita o montante máximo da mesma.

§8. No entanto, o agente não tem como antecipar (i) se a AdC decidirá instaurar, em relação àqueles factos, um processo contraordenacional; (ii) se esse processo redundará numa decisão condenatória; (iii)

quando é que a AdC terminará a instrução do processo; (iv) caso conclua pela condenação do agente, quando é que proferirá a decisão condenatória; e, por conseguinte, (v) qual será o volume de negócios do agente no exercício do ano anterior à prolação da decisão condenatória.

§9. Mais: à luz da norma sob apreciação e do período temporal de referência aí considerado, o valor máximo da coima aplicável, na prática, vai flutuando indefinida e ilimitadamente ao longo do tempo, desde o momento da prática do facto até que seja finalmente proferida a decisão condenatória, altura em que, por fim, se cristaliza o exercício relevante na determinação do volume de negócios a partir do qual há de fixar-se o limite máximo da sanção em que incorre o agente.

§10. Isto significa que, na prática, o valor máximo da coima aplicável é suscetível de agravação (ou atenuação) em função da dinâmica e do impulso que é dado pela entidade administrativa à evolução do processo e, sobretudo, da definição do momento em que escolhe proferir a decisão final, tornando a operação de determinação da coima permeável a considerações de oportunidade que a Lei não prevê ou consente.

§11. De resto, cumpre salientar que o legislador, ao estabelecer como referência temporal para o cálculo dos 10% do volume de negócios do exercício do ano anterior à decisão administrativa da AdC, contrariou o entendimento até então dominante na prática jurisprudencial e desta autoridade.

§12. O n.º 2 do artigo 69.º da LdC corresponde, com as devidas alterações, ao n.º 1 do artigo 43.º do anterior Regime Jurídico da Concorrência, que, por não determinar expressamente qual o ano que deveria ser considerado para o cálculo dos 10% do volume de negócios, vinha sendo interpretado, pelos tribunais e pela AdC, como correspondendo ao último ano da prática ilícita, sob pena de violação do princípio da legalidade.

§13. Não obstante o entendimento, já conhecido na jurisprudência dos tribunais portugueses, no sentido da inconstitucionalidade da norma que fizesse calcular o volume de negócios por referência ao ano anterior ao da decisão administrativa, o legislador, ainda assim, optou por consagrar no n.º 2 do artigo 69.º da LdC essa mesma solução jurídica – o que, aliás, levou à sua desaplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 11.03.2015.

§14. Assim, considerando especificamente o período temporal de referência a que aí se faz reportar o apuramento da coima aplicável – o qual não garante a necessária cognoscibilidade, pelo agente, da sanção aplicável e tem por consequência a elevada volatilidade do limite máximo da moldura sancionatória – a norma constante do artigo 69.º, n.º 2, da LdC, é também materialmente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade, previsto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP.

b. Inconstitucionalidade material em virtude da ausência de um limite máximo absoluto

§15. Estando o valor máximo da coima indexado a um montante indefinido (volume de negócios), sobre o qual incidirá uma percentagem, sem estipulação de qualquer limite máximo ou “travão”, a sanção é, por isso mesmo, indeterminada, incerta, ilimitada e indefinida, ofendendo de forma flagrante, também por este motivo, o princípio da legalidade, também na vertente de *nulla poena sine lege* e, bem assim, o princípio da proibição de sanções ilimitadas.

§16. Por força do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP) e do princípio da proibição de sanções ilimitadas ou indefinidas (artigo 30.º, n.º 1, da CRP), as molduras sancionatórias têm de contemplar limites máximos expressos, por referência aos quais se opera a apreciação do desvalor legalmente definido e se procede à graduação da correspondente sanção concreta, no estrito respeito por aqueles limites.

§17. Na ausência da imposição de limites máximos expressos, e ainda que existam critérios orientadores da determinação da medida da coima (como os que se encontram previstos no n.º 1 do artigo 69.º da LdC),

inexiste uma moldura previamente delimitada que permita balizar a margem de decisão do aplicador à luz desses mesmos critérios.

§18. *Por conseguinte, ainda que se admita que a coima não tem necessariamente de se definir nos termos gerais do artigo 17.º do RGCO, podendo determinar-se por via percentual, certo é que, por exigência do princípio da legalidade, sempre será necessário que se preveja, em qualquer caso, um limite máximo da coima, preciso e concretamente pré-determinado.*

§19. *Sublinhe-se, a este respeito, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional que se tem pronunciado sobre a conformidade constitucional de normas que estabelecem molduras sancionatórias de extensa amplitude não tem prescindido, em caso algum, da imposição de limites máximos; pelo contrário, o Tribunal Constitucional tem perfilhado o entendimento segundo o qual a imprecisão que seja causada pela amplitude da moldura da coima apenas é compensada satisfatoriamente com a fixação de montantes exatos para os limites máximos das coimas, em conjunto com a previsão legal de critérios de determinação concreta da medida da coima.*

§20. *No entanto, o pretense “limite” consagrado no n.º 2 do artigo 69.º da LdC não configura, verdadeiramente, um limite e, por conseguinte, a referida norma não prevê uma verdadeira moldura sancionatória por referência à qual deva sequer ser realizado um juízo de ponderação e conciliação – em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Constitucional – entre o princípio da legalidade (que exigiria, no limite, a determinação prévia de sanções concretamente identificáveis) e o princípio da culpa (que imporia uma adequação da coima aplicada às circunstâncias do caso concreto).*

§21. *Por outro lado, na ausência da imposição de limites máximos que sirvam de “travão” à indeterminabilidade e volatilidade das coimas aplicáveis à luz do artigo 69.º, n.º 2, da LdC, a mera previsão de critérios legais orientadores do aplicador na determinação concreta da norma não é, por si só, suficiente para salvaguardar a conformidade constitucional da referida norma.*

c. Inconstitucionalidade material em virtude da excessiva amplitude da moldura sancionatória

§22. *Ainda que se considere que a norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da LdC estabelece uma efetiva moldura sancionatória, acompanhada da imposição de um determinado limite máximo – o que não se admite, e apenas por cautela de patrocínio se equaciona –, sempre se imporia concluir que tal moldura sancionatória assume uma amplitude (pelo menos, potencial) de tal forma excessiva que se revela manifestamente incompatível com o princípio da legalidade.*

§23. *A jurisprudência constitucional tem perfilhado o entendimento segundo o qual a previsão de molduras sancionatórias com alguma amplitude consubstancia uma ponderação adequada entre, por um lado, as exigências do princípio da legalidade e, por outro lado, as exigências do princípio da culpa.*

§24. *Mais, esta jurisprudência tem fundamentado a conformidade constitucional de molduras sancionatórias de manifesta amplitude: (i) na necessidade de ter em conta o benefício económico obtido pela prática da infração; (ii) na circunstância de poderem estar subjacentes, ao direito de mera ordenação social, comportamentos típicos que revestem natureza técnica que denotam um baixo grau de culpa; (iii) na alternatividade à legislação de sanções penais, justificada pelo princípio da necessidade da pena.*

§25. *Esta jurisprudência não é apta ou suficiente para sustentar, in casu, a conformidade constitucional do n.º 2 do artigo 69.º da LdC, pelas seguintes razões: (i) em primeiro lugar, a norma não estabelece qualquer relação entre a obtenção de benefícios económicos com a prática do ilícito contraordenacional e a coima aplicável; (ii) em segundo lugar, não é legítimo sustentar a amplitude de molduras sancionatórias de tal ordem de grandeza que admitam a aplicação de coimas muito superiores ao limite máximo da moldura*

aplicável em processo penal no princípio da necessidade da pena; (iii) em terceiro lugar, embora não se conteste que o grau de culpa possa impor uma atenuação ou agravação da coima aplicável, certo é que uma adequada ponderação entre as exigências do princípio de legalidade e o princípio da culpa nunca poderá redundar na excessiva indeterminação e volatilidade da sanção aplicável, em completo detrimento do princípio da legalidade, como sucede a respeito da norma sob apreciação.

C. Violação do princípio da separação de poderes e da indisponibilidade de competências (artigo 111.º da CRP)

§26. Em acréscimo, o n.º 2 do artigo 69.º da LdC, ao fixar abstratamente como máximo da coima montante equivalente a 10% do volume de negócios do agente da infração no exercício anterior à condenação, é também inconstitucional, por violação do princípio da separação de poderes e da indisponibilidade de competências, previsto no artigo 111.º da CRP.

§27. Com efeito, subjacente à norma resultante do n.º 2 do artigo 69.º da LdC verifica-se uma transferência material de competências exclusivas do legislador para a esfera da autoridade administrativa ou do juiz, por duas razões: (i) ao estabelecer como referência temporal relevante o exercício correspondente ao ano anterior ao da decisão administrativa, o legislador transfere para a respetiva autoridade a seleção do momento que determina a base de incidência que será considerada para efeitos da definição da coima máxima aplicável; e (ii) ao estabelecer uma moldura que se revela excessivamente ampla, o legislador deixa nas mãos do aplicador a determinação da sanção.

§28. Assim, uma vez que o montante dos 10% do volume de negócios se reporta ao exercício do ano anterior ao da decisão administrativa, a coima máxima abstratamente aplicável fica inteiramente dependente da atuação do próprio aplicador e, em particular, da sua maior ou menor celeridade na tramitação da instrução do processo contraordenacional e na prolação da decisão administrativa.

§29. Por outro lado, ao estabelecer uma moldura sancionatória que, em abstrato, se revela infinita e indeterminável, ficando antes inteiramente dependente do acaso e das circunstâncias do caso concreto, o legislador deixou também nas mãos do aplicador a escolha da sanção, tarefa que deveria competir, exclusivamente, ao legislador.

D. Violação do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (artigo 18.º, n.º 2, da CRP)

§30. A norma cuja inconstitucionalidade se pretende ver apreciada viola o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de adequação, necessidade e proporcionalidade, por duas razões essenciais: (i) em primeiro lugar, por não estabelecer uma relação de conexão entre o máximo da sanção aplicável e a gravidade da conduta ou os benefícios obtidos com a mesma; (ii) em segundo lugar, por prescrever como máximo da coima aplicável um critério que não encontra correspondência na efetiva capacidade de pagamento (ou económica) da entidade infratora.

§31. É incontestável que, também por decorrência do princípio do Estado de Direito democrático (artigo 2.º da CRP), o princípio da proporcionalidade tem plena aplicação no processo contraordenacional, servindo, por conseguinte, de parâmetro de aferição da validade constitucional de normas que estabelecem sanções na decorrência da prática de ilícitos contraordenacionais.

§32. O princípio da necessidade em matéria sancionatória, inerente ao princípio da proporcionalidade, impõe que a sanção abstratamente aplicável, num cenário de realização da conduta tipificada, seja, em si mesma, necessária, devendo poder estabelecer-se uma relação entre o facto típico e a gravidade da sanção.

§33. Por conseguinte, a escolha – que compete exclusivamente ao legislador e não ao aplicador – da moldura sancionatória aplicável nunca poderá ser arbitrária, antes devendo obedecer a critérios impostos pelo princípio da necessidade, tais como a natureza do interesse que se quer proteger, a gravidade da conduta típica e, bem assim, as finalidades de prevenção gerais e especiais.

§34. Logo, este princípio exige que para cada contraordenação seja prevista a possibilidade de aplicação de uma sanção concretamente identificável, balizada por limites mínimos e máximos, porquanto na ausência desses limites, o legislador não leva a cabo uma ponderação sobre as concretas necessidades de repressão da conduta tipificada.

§35. A moldura legal de uma infração traduz o mínimo e o máximo de sanção que o legislador considera necessário para tutelar o interesse protegido pela norma sancionatória, à luz das finalidades preventivas, logo, só com a previsão de limites mínimo e máximo (que não vêm estabelecidos na norma sob apreciação) será possível discernir em que medida é que a sanção se revela necessária para a prossecução das finalidades de prevenção que lhe estão subjacentes.

§36. Mais: se não é possível, em face da ausência de um limite máximo, estabelecer uma conexão entre o facto sancionado e a sanção prescrita, a circunstância de o montante máximo da coima ser determinável por referência ao ano que antecede a condenação impede qualquer conexão que pudesse estabelecer-se com o eventual benefício angariado pelo agente com a infração.

§37. Em síntese, a moldura sancionatória – que permanece por concretizar – não é fiscalizável através de um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade nem em relação ao desvalor intrínseco a determinado facto, nem mesmo em relação aos seus efeitos de potencial enriquecimento para o infrator, visto que essa fiscalização surge frustrada em razão do referente temporal considerado pelo legislador.

§38. De resto, a ausência de limites projeta-se ainda na impossibilidade de efetuar um controlo de proporcionalidade relativa, i.e., um juízo de congruência entre a sanção prevista para a infração e as sanções previstas para as demais infrações consagradas no ordenamento jurídico em causa.

§39. Por outro lado, a norma sindicada desrespeita igualmente o disposto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, em razão da sua incompatibilidade com um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, já que potencia a aplicação de sanções que se revelam manifestamente desproporcionais em face da efetiva capacidade de pagamento dos agentes da infração.

§40. Ao definir-se o volume de negócios do agente no exercício anterior à condenação como base de incidência para o cálculo da coima aplicável, o real impacto da aplicação da sanção excederá necessariamente a sua justa medida, na medida em que se toma como referência um montante que não integra a esfera patrimonial da entidade sancionada, desconsiderando-se, pois, a sua efetiva capacidade económica.

§41. Ao indexar o valor da sanção ao volume de negócios do agente, podendo atingir-se 10% desse volume, a coima aplicável nos termos do artigo 69.º, n.º 2, da LdC, assume mesmo foros confiscatórios, desvinculando-se da prossecução de quaisquer finalidades preventivas, o que, por si só, é manifestamente excessivo e desproporcional, desde logo porque, para além de não tomar em consideração a real e atual capacidade económica do agente, pode inclusivamente conduzir à sua rutura financeira.

E. Violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP)

§42. A ausência de previsão legislativa de uma escala sancionatória quantitativamente determinada no seu limite máximo, na norma sob apreciação, potencia o tratamento desigual de situações que substancialmente não o admitem.

§43. Como se viu, a percentagem do volume de negócios futuro, para além de imprevisível e inaverigável, não guarda qualquer relação direta ou indireta com a gravidade da infração ou com o benefício económico auferido pelo infrator.

§44. Um sistema de sanções graduáveis que tem como limite máximo 10% do volume de negócios do agente da infração no exercício anterior ao da condenação é um sistema que, por definição, não se orienta em função dos propósitos de prevenção/repressão aptos a legitimá-lo, sendo, por isso, absolutamente permeável ao subjetivismo de cada aplicador.

§45. Se dois agentes praticarem uma mesma infração, com a mesma gravidade, tendo atuado com o mesmo grau de culpa e obtido o mesmo benefício económico, a aplicação da norma sub judicio consente na sua submissão a molduras sancionatórias infinitamente distintas, em razão da circunstância fortuita de as decisões condenatórias de um e outro poderem não coincidir no mesmo ano civil e, conseqüentemente, poderem ser distintos os respetivos volumes de negócios no ano anterior ao da sua condenação.

§46. Esta solução desrespeita o princípio da igualdade, na sua vertente positiva, por redundar no tratamento distinto de situações que, em face dos elementos que legitimam a restrição de direitos e a aplicação de uma sanção – a ilicitude do facto, a culpa do agente e o benefício económico auferido – substancialmente não admitem essa diferenciação, nem a medida do tratamento diferenciado.

§47. O tratamento desigual das situações descritas fica a dever-se à arbitrariedade do critério selecionado como limite máximo da moldura da sanção a aplicar, cuja definição deveria pautar-se em função da estrutura essencial, objetiva e subjetiva, de cada tipo e da gravidade do ilícito.

§48. A constatação da arbitrariedade do critério selecionado e da incompatibilidade da norma com o princípio da igualdade não leva pressuposta a ideia de que a capacidade de pagamento do agente à data da condenação seja irrelevante à medida da sanção a aplicar, sendo inclusivamente a “situação económica do visado pelo processo” um dos elementos a que se refere o artigo 69.º, n.º 1, da LdC, na sua alínea g).

§49. A adaptação da coima aplicada em função da capacidade de pagamento do infrator apenas poderá coadunar-se com a imposição de igualdade de tratamento decorrente do artigo 13.º, n.º 1, da CRP – e até promovê-la –, na medida em que se projete sobre uma moldura equivalente aplicável a factos equivalentes, definida pelo legislador.

§50. A conclusão que se impõe – no sentido do desrespeito pelo princípio da igualdade – é ainda perfeitamente consentânea com as orientações erguidas no acórdão n.º 353/2011, no qual este Tribunal fez depender o seu juízo no sentido da não violação desse princípio da afirmação de uma relação direta entre o benefício económico auferido e o limite máximo da coima, calculado por referência ao ano em que cessou a prática da infração.

§51. A norma sub judicio, ao fixar abstratamente o montante equivalente a 10% do volume de negócios do agente da infração no exercício anterior à condenação como máximo da coima, impede a afirmação de qualquer conexão entre o limite máximo da coima e o benefício obtido pelo infrator e assim, a transposição da argumentação veiculada nesse aresto.

§52. Pelo exposto, inexistindo fundamentos substantivos referentes aos elementos da infração legitimadores da restrição de direitos mediante a aplicação da coima, aptos a justificar o tratamento diferenciado de agentes que, em face desses elementos, mereceriam tratamento equivalente – e, em qualquer caso, aptos a legitimar a medida (ilimitada) dessa diferenciação –, a norma sob apreciação é materialmente inconstitucional também em razão da violação do princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º, n.º 1, da CRP.

F. Violação do princípio da culpa (artigos 1.º e 2.º da CRP)

§53. *Prescrevendo como limite máximo da coima aplicável o montante de 10% do volume de negócios referente ao ano anterior à condenação, a norma sub judicio admite a graduação da coima aplicável por referência a um montante desconexo – e potencialmente muito superior – ao grau de culpa do agente.*

§54. *O volume de negócios do agente no ano anterior à condenação surge como elemento absolutamente desconexo do grau de culpa ínsito ao facto, inexistindo qualquer proporcionalidade entre esse variável montante e aquela culpa: por um lado, um agente que pratica uma infração com um diminuto grau de culpa pode – decorrido o lapso temporal até à sua condenação (e mesmo independentemente dele) – apresentar uma evolução muito positiva do seu volume de negócios e, por outro, inversamente, um agente que pratica uma infração com um grau de culpa consideravelmente elevado pode, aquando da sua condenação, apresentar um volume de negócios fortemente decrescido, senão mesmo exíguo.*

§55. *Com a aplicação da norma sub judicio a sanção aplicada ao agente deixa de se afirmar como uma reação do poder punitivo do Estado à culpa revelada pelo agente no facto, admitindo-se o desrespeito da inderrogável exigência de que a medida da sanção não exceda a medida da culpa do agente – conforme o imporia o respeito pelo princípio constitucional da culpa.*

§56. *Acresce que a denunciada desconexão impede que, quanto à norma sindicada, se possa afirmar estar em causa uma cedência do princípio da legalidade ao princípio da culpa, conforme se sustentou em alguma jurisprudência constitucional, quanto à apreciação da (in)constitucionalidade da extensão de (outras) molduras sancionatórias contraordenacionais.*

§57. *Não só não faria sentido transpor a argumentação subjacente a essa jurisprudência porque, na norma sub judicio, como visto, não está “apenas” em causa a previsão de uma moldura (mais ou menos) ampla – mas antes a previsão de uma moldura sancionatória indeterminável e ilimitada, no limite, inexistente –, mas sobretudo porque o teto máximo indeterminado não apresenta qualquer conexão com a conduta culposa do agente.*

§58. *Assim, afigura-se indefensável que, quanto à norma sob apreciação, a indeterminação ou amplitude da moldura sancionatória se possam ficar a dever a um qualquer equilíbrio de princípios constitucionais conflituantes.*

§59. *Por tudo o exposto, impõe-se a conclusão de que a norma sub judicio impede o funcionamento do princípio da culpa ínsito às ideias de dignidade da pessoa, de segurança jurídica e de justiça material, pressupostas à afirmação da vigência de um Estado de Direito democrático (artigo 1.º da CRP) e deve, também por isso, ser considerada materialmente inconstitucional».*

6.2. *As recorrentes C., S.A. e D., S.A. concluíram as suas alegações nos seguintes termos:*

«§1. *O presente recurso tem por objeto a norma constante do artigo 69.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Concorrência aprovado pela Lei n.º 12/2012, de 8 de maio, na sua redação originária, que dispunha: “No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.”*

Violação do princípio da legalidade e do Estado de Direito democrático, na dimensão de segurança jurídica, em conjugação com o princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida e o princípio da separação de poderes e da indisponibilidade de competências

§2. Ao fixar abstratamente como máximo da coima montante equivalente a 10% do volume de negócios do agente da infração no exercício anterior à condenação, a norma em apreço não só não permite antecipar o máximo da sanção, como admite como máximo da coima realidades quantitativamente indeterminadas e indetermináveis, imprevisíveis, virtualmente ilimitadas e indexadas a grandezas variáveis que em nada se relacionam com o facto sancionado, a sua gravidade, a culpa do agente e o benefício obtido pelo infrator.

§3. A falta de limite máximo objetivo e quantificado da coima, cognoscível no momento da prática do facto, equivale à inexistência de moldura sancionatória abstrata aplicável em termos universais a todo e qualquer caso e a todo e qualquer agente, permitindo coimas de um montante qualquer, virtualmente até ao infinito, em face da ausência de limite máximo absoluto.

§4. A norma em apreciação consente, além disso, que o máximo da coima aplicável varie em todo e qualquer caso em que seja aplicada, uma vez que a sua determinação depende, casuisticamente, entre o mais, (i) do próprio visado, (ii) do seu volume de negócios e ainda (iii) da tramitação do processo contraordenacional (considerando que o momento relevante para determinar a coima é o do ano anterior à condenação por parte da Autoridade da Concorrência, ficando a definição desse momento dependente do impulso processual daquela entidade).

§5. Na prática, o valor máximo da coima aplicável é suscetível de agravação (ou atenuação) em função da dinâmica e do impulso que é dado pela entidade administrativa à evolução do processo e, sobretudo, da definição do momento em que se escolhe proferir a decisão final, sendo a operação de determinação da coima suscetível (o que, não se assumindo como hipótese concreta, tem de admitir-se – numa compreensão garantística das coisas – como possibilidade abstrata) de instrumentalização e manipulação processual.

§6. Além disso, e transversalmente, à luz da norma aqui em causa, não é possível, no momento da prática do facto, saber e antecipar quais as consequências sancionatórias em que o agente pode incorrer, desde logo porque não há como saber, naquele momento, qual será a base de incidência (i.e., qual o volume de negócios) considerada para efeitos da determinação da coima aplicável.

§7. Finalmente, a norma em apreciação, não prescrevendo um limite máximo universal para a coima aplicável, leva a que a moldura sancionatória dela decorrente não só não obedeça a limites mínimo e máximo fixados em termos certos, determinados e universais, como assuma uma latitude que se estende virtualmente, no seu patamar mais alto, até ao infinito.

§8. Por todas as razões indicadas, a norma objeto do presente recurso viola de forma clara e grave as exigências de determinabilidade da sanção decorrentes do princípio da legalidade, previsto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição.

§9. A norma em causa viola igualmente o princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida, consagrado no artigo 30.º, n.º 1, da Constituição, já que, prescindindo da definição prévia das consequências associadas à prática da infração, quanto à medida máxima universal dessas consequências, por via dela admite-se a aplicação de sanções de natureza ilimitada (e indefinida), sem circundar as possibilidades de abuso e de arbítrio que aquele princípio constitucional visa prevenir.

§10. Não prevendo qualquer limite máximo absoluto, em termos quantificados e invariáveis, para a coima aplicável – agravada em função das intrínseca variabilidade e contingência do critério selecionado –, a norma apreciada não proporciona garantias mínimas de segurança jurídica aos sujeitos jurídicos contra o exercício do poder punitivo do Estado, violando, pois, o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, que concretizam a ideia de Estado de Direito democrático, extraído do artigo 2.º da Constituição.

§11. Também por não definir um limite máximo, universal e invariável, da coima aplicável – antes adotando um critério volátil e influenciável pela Autoridade da Concorrência, além de suscetível de gerar molduras sancionatórias com insuportável amplitude –, a norma em causa, na prática, remete para o aplicador a escolha da sanção aplicável, e fá-lo sem estabelecer critérios que previnam juízos de oportunidade e outros interesses não controláveis, violando igualmente por essa via o princípio da separação de poderes e de indisponibilidade de competências, fundamento externo do próprio princípio da legalidade, extraído do artigo 111.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição.

Violação dos princípios da necessidade da sanção e da proporcionalidade em sentido estrito

§12. Inexistindo nela limite pecuniário que confine, em termos quantitativamente invariáveis e inultrapassáveis, a censura máxima que o comportamento proibido encerra, a norma objeto do presente recurso também não permite compreender qual a medida de punição que o legislador considera necessária para a tutela do interesse protegido pela norma sancionatória.

§13. Não permitindo apreender a conceção legislativa sobre a necessidade de punição (e dos seus termos), em face do interesse protegido pela norma sancionatória, a norma em causa não permite o seu confronto com as exigências dos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, pois inviabiliza: por um lado, a avaliação da congruência entre o desvalor da infração e o desvalor (o quantum) da sanção que lhe é associada (necessidade ou proporcionalidade absoluta); por outro lado, a avaliação da congruência entre a sanção prevista e as opções normativas constitutivas de todo o sistema sancionatório, expressas nas sanções previstas para as demais infrações (necessidade ou proporcionalidade relativa).

§14. De qualquer modo, ao admitir a punição do visado com uma coima até 10% do volume de negócios do visado no exercício anterior à condenação, sem qualquer teto ou limite máximo expresso numa grandeza numérica objetiva e quantificada, a norma sob apreciação vai (muito) além da justa medida exigida pelo artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, desde logo porque aquele critério não é representativo da efetiva dimensão e capacidade económica do visado.

§15. Adicionalmente, elegendo como marco temporal relevante para o apuramento do coima a prolação da decisão condenatória, afastando assim qualquer hipotética conexão do critério selecionado com o facto praticado pelo agente e com o benefício eventualmente retirado da infração, a coima aplicável nos termos da norma em apreço pode, na prática, ser agravada em função do impulso dado pela entidade administrativa à evolução do processo, dado que a definição do momento em que é proferida a decisão condenatória está na exclusiva dependência, no se e no quando, da Autoridade da Concorrência.

Violação do princípio da igualdade

§16. Noutra perspetiva, a norma em apreço – pela arbitrariedade, volatilidade e amplitude sancionatórias legitimadas com a sua aplicação – consagra um regime punitivo permeável ao subjetivismo de cada aplicador, potenciando o tratamento desigual de situações que substancialmente, em face dos elementos da infração que legitimam a restrição de direitos mediante a aplicação de uma coima, não o admitem.

§17. Inexistindo fundamentos materiais (nomeadamente referentes à ilicitude do facto, à culpa do agente ou mesmo ao benefício económico auferido) aptos a justificar o tratamento diferenciado de agentes que, em face desses elementos, mereceriam um tratamento equivalente – e, ademais, a legitimar a medida (ilimitada) dessa diferenciação –, a norma em apreço é inconstitucional também por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º, n.º 1, da Constituição, na sua vertente positiva.

Violação do princípio da culpa

§18. Sendo o volume de negócios do agente no ano anterior à condenação um elemento por definição desconetado do seu grau de culpa, a aplicação da norma em apreciação admite que uma infração seja sancionada com coima desconexa – e muitíssimo superior – a esse grau de culpa, inviabilizando a graduação da medida da coima em função dessa culpa e impedindo o funcionamento operativo do princípio constitucional da culpa como medida inultrapassável da sanção aplicável, em violação, pois, daquele princípio, extraído dos artigos 1.º e 27.º, n.º 1, da Constituição».

7. O Ministério Público contra-alegou, pronunciando-se pela improcedência dos recursos e concluindo do seguinte modo:

«1. Os recorrentes A., SGPS, S.A., B., S.A., C., S.A. e D., S.A. interpuseram recurso para o Tribunal Constitucional (com fundamento no artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 28/82, de 15/11), do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19-02-2024 que negou provimento ao recurso pelos mesmos interposto para esse Tribunal.

2. Mediante a Decisão Sumária n.º 282/2024, entendeu o Mm.º Juiz Relator não tomar conhecimento de todas as questões de constitucionalidade suscitadas pelas recorrentes, ao abrigo do disposto no artigo 78.º-A, n.º 1, da LTC (Lei do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei n.º 28/82 de 15/11), subsistindo apenas para apreciação, a alegada inconstitucionalidade “relativamente à norma do artigo 69.º, n.º 2, do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na sua redação originária, ao fixar abstratamente como máximo da coima montante equivalente a 10% do volume de negócios do agente da infração no exercício anterior à condenação”.

3. Consideram os recorrentes que a norma objeto do presente recurso viola de forma clara e grave as exigências de determinabilidade da sanção decorrentes do princípio da legalidade, previsto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, bem como o princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida, consagrado no artigo 30.º, n.º 1, da Constituição. Igualmente, consideram que a referida norma é violadora do princípio da proporcionalidade, plasmado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa e do princípio da separação de poderes e de indisponibilidade de competências, fundamento externo do próprio princípio da legalidade, extraído do artigo 111.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, bem como do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e do princípio da culpa como medida inultrapassável da sanção aplicável, em violação do artigo 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

4. O referido artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012 de 08/05, estabelece que “No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.”

5. O montante das coimas e das sanções pecuniárias compulsórias aplicáveis às pessoas coletivas é, assim, fixado, à semelhança do regime comunitário, em percentagem do volume de negócios do infrator, com um limite máximo de 10% e de 1% (consoante o tipo de infração), tornando o regime sancionatório verdadeiramente dissuasivo de práticas lesivas do direito da concorrência.

6. Tal norma visa, ainda que de forma reflexa, assegurar o eficiente funcionamento dos mercados, que, na realidade é uma das incumbências prioritárias do Estado (artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa).

7. De igual modo, tal preceito normativo reflete, no direito interno, o disposto no n.º 1 do artigo 15.º da DIRETIVA (UE) 2019/1 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 11 de dezembro de 2018 que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno e 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 (...)”.

8. Em primeira linha, as sociedades recorrentes invocam a inconstitucionalidade do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8/05, por violação do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP) e por violação da proibição de medidas privativas ou restritivas da liberdade com duração ilimitada ou indefinida (artigo 30.º, n.º 1, CRP).

9. Na esteira do que vem sendo a linha jurisprudencial do Tribunal Constitucional, concorda-se que embora o princípio da legalidade/tipicidade não mereçam o mesmo grau de exigência no regime contraordenacional, ainda assim, nos ilícitos contraordenacionais é necessário um mínimo de determinabilidade que torne possível aos destinatários da norma saber quais são as condutas proibidas de modo a que possam antecipar, com segurança, a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito.

10. No entanto, é entendimento do Ministério Público que essa determinabilidade se verifica na norma constante do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 08/05.

11. Em primeira linha, o volume de negócios do ano de exercício anterior à decisão final da AdC não deixa de ser um limite da coima, que dá ao seu destinatário a garantia de que a sanção não poderá exceder esse limite pela entidade que a aplicar.

12. Por outro lado, trata-se de um limite determinável pelo agente da infração, porquanto, o mesmo, quando a pratica, sabe qual é o montante máximo pelo qual pode vir a ser punido em função dos conhecimentos que detém relativamente ao seu volume de negócios.

13. Da conjugação normativa da Lei da Concorrência resulta que existe um limite mínimo e um limite máximo da coima aplicável e que a fixação da coima se concretiza dentro da margem fornecida ao aplicador da sanção, ponderados que sejam os demais fatores legalmente previstos dentro dessa margem.

14. Afigura-se-nos que tal é quanto basta para que os destinatários da norma possam antecipar qual a sanção que, em abstrato, lhes poderá vir a ser aplicada em caso de comportamento ilícito e conformarem a sua conduta em função dessa punição.

15. Não se verifica, assim, nenhuma indeterminação dos pressupostos da norma questionada, cumprindo a norma as exigências de determinabilidade que são feitas pela específica função de garantia que ela tem de cumprir relativamente aos direitos das pessoas (“maxime”, ao direito à segurança), implicadas no princípio da legalidade penal, consagrado no art.º 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP e no limite das penas (artigo 30.º, n.º 1, da CRP).

16. Consideram ainda as sociedades recorrentes que a norma em questão viola o princípio da proporcionalidade, insito no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

17. Ora, assumindo-se que uma das finalidades da Lei n.º 19/2012, de 08/05, é a punição mais severa e eficaz das infrações concorrenciais, como decorrencia do disposto no artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, o artigo 69.º, n.º 2, da referida lei insere-se ainda no objetivo de punir as práticas concorrenciais ilícitas de forma mais gravosa, o que se alcança pelo montante elevado das coimas.

18. Na verdade, trata-se de infrações especialmente graves em que estão em causa valores sociais de grande relevo, a que, geralmente, andam associados avultados interesses patrimoniais.

19. É neste contexto que o legislador, avaliando outras alternativas de punição, optou (para alguns tipos de infração praticados pelas pessoas coletivas) pela fixação do montante de 10% do volume de negócios como limite máximo da coima a aplicar, considerando-se a medida legislativa constitucionalmente conforme, por não se vislumbrar qualquer outra igualmente eficaz para o combate a este tipo de infrações.

20. Não se nos afigurando, nesta perspetiva, a solução legal claramente desrazoável e não se vislumbrando que o sacrifício patrimonial do acoimado vá para além da justa medida da infração que cometeu e das necessidades punitivas do Estado, não se alcança que a solução legislativa consagrada no artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012 de 08/05, seja visivelmente desequilibrada, tendo sido esse, igualmente, o entendimento perfilhado pelo Tribunal Constitucional na Decisão Sumária n.º 216/2016.

21. Mais alegam as sociedades recorrentes que o normativo em apreciação viola, igualmente, o “princípio da separação de poderes e de indisponibilidade de competências, fundamento externo do próprio princípio da legalidade, extraído do artigo 111.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição”.

22. Ora, o legislador, ao ter definido a conduta que teve por ilícita de forma clara e precisa e ao ter fixado a sanção correspondente em termos de não deixar dúvidas sobre os limites dentro dos quais se há de mover aquele que tiver de aplicar a coima, não se pode concluir que tenha transferido para os operadores jurídicos competências que são suas.

23. O artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 08/05, estabelece os limites dos quais o aplicador não se poderá desviar, o que é quanto basta para cumprir a função de garantia da norma contra o exercício abusivo do Estado.

24. Pretendem ainda os recorrentes que o Tribunal Constitucional aprecie a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, de 08/05, também sob o parâmetro do princípio da igualdade.

25. Ora, a norma em apreciação é aplicável, indistintamente, a todos os agentes que pratiquem infrações concorrenciais ilícitas, independentemente de se tratarem de pequenas e médias empresas ou de grandes grupos empresariais.

26. A circunstância de o volume de negócio representar o limite máximo da coima aplicável permite, ao aplicador da norma, fazer repercutir na sanção o benefício económico obtido pela prática da infração, penalizando, assim, cada agente, na medida certa da sua capacidade económica, evitando um tratamento punitivo semelhante para empresas com volumes de negócios substancialmente diferentes.

27. Trata-se, assim, de um elemento que reflete a dimensão e situação económica do agente, não existindo nisso qualquer arbitrariedade ou violação do princípio da igualdade.

28. Por último, invocam as recorrentes a violação do princípio da culpa.

29. No entanto, a punição prevista no artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 08/05, não prescinde da demonstração da culpa do agente, considerando que a referida norma tem de ser lida em conjugação com o artigo 8.º do RGCO, que determina que apenas são sancionadas as contraordenações a título de dolo ou negligência.

30. Assim, dentro dos limites mínimo e máximo da moldura contraordenacional, o julgador dispõe de suficiente liberdade de apreciação para ponderar o grau de culpa com que o agente atuou, atuando a mesma como pressuposto de aplicação da contraordenação.

31. Pelo que o quadro legal em que se insere a norma questionada assegura devidamente o grau de culpa do agente na determinação da punição no caso concreto.

32. Assim, por todas as razões invocadas, é entendimento do Ministério Público que este Tribunal Constitucional deverá negar provimento ao recurso de constitucionalidade interposto pelas sociedades recorrentes e não julgar inconstitucional a norma contida no artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 08/05, na sua redação originária».

8. A Autoridade da Concorrência contra-alegou, pronunciando-se também pela improcedência dos recursos e formulando as seguintes conclusões:

«A. O objeto do presente recurso circunscreve-se à questão de saber se a norma contida no n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, “ao fixar abstratamente como máximo da coima montante equivalente a 10% do volume de negócios do agente da infração no exercício anterior à condenação” é, ou não, inconstitucional por violação de um conjunto de parâmetros constitucionais.

B. Este Tribunal Constitucional já foi, por diversas vezes, confrontado (i) quer com a constitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º e as suas dimensões normativas, (ii) quer com a amplitude de molduras sancionatórias previstas no direito contraordenacional – Acórdão n.º 85/2012, Acórdão n.º 78/2013, Acórdão n.º 41/2004, Decisão Sumária n.º 216/2016 e Acórdão n.º 400/2016.

C. Pronunciou-se sempre em termos que asseguram a constitucionalidade da norma sub judice e a conformidade constitucional das respetivas molduras, fazendo uma leitura integrada, contextual e adaptada dos princípios, conceitos e estruturas dogmáticas próprios do direito penal ao direito contraordenacional (onde se inscrevem as infrações às regras da concorrência).

D. A posição de princípio da Autoridade é a de que a redação do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência não ofende qualquer parâmetro constitucional.

Ausência de violação dos princípios da legalidade, do Estado de Direito e da proibição de sanções ilimitadas ou indefinidas

E. O princípio da legalidade insito aos n.ºs 1 e 3 do artigo 29.º da CRP opõe-se a molduras indetermináveis, imperscrutáveis, e que impossibilitam o conhecimento, da parte do agente, do tipo de ilícito sancionado, dos pressupostos da sua responsabilização e da respetiva moldura sancionatória.

F. A moldura sancionatória prevista no n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência não se afigura indeterminável. São várias as razões que suportam e validam este entendimento.

G. No plano da própria redação legislativa, da letra do preceituado legal, as empresas conseguem apreender, compreender e perspetivar, com clareza, certeza e objetividade: (i) a infração anticoncorrencial tipificada na lei; (ii) os pressupostos da punição; (iii) a moldura sancionatória aplicável – em que consiste essa punição e qual o seu limite – 10% do volume de negócios realizado no ano precedente ao da Decisão da AdC e (iv) os critérios legalmente elencados no n.º 1 do artigo 69.º que concorrem para a determinação concreta da coima a aplicar, balizada por aquele limite máximo.

F. Uma moldura mais abrangente, cujo limite de coima máximo a aplicar – ainda que não numericamente fechado – seja determinável em virtude do volume de negócios efetivamente considerado não viola a exigência de determinabilidade reclamada pelo princípio da igualdade, porquanto, mesmo dentro dessa abrangência, oferece certeza quanto ao quantum da punição, a base de incidência e qual o seu limite máximo. No mesmo sentido, o Acórdão n.º 41/2004, o Acórdão n.º 574/1995, o Acórdão n.º 85/2012 e o Acórdão n.º 78/2013, todos do Tribunal Constitucional.

G. A coima concretamente aplicada resulta da ponderação de todos os critérios identificados no n.º 1 do artigo 69.º é balizada pelo limite de 10% do volume de negócios previsto no n.º 2 daquela norma.

Relativamente à base incidência da coima – volume de negócios do exercício precedente à Decisão

H. O facto de, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 69.º, o montante de coima a aplicar recair sobre o volume de negócios do exercício anterior à decisão condenatória não torna a coima indeterminada porque fica indexada a um volume de negócios que será posteriormente considerado.

I. Pese embora, num primeiro momento, o limite máximo possa não estar fixamente determinado, ele é sempre determinável por referência ao volume de negócios que se afigura ser o mais atual. As empresas, por força do próprio preceito, conhecem a proporção e ordem de grandeza máxima que a coima poderá atingir e representar na sua atividade e na sua esfera patrimonial, atenta a sua situação económico-financeira mais atual.

J. Assim sucede logo com a notificação da Nota de Ilicitude, ao abrigo do qual essa estimativa determinável poderá ser logo feita, visto ser com essa Nota de Ilicitude que a AdC comunica às empresas visadas os critérios a considerar na determinação concreta da coima, nomeadamente, o volume de negócios total considerado para efeitos de moldura abstrata, a qualificação da gravidade da infração e a duração da mesma.

Relativamente à referência temporal – volume de negócios do exercício anterior à Decisão

K. O n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência reclama uma leitura integrada e contextual que atende à sua ratio legis, à sua teleologia e às finalidades legislativas.

L. A moldura sancionatória acolhida pelo preceito legal procura incorporar e servir a finalidade dissuasora da coima, sendo certo que os efeitos da sanção pecuniária têm, naturalmente, um reflexo mais significativo na esfera patrimonial das empresas visadas.

M. Se os benefícios económicos obtidos com a infração poderão, ou desvanecer-se com o tempo, ou até robustecer (a curto, médio e longo prazo) a posição de mercado e o poder económico das empresas visadas, é no momento da prolação da decisão condenatória que as exigências de prevenção geral e especial ínsitas à punição pela infração à concorrência se afiguram mais prementes, devendo atender-se à situação económico-financeira da empresa à data mais atual. A solução legislativa encontrada no n.º 2 do artigo 69.º é, portanto, uma solução de compromisso.

N. O volume de negócios constitui o fator mais representativo da dimensão da empresa, do seu poder económico e da sua posição no mercado. Simultaneamente, por força da sua relevância na vida da empresa, assegura-se o efeito dissuasor da sanção, tal como pretendido pelas exigências de prevenção geral e especial.

O. A consideração do volume de negócios do exercício imediatamente anterior à prolação da decisão final visa assegurar que: (i) é tida em consideração a situação económica particular de cada empresa no momento da condenação, conexas-se com a dimensão e poder económico da empresa; (ii) assegura uma relação de proporcionalidade com os benefícios económicos colhidos com a infração – neste sentido, também a metodologia exposta nas Orientação sobre a Metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º, previstas no n.º 8 do artigo 69.º; (iii) assegura uma relação de proporcionalidade com a gravidade do ilícito e as finalidades preventivas da coima.

P. A tese das Recorrentes de que a determinação do limite máximo da coima varia segundo as contingências e arbítrio do aplicador esbarra também com o facto de, em rigor, a grande maioria dos critérios que concorrem para a determinação da medida da coima nos termos do n.º 1 do artigo 69.º ser (como aliás será qualquer critério) sujeita a oscilações temporais compreensíveis.

Q. Dois exemplos nesta matéria: (i) quanto ao critério relativo ao apuramento da situação económica e financeira do visado pelo processo (cf. alínea g) do n.º 1 do artigo 69.º) – a Autoridade atesta a saúde financeira da empresa visada no momento atual, compaginando e integrando a leitura desse indicador com a dosimetria de coima aplicável, tornando-a mais ajustada à situação real experienciada pela empresa e permitindo que a mesma cumpra as suas finalidades preventivas, tenha um efeito dissuasor e reflita a importância da infração; (ii) a apreciação do comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas e reparação dos danos causados à concorrência (cf. alínea f do n.º 1 do artigo 69.º) reclama uma análise da atuação da empresa dilatada no tempo.

R. Tais oscilações temporais – quer do volume de negócios, variável pela sua própria natureza, quer de outros aspetos – não são imputáveis à Autoridade, que se encontra vinculada ao princípio da legalidade.

S. Pese embora as Recorrentes procurem reverter, a seu favor, alguma jurisprudência quanto a este tema, quer do TRL (Processo n.º 7251/2007-3 e n.º 204/13.6YUSTR.L1-3), quer deste Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 547/2001), o entendimento perfilhado nesses arestos não atesta a inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º e parte do argumentário aduzido nesses arestos foi amplamente desconstruído com a Decisão Sumária n.º 216/2016 deste Tribunal Constitucional.

T. Inexistindo qualquer violação ao princípio da legalidade e ao princípio da determinação da coima e das sanções indefinidas, não há lugar a qualquer declaração de inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência.

Ausência de violação do princípio da separação de poderes e da indisponibilidade de competências

U. A letra do preceito legal não consubstancia, não materializa e não permite antever qualquer transferência de competências reservadas ao legislador para os aplicadores jurídicos (Juiz ou autoridade administrativa). Foi o legislador que: (i) definiu e tipificou as condutas anti concorrenciais reputadas ilícitas; (ii) fixou a sanção correspondente e o limite máximo da coima a aplicar às contraordenações por violação das regras da concorrência e (iii) fixou a sanção correspondente e o limite máximo da coima a aplicar às contraordenações por violação das regras da concorrência.

V. Carece de aplicação ao caso sub judice a jurisprudência perfilhada no Acórdão n.º 547/2001 (que as Recorrentes convocam em abono da sua posição), visto ter sido afastada pelo Acórdão n.º 41/2004. Com relevo para esta temática, alude-se antes ao entendimento sufragado no Acórdão n.º 574/1995.

X. O n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência determina um limite legal máximo inultrapassável, que deve ser atendido, compaginado e integrado com a aplicação dos critérios elencados no n.º 1 do artigo 69.º.

Y. Quanto ao momento normativamente relevante para esse apuramento é valora-se o ano em que foi proferida a decisão final da AdC, assim assegurando a sua atualidade para efeitos de ponderação da dosimetria da coima, indelevelmente ligada àquela que é a concreta e apurada robustez económica e dimensão empresarial das empresas visadas. A norma afigura-se, assim, suficientemente clara, precisa e identificável, não se prefigurando existir incerteza relativamente ao quantum máximo absoluto da punição, nem qualquer invasão de competências inadmissível.

Ausência de violação do princípio da proporcionalidade

Z. O n.º 2 do artigo 69.º permite a sindicância da moldura sancionatória por parte da empresa visada, e, em concreto, o controlo de proporcionalidade da sua aplicação, quer à empresa, quer aos tribunais.

AA. Enquanto destinatárias das regras da concorrência e da coima, as empresas conseguem, nos termos da lei: (i) determinar o limite máximo da sanção aplicável e mensurar 10% do seu volume de negócios durante o ano precedente – este limite percentual exprime uma ordem de grandeza mensurável na atividade

económica de uma empresa (ii) ponderar e escrutinar o percentual de coima aplicado, confrontando-o com os critérios legais previstos no n.º 1 do artigo 69.º e com as Linhas de Orientação sobre Coimas e (iii) apreender e relacionar o eventual percentual aplicado com a gravidade da infração.

BB. O percentual previsto pelo n.º 2 do artigo 69.º não corresponde à totalidade do volume de negócios, mas a uma fração – donde se retira a preocupação do legislador com a salvaguarda da capacidade económica e financeira da empresa.

CC. O preceituado pelo n.º 2 do artigo 69.º cumpre a função de estabelecer um limite/restricção máxima possível (inultrapassável) dos direitos fundamentais inerente à aplicação de uma coima por infração jusconcorrencial. Para tanto, indica, no n.º 1 do artigo 69.º, os critérios normativos que deverão ser sopesados na determinação do quantum de coima aplicável, permitindo ao aplicador temperar essa ponderação sempre balizado pela fixação de um limite máximo de coima.

DD. Não obstante a norma não prever uma moldura típica no sentido de fixa ou fechada em termos numéricos, procura combinar o efeito dissuasor adstrito à coima com a dimensão da empresa visada e a importância económica da infração.

EE. O direito contraordenacional importa uma interpretação e aplicação do princípio da proporcionalidade mais adaptada à natureza do ilícito e menos compressiva – neste sentido, Acórdão n.º 85/2012, Decisão Sumária n.º 216/2016 e Acórdão n.º 591/2015 deste Tribunal.

FF. Atentos os autos, o ilícito contraordenacional jusconcorrencial e a sanção correspondente visam salvaguardar um valor de inegável relevo com previsão constitucional na alínea f) do artigo 81.º da CRP – a concorrência. A par do zelo do funcionamento eficiente dos mercados, crescem os direitos dos consumidores. A adoção do critério previsto no n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência fundamenta-se na necessidade de salvaguardar estes valores constitucionalmente tutelados, prevendo sanções com imposição de limite máximo determinável que se revelem suficientemente dissuasoras para satisfazerem as finalidades da norma em termos de prevenção geral e especial, garantindo o cumprimento das regras da concorrência.

GG. Não se mostra violado o princípio da proporcionalidade tal como previsto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP.

Ausência de violação do princípio da igualdade

HH. Não existe qualquer violação do princípio da igualdade – questão, aliás, já objeto de apreciação por este Tribunal Constitucional na Decisão Sumária n.º 216/2016 e no Acórdão n.º 353/2011, de cuja leitura se extrai a conclusão de que a norma contida no n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência não merece qualquer censura constitucional.

II. O n.º 2 do artigo 69.º prevê critérios iguais para todos os possíveis destinatários – ou seja, todos os destinatários a quem a aplicação da norma se destina serão punidos nos termos daquela regra – com uma coima cujo limite máximo não poderá exceder 10% do seu volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à Decisão condenatória proferida pela AdC.

JJ. Da aplicação do quadro legal verifica-se, necessariamente, uma correspondência entre o benefício económico obtido pela prática da infração e o valor da coima aplicável.

KK. Esta interpretação não contende com o princípio da igualdade na medida em que (i) por um lado, mesmo perante empresas com volumes de negócios distintos, a coima é definida em função de critérios objetivos e pré-definidos e (ii) por outro lado, por via da introdução de uma eventual diferenciação entre o montante máximo de coima aplicado, é estabelecida uma aproximação legítima entre o efeito sancionatório da coima aplicável e a dimensão económica da empresa visada.

LL. Mais: perante a prática de um mesmo ilícito, concretizada em duas condutas em tudo idênticas embora praticadas por duas empresas diferentes, o facto de as mesmas poderem ser sancionadas com duas coimas de montantes diversos por força da diferença de volumes de negócio entre as mesmas encontra justificação na própria exigência aplicativa do princípio da igualdade na sua vertente positiva: tratamento desigual de situações desiguais.

MM. A concreta situação económica do visado constitui um critério de determinação do montante concreto da coima, pelo que, perante dois agentes que praticaram o mesmo ilícito em semelhantes circunstâncias, a coima aplicada não deverá ser a mesma se as suas situações económicas não forem as mesmas.

NN. Não se vislumbra, por isso, qualquer desconformidade constitucional entre o n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência e o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da CRP.

Ausência de violação do princípio da culpa

OO. Quer o intervalo da moldura sancionatória legalmente previsto, quer a estatuição do seu limite máximo, quer ainda a sua determinabilidade (situada entre limite mínimo e limite máximo) constituem, nas palavras deste Tribunal Constitucional, um tributo justificado do princípio da culpa (Acórdão n.º 78/2013).

PP. O exercício de determinação da medida concreta da coima (balizado pelo seu limite máximo) não é indiferente à situação específica do agente, ao seu real contributo para a prossecução da infração e à culpa com que atuou.

QQ. Essa conexão é operada através de uma concatenação lógica entre (i) a ponderação casuística dos critérios previstos no n.º 1 do artigo 69.º (e que concorrem, igualmente, para a estipulação do percentual de coima aplicável) – entre os quais, “o grau de participação do visado na infração” (cf. alínea d) do n.º 1 do artigo 69.º) – e (ii) a introdução de um limite máximo do percentual da coima concreta e potencialmente aplicável.

RR. Neste contexto, o exercício de graduação da coima é sempre combinado e subjetivizado à luz do real contributo do agente para o cometimento da infração, dos benefícios que colheu com a mesma, da situação económico-financeira experienciada.

SS. Afigura-se, assim, desacertado que a determinação de uma coima nos termos do prescrito pelo n.º 2 do artigo 69.º não atenda aos limites da culpa, menospreze o contributo do agente e a sua participação na representação do ilícito (e posterior incorporação na determinação do montante coimado) e inviabilize a aplicação da norma em causa, não padecendo o n.º 2 do artigo 69.º de qualquer desconformidade constitucional por violação do princípio da culpa.

Relação com o Direito da Concorrência da União Europeia

TT. O direito nacional da Concorrência é inspirado, influenciado, estruturado e determinado pelo direito da União Europeia. Os seus princípios enformadores – como o princípio do primado de direito da União, da interpretação conforme ao mesmo e da efetividade – as orientações das instituições, as diretivas e os regulamentos, além de serem fonte de direito nalguns casos, são mesmo de aplicação direta no ordenamento jurídico nacional. E a Diretiva ECN+ constitui, a este propósito, uma fonte de interpretação das normas nacionais.

UU. Com relevo para esta questão, afigura-se pertinente atentar no considerando 49 desta Diretiva ECN+, no n.º 1 do seu artigo 13.º e no seu artigo 15.º. A nível europeu, vigora também a regra do limite máximo de 10% do volume de negócios reportado ao ano anterior à decisão, in casu, da Comissão, em conformidade com o n.º 2 do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

VV. E, também para efeitos jusconcorrenciais europeus, o “exercício precedente” é aquele que antecede a decisão da Comissão – cf. Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia, no processo Parker Hannifin Manufacturing e Parker-Hannifin/Comissão e Acórdão do Tribunal de Justiça no processo YKK e o./Comissão.

XX. Atento tudo o quanto ficou exposto, não se verifica qualquer ofensa aos parâmetros constitucionais, devendo ser declarada a constitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência».

9. Por despacho do relator proferido em 24/07/2024, foi atribuída natureza urgente ao processo, nos termos do artigo 43.º, n.º 5, da LTC.

Cumprido apreciar e decidir.

II. Fundamentação

10. O objeto do presente recurso corresponde à norma do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na sua redação originária, ao fixar abstratamente como máximo da coima montante equivalente a 10 % do volume de negócios do agente da infração no exercício anterior à condenação.

A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aprovou o Novo Regime Jurídico da Concorrência (doravante, NRJC), que visou responder «às necessidades da economia portuguesa, que claramente necessita de uma Política de Concorrência que seja, ela própria, indutora da competitividade das empresas e da confiança dos diversos agentes económicos», bem como viabilizar «uma política de concorrência que dissemine mercados mais concorrenciais e, deste modo, contribua para o crescimento económico, o aumento do emprego, o reforço da competitividade das empresas, e a confiança dos cidadãos em geral e dos consumidores». Para tanto, veio reforçar as competências de investigação, de decisão e de sanção da Autoridade da Concorrência, compatibilizando a legislação nacional com a «evolução entretanto verificada na legislação e jurisprudência da União Europeia em matérias de promoção e defesa da concorrência» – cf. Proposta de Lei n.º 45/XII.

Incumbe à Autoridade da Concorrência, na prossecução da sua missão, aplicar coimas pela prática de contraordenações por infração dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC e dos artigos 101.º e 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Tal como no anterior regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, o legislador tipificou no NRJC as infrações contraordenacionais, prevendo a aplicação de coimas, com vista à dissuasão da sua prática, bem como, em certos casos, de sanções acessórias e sanções pecuniárias compulsórias. No seu artigo 68.º, o NRJC – que tem como antecedente histórico o artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho – identifica as práticas anticoncorrenciais que constituem contraordenação punível com coima.

O artigo 69.º – correspondente, com alterações, ao artigo 44.º do anterior regime jurídico da concorrência – regula todas as matérias respeitantes à determinação da medida da coima, prevendo quer as molduras sancionatórias, quer os critérios que a Autoridade da Concorrência deverá utilizar naquela determinação. Apesar das alterações, mantêm-se, em geral, os valores referência para as coimas e os critérios que devem ser seguidos pela Autoridade da Concorrência.

É o seguinte o teor do artigo 69.º do NRJC, na sua versão originária:

«Artigo 69.º

Determinação da medida da coima

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

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

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

3 – No caso das contraordenações referidas nas alíneas h) a j) do n.º 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 1 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.

4 – No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, a coima aplicável a pessoas singulares não pode exceder 10 % da respetiva remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções na empresa infratora, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida.

5 – Na remuneração prevista no número anterior incluem-se, designadamente, ordenados, salários, vencimentos, gratificações, percentagens, comissões, participações, subsídios ou prémios, senhas de presença, emolumentos e remunerações acessórias, ainda que periódicas, fixas ou variáveis, de natureza contratual ou não, bem como prestações acessórias, tal como definidas para efeitos de tributação do rendimento, que sejam auferidos devido à prestação de trabalho ou em conexão com esta e constituam para o respetivo beneficiário uma vantagem económica.

6 – No caso das contraordenações referidas nas alíneas h) a j) do n.º 1 do artigo anterior, a Autoridade da Concorrência pode aplicar a pessoas singulares uma coima de 10 a 50 unidades de conta.

7 – No caso da contraordenação a que se refere a alínea k) do n.º 1 do artigo anterior, a Autoridade da Concorrência pode aplicar ao denunciante, à testemunha e ao perito uma coima de 2 a 10 unidades de conta.

8 – A Autoridade da Concorrência adota, ao abrigo dos seus poderes de regulamentação, linhas de orientação contendo a metodologia a utilizar para aplicação das coimas, de acordo com os critérios definidos na presente lei» (sublinhado acrescentado).

Assim, a determinação da medida da coima deverá ter em conta, nomeadamente: (i) a 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; (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 Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento contraordenacional (n.º 1 do artigo 69.º).

Por sua vez, a moldura da coima a aplicar às pessoas coletivas terá como limite máximo 10 % ou 1 % do volume de negócios (consoante o tipo de infração praticada) realizado no exercício imediatamente anterior à decisão condenatória da Autoridade da Concorrência (n.º 2 – atual n.º 4 – do artigo 69.º).

Acompanhando o direito da União Europeia, os limites máximos das coimas aplicáveis às contraordenações são fixados por referência ao volume de negócios da empresa infratora.

Com efeito, o artigo 69.º do NRJC tem paralelo no artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, cujo n.º 2, 2.ª proposição, determina que «A coima aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado na infração não deve exceder 10 % do respetivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente».

Mais recentemente, a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, comumente apelidada de “Diretiva ECN+”, que visou atribuir às autoridades dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, no n.º 1 do seu artigo 15.º 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 a que se refere o artigo 13.º, n.º 1» (cf., também, o Considerando n.º 49).

11. As recorrentes sustentam a inconstitucionalidade da norma impugnada com base na violação do princípio do Estado de direito (artigo 2.º da Constituição), do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), do princípio da proibição de sanções ilimitadas (artigo 30.º, n.º 1, da Constituição), do princípio da separação de poderes (artigo 111.º da Constituição), do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da culpa (artigos 1.º e 27.º da Constituição).

Em primeiro lugar, consideram que a norma impugnada ofende as garantias subjacentes aos princípios da legalidade e da proibição de sanções ilimitadas em função: (i) da indeterminabilidade, no momento da prática da infração, da base de incidência temporal a considerar para efeitos de definição da coima aplicável; (ii) da ausência de um limite máximo absoluto; e (iii) da excessiva amplitude da moldura sancionatória. Em síntese: as recorrentes entendem que o período de referência temporal para aplicação da percentagem de 10 % do volume de negócios – o exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória da Autoridade da

Concorrência – torna a sanção indeterminável e sujeita ao arbítrio do aplicador, indexando o valor máximo a um montante indefinido, porque reportado a um período temporal que não é prévio ao momento da prática do facto e, como tal, é insuscetível de ser conhecido ou antecipado, com certeza e precisão, pelo agente; e que o critério fixado no n.º 2 do artigo 69.º – o limite de 10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final da Autoridade da Concorrência – é apenas aparente, não compensando a sua variabilidade, nem a excessiva amplitude da moldura sancionatória.

De forma relacionada com as considerações anteriores, alegam que a norma em causa opera uma transferência material de competências exclusivas do legislador para a esfera da autoridade administrativa ou do juiz, em desrespeito pelo princípio da separação de poderes, por duas razões: (i) ao estabelecer como referência temporal relevante o exercício correspondente ao ano anterior ao da decisão administrativa, o legislador permite que a respetiva autoridade selecione o momento que determina a base de incidência que será considerada para efeitos da definição da coima máxima aplicável; e (ii) ao prever uma moldura que se revela excessivamente ampla, o legislador remete para o aplicador a determinação da sanção, sem definir critérios que previnam juízos de oportunidade assentes noutros interesses não controláveis.

Em segundo lugar, defendem que a norma impugnada viola o princípio da proporcionalidade, nas vertentes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito por (i) prever uma moldura sem referentes expressos em grandezas objetivas, mas sim variáveis de sujeito para sujeito, que impede o controlo da proporcionalidade das sanções; (ii) não estabelecer uma relação de conexão entre o máximo da sanção aplicável e a gravidade da conduta ou os benefícios obtidos com a mesma, perdendo-se a ligação entre sanção e facto ilícito; e (iii) prescrever como máximo da coima aplicável um critério que não encontra correspondência com a efetiva capacidade de pagamento (ou económica) da entidade infratora (dado o volume de negócios não integrar a esfera patrimonial da entidade sancionada).

Em terceiro lugar, entendem que a utilização do critério do volume de negócios potencia o tratamento diferente de situações iguais, uma vez que inexistem fundamentos atinentes, nomeadamente, à ilicitude do facto, à culpa do agente ou mesmo ao benefício económico auferido, aptos a justificar o tratamento diferenciado de agentes que, em face desses elementos, mereceriam um tratamento equivalente – e a legitimar a medida (ilimitada) dessa diferenciação –, pelo que a norma em apreço é inconstitucional também por violação do princípio da igualdade.

Em quarto lugar, advogam que, prescrevendo como limite máximo da coima aplicável o montante de 10 % do volume de negócios reportado ao ano anterior à condenação, a norma *sub judice* admite a graduação da coima aplicável por referência a um montante desconexo – e potencialmente muito superior – ao grau de culpa do agente, inviabilizando a graduação da medida da coima em função dessa culpa e impedindo o funcionamento operativo do princípio constitucional da culpa como medida inultrapassável da sanção aplicável.

12. Para a solução do problema importa ter presente que o processo sancionatório da concorrência tem algumas particularidades.

Desde logo, as infrações no domínio da concorrência em causa nos presentes autos inserem-se na chamada categoria das “grandes contraordenações” (ou «contraordenações modernas» – Augusto Silva Dias/Rui Soares Pereira, *Direito das contra-ordenações*, Coimbra, Almedina, 2022, p.

42), com características especiais, em que não podem deixar de ser tomadas em consideração as finalidades específicas e as singularidades deste campo.

O termo “grandes contraordenações” foi cunhado na Alemanha, sendo mobilizado, nomeadamente, por referência às infrações no âmbito do direito da concorrência, do setor financeiro e de outros setores da área da regulação (cf. Nuno Brandão, “As grandes contraordenações e os seus desafios atuais”, in *O Direito das Contraordenações nos tempos atuais – III Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2022, p. 44).

Tem-se assistido a uma proliferação das grandes contraordenações, sobretudo de natureza económico-financeira. Nos anos 90, verificou-se uma expansão significativa do direito de mera ordenação social enquanto instrumento legal da regulação no setor financeiro, acentuada depois pela sua presença noutros domínios, designadamente no da concorrência. A partir de 2002-2003 surgiram novos impulsos por via de uma crescente regulação europeia que trouxe exigências sancionatórias acrescidas – cf. Frederico de Lacerda da Costa Pinto, “As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social”, *Scientia Iuridica* 66 (2017), n.º 344, pp. 247-248.

A especificidade das grandes contraordenações manifesta-se «logo formalmente, em veste quantitativa, pela enorme severidade das coimas cominadas» (como refere na n. 17, na Alemanha doutrina e jurisprudência qualificam como tais aquelas cuja coima seja igual ou superior a um milhão de euros) – cf. Jorge de Figueiredo Dias, «Sobre as “grandes contraordenações”», in José de Faria Costa *et al.* (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra, Volume I – Direito Penal, Coimbra, Instituto Jurídico, 2017, p. 475.

Para esta grandeza das coimas contribui «a gravidade da infração propriamente dita, por ser portadora de uma danosidade social qualificada», além da significativa capacidade económica dos infratores, que, frequentemente, são empresas de grande dimensão (cf. Nuno Brandão, “As grandes contra-ordenações...”, *cit.*, p. 45).

Existe uma «ampla cobertura sancionatória de natureza contraordenacional em três dos eixos fundamentais da economia contemporânea: o dos serviços de interesse económico geral, o da concorrência e o do sistema económico-financeiro». Tais eixos económicos «representam as travessuras de toda a realidade económica atual», sendo que a «desagregação de qualquer deles implicaria provavelmente o desmoronar de toda a estrutura económico-social». «Em todas estas vertentes fundamentais da economia contemporânea o funcionamento regular e equilibrado das redes de infra-estruturas e dos mercados económicos depende da observância de uma infinidade de prescrições legais e regulamentares que conjugadamente procuram assegurar tal desiderato», por regra, com a «ameaça de uma sanção contraordenacional, que lhes visa conferir efetividade» – cf. Nuno Brandão, “O direito contra-ordenacional económico na era da regulação”, in Flávia Novera Loureiro (Coord.), *A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada: atas da Conferência Internacional*, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CH), 2017, pp. 99-100 [sobre a regulação sancionatória enquanto meio destinado a ultrapassar falhas de mercado (*market failures*) visando reestabelecer a concorrência nos mercados, cf. Luís Guilherme Catarino, “Direito administrativo dos mercados de valores

mobiliários”, in Paulo Otero/Pedro Gonçalves (Coord.), *Tratado de direito administrativo especial*, Volume III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 513].

Com efeito, «[v]isando as grandes infrações contraordenacionais tutelar interesses económicos vitais da sociedade contemporânea, a ação contraordenacional neste contexto deve pautar-se pela efetividade. Para esse efeito, devem as autoridades administrativas poder contar com meios de investigação eficazes, se necessário comprimindo direitos, liberdades e garantias fundamentais, com respeito, obviamente, pelo princípio da proibição do excesso e pelas demais condições de que depende a admissibilidade da sua restrição. Mas mais, devem as sanções aplicáveis poder ter um efeito realmente dissuasório, sobre o infrator e sobre os outros potenciais infratores, da prática futura de novas infrações da mesma espécie. E impõe-se ainda a existência de meios que privem o infrator das vantagens indevidamente obtidas através da prática da contraordenação, de forma a mostrar que a contraordenação não compensa» (Nuno Brandão, “As grandes contra-ordenações...”, cit., pp. 43-44).

O Tribunal Constitucional já reconheceu a especial danosidade destas infrações e a necessidade de aplicação de sanções severas, afirmando, por exemplo, no Acórdão n.º 41/2004:

«Trata-se, com efeito, de ilícitos especialmente graves relacionados com a actividade de instituições de crédito e actividade financeira em que apenas pode estar em causa o perigo para os bens jurídicos ou já danos especialmente graves para a actividade financeira e para pessoas singulares. O facto de o legislador ter fixado no Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (artigo 18.º) critérios específicos de determinação da medida da coima, como o do impedimento de que a sanção seja compensada economicamente com os benefícios retirados da infração bem como a dificuldade de determinar esse benefício, revelam que o problema da amplitude só é solucionável neste domínio de infrações pela elevação dos limites máximos. É exatamente essa a perspetiva que leva o legislador alemão a admitir que a medida da coima possa ser elevada até ao necessário para compensar o benefício económico resultante da infração (cf., sobre tal posição do legislador alemão, Fernanda Palma e Paulo Otero, *Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVII, 1996, p. 557 e ss. – v. pág. 562), caminho pelo qual não enveredou, totalmente, o legislador português, que previu um critério geral de determinação da medida da coima mais moderado, fixando-se um limite para a ultrapassagem do limite máximo da coima (artigo 18.º, n.º 2, do Regime Geral das Contraordenações)».

Especificamente no domínio da concorrência, pode ler-se no Acórdão n.º 91/2023 o seguinte:

«O direito da concorrência, nacional e europeu, destina-se a garantir a integridade do funcionamento dos mercados. As respetivas normas protegem os consumidores e as empresas de práticas comerciais concertadas que tenham por finalidade ou efeito impedir, restringir ou falsear o livre desenvolvimento dos mercados, assegurando aos primeiros reais «possibilidades de escolha» e franqueando às segundas o ingresso num circuito livre de «obstáculos» gerados por quem dele beneficia, de modo a «permitir-lhes criar riqueza e empregos» (Considerando 1 da Diretiva ECN+).

Trata-se, assim, de um conjunto de normas que se inscrevem, por um lado, na incumbência prioritária do Estado fixada na alínea f) do artigo 81.º da Constituição, que o vincula a «[a]ssegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras

práticas lesivas do interesse geral», e se reconduzem, por outro, ao direito fundamental dos consumidores «à proteção [...] dos seus interesses económicos», consagrado no n.º 1 do artigo 60.º da Lei Fundamental, constituindo um dos principais eixos da tutela a estes constitucionalmente devida contra práticas comerciais manipuladoras e abusivas, designadamente aquelas que «mantêm os preços de produtos e serviços artificialmente elevados» (Considerando 1 da Diretiva ECN+).

[...]

Como não pode deixar de ser, a integração do controlo das práticas restritivas da concorrência no âmbito do direito contraordenacional exprime o resultado de uma ponderação deste tipo. Isto é, reflete a convicção político-criminal de que o risco de anulação, restrição ou falseamento da concorrência no mercado através de acordos entre empresas ou de práticas entre concertadas (artigo 9.º do RJC), bem como o de exploração abusiva da posição dominante por uma ou mais delas (artigo 11.º do RJC) ou do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente (artigo 12.º do RJC), é (ou continua a ser) suficientemente acautelado através do recurso à «*ordem sancionatória não privativa da liberdade*» em que se consubstancia o direito das contraordenações (Nuno Brandão, *Crimes e Contraordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra, 2016, Coimbra Editora, p. 863), mais concretamente mediante a sujeição dos respetivos agentes à aplicação de uma coima, em regra, até «10/prct. do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC» (artigos 68.º, n.º 1, alínea a), e 69.º, n.º 4, do RJC, na sua atual redação), combinada ou não com alguma das sanções acessórias previstas no artigo 71.º do RJC ou mesmo ambas em conjunto».

A conformação do campo do direito da concorrência tem-se revelado dinâmica, incorporando diferentes aspetos. Importa perceber continuidades e descontinuidades em relação a outros ramos (direito penal, mas também direito comercial, por exemplo). Sem prejuízo de alguns casos de criminalização, de acordo com a compreensão de um direito penal de tutela de bens jurídicos assente numa intervenção de *ultima ratio*, o direito da concorrência move-se essencialmente no campo do direito das contraordenações e não no do direito penal. No âmbito do direito contraordenacional, tem-se assistido, ao lado das contraordenações “tradicionais”, ao desenvolvimento de um direito das “grandes contraordenações”. Jorge de Figueiredo Dias fala expressamente de uma tripartição no território das infrações: além dos crimes, as grandes contraordenações e as simples contraordenações («Sobre as “grandes contraordenações”», cit., p. 484). Às grandes contraordenações económico-financeiras o autor associa «uma certa hibridiz dogmática» (ob. e loc. cit., ainda que seja cauteloso, utilizando a formulação «poderá resultar»), mas referindo-se ainda à recondução de aspetos dogmáticos ao direito penal e ao direito das contraordenações simples.

No direito da União Europeia, assistiu-se desde os finais do século passado ao desenvolvimento de uma perspetiva mais económica (*more economic approach*) (primeiro no campo do direito dos cartéis, depois no das ajudas de Estado) e, mais recentemente, fala-se de um desenvolvimento do direito regulatório (para uma síntese, *vd.* Markus Ludwigs, “§ 85 Wirtschafts- und Währungsverfassung”, in Wolfgang Kahl/ Markus Ludwigs (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. III, *Verwaltung und Verfassungsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller 2022, Rn. (números de margem) 36-38, especialmente 38; em geral, sobre a importância do

«acompanhamento ativo do mercado através do direito administrativo da regulação», *vd.* Martin Eifert, “§ 19 Regulierungsstrategien”, in Andreas Voßkuhle/ Martin Eifert/ Christoph Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 3.^a ed., München, C.H. Beck, 2022, pp. 1440-1448). A perspetiva mais económica expressou-se, desde logo, na «mudança de uma política de concorrência aberta ao resultado para uma política orientada para o resultado» (“Wechsel von einer ergebnisoffenen zu einer ergebnisorientierten Wettbewerbspolitik” – Jens Kersten, «Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe», in *VVDStRL 69 – Gemeinwohl durch Wettbewerb? Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Graz vom 7. bis 10. Oktober 2009*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2010, pp. 288 e 297), ou seja, visando conjugar a proteção dos consumidores (o seu «bem-estar» – *Wohlfahrt*) com a eficiência em termos de afetação de recursos no quadro da realização do bem comum (*Gemeinwohl*) (Jens Kersten, “Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe”, p. 298), sem que se possa limitar apenas à sua prossecução (com outras indicações, criticamente, de novo Jens Kersten, “Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe”, pp. 298-299).

Além disso, tem-se falado de uma perspetiva mais regulatória (*more regulatory approach*) (Christian Ahlborn/Will Leslie/Marvin Berkel, “Legal scalpel or regulatory Swiss Army knife? The new Article 102, what market investigations can tell us about the difference between law and regulation, and what that means for Article 102’s ultimate purpose”, *Journal of European Competition Law & Practice* 14 (2023), n.º 8, pp. 595-607). Esta perspetiva mais regulatória – e também de supervisão –, particularmente sublinhada no campo da digitalização [Marco Cappai/Giuseppe Colangelo, “Taming digital gatekeepers: the ‘more regulatory approach’ to antitrust law”, *Computer Law & Security Review* 41 (2021)], não se esgota no direito sancionatório. Esta «concorrência regulada», mais relevante nalguns domínios do que noutros, expressa-se por via de uma «concorrência social, ecológica, económica, técnica e territorialmente condicionada» (Jens Kersten, “Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe”, p. 318).

Outra parte da doutrina regista a sua inclusão num direito administrativo de supervisão económica. Ahmad Chmeis (*Kartellsanktionsrecht: verfahrensrechtliche Konvergenz innerhalb der Europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2018, p. 81) fala de uma «nova reflexão sobre a natureza de uma sanção» neste campo que permita «romper com o tradicional direito de contraordenações alemão e integrar o direito sancionatório alemão dos cartéis num sistema de supervisão económica conformado pelo direito administrativo».

Entre nós, Pedro Gonçalves refere que «[u]ma outra inclinação do direito administrativo da regulação consubstancia-se num aumento apreciável dos poderes administrativos e de punição de infrações», realçando, no âmbito desta «regulação repressiva», a «tendência para a previsão de “sanções pesadas”», exemplificando, nomeadamente, com as coimas aplicáveis pela Autoridade da Concorrência, que poderão ascender a 10 % do volume de negócios (*Regulação, electricidade e telecomunicações: estudos de direito administrativo da regulação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 53). O mesmo autor conclui que «[o] facto de se tratar de sanções de valor tão elevado, a aplicar por entidades que já dispõem de funções de regulação e de controlo, conduz a considerar-se que o poder sancionatório tem a função de conferir e reforçar a efetividade dos poderes de regulação ativa (em particular, os poderes impositivos) e dos comando e proibições legais (*v.g.*, proibição do

abuso de posição dominante)», podendo «falar-se, neste contexto, de uma *força dinâmica* das sanções e da sua compreensão como *instrumentos de orientação* ao serviço da política de regulação» (ob. cit., pp. 53-54). A relevância de uma perspetiva regulatória, nomeadamente para a medida da sanção e para a sua efetividade, foi recentemente enfatizada por Suzana Tavares da Silva, que critica as tentativas de recondução desta área a um «ramo especial do direito criminal» (*Administrative law for the 21st century: Administrative law on an illiberal and post-democratic context*, Cham, Springer, 2024, p. 57).

Na conformação do atual direito da concorrência convergem, portanto, diferentes contribuições, memórias e percursos jurídicos, que lhe conferem um rosto específico e têm impacto na sua configuração. Sem prejuízo de alguns autores tenderem a defender leituras mais penalísticas ou mais administrativas (aqui tendo presente o quadro do direito de regulação e de supervisão), não se pode, pois, deixar de ter presente este caráter híbrido do direito da concorrência, com uma pluralidade de finalidades suscetíveis de gerar tensões e as especificidades deste novo direito sancionatório.

Importa, desde já, reconhecer que as finalidades específicas do direito da concorrência têm sido reiteradamente mobilizadas para justificar quatro soluções particulares: (i) convocação de um “conceito funcional de empresa”, distinto do que resultaria da aplicação do direito comercial; (ii) defesa de um limite superior da moldura relativo (proporcional), podendo ou não coexistir com um limite máximo estabelecido em termos tradicionais (quantitativo), mas, neste último caso, aplicando-se o montante mais elevado; (iii) referência temporal do volume de negócios tendo como base não o exercício anterior à prática do ilícito, mas um horizonte posterior (o exercício anterior ao da decisão sancionatória, por exemplo); (iv) pertinência, na determinação do montante da coima, da (in)capacidade de pagamento.

13. Uma vez que os fundamentos com base nos quais as recorrentes invocam a inconstitucionalidade da norma em apreço dizem respeito à violação de determinados princípios constitucionais em matéria de contraordenações, importa, antes de mais, para a análise do problema, ter presente a doutrina e a jurisprudência a este respeito.

Qualquer decisão administrativa sancionadora contende com direitos fundamentais dos visados, restringindo-os, o que convoca, desde logo, a intervenção de princípios constitucionais, como o princípio da legalidade contraordenacional – quer se extraia do princípio da legalidade criminal (artigo 29.º da Constituição), quer se funde no princípio do Estado de direito (artigo 2.º da Constituição) – e o princípio da proporcionalidade.

Neste conspecto, a avaliação da legitimidade do agravamento das sanções usadas no direito de mera ordenação social deve ser feita à luz, designadamente, dos princípios da legalidade, da proibição de sanções de duração ilimitada, da proporcionalidade, da igualdade e da culpa.

No entanto, o sistema de garantias do direito das contraordenações tem sido desenvolvido segundo «uma regra de aproximação sem identificação às garantias penais», respeitando, no quadro dos valores do Estado de direito (*v.g.*, legalidade, proporcionalidade, igualdade e culpa), «a diferenciação dos ilícitos, das sanções e dos processos» e as «particularidades de cada setor em si mesmo» – cf. Frederico de Lacerda da Costa Pinto, “Processo contra-ordenacional”, in Paulo Pinto de Albuquerque (Org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume II, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 1221. Também Augusto Silva Dias

e Rui Soares Pereira (ob. cit., pp. 69 e 70) reconhecem uma maior flexibilidade na aplicação de alguns princípios estruturantes do direito penal ao direito contraordenacional.

O Tribunal Constitucional tem sublinhado a diferente natureza do ilícito, da censura e das sanções entre contraordenações e crimes, para justificar que os princípios que orientam o direito penal não são automaticamente aplicáveis ao direito de mera ordenação social e, conseqüentemente, reconhecido a necessidade de adequação e de maior abertura e flexibilidade dos princípios constitucionais quando aplicáveis em matéria de contraordenações.

O Acórdão n.º 172/2021 contém uma análise, em traços gerais, sobre a matéria (na linha da que fora feita, por exemplo, no Acórdão n.º 612/2014):

«Tem sido entendimento do Tribunal Constitucional que as garantias constitucionais previstas no artigo 32.º da CRP se aplicam no domínio das contraordenações com algumas adaptações. Neste sentido, tem-se considerado que o legislador dispõe de uma margem de apreciação mais ampla no âmbito das contraordenações.

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 231/79, de 24 de julho, que introduziu o ilícito de mera ordenação social na ordem jurídica portuguesa, começou por se afirmar que «hoje é pacífica a ideia de que entre os dois ramos de direito medeia uma autêntica diferença: não se trata apenas de uma diferença de quantidade ou puramente formal, mas de uma diferença de natureza. A contraordenação “é um *aliud* que se diferencia qualitativamente do crime na medida em que o respetivo ilícito e as reações que lhe cabem não são diretamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal” [...]. Está em causa um ordenamento sancionatório distinto do direito criminal. Não é, por isso, admissível qualquer forma de prisão preventiva ou sancionatória, nem sequer a pena de multa ou qualquer outra que pressuponha a expiação da censura ético pessoal que aqui não intervém. A sanção normal do direito de ordenação social é a coima, sanção de natureza administrativa, aplicada por autoridade administrativa, com o sentido dissuasor de uma advertência social, pode, conseqüentemente, admitir-se a sua aplicação às pessoas coletivas e adotar-se um processo extremamente simplificado e aberto aos corolários do princípio da oportunidade».

Para efeitos de distinção entre ambos os ilícitos, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem seguido fundamentalmente os critérios da ressonância ética e dos diferentes bens jurídicos em causa (Acórdãos n.ºs 158/92, 344/93, 469/97, 461/2011, 537/2011, 45/2014, 180/2014). E com fundamento na diferente natureza do ilícito, da censura e das sanções, tem considerado que os princípios constitucionais com relevo em matéria penal não valem com a mesma extensão e intensidade no domínio contraordenacional. Não obstante estar consolidado na jurisprudência constitucional que o direito sancionatório público, enquanto restrição de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal, tem-se decidido reiteradamente que os princípios que orientam o direito penal não são automaticamente aplicáveis ao direito de mera ordenação social (Acórdãos n.ºs 344/93, 278/99, 160/04, 537/2011, 85/2012).

Atenta a diferente natureza dos ilícitos, o Tribunal Constitucional tem vindo a aceitar uma variação do grau de vinculação do regime das contraordenações aos princípios do direito criminal em matérias como as do âmbito da responsabilização das pessoas coletivas, da culpa, do erro, da autoria e do concurso. Assim, afirma-se de forma ilustrativa, no Acórdão n.º 336/2008: “...existem,

desde sempre, razões de ordem substancial que impõem a distinção entre crimes e contraordenações, entre as quais avulta a natureza do ilícito e da sanção (...). A diferente natureza do ilícito condiciona, desde logo, a eventual incidência dos princípios da culpa, da proporcionalidade e da sociabilidade.” Essa mesma orientação jurisprudencial foi reiterada no Acórdão n.º 110/2012, em que se escreveu que “as diferenças existentes entre a ilicitude de natureza criminal e o ilícito de mera ordenação social obstam a que se proceda a uma simples transposição, sem mais, dos princípios constitucionais aplicáveis em matéria de definição de penas criminais para o espaço sancionatório do ilícito de mera ordenação social”.

E é precisamente em razão dessa diferença, que assume um alcance «jurídico-pragmático» (Acórdão n.º 344/93) e se projeta em diversos aspetos de regime adjetivo e substantivo, que o Tribunal Constitucional tem considerado, de forma algo pacífica, que o legislador dispõe, no âmbito do domínio contraordenacional, de uma margem de apreciação mais ampla».

O Acórdão n.º 201/2014, por sua vez, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional, procedeu a uma análise das decisões em que, até então, se havia colocado o problema da valência de determinados princípios constitucionais com relevo em matéria penal no domínio contraordenacional. No que que respeita aos parâmetros constitucionais que ora particularmente relevam, afirmou-se o seguinte em tal aresto:

«Princípios da legalidade e da tipicidade

9.1. É rica a jurisprudência deste Tribunal sobre a extensão dos princípios da legalidade e da tipicidade ao domínio contraordenacional.

No acórdão n.º 574/95 (disponível em www.tribunalconstitucional), escreveu-se 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. (Quanto à extensão aos demais domínios sancionatórios de alguns princípios que a Constituição apenas consagra para as leis penais, cf., entre outros, o acórdão n.º 227/92, já citado, e a Doutrina aí indicada)”.

Mais recentemente, no acórdão n.º 466/12 (disponível em www.tribunalconstitucional), disse-se que “[n]ão se pode afirmar que as exigências de tipicidade valham no direito de mera ordenação social com o mesmo rigor que no direito criminal. Aliás nem sequer existe no artigo 29.º da Constituição, que se refere às garantias substantivas do direito criminal, um preceito semelhante àquele que existe no artigo 32.º, a respeito das garantias processuais, alargando-as, com as necessárias adaptações, a todos os outros processos sancionatórios (artigo 32.º, n.º 10)”.

Esse aresto inspirou-se, por sua vez, no acórdão n.º 41/2004 (disponível em www.tribunalconstitucional), o qual, no que se refere à exigência de determinação relativamente ao conteúdo do ilícito típico nas contraordenações, havia sustentado que “[...] a Constituição não requer para o ilícito de mera ordenação social o mesmo grau de exigência que requer para os crimes”, embora também houvesse considerado que “[e]stá, 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. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 158/92, de 23 de abril, 263/94, de 23 de março, publicados no *D.R.*, II Série, de 2 de setembro de 1992 e de 19 de julho de 1994, e n.º

269/2003, de 27 de maio, inédito). E se tal não resulta diretamente dos preceitos da chamada Constituição Penal, resultará, certamente, do princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2.º da Constituição”.

Desenvolvendo essa ideia, o Tribunal, no já referido acórdão n.º 466/12, afirmou 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 margem de ação que lhe é permitida e quais as reações do Estado aos seus comportamentos. E se a menor danosidade da sanção das contraordenações (as coimas), que nunca afetam o direito à liberdade, conjuntamente com a necessidade de prosseguir finalidades próprias da ordenação da vida social e económica, as quais são menos estáveis e dependem, muitas vezes, de políticas sectoriais concretas, permitem uma aplicação mais aberta e maleável do princípio da tipicidade, comparativamente ao universo penal, o carácter sancionatório e a especial natureza do ilícito contraordenacional não deixam de exigir um mínimo de determinabilidade do conteúdo dos seus ilícitos. Uma vez que nas contraordenações a proibição legal assume especial importância na valoração como ilícitas de condutas de ténue relevância axiológica, a sua formulação tem que necessariamente constituir uma comunicação segura *ex ante* do conteúdo da proibição aos seus destinatários”.

Importa, por último referir, como exemplo daquilo que é a concretização prática dessa construção jurisprudencial, o acórdão n.º 85/2012 (disponível em www.tribunalconstitucional), em que o Tribunal fez depender a conformidade da norma aí em apreciação com as “exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional” 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. Importa lembrar, com efeito, 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”.

[...]

Princípio da culpa

9.2. O Tribunal Constitucional também já teve oportunidade de se pronunciar sobre a valência do princípio da culpa no domínio contraordenacional.

Sem menosprezar as considerações feitas nos acórdãos n.ºs 441/93, 74/95, 574/95, 547/2001 e 117/2007 (qualquer deles disponível em www.tribunalconstitucional), merece destaque o acórdão n.º 344/2007 (disponível em www.tribunalconstitucional), em que se escreveu que “[...] não pondo em dúvida que os princípios da proporcionalidade e da igualdade e mesmo o princípio da culpa também vinculem o legislador na configuração dos ilícitos contravenacionais (como nos de contraordenação) e respetivas sanções (cf. acórdão n.º 547/2001, publicado no *Diário da República*, II Série, de 15 de julho) é diferente o limite que deles decorre para a discricionariedade legislativa na definição do que o legislador pode assumir e o que deve ser deixado ao juiz na determinação

concreta da sanção. Designadamente, não ocorre aqui colisão com nenhum dos preceitos constitucionais em que se funda a afirmação de violação do princípio da culpa, que é o nuclear na fundamentação da referida jurisprudência do Tribunal a propósito da ilegitimidade constitucional de penas criminais fixas. Na verdade, não está em causa minimamente o direito à liberdade (artigo 27.º, n.º 1) porque a multa contravencional, diversamente da multa criminal, não tem prisão sucedânea. E só de modo muito remoto – e nunca por causa da sua invariabilidade – uma sanção estritamente pecuniária, num ilícito sem qualquer efeito jurídico estigmatizante, pode contender com o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º), que é de onde o Tribunal tem deduzido o princípio da culpa na “Constituição criminal”. Como diz FIGUEIREDO DIAS, *O Movimento da Descriminalização...*, pág. 29, a propósito da culpa na imputação das contraordenações, também perante uma categoria de infrações, punidas “*independentemente de toda a intenção maléfica*”, não se trata de uma culpa, como a jurídico-penal baseada numa censura ética dirigida à pessoa do agente, à sua abstrata intenção, mas apenas de uma imputação do ato à responsabilidade social do seu autor. Assim entendido, o princípio da culpa pode ser pressuposto da imposição da sanção (fundamento), mas não é um fator constitucionalmente necessário da sua medida concreta (limite individual), não significando a cominação de uma multa contravencional fixa, por si só, violação dos artigos 1.º e 27.º, n.º 1, da Constituição”.

Valioso é ainda o que o Tribunal disse no acórdão n.º 336/2008 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt):

“A diferente natureza do ilícito condiciona, desde logo, a eventual incidência dos princípios da culpa, da proporcionalidade e da sociabilidade.

É que “*no caso dos crimes estamos perante condutas cujos elementos constitutivos, no seu conjunto, suportam imediatamente uma valoração – social, moral, cultural – na qual se contém já a valoração da ilicitude. No caso das contraordenações, pelo contrário, não se verifica uma correspondência imediata da conduta a uma valoração mais ampla daquele tipo; pelo que, se, não obstante ser assim, se verifica que o direito valora algumas destas condutas como ilícitas, tal só pode acontecer porque o substrato da valoração jurídica não é aqui constituído apenas pela conduta como tal, antes por esta acrescida de um elemento novo: a proibição legal.*” (FIGUEIREDO DIAS, na ob. cit., pág. 146).

Da autonomia do ilícito de mera ordenação social resulta uma autonomia dogmática do direito das contraordenações, que se manifesta em matérias como a culpa, a sanção e o próprio concurso de infrações (*vide, neste sentido, Figueiredo Dias na ob. cit., pág. 150*).

Não se trata aqui “*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; dito de outra forma, da adscrição social de uma responsabilidade que se reconhece exercer ainda uma função positiva e adjuvante das finalidades admonitórias da coima*” (FIGUEIREDO DIAS em “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in “*Jornadas de Direito Criminal: O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*”, I, pág. 331, da ed. de 1983, do Centro de Estudos Judiciários).

E por isso, se o direito das contraordenações não deixa de ser um direito sancionatório de carácter punitivo, a verdade é que a sua sanção típica “*se diferencia, na sua essência e nas suas finalidades, da pena criminal, mesmo da pena de multa criminal (...)* A coima não se liga, ao contrário da pena criminal, à personalidade do agente e à sua atitude interna (consequência da diferente natureza e da

diferente função da culpa na responsabilidade pela contraordenação), antes serve como mera admoestação, como especial advertência ou reprimenda relacionada com a observância de certas proibições ou imposições legislativas; e o que esta circunstância representa em termos de medida concreta da sanção é da mais evidente importância. Deste ponto de vista se pode afirmar que as finalidades da coima são em larga medida estranhas a sentidos positivos de prevenção especial ou de (re)socialização.” (FIGUEIREDO DIAS, em “Temas Básicos da Doutrina Penal”, pág. 150-151, da ed. de 2001, da Coimbra Editora).

Daí que, em sede de direito de mera ordenação social, nunca há sanções privativas da liberdade. E mesmo o efeito da falta de pagamento da coima só pode ser a execução da soma devida, nos termos do artigo 89.º, do Decreto-lei n.º 433/82, e nunca a da sua conversão em prisão subsidiária, como normalmente sucede com a pena criminal de multa.

Por outro lado, para garantir a eficácia preventiva das coimas e a ordenação da vida económica em setores em que as vantagens económicas proporcionadas aos agentes são elevadíssimas, o artigo 18.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 433/82 (na redação dada pelo Decreto-lei n.º 244/95), permite que o limite máximo da coima seja elevado até ao montante do benefício económico retirado da infração pelo agente, ainda que essa elevação não possa exceder um terço do limite máximo legalmente estabelecido, erigindo, assim, a compensação do benefício económico como fim específico das coimas.

Estas diferenças não são nada despiciendas e deverão obstar a qualquer tentação de exportação imponderada dos princípios constitucionais penais em matéria de penas criminais para a área do ilícito de mera ordenação social”.

[...]

Já em momento anterior, no acórdão n.º 85/2012 (disponível em [www.tribunalconstitucional](http://www.tribunalconstitucional.pt)), com assertividade, o Tribunal afirmara que “[o] princípio da culpa postula, por um lado, a exigência de uma culpa concreta como *pressuposto* necessário de aplicação de qualquer pena, e, por outro, a proibição da aplicação de penas que excedam, no seu *quantum*, a medida da culpa. Mas é sabido que o princípio jurídico-constitucional da culpa (fundado na dignidade da pessoa humana) *não vale*, como parâmetro, no domínio das contraordenações”.

À exceção do aresto indicado em último lugar, que, de modo categórico, nega qualquer valência do princípio da culpa no domínio contraordenacional, retira-se da jurisprudência do Tribunal Constitucional que o princípio da culpa se impõe também como limite à liberdade de conformação do legislador do ilícito contraordenacional, ainda que a margem dessa liberdade seja maior relativamente àquela de que este dispõe na configuração do ilícito penal, designadamente no que se refere à definição do que o legislador pode assumir e o que deve ser deixado ao juiz na determinação concreta da sanção».

No domínio de aplicação do direito da União Europeia, as contraordenações e as coimas estão sujeitas aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, estabelecidos no artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (agora rebatizada dos Direitos Humanos) e no artigo 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Admite-se, todavia, também uma aplicação mais aberta e flexível dos princípios, nomeadamente da proporcionalidade, o qual é, por vezes, «sopesado com o princípio da efetividade» (neste sentido, cf. Paulo Pinto 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., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2022, p. 453). Acresce que, conforme salienta o mesmo autor (ob. cit., p. 456), há que averiguar não só «se as sanções de natureza pecuniária implicam um encargo ou uma privação de propriedade excessivos para os visados suscetíveis de [as] tornar [...] desproporcionadas», como também se são adequadas à gravidade das violações que reprimem, designadamente assegurando um efeito verdadeiramente dissuasivo (cf. os acórdãos do Tribunal de Justiça de 27/03/2014, LCL Le Crédit Lyonnais/Fesih Kalhan, processo C-565/12, e de 09/06/2016, Nutrivet, processo C-69/15).

Os objetivos de efetividade e efeito dissuasor das sanções contraordenacionais serão retomados *infra* aquando da análise da concreta solução contida no artigo 69.º, n.º 2, do NRJC, na sua redação originária, enquanto elementos essenciais para aferir da conformidade constitucional da norma impugnada.

14. No caso dos autos, recorda-se que o artigo 69.º, n.º 2, do NRJC, na sua versão inicial, dispõe que, no caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo 68.º, a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.

Olhando para as concretizações normativas, tendo presente o panorama jurídico no plano europeu (União e Estados-Membros), pode afirmar-se, desde já, que: (i) a regra em termos de moldura contraordenacional já não é estabelecer um limite superior absoluto (quantificado), mas um valor relativo (determinado em função de uma percentagem do volume de negócios) ou então uma solução mista, em que coexistem valor absoluto e valor relativo, aplicando-se o maior dos dois; e (ii) como referente para a determinação da coima, a prática é a utilização do volume de negócios do exercício anual anterior à sua aplicação.

Este quadro foi, aliás, reforçado pela Diretiva (UE) 2019/1, que, no n.º 1 do seu artigo 15.º, já citado, dispõe:

«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 a que se refere o artigo 13.º, n.º 1».

Paulo de Sousa Mendes, ao refletir sobre a influência do direito da União Europeia no direito das contraordenações, em especial no domínio do sancionamento das práticas restritivas da concorrência, assinala que a «finalidade geral das coimas é garantir a implementação da política de concorrência da União Europeia», pelo que «embora o seu objetivo imediato seja reprimir as atividades ilícitas e prevenir qualquer reincidência, a Comissão pode utilizar as coimas tanto como um dissuasor específico para as empresas em causa ou como um dissuasor geral para outras empresas» – sem deixar ainda de sublinhar que «[a] fim de assegurar que as coimas apresentam um efeito suficientemente dissuasor, a Comissão pode aumentar igualmente a coima a aplicar às empresas que tenham um volume de negócios de grupo particularmente elevado que não esteja relacionado com o valor das vendas afetadas pela infração» (*O sancionamento das práticas restritivas da concorrência*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 51). O mesmo autor aponta que já «[e]m 1980 a

Comissão declarou que as coimas seriam aumentadas como forma de dissuadir as empresas e, em 1991, anunciou que, nos casos apropriados, aplicaria a penalidade mais elevada possível: 10 % do volume de negócios da empresa» (ob. cit., p. 59).

Considerando a lição comparatística, as soluções de diferentes Estados-Membros da União Europeia (sem prejuízo da previsão de regimes semelhantes noutros ordenamentos jurídicos) mostram que a consagração de um limite máximo da moldura da coima em termos de percentagem do volume de negócios e, embora com variações quanto ao referente temporal, a convocação do volume de negócios (não obstante diferenças na sua determinação) do exercício do ano anterior à decisão cominatória não são novidade.

Em termos de “tetos” máximos da coima, são diferentes as técnicas legislativas utilizadas: a) previsão de um limite máximo absoluto, que corresponde a um valor fixo, havendo, nalguns casos, vários montantes consoante a gravidade do infração; b) opção por um limite máximo relativo (volume de negócios ou outro, como, por exemplo, um valor calculado a partir da vantagem económica obtida com a violação das normas de concorrência); c) conjugação das duas técnicas anteriores, aplicando-se o valor mais elevado, tendo presente o efeito dissuasório de que se devem revestir as sanções adotadas (*International Competition Network, Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions, Report to the 7th ICN Annual Conference Kyoto April 2008, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2008, pp. 31-32, com exemplos e outras variantes*). Porém, se olharmos para a legislação dos Estados-Membros, a via do limite relativo está hoje consolidada. Nos diferentes diplomas de transposição da Diretiva (UE) 2019/1, esta solução, cuja inconstitucionalidade é defendida pelas recorrentes (tese que sustentam também em relação ao exercício tomado em consideração – o do ano anterior à decisão, regra acolhida), é hoje a norma, sem prejuízo de, na concretização nacional, encontrarmos, a par da solução limitada aos referidos 10 % do valor de negócios (ou 1 %, noutras hipóteses de que, neste caso, não importa curar), legislações em que se conjuga o referente percentual com um limite superior absoluto, mas aplicando-se o mais elevado.

Não se diga também que a solução de um limite superior variável em vez de absoluto nos ordenamentos dos Estados-Membros é um mero resultado da transposição da Diretiva (UE) 2019/1. Na verdade, mesmo sem uma reconstituição, passo a passo, das alterações que sofreram as leis nacionais da concorrência antes da obrigação da transposição deste instrumento europeu, a via de uma remissão, em termos de coimas, para um limite determinado em termos de proporção do volume de negócios, correspondia a um caminho trilhado por muitos países. Nas vésperas da aprovação da Diretiva, Tihamer Tóth [“International report”, in Pranvera Këllezi/Bruce Kilpatrick/Pierre Kobel (ed.), *Liability for antitrust law infringements & protection of IP rights in distribution*, Cham, Springer, 2019, 3-83, p. 50], num estudo que abrange outras entidades políticas que não apenas os Estados-Membros, realça que a norma era já 10 % do volume de negócios, sem prejuízo de algumas diferenças quanto ao ano tomado em consideração e em relação ao referente do volume de negócios (mundial, europeu ou só nacional). Portugal não estava, pois, isolado, nesta solução, que, entre nós, constava, como se referiu, já da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (artigo 43.º, n.ºs 1 e 2). Na verdade, sem prejuízo de diferenças, em termos de velocidade e de conteúdos, a influência do direito da União tem décadas (*vd.*, sublinhando este ponto, por exemplo, Lennart Ritter/W. David Braun, *European competition law: a practitioner’s guide*, 3.ª ed., The Hague, Kluwer

Law International, 2005, pp. 14-15) e é testemunhada pela legislação, nomeadamente na primeira década deste século (sendo que o referente temporal suscitava, ao menos nalguns países, problemas de concretização).

Considerem-se, pois, brevemente, normas pertinentes de diferentes ordenamentos jurídicos:

a) Alemanha: o caso alemão foi amplamente citado na discussão em torno da constitucionalidade de algumas das soluções em matéria de direito da concorrência, nomeadamente em termos principiais. A transposição da Diretiva foi feita pela *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)*, de 18 de janeiro de 2021. Trata-se da décima alteração (a penúltima, pois, em 2023, foi aprovada e entrou em vigor a 11. *GWB-Novelle – Gesetz zur 11. Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) da referida Lei (10. *GWB-Novelle*), que trouxe algumas mudanças também no capítulo sancionatório, mas que manteve os 10 % que tinham já sido introduzidos por via da sétima alteração (7. *GWB-Novelle*), em 2005. Na sequência da transposição da Diretiva, algumas das vozes críticas entendem que o eixo de avaliação foi transferido para o direito da União Europeia. Esta posição ilustra-se em Hans Achenbach, paladino da inconstitucionalidade da solução, autor expressamente referido, a este propósito, pela doutrina nacional (Pedro Caeiro, “Punível com coima de até 10 % de um montante qualquer: a inconstitucionalidade das normas sancionatórias do Regime Jurídico da Concorrência, na parte em que (não) fixam um limite máximo para as coimas aplicáveis ao Abuso de posição dominante”, in *Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, Volume IV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, nas pp. 2433, n. 11, 2450, n. 51 e também na bibliografia final, p. 2469; Augusto Silva Dias/Rui Soares Pereira, *Direito das contra-ordenações*, cit., p. 76, n. 157). Com efeito, em “Die „ECN+“-Richtlinie (EU) 2019/1 und das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht” (publicado na *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 7, 2019, pp. 257-263), mantendo as preocupações quanto à solução, aponta para uma mudança de eixo em termos de parâmetro de controlo (realçando a mobilização dos princípios do direito europeu, nomeadamente da Carta dos Direitos Fundamentais da União e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, rebatizada dos Direitos Humanos), e, neste contexto, reconhece as dificuldades acrescidas, em virtude do papel que aí assume o princípio da efetividade, visto como «uma espécie de superprincípio que tem o poder de pôr de lado como irrelevantes garantias divergentes» (p. 263).

Também na sequência da Diretiva, que estabeleceu que o montante máximo da coima não pode ser «inferior a 10% do volume de negócios global total», Mustafa Oğlakcioğlu [“§ 56 Schutz des freien und lautereren Wettbewerbs, in Eric Hilgendorf /Hans Kudlich/ Brian Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts: Band 6: Teildisziplinen des Strafrechts*, Heidelberg, C. F. Müller, 2022, Rn. (número de margem) 19”] veio desvalorizar o conflito interpretativo tradicional resultante da leitura do limite de 10 %, no ordenamento jurídico alemão (mas com ressonância em Portugal), como mero travão (*Kappungsgrenze*, que evoca literalmente poda, entre nós traduzida como “cláusula de bloqueio” por Pedro Caeiro e como “norma-travão” por Augusto Silva Dias e Rui Soares Pereira, a partir de Miguel Moura e Silva em *Direito da concorrência*, 2.^a ed., AAFDL, Lisboa, 2018, p. 444) ou da sua interpretação como limite superior da coima (*Bußgeldobergrenze*).

b) Áustria: a transposição da Diretiva resultou da *Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005 und das Wettbewerbsgesetz geändert werden (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021 – KaWeRÄG 2021)*, que alterou a *Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen* (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005). Sem prejuízo de alterações na parte sancionatória, o quadro essencial que ora nos importa é anterior. O diploma relevante data de 2005 [Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), disponível em <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20004174>], tendo entrado em vigor a 1 de janeiro de 2006 [§ 86 (1)]. No § 29 da versão originária, previa-se já, no que toca às coimas (*Geldbußen*), precisamente um limite até 10 % do volume de negócios total, tendo como referente temporal o exercício anual anterior à decisão (1).

c) Bélgica: a transposição da Diretiva foi feita pela *Loi transposant la Directive 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres des moyens de mettre en oeuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur/Wet tot omzetting van Richtlijn 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt* (https://etaamb.openjustice.be/fr/loi-du-28-fevrier-2022_n2022040428). O artigo 66.º alterou o artigo IV.79, § 1, do *Code de droit économique*. Nele se prevê 10 % do volume de negócios, o que não é novo, tendo, no entanto, sido consagrado agora um referente mundial, que substitui o antigo parâmetro (volume de negócios no mercado belga e exportações relativo ao «exercício social precedente», nos termos do artigo IV.74) (para mais pormenores, considerando problemas do quadro jurídico anterior, *vd.* Wouter Devroe/Bruno Van den Bosch/Frances Van den Bogaert, “Antitrust enforcement in Belgium”, in Tihamer Tóth, *The Cambridge handbook of competition law sanctions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 308-334, pp. 315-316).

d) Espanha: a Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (versão consolidada disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946&tn=1&p=20231228>) foi modificada de forma a transpor a Diretiva para a ordem jurídica nacional. Distinguindo entre infrações leves, graves e muito graves, no que ora nos importa estabelece como limite máximo da moldura uma percentagem, respetivamente, de 1 %, 5 % e 10 % [artigo 63, 1, a), b) e c)] do volume de negócios total a nível mundial e, no que toca ao referente temporal, «o exercício imediatamente anterior ao da imposição da coima (*multa*)» (na redação resultante do artigo 1.12 do Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril). Mas já na versão originária, em 2007, se incluía, no regime sancionatório, a referida solução percentual, remetendo então para o «volume de negócios total» (na atual formulação, «volume de negócios total mundial»). No Preâmbulo do diploma, lê-se: «a Lei pressupõe um avanço importante na segurança jurídica na medida em que realiza uma graduação das diversas infrações previstas pela mesma e clarifica as sanções máximas de cada tipo, fixadas em termos de uma percentagem do volume de vendas totais dos infratores». O ano relevante também era aquele que a lei continua a prever: «exercício imediatamente anterior ao da imposição da coima (*multa*)». Na jurisprudência, precisou-se que esse se refere ao «ano imediatamente anterior em que a empresa infratora tenha tido a sua atividade mercantil durante

todo o exercício anual» (cf. Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia 1822/2020 de 30 Dic. 2020, Rec. 4038/2019).

e) França: importa considerar o *Code de commerce*, em que, no artigo L464-2, se prevê a regra dos 10 % do volume de negócios, ainda que com diferença em relação ao ano relevante, dado que se considera o exercício com montante mais elevado fechado desde o ano que antecedeu a prática da infração. A transposição da Diretiva foi feita pela *Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur*. Contudo, também aqui quer os 10 % como limite superior relativo quer a referência temporal não são uma novidade, resultando já do quadro normativo aplicável às empresas a partir de 2001 (*Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*). Esta redação veio substituir a percentagem anterior de 5 % e que tinha como referente apenas o volume de negócios realizados em França (em vigor entre 21 de setembro de 2000 e 16 de maio de 2001). Aliás, num aresto (n.º 2015-489 QPC, de 14/10/2015) do Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), a que se voltará, afirma-se (B. – *L'application à l'espèce*) que esta instância «já tinha admitido coimas (*amendes*) fixadas em função do volume de negócios para sancionar a violação de regras comerciais e de concorrência, tanto no que se refere ao volume de negócios em França como a nível mundial». Contudo, antes de ter sido revogado pelo artigo 37 da *Loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière* (diploma que autorizava o Governo a proceder à transposição da Diretiva), o artigo L.464-5 dispunha que, em caso de utilização do procedimento simplificado previsto no artigo L.463-3, o montante máximo da coima não poderia ultrapassar os «750 000 euros para cada um dos autores de práticas proibidas» (sobre as possibilidades de utilização deste procedimento simplificado, nomeadamente tendo em conta o alcance geograficamente limitado das infrações, por exemplo, e procurando prevenir os «riscos de congestionamento» da Autoridade da Concorrência, Michel Pédamon/Hugues Kenfack/Solène Ringler, *Droit commercial*, 5.ª ed., Paris, Dalloz, 2023, n.º 570).

f) Irlanda: deve considerar-se o *Competition (Amendment) Act 2022* (<https://www.irishstatutebook.ie/eli/2022/act/12/enacted/en/html>). Consagra-se uma solução mista, com um valor quantificado (10 milhões €), mas prevendo-se a regra dos 10 %, nos termos da Diretiva, devendo ser aplicado aquele que for o mais elevado (15AC) (sobre as reservas suscitadas por esta solução, cf. An Comhchoiste um Fhiontar, Trádáil agus Fostaíocht Grinnscrúdú Réamhreachtach ar an mBille Iomaíochata, 2021 Meitheamh, 2021, *Joint Committee on Enterprise, Trade and Employment: Pre-legislative scrutiny of the Competition Bill*, 2021, June, 2021 [33/ETE 3], p. 5 (https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/committee/dail/33/joint_committee_on_enterprise_trade_and_employment/reports/2021/2021-06-23_report-on-pre-legislative-scrutiny-of-the-competition-bill-2021_en.pdf). Já na redação originária do *Competition Act (2002)* se previa, em diferentes preceitos, que fosse aplicado o maior dos valores determinados, sendo um fixo e correspondendo o outro aos 10 % do volume de negócios relativos ao «exercício financeiro fechado nos 12 meses anteriores à condenação» (Part II, 8.b) i) <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2002/act/14/enacted/en/pdf>; em geral, para a versão

consolidada da lei, com indicação das alterações, *vd.* <https://revisedacts.lawreform.ie/eli/2002/act/14/revised/en/pdf?annotations=true>).

g) Itália: o *Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 185 Attuazione della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno* (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/11/29/21G00193/sg>) modificou o quadro normativo em termos do que qualifica como «sanção administrativa pecuniária». A *Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, disponível em <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1990-10-10;287>), que entrou em vigor em 14 de outubro de 1990, disciplina este ponto no artigo 15. No entanto, também aqui a solução dos 10 % é anterior. Na verdade, na versão originária do diploma, ou seja, em 1990, já se previa, no caso de infrações graves, um limite máximo de 10 % do volume de negócios: cf. artigo 15, 1. Quanto ao exercício convocado para a determinação do referido volume de negócios, tenha-se presente que, em 1990, se mobilizava o «último exercício financeiro fechado antes da notificação da intimação» (em geral, cf. Michele Carpagnano, “Competition law sanctions in Italy», in Tihamer Tóth, *The Cambridge handbook of competition law sanctions*, cit., pp. 478-499).

h) Luxemburgo: na sequência da Diretiva, foi aprovada a *Loi du 30 novembre 2022 relative à la concurrence* (disponível em <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2022/11/30/a588/jo>), que alterou a *Loi du 30 novembre 2022 relative à la concurrence*. No artigo 49 (*Amendes*), prevê-se no n.º 4 que o referente para o montante da sanção são «10 por cento do volume de negócios mundial, depois de impostos, realizado no último exercício social fechado». No diploma de 2004 (*Loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence*), dispunha-se, no artigo 18 (2), que «[o] montante máximo da coima (*amende*) [...] é de 10 por cento do montante do volume de negócios mundial, depois de impostos, mais elevado, realizado durante um dos exercícios encerrados desde o exercício anterior àquele em que as práticas foram efetuadas” (https://www.stradalex.lu/fr/slu_src_publ_leg_mema/toc/leg_lu_mema_200405_76/doc/mema_2004A11121).

i) Países Baixos: a Lei da Concorrência (*Mededingingswet*) (<https://wetten.overheid.nl/BWBR0008691/2023-01-01>) prevê como montante mais elevado da moldura sancionatória 900.000 € ou 10 % do volume de global de negócios da empresa ou associação de empresas, aplicando-se o que for mais elevado [Artigo 57, 1]. Sem entrarmos nas questões do cálculo da coima (para uma síntese do quadro da concorrência neste país, *vd.* J. M. Veenbrink/ J. W. van de Gronden /I. V. Aronstein, “The enforcement of competition law in the Netherlands”, in Tihamer Tóth, *The Cambridge handbook of competition law sanctions*, cit., pp. 546-579), olhando rapidamente para a história, vê-se que esta solução mista tem raízes anteriores. O aumento do limite máximo da moldura resulta de alteração legislativa que entrou em vigor em 1 de julho de 2016 (*Wet van 23 december 2015 tot wijziging van een aantal wetten op het terrein van het Ministerie van Economische Zaken en het terrein van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, houdende een verhoging van voor de Autoriteit Consument en Markt geldende boetemaxima*): com efeito, o valor máximo da coima (ao lado dos 10 %) era 450 000 € (como constava no diploma anterior, vigente entre 01/08/2014 e 30/06/2016, mas que já estava no de 2002; na redação originária da lei previa-se um limite de 1.000.000 de florins). Na *Memória Explicativa (Memorie van toelichting)*

elaborada no quadro da aprovação da Lei da Concorrência [*Nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet)*, 01-05-1996, *Tweede Kamer*, vergaderjaar 1995-1996, 24 707, nr. 3], na anotação ao artigo 57, dava-se conta da solução percentual (p. 88), que foi consagrada na lei. O volume de negócios relevante já então se reportava ao «exercício financeiro anterior à decisão» (artigo 57, 1).

j) Suécia: em 2021, o quadro legislativo sueco foi alterado para cumprir a exigência de transposição da Diretiva. A lei da concorrência é de 2008 (em vigor desde 1 de novembro desse ano; disponível em versão inglesa na página da respetiva Autoridade da Concorrência (www.konkurrensverket.se), e consagra as soluções em apreço no Capítulo 3, § 6 da Lei. Sem prejuízo de modificações introduzidas (para a versão consolidada e o acesso às alterações à lei, *vd.* <https://lagen.nu/2008:579>), o limite de 10 % já constava da versão originária (2008), havendo algumas diferenças, desde logo quanto à determinação do volume de negócios, como sublinhava Helene Andersson, então face ao projeto de Diretiva («Sweden», in *Liability for antitrust law infringements & protection of IP rights in distribution*, cit., pp. 239-252, p. 240), pois o referente era apenas o da empresa e não o do grupo (em geral, para uma visão global, *vd.* Helene Andersson, «The Swedish Competition Law enforcement system: a scorpion lacking its tail?», in Tihamer Tóth, *The Cambridge handbook of competition law sanctions*, cit., pp. 663-680). Quanto ao período relevante, considera-se o «volume de negócios da empresa no exercício anterior» (Capítulo 3, § 6) à decisão.

A solução, em termos de moldura contraordenacional, no sentido de estabelecer um valor relativo, determinado em função de uma percentagem do valor de negócios – ou um valor absoluto em conjunto com um valor relativo, aplicando-se o maior dos dois –, conjuntamente ou não com a utilização como referente para a determinação da coima dos valores do exercício anual anterior à sua aplicação, com vista a garantir quer a efetividade e o efeito dissuasor das sanções, quer a viabilidade económica das empresas atendendo-se à sua dimensão é também a que se encontra em vários regulamentos e diretivas da União Europeia em diferentes setores, como, por exemplo: o Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das concentrações comunitárias”) – artigo 14.º, n.os 1 e 2; o Regulamento (UE) n.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo ao abuso de mercado (regulamento abuso de mercado) e que revoga a Diretiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e as Diretivas 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE da Comissão – artigo 30.º, n.º 2, alínea j); o Regulamento (UE) 2023/1543 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2023, relativo às ordens europeias de produção e às ordens europeias de conservação para efeitos de prova eletrónica em processos penais e para efeitos de execução de penas privativas de liberdade na sequência de processos penais – artigo 15.º, n.º 1; a Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que altera a Diretiva 2012/27/UE (reformulação) – artigo 59.º, n.º 3, alínea d); a Diretiva (UE) 2024/1785 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de abril de 2024, que altera a Diretiva 2010/75/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição), e a Diretiva 1999/31/CE do Conselho, relativa à deposição de resíduos em aterros – considerando 51 e artigo 1.º, que altera o artigo 79.º da Diretiva 2010/75/UE; o

Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e que altera os Regulamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e as Diretivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regulamento da Inteligência Artificial) – considerando 168 e artigo 99.º, n.ºs 1 e 3 a 6; o Regulamento (UE) 2024/1787 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, relativo à redução das emissões de metano no sector da energia e que altera o Regulamento (UE) 2019/942 – considerando 79 e artigo 33.º, n.ºs 1 e 2; e a Diretiva (UE) 2024/1788 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, relativa a regras comuns para os mercados internos do gás renovável, do gás natural e do hidrogénio, que altera a Diretiva (UE) 2023/1791 e revoga a Diretiva 2009/73/CE, (reformulação) – artigo 78.º, n.º 4, alínea d).

Estas soluções conhecem ainda paralelo no direito nacional, nomeadamente no artigo 388.º do Código dos Valores Mobiliários, no artigo 83.º, n.ºs 4 a 6, do Regulamento Geral de Proteção de Dados, no artigo 34.º-A, n.º 2, do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais e no artigo 61.º, n.ºs 1, 2 e 4, do Regime Jurídico dos Jogos e Apostas Online.

A adoção reiterada destas soluções quer no direito da União Europeia quer no direito dos Estados-Membros, nos mais variados setores, constitui, pelo menos, um indício da sua conformidade com os princípios enformadores do direito sancionatório público.

15. Aqui chegados, importa apreciar a constitucionalidade da norma impugnada à luz dos princípios constitucionais invocados: segundo as recorrentes, a inconstitucionalidade da norma do artigo 69.º, n.º 2, do NRJC, na parte em que estabelece 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 resulta da violação do princípio do Estado de direito (artigo 2.º da Constituição), do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), do princípio da proibição de sanções ilimitadas (artigo 30.º, n.º 1, da Constituição), do princípio da separação de poderes (artigo 111.º da Constituição), do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da culpa (artigos 1.º e 27.º da Constituição).

Nessa apreciação ter-se-ão presentes, desde logo, as especificidades das grandes contraordenações, em particular no domínio da concorrência.

No juízo que tem de fazer, o Tribunal Constitucional, além de ponderar os limites jurídico-constitucionais inultrapassáveis em termos garantísticos, sob pena de perversão do Estado de direito, não pode deixar de considerar a relevância de normas jusfundamentalmente relevantes da constituição económica. Como se lê no Acórdão n.º 91/2023, «[t]rata-se de um conjunto de normas que se inscrevem, por um lado, na incumbência prioritária do Estado fixada da alínea f) do artigo 81.º da Constituição, que o obriga a “[a]ssegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”, e se reconduzem, por outro, ao direito fundamental dos consumidores “à proteção [...] dos seus interesses económicos”, consagrado no n.º 1 do artigo 60.º da Constituição, constituindo um dos principais eixos da tutela a estes constitucionalmente devida contra práticas comerciais

manipuladoras e abusivas, designadamente aquelas que “mantêm os preços de produtos e serviços artificialmente elevados” (Considerando 1 da Diretiva ECN+).

Impõe-se, portanto, o cumprimento dos deveres de proteção destes bens constitucionais fundamentais em termos de efetividade ou, dito de outro modo, o princípio da efetividade é condição para realizar de forma eficaz tais bens constitucionais. No referido Acórdão n.º 91/2023, o Tribunal Constitucional realça que «relativamente às práticas restritivas da concorrência, não há dúvida de que o legislador se encontra expressamente vinculado tanto pela Constituição como pelo Direito da União, originário e derivado, a combatê-las e a controlá-las com *suficiente eficácia* de modo a garantir a *efetiva integridade do funcionamento dos mercados*, nacional e comunitário». Para cumprir esta missão, «o Tribunal tem de conciliar preocupações de assegurar o efeito preventivo da aplicação das sanções com a sobrevivência destas empresas que atravessam fase particularmente difícil e que historicamente têm assumido papel relevante nesse setor da economia», assim se justificando a fixação, acompanhando o direito da União Europeia, dos limites máximos das coimas aplicáveis às contraordenações por referência ao volume de negócios da empresa infratora [cf. Carlos Botelho Moniz (Coord.), *Lei da concorrência anotada: Lei n.º 19/2012, de 8 de maio*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 665].

15.1. As recorrentes consideram que a norma impugnada ofende as garantias subjacentes aos princípios da legalidade e da proibição de sanções ilimitadas em função: (i) da indeterminabilidade, no momento da prática da infração, da base de incidência temporal a considerar para efeitos de definição da coima aplicável; (ii) da ausência de um limite máximo absoluto; e (iii) da excessiva amplitude da moldura sancionatória.

Em síntese: as recorrentes entendem que o período de referência temporal para aplicação da percentagem de 10 % do volume de negócios – o exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória da Autoridade da Concorrência – torna a sanção indeterminável e sujeita ao arbítrio do aplicador, indexando o valor máximo a um montante indefinido, porque reportado a um período temporal que não é prévio ao momento da prática do facto e, como tal, é insuscetível de ser conhecido ou antecipado, com certeza e precisão, pelo agente; e que o critério fixado no n.º 2 do artigo 69.º – o limite de 10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final da Autoridade da Concorrência – é apenas aparente, não compensando a sua variabilidade, nem a excessiva amplitude da moldura sancionatória.

Correlativamente, alegam que a norma em causa opera uma transferência material de competências exclusivas do legislador para a esfera da autoridade administrativa ou do juiz, em desrespeito pelo princípio da separação de poderes, por duas razões: (i) ao estabelecer como referência temporal relevante o exercício correspondente ao ano anterior ao da decisão administrativa, o legislador permite que a respetiva autoridade selecione o momento que determina a base de incidência que será considerada para efeitos da definição da coima máxima aplicável; e (ii) ao prever uma moldura que se revela excessivamente ampla, o legislador remete para o aplicador a determinação da sanção, sem definir critérios que previnam juízos de oportunidade assentes noutros interesses não controláveis.

As recorrentes seguem, no essencial, a doutrina de Pedro Caeiro expressa em “Punível com coima de até 10 % de um montante qualquer...”, cit., pp. 2448-2471. Neste estudo, o autor defende que a norma que atribua aos 10 % do volume de negócios o estatuto de limite máximo da coima

(como aquela que vem sendo prosseguida pelos tribunais) e que, simultaneamente, mande calcular aquele valor com base no exercício anterior ao ano da decisão (como o legislador veio expressamente impor em 2012) viola o princípio da legalidade das coimas previsto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição (ou, pelo menos, o princípio do Estado de direito, na vertente de segurança jurídica, previsto no artigo 2.º da Constituição) e é, por essa razão, inconstitucional. O autor concretiza que os 10 % do volume de negócios operam como «limite indeterminado e indeterminável» ao tempo da prática da infração – que seria o momento relevante para aferir da previsibilidade da sanção –, porque «o arguido não sabe, não pode saber e não tem o dever de saber qual será o volume de negócios do exercício anterior à condenação, que pode ter lugar vários anos após a prática dos factos», concluindo que «a possibilidade de ser sancionado com uma coima de até 10 % de *um montante qualquer* significa, por definição, a possibilidade de ser sancionado com um *montante qualquer*» (pp. 2455 e 2460). O mesmo autor acrescenta que, «[m]esmo que se entendesse que a fixação do limite máximo da coima numa percentagem do valor do volume de negócios do exercício anterior ao ano da decisão é suficiente para garantir a previsibilidade desse limite no momento da prática do facto, nem por isso as *coimas aplicáveis* deixariam de ser inadmissivelmente indeterminadas e indefinidas, dada a amplitude das molduras que dali resultariam» (p. 2457), que, na prática, transfere a escolha da sanção aplicável para o julgador.

No mesmo sentido se pronunciaram Augusto Silva Dias e Rui Soares Pereira: uma moldura cujo limite máximo é determinado em concreto através do cálculo de uma percentagem do volume de negócios realizado no exercício anterior à decisão condenatória «não só conduz a uma indefinição total da coima aplicável, já que não é possível à partida vislumbrar qual seja, como comporta tantos limites máximos de coimas quantas as empresas», não cumprindo «minimamente a exigência de determinação da sanção» (ob. cit., p. 92).

Está, assim, em causa saber se a norma impugnada gera a indeterminação ou indeterminabilidade do limite máximo da coima aplicável (quanto ao limite mínimo o problema não se põe, já que o mesmo é dado pelo artigo 17.º, n.º 1, do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, ou seja, corresponde a 3,74 €), violando os princípios da legalidade contraordenacional e da proibição de sanções ilimitadas, bem como o princípio da separação de poderes, ao transferir incontrolavelmente para o aplicador da lei a fixação da sanção aplicável, que compete ao legislador.

Como é sabido, num Estado de direito democrático a prevenção do crime está sujeita a uma aplicação rigorosa do princípio da legalidade, cujo conteúdo essencial se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita e certa (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). É neste sentido que o artigo 29.º, n.º 1, da Constituição dispõe que ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior. Sendo o ilícito de mera ordenação social sancionado com uma coima, a qual comporta restrições ao património do infrator, também aqui se devem respeitar princípios constitucionais vigentes, como os da segurança jurídica, da proteção da confiança e da separação de poderes. De resto, o Regime Geral de Ilícito de Mera Ordenação Social consagra, no seu artigo 2.º, o princípio da legalidade, segundo o qual só será sancionado como contraordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática.

A exigência constitucional de determinabilidade no ilícito contraordenacional impõe que os destinatários possam «antecipar, com segurança, a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito» (cf. o Acórdão n.º 85/2012). Na síntese do Acórdão n.º 201/2014, já citado, «a Constituição impõe “exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional” que só se cumprem se do regime legal for possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas como ainda antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito».

Neste contexto, pretende-se com a referida exigência «impedir tão-só situações de indeterminação extrema» (cf. Augusto Silva Dias/Rui Soares Pereira, ob. cit., pp. 86-87). Na mesma linha, Maria Fernanda Palma e Paulo Otero, depois de reconhecerem que o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* não implica nesta sede a mesma precisão das normas sancionatórias, assinalam que «a subtração do ilícito contra-ordenacional às rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal serve fins de ordenação da vida económica e social menos estáveis e, por vezes, dependentes de políticas sectoriais concretas» [“Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 37 (1996), pp. 563-564].

Conforme se disse, o n.º 1 do artigo 68.º do NRJC elenca, nas suas várias alíneas, as contraordenações sancionáveis como infrações ao direito da concorrência; o n.º 1 do artigo 69.º do NRJC indica os critérios que a Autoridade da Concorrência deve levar em consideração na determinação da medida concreta da coima; e o n.º 2 do mesmo artigo dispõe que a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10 % do volume de negócios realizado no ano imediatamente anterior à decisão final proferida pela Autoridade da Concorrência.

Estas disposições, inspiradas no Regulamento (CE) n.º 1/2003, criaram um regime sancionatório especial, afastando a aplicação dos limites máximos das molduras das coimas previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º do Regime Geral de Ilícito de Mera Ordenação Social e estabelecendo, ao invés, um valor relativo, determinado em função de uma percentagem do volume de negócios realizado no ano anterior à decisão sancionatória.

O limite de 10 % do volume de negócios pode ser entendido como (a) uma «cláusula de bloqueio» (um «limite externo») de uma coima sem limite quantitativo inicial ou (b) como o limite superior da moldura da coima aplicável.

O Supremo Tribunal Federal alemão (BGH – *Bundesgerichtshof*) pronunciou-se sobre a questão e, em acórdão de 26/02/2013 (BGH, Beschluss vom 26.2.2013 – KRB – 20/12 – *Grauzementkartell*), ao interpretar o § 81(4), da *GWB* (2005), decidiu que, à face da Lei Fundamental (*Grundgesetz*), o limite dos 10 % do volume total de negócios não deve ser concebido como mero travão da coima concretamente aplicada, mas como limite superior da moldura da coima aplicável. No mesmo sentido, vejam-se, a propósito de normas equivalentes, em Itália, a decisão do Conselho de Estado (*Consiglio di Stato*, sez. VI, de 20/01/2023, n. 690, 5.4.6.), na Áustria, acórdão do Oberster Gerichtshof [OGH] als [como] Kartellobergericht [KOG] 8.10.2015, 16 Ok 2/15b, 16 Ok 8/15k, 6.5.3. (caso *Spar*) (para uma síntese deste último, cf. Arno Scharfer, in “Competition law sanctions in Austria”, in Tihamer Tóth, *The Cambridge handbook of competition law sanctions*, cit., pp. 275-307, p. 277) e, em Espanha, a sentença do Tribunal Supremo (STS, sala terceira, Contencioso Administrativo) de 29/01/2015 (Quinto e Sexto).

Além disso, o BGH, face ao panorama muito diferenciado de empresas a que se aplicam as coimas, considerou necessário tomar a sério a «capacidade de pagamento» dos visados, assegurando, desta forma, as exigências jurídico-constitucionais em termos de adequação da sanção e de «justiça do caso» (§ 70). Assim, a convocação do volume de negócios referente ao último exercício permitiria um retrato da dimensão da empresa sancionada e da «sua posição no mercado», bem como aferir as «suas possibilidades de obter vantagens concorrenciais ilícitas» por via da violação de legislação conformadora deste campo (§ 72). Volume de negócios que, como aponta Pedro Caeiro (ob. cit., p. 2449), sintetizando passos do acórdão, também «fornece [...] um limite sancionatório 'transparente e previsível' para a mesma, pelo que não colidiria com a exigência constitucional de determinação e previsibilidade das coimas». A preterição do volume de negócios do tempo da prática da infração a favor do último exercício, nos termos referidos, não mereceria censura constitucional, nomeadamente à luz da exigência de determinação das coimas (e do princípio da culpa), atendendo ao princípio geral, com comprovação judicial (no aresto, ilustrada a partir de um caso de multa – *Geldstrafe*), de acordo com o qual para a coima devem ser considerados «os números mais próximos da decisão» (§ 76).

Entre nós, a leitura que teve vencimento na decisão do BGH (os 10 % do volume de negócios entendidos como limite máximo da moldura abstrata da coima) tem sido acolhida pelos tribunais. Com efeito, independentemente dos problemas que se possam suscitar quanto à primeira interpretação (*vd.* sobre o assunto Pedro Caeiro, ob. cit., pp. 2444-2447), é esta segunda que aqui importa. Note-se que o tribunal recorrido interpretou e aplicou o artigo 69.º, n.º 2, do NRJC no sentido de que os «10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas representa o limite máximo da moldura sancionatória abstratamente aplicável».

Isto posto, impõe-se analisar se a norma impugnada ofende os princípios da legalidade e da proibição de sanções ilimitadas e, bem assim, o princípio da separação de poderes, vigentes num Estado de direito.

Desde logo, ela manda atender a 10 % do volume de negócios – constituindo este o limite máximo da coima aplicável –, razão pela qual as empresas visadas têm a possibilidade de conhecer, no momento da prática da infração, pela via percentual, a proporção máxima que a coima poderá representar na sua atividade na data em que a decisão condenatória é proferida.

Além disso, o volume de negócios do ano de exercício anterior à decisão final da Autoridade da Concorrência não deixa de ser um limite máximo da coima, que garante ao seu destinatário que a sanção não poderá exceder esse limite. Não se pode, assim, concordar com as recorrentes quando afirmam que a coima aplicável pode ser fixada num «montante qualquer» ou «até ao infinito».

É também necessário adaptar o regime sancionatório às características e circunstâncias particulares dos ilícitos consistentes em violação de normas reguladoras da concorrência.

Importa, pois, ter presentes as finalidades desta opção legislativa. Ao estabelecer a moldura sancionatória em causa, o legislador procurou, por um lado, assegurar a função dissuasora da coima, atendendo à situação atual das empresas visadas, por ser sobre ela que se repercutem os efeitos da sanção – o volume de negócios é o elemento mais representativo da dimensão, do poder económico e da posição no mercado – e, por outro, proteger a subsistência das empresas, ou seja,

evitar a aplicação de uma coima que estes dificilmente poderiam pagar (quanto a esta segunda finalidade, veja-se a decisão, já referida, a propósito de uma norma italiana equivalente, do Conselho de Estado de 20/01/2023, segundo a qual «a lógica subjacente [é a] necessidade de conter o valor da sanção dentro dos limites da sustentabilidade financeira» e de possibilitar a graduação da mesma, «adaptando-a às reais responsabilidades dos autores da conduta ilegítima»).

A utilização do último volume de negócios conhecido em vez do volume de negócios do ano da prática do facto ilícito está, pois, em linha com o princípio geral segundo o qual o cálculo da coima deve partir dos números disponíveis mais próximos da decisão.

Para aferir da observância dos princípios constitucionais em causa, revela-se ainda essencial a existência de fatores legais de determinação do montante da coima, que ofereçam critérios orientadores ao juiz capazes de permitir a realização do direito e que, «por via da fundamentação [...], permit[a]m o controlo jurídico-racional da decisão [sancionatória] e a adequação da mesma ao caso concreto» (cf. Frederico de Lacerda da Costa Pinto, “As garantias do Estado de Direito...”, cit., p. 252).

Ora, o NRJC elenca, no artigo 69.º, n.º 1, os critérios de determinação da medida da coima, nomeadamente: a gravidade da infração, a natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração, a sua duração, o grau de participação, as vantagens obtidas, a situação económica do agente, os antecedentes em matéria de infrações às regras da concorrência e a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência. Assim, estabelecendo-se um limite mínimo e máximo da coima aplicável e fixando-se fatores que deverão ser ponderados dentro dessa moldura, tanto basta para que os destinatários da norma possam antecipar qual a sanção que, em abstrato, lhes poderá vir a ser aplicada em caso de comportamento ilícito.

Deste modo, a coima concretamente aplicada resulta da ponderação dos critérios indicados no n.º 1 e é limitada pela percentagem de 10 % do volume de negócios da empresa prevista no n.º 2, ambos do artigo 69.º do NRJC.

Por outro lado, tendo sido intenção do legislador limitar o valor máximo da coima aplicável por referência à situação económica atual das empresas visadas e existindo critérios objetivos de determinação da medida concreta da coima, não é legítimo afirmar que a Autoridade da Concorrência pode “escolher” o ano em que profere a decisão para condicionar o valor da coima. Na verdade, o volume de negócios de uma empresa é, pela sua natureza, variável, pelo que não está na dependência de qualquer juízo de oportunidade da Autoridade da Concorrência, nem do tempo que esta demora a decidir.

Improcede, pois, o argumento de que, ao estabelecer como referência temporal relevante o exercício correspondente ao ano anterior ao da decisão administrativa, o legislador permite que a respetiva autoridade selecione o momento que determina a base de incidência que será considerada para efeitos da definição da coima máxima aplicável, tanto mais que a atuação da Autoridade da Concorrência se rege por critérios de prioridades no exercício da sua missão, norteadas pelo interesse público de promoção e defesa da livre concorrência (cf. artigos 1.º, n.º 3, e 5.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, que aprovou os respetivos estatutos).

De tudo quanto foi exposto decorre que o n.º 2 do artigo 69.º prevê um limite inultrapassável do montante da coima aplicada e uma ligação entre a determinação concreta da coima e os

contornos da infração cometida, por força da conjugação daquele limite com os critérios previstos no n.º 1 do mesmo artigo.

As considerações precedentes permitem extrair as seguintes conclusões.

Em primeiro lugar, não estamos perante uma situação de “indeterminação extrema”, mostrando-se cumpridas as “exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional”.

Do mesmo modo, verifica-se a existência de um limite máximo da coima aplicável, correspondente a 10 % do volume de negócios do ano anterior à decisão final da Autoridade da Concorrência, que garante que a coima não excede esse limite, estando o seu carácter relativo justificado pelas especificidades do direito da concorrência e pelas finalidades da sanção.

Quanto à invocada excessiva amplitude da moldura sancionatória, «os limites estabelecidos [...] não deixam de balizar as opções do aplicador numa medida que, atendendo às especificidades da infração e dos seus agentes, constitui um sacrifício tolerável das exigências de determinabilidade da previsão legal sancionatória» (cf. a Decisão Sumária n.º 216/2016, confirmada pelo Acórdão n.º 400/2016). Este argumento será retomado aquando da análise da conformidade constitucional da norma impugnada sob o ponto de vista da sua proporcionalidade.

Por fim, não se pode dizer que a norma em causa opera uma transferência de competências exclusivas do legislador para a esfera da autoridade administrativa ou do juiz, na medida em que, por um lado, a Autoridade da Concorrência não só não tem qualquer domínio sobre o volume de negócios das empresas visadas, como a sua atuação, dirigida à promoção e defesa da concorrência, está sujeita a critérios de legalidade e, por outro, a lei prevê fatores objetivos de determinação da medida concreta da coima, que previnem eventuais juízos de oportunidade assentes noutros interesses alheios às finalidades da punição.

Impõe-se a conclusão, contrariamente ao que sustentam as recorrentes, de que a norma impugnada não viola o princípio do Estado de direito, nem o princípio da legalidade ou o princípio da proibição de sanções ilimitadas, assim como não ofende o princípio da separação de poderes.

A favor da conformidade constitucional da solução em apreço, veja-se Nuno Brandão, quando afirma que «[t]endo o legislador nacional adotado um modelo de soma global e não de dias de coima no âmbito de determinação das coimas, só a previsão de limites máximos de coima elevados, eventualmente, se necessário, referidos ao volume de negócios do agente, exercerá um efeito preventivo minimamente razoável sobre potenciais prevaricadores deste coturno» (cf. “O direito contra-ordenacional económico...”, cit., pp. 114-115).

Por sua vez, Paulo de Sousa Mendes critica o entendimento de Pedro Caeiro, descrito *supra*, porquanto «excede os limites de uma interpretação constitucional da lei», não sendo admissível «uma interpretação constitucional [dos n.ºs 1 e 2 do artigo 69.º do NRJC] que destrua ou falsifique a teleologia do preceito em um ponto significativo», ou seja, «que destrua por completo o RJC em matéria de sancionamento das práticas restritivas da concorrência», concluindo que «[a] interpretação que concebe os 10 % do volume de negócios como limite superior da moldura das coimas aplicáveis aos ilícitos contraordenacionais tipificados nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo 69.º RJC, sendo o limite mínimo da coima aplicável dado pelo n.º 1 do artigo 17.º RGCO (= 3,74 €), salvaguarda a existência de um marco indispensável para a avaliação judicial» (ob. cit., p. 91).

O esquema sancionatório em análise tem sido amplamente tratado pelo Tribunal de Justiça, sobretudo a respeito do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, cujo n.º 2, 2.ª proposição, determina que a «coima aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado na infração não deve exceder 10 % do respetivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente».

Nessa jurisprudência, o Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de que este modelo de fixação da moldura da coima é válido perante o direito europeu, respeitando suficientemente as garantias do processo sancionatório, designadamente no que respeita ao princípio da legalidade. Segue-se uma síntese daquilo que esse Tribunal tem defendido.

Embora o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 reconheça à Comissão uma margem de apreciação, restringe o seu exercício, estabelecendo critérios objetivos que por ela devem ser observados. A propósito do referente dos 10 % do volume de negócios do exercício social anterior, o Tribunal de Justiça tem defendido reiteradamente que «o montante máximo de uma coima aplicável a uma dada empresa é determinável antecipadamente», referindo que «o exercício [daquele] poder de apreciação é igualmente limitado por normas de conduta que a Comissão impôs a si própria» – cf. os acórdãos de 18/11/2013, *Schindler Holding Ltd e o./Comissão*, processo C-501/11 P, n.º 58, de 12/11/2014, *Guardian Industries Corp. e o.*, processo C-580/12 P, n.º 55, de 23/04/2015, *LG Display Co. Ltd e o./Comissão*, processo C-227/14 P, n.º 51, e de 09/07/2015, *InnoLux Corp./Comissão*, processo C-231/14 P, n.º 48, convocando o acórdão de 22/05/2008, *Evonik Degussa/Comissão*, processo C-266/06 P, n.ºs 50 a 55, proferido no quadro normativo anterior. O mesmo Tribunal afirma que «[a]lém disso, a prática administrativa conhecida e acessível da Comissão está totalmente sujeita à fiscalização do juiz da União, cuja jurisprudência constante permitiu precisar os conceitos que o referido artigo 23.º, n.º 2, podia conter. Um operador prudente pode, assim, recorrendo, se necessário, aos serviços de um consultor jurídico, prever de forma suficientemente precisa o método de cálculo e a ordem de grandeza das coimas em que incorre em razão de um determinado comportamento, e o facto de este operador não poder, antecipadamente, conhecer com precisão o nível das coimas que a Comissão aplicará em cada caso concreto não pode constituir uma violação do princípio da legalidade das penas» (cf. o acórdão *Schindler Holding Ltd e o./Comissão*, remetendo também para o acórdão *Evonik Degussa/Comissão*).

Elucidativo quanto ao respeito pelo princípio da legalidade é o acórdão de 07/06/2007, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd/Comissão das Comunidades Europeias*, processo 076/06 P, n.ºs 79-84, no qual, ainda na vigência do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, se escreveu: «[h]á que recordar que o princípio da segurança jurídica exige que as normas jurídicas sejam claras e precisas para que os interessados se possam orientar nas situações e relações jurídicas abrangidas pelo direito comunitário (v. acórdão de 15 de fevereiro de 1996, *Duff e o.*, C-63/93, *Colect.*, p. I-569, n.º 20). [...] Com efeito, a Britannia estava perfeitamente em condições de poder prever que lhe seria aplicada uma coima, na medida em que a infração às regras de concorrência que tinha cometido era manifesta, e que esta coima seria determinada em função não apenas da gravidade e da duração da infração, mas também das circunstâncias específicas da referida empresa. Ao que acresce, tendo em conta o poder de apreciação de que goza a Comissão nesta matéria, que uma empresa que participou num cartel não pode adquirir

qualquer certeza quanto ao montante da coima que lhe poderá ser aplicada pela Comissão no âmbito da aplicação das disposições do Regulamento n.º 17. Nestas condições, o facto de a Britannia não se encontrar em posição de poder conhecer antecipadamente o ano de referência relevante para a determinação do limite máximo da coima não constitui, por si só, uma violação do princípio da segurança jurídica».

O artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 almeja, desde logo, assegurar à coima um carácter dissuasivo suficiente, pelo que é o impacto pretendido na empresa visada que justifica que se tenha em conta a sua dimensão e o seu poder económico, isto é, os recursos globais do agente da infração, «não devendo a sanção ser negligenciável à luz, nomeadamente, da capacidade financeira da empresa» (cf., neste sentido, o acórdão Lafarge/Comissão, processo C-413/08 P, n.º 95, de 17/06/2010, n.ºs 102 e 104, e a jurisprudência aí referida). Deve, porém, notar-se que, para determinar o montante da coima, a Comissão pode também tomar em consideração a parte do volume de negócios global da empresa que provém das mercadorias objeto da infração e que, portanto, é suscetível de dar uma indicação quanto à extensão desta (cf. os acórdãos de 07/06/1983, Musique Diffusion française SA e o./Comissão, processos 100/80 a 103/80, n.º 121, de 28/06/2005, Dansk Rørindustri A/S e o./Comissão e o., processos C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, n.º 243, e de 18/05/2006, Archer Daniels Midland Co. e o./Comissão, processo C-397/03 P, n.º 100).

Outro objetivo visado com a fixação, no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de um limite de 10 % do volume de negócios da empresa que participou na infração é evitar que a aplicação de uma coima de um montante superior a esse limite ultrapasse a capacidade de pagamento da empresa à data em que é reconhecida como responsável pela infração e em que lhe é aplicada uma sanção pecuniária pela Comissão. Esta conclusão é confirmada pela exigência de que o limite de 10 % seja calculado com base no exercício do ano anterior à decisão da Comissão que sanciona a infração – cf. os acórdãos de 04/09/2014, YKK Corporation e o./Comissão, processo C-408/12 P, n.ºs 63 e 64, e de 26/01/2017, Laufen Austria AG/Comissão, processo C-637/13 P, n.ºs 47 e 48).

Por seu turno, este Tribunal Constitucional já apreciou a constitucionalidade do artigo 69.º, n.º 2, do NRJC, na sua versão originária, «no segmento em que estabelece uma moldura sancionatória “amplíssima” – tendo como mínimo o valor de 3,74 € e como máximo o valor de 13.937.159,10 € –, por alegada violação do princípio da legalidade, nomeadamente por violação da proibição de medidas privativas ou restritivas da liberdade com duração ilimitada ou indefinida, os princípios da separação e interdependência dos órgãos de soberania e da indisponibilidade de competências». Fê-lo na Decisão Sumária n.º 216/2016 (confirmada pelo Acórdão n.º 400/2016), analisando, em concreto, a invocada violação daqueles princípios em virtude da indeterminação do limite máximo de 10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência e da excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima, que tornaria imprevisível a sanção e transferiria incontrolavelmente para o aplicador da lei a fixação da sanção que, em rigor, cabe ao legislador.

Nessa Decisão Sumária pode ler-se:

«A mais recente jurisprudência deste Tribunal, ao apreciar da eventual violação do princípio da legalidade pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima, tem-se pronunciado pela não inconstitucionalidade, conforme resulta, por exemplo, do Acórdão n.º 85/2012 (disponível no *site* do Tribunal).

[...]

Escreveu-se naquele Acórdão (prolatado pela 1.ª Secção, embora com composição distinta da atual), a respeito da amplitude da moldura sancionatória de um tipo contraordenacional previsto no Código dos Valores Mobiliários:

«9.4. Por fim, a norma objeto do presente recurso deve ser ainda lida em conjugação com a alínea a) do n.º 1 do artigo 388.º do CdVM, que estabelece a moldura sancionatória das contraordenações qualificadas como muito graves, fixada entre 250,00 e 25.000,00 Euros. Não se pode considerar que os limites máximo e mínimo da moldura sancionatória tenham sido fixados de forma a violar o princípio da determinabilidade da norma. De facto, o CdVM especifica no artigo 405.º os critérios que deverão presidir à determinação da medida da coima, nomeadamente a ilicitude concreta do facto, da culpa do agente, os benefícios obtidos, as exigências de prevenção, a natureza singular ou coletiva do agente. A determinação da coima em concreto resulta da ponderação, dentro da margem fornecida pelos limites mínimo e máximo estabelecidos pelo n.º 1 do artigo 388.º do CdVM, das circunstâncias que estão expressamente mencionadas na lei. É, assim, perfeitamente possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas, como ainda antecipar, com segurança, a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito.

E é nisto que consiste a necessária determinabilidade dos tipos contraordenacionais. Importa relembrar, com efeito, 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.

(...) Pode, por isso, concluir-se que o regime resultante da fixação dos limites máximo e mínimo que compõem a atual moldura sancionatória para as contraordenações muito graves da CdVM, em conjugação com a previsão expressa dos critérios e circunstâncias que devem pautar a determinação concreta da sanção, é suficiente para respeitar as exigências de determinabilidade sancionatória decorrente da Constituição.

Com efeito, o tipo contraordenacional em causa resulta da interpretação conjugada das três normas referidas; através da conjugação destes preceitos, a descrição do comportamento sancionado como contraordenação – e a sanção – resultam objetivamente determináveis para os destinatários, não podendo considerar-se violado o princípio previsto no artigo 29.º da Constituição.»

Mais recentemente, no Acórdão n.º 78/2013, pode ler-se:

«O problema que neste caso é colocado é o de uma eventual violação do princípio da legalidade pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima. Em última análise, a excessiva amplitude tornaria imprevisível a sanção e transferiria incontrolavelmente para o aplicador da lei a fixação da sanção que, em rigor, cabe ao legislador, o que ofenderia os princípios constitucionais acima referidos.

A aplicação de uma coima tem sempre que ponderar a dimensão da gravidade do facto, da culpa do agente e da sua situação económica, não podendo a moldura fixada na lei deixar de ter uma amplitude que permita ao aplicador adequá-la às particularidades do caso concreto.

A simples previsão de aplicação de uma coima entre € 5.000 e € 5.000.000 que constava da redação da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, aplicada pela decisão recorrida, foi entretanto substituída, pelas já referidas alterações introduzidas pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, por um sistema complexo de previsão de coimas que, classificando o incumprimento do dever de prestar as informações consagrado no artigo 108.º, n.º 1 e 3, como uma contraordenação grave (alínea mm), do n.º 2, do artigo 113.º), no n.º 7, do mesmo artigo 113.º, estabeleceu diversas molduras sancionatórias para as pessoas coletivas, de acordo com a sua dimensão:

- b) Se praticadas por microempresa, de € 1000 a € 10 000;
- c) Se praticadas por pequena empresa, de € 2000 a € 25 000;
- d) Se praticadas por média empresa, de € 4000 a € 50 000;
- e) Se praticadas por grande empresa, de € 10 000 a € 1 000 000.

Desta nova sistematização técnica da definição da moldura legal das coimas resulta seguramente uma maior previsibilidade do valor da coima aplicável, assim como uma significativa diminuição da liberdade do julgador na fixação do valor da coima a aplicar no caso concreto.

Esta constatação não significa, porém, que a amplitude da anterior previsão, na qual a decisão recorrida se moveu, ofendesse necessariamente os invocados princípios estruturantes do Estado de Direito democrático, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da separação de poderes.

Ora, se a inobservância do dever que é sancionada pela contraordenação aqui em análise justifica, pela decisiva importância do cumprimento desse dever e pelo facto de se encontrarem entre os seus destinatários pessoas coletivas de considerável dimensão económica, a previsão de limites bastante elevados para a respetiva coima, também não é menos verdade que uma grande diversidade da relevância das informações a prestar e da dimensão económica das diferentes empresas a operar no setor das comunicações exige também uma grande maleabilidade da previsão legal, de forma a permitir ao aplicador adequar a coima às circunstâncias do caso.

Apesar de ser possível, como ficou demonstrado, o recurso a uma técnica legislativa que reduzisse a margem de liberdade do aplicador na definição da medida da coima a fixar no caso concreto, pode dizer-se que a enorme distância entre o limite mínimo e o máximo da coima (1000 vezes) não deixa de ser, como foi referido nos Acórdãos n.ºs 574/95 e 41/2004 deste Tribunal (acessíveis em www.tribunalconstitucional.pt), relativamente a uma diferente previsão contraordenacional, *“um tributo justificado do princípio da legalidade ao princípio da culpa”*.

Os limites estabelecidos na previsão sob fiscalização, ainda assim, não deixam de balizar as opções do aplicador numa medida que, atendendo às especificidades da infração e dos seus agentes, constitui um sacrifício tolerável das exigências de determinabilidade da previsão legal sancionatória.

Por estas razões não é possível afirmar que a norma sob fiscalização viole os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da separação de poderes e da proporcionalidade, imanentes a um Estado de Direito democrático, nem qualquer outro parâmetro constitucional, pelo que o recurso deve ser julgado improcedente.»

Já antes, no Acórdão n.º 41/2004, em que se apreciava precisamente a amplitude de uma moldura sancionatória no âmbito do direito contraordenacional, o Tribunal afirmou:

«A segunda questão de constitucionalidade suscitada refere-se à amplitude e consequente indeterminação da moldura punitiva prevista no artigo 211.º do RGICSF [Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras].

Questão semelhante foi já abordada em anteriores arestos deste Tribunal (Acórdãos n.ºs 574/95 e 572/2001, ambos relativamente ao artigo 670.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários, que fixava uma coima com o montante mínimo de 500.000\$00 e o máximo de 300.000.000\$00). Os Acórdãos em causa pronunciaram-se em sentido divergente.

O problema que neste caso, como no dos arestos citados, emerge é o de uma eventual violação do princípio da legalidade pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima. A excessiva amplitude poderia transferir para a Administração que aplica a coima o poder de definir sanção sem se evidenciarem os critérios que impediriam o mero funcionamento da oportunidade ou outros interesses não controláveis, em termos de legalidade, pelos destinatários das normas. Em última análise, a excessiva amplitude tornaria imprevisível a sanção e transferiria incontrolavelmente para o aplicador do Direito a fixação da sanção que, em rigor, caberá ao legislador.

Com efeito, a norma que se analisa prevê coimas cujos valores são de uma ordem de grandeza profundamente diferente, correspondendo o limite máximo a uma multiplicação por mil do limite mínimo.

Há, assim, indiscutivelmente uma variação elevadíssima entre o mínimo e o máximo da coima que, em abstrato, traduziriam o efeito de transferência para o aplicador do Direito o poder prático de criar a sanção. No entanto, se este argumento poderá ser em geral relevante para um juízo de inconstitucionalidade por violação do princípio da legalidade, sobretudo quando estejam em causa penas, há razões específicas relacionadas com este tipo de ilícitos explicativos desta variação de limites que têm de ser consideradas.

Trata-se, com efeito, de ilícitos especialmente graves relacionados com a atividade de instituições de crédito e atividade financeira em que apenas pode estar em causa o perigo para os bens jurídicos ou já danos especialmente graves para a atividade financeira e para pessoas singulares. O facto de o legislador ter fixado no Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (artigo 18.º) critérios específicos de determinação da medida da coima, como o do impedimento de que a sanção seja compensada economicamente com os benefícios retirados da infração bem como a dificuldade de determinar esse benefício, revelam que o problema da amplitude só é solucionável neste domínio de infrações pela elevação dos limites máximos. É exatamente essa a perspetiva que leva o legislador alemão a admitir que a medida da coima possa ser elevada até ao necessário para compensar o benefício económico resultante da infração (cf., sobre tal posição do legislador alemão, FERNANDA PALMA e PAULO OTERO, *Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XXXVII, 1996, p. 557 e ss.), caminho pelo qual não enveredou, totalmente, o legislador português, que previu um critério geral de determinação da medida da coima mais moderado, fixando-se um limite para a ultrapassagem do limite máximo da coima (artigo 18º, nº 2, do Regime Geral das Contra-Ordenações). Mas uma tal moderação não pode significar uma renúncia a impedir

qualquer compensação económica com a prática da infração (artigo 19.º, n.º 2, do Regime Geral das Contra-Ordenações).

Os critérios de determinação da medida da coima exigem, por outro lado, uma fundamentação da coima aplicada pela Administração que não se compadece com meras razões de oportunidade, mas que tem de ponderar a dimensão da gravidade do facto, da culpa do agente e da sua situação económica.

Por outro lado, a elevação dos limites máximos das coimas é, nestes domínios de atividade económica, uma alternativa à legislação de sanções penais, justificada pelo princípio da necessidade da pena.

Assim, se várias e importantes razões justificam limites bastante elevados para as coimas nesta área, também não é menos verdade que uma certa natureza “técnica” das condutas infratoras pode levar a subsumir na previsão legal destas normas condutas cuja gravidade de culpa é bastante baixa. A distância elevada entre o limite mínimo e o máximo da coima é, deste modo, como foi referido no Acórdão n.º 574/95, um tributo justificado do princípio da legalidade ao princípio da culpa. A sobreposição a todas estas considerações de uma afirmação formal da legalidade sem atribuição de qualquer relevância às especificidades da política legislativa neste sector de atividade, acabaria por impedir, em última análise, uma qualquer ideia de elevada atenuação da culpa em função de alguma dificuldade de certos agentes disporem de todo o conhecimento adequado para evitar estas infrações que não pressupõem intuições éticas imediatas, mas um certo saber técnico e uma lógica de competência e de responsabilidade profissional.

Por estas razões, o Tribunal Constitucional conclui que o artigo 211º do RGICSF não viola o princípio da legalidade devido à amplitude de variação das coimas entre o limite mínimo de 200.000\$00 e 200.000.000\$00.»

10. Afigura-se de reiterar esta jurisprudência, no sentido da não inconstitucionalidade. Também no presente caso a lei especificou os critérios que deverão nortear a determinação da medida da coima dentro da moldura sancionatória. Com efeito, à luz do estabelecido no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a determinação da coima faz-se em função da gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional, da natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração e do grau de participação do visado pelo processo da infração, sendo atendíveis ainda a conduta anterior e posterior do agente e as exigências da prevenção, bem como a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento. Da aplicação destes critérios resultará seguramente uma maior previsibilidade do valor da coima aplicável, assim como uma significativa diminuição da liberdade do julgador na fixação do valor da coima a aplicar no caso concreto.

Além disso, tal como se refere no Acórdão n.º 78/2013, há que ter presente que a proibição de práticas restritivas da concorrência é essencial à defesa desta, constituindo um bem público que cabe à Autoridade da Concorrência preservar, numa perspetiva instrumental, nos termos consagrados no artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa.

É também sabido que estas coimas se aplicam apenas a empresas, tal como definidas no artigo 3.º da referida lei, e que no sector da atividade de televisão e comunicação operam empresas de enorme dimensão económica. Ora, sendo necessário assegurar o cumprimento efetivo desta obrigação típica de uma Administração conformadora, o sancionamento da sua inobservância

como contraordenação revela-se, como alternativa à criminalização, o meio coativo adequado e proporcional de satisfazer tal necessidade. A previsão da contraordenação sob fiscalização tem, pois, plena justificação, enquanto meio dissuasor de práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência, sendo evidente que a sanção patrimonial é a mais adequada ao sector de atividade em causa, não violando a ideia de proporcionalidade em sentido amplo, enquanto referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos num Estado de direito.

Por estas razões não é possível afirmar que a norma sob fiscalização viole os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da separação de poderes e da proporcionalidade, imanentes a um Estado de direito democrático».

Sobre a indeterminabilidade das sanções e a excessiva amplitude da moldura sancionatória das coimas, veja-se, entre outros, no mesmo sentido, o Acórdão n.º 500/2021, que remete igualmente para a jurisprudência dos Acórdãos n.ºs 85/2012 e 78/2013.

Já no Acórdão n.º 574/1995, pronunciando-se sobre os limites da coima (de 500.000\$00 a 300.000.000\$00) cominada para a contraordenação descrita no n.º 15 do artigo 670.º do Código de Mercado de Valores Mobiliários, se entendera que tais limites não violavam a Constituição, designadamente os princípios da determinabilidade das leis e da separação de poderes (concluindo que «o legislador não transferiu para os operadores jurídicos competências que são suas»), designadamente pelas seguintes razões: «a distância entre o limite mínimo e o limite máximo da coima» não seria «de molde a que esta deixe de cumprir a sua função de garantia contra o exercício abusivo (persecutório e arbitrário) ou incontrolável do *ius puniendi* do Estado»; as coimas são fixadas, em concreto, de acordo com os critérios estabelecidos na lei; «em tais infrações estão em causa valores sociais de grande relevo, a que, por vezes, andam associados avultados interesses patrimoniais» – «os elevados montantes da coima e a distância que separa o seu mínimo do respetivo máximo explicam-se, assim, pela natureza dos bens jurídicos que o legislador quer tutelar, ou seja, pela importância dos valores sociais envolvidos».

15.2. As recorrentes defendem que a norma impugnada viola o princípio da proporcionalidade, nas vertentes de adequação, necessidade e proibição do excesso por (i) prever uma moldura sem referentes expressos em grandezas objetivas, mas sim variáveis de sujeito para sujeito, que impediria o controlo da proporcionalidade das sanções; (ii) não estabelecer uma relação de conexão entre o máximo da sanção aplicável e a gravidade da conduta ou os benefícios obtidos com a mesma, perdendo-se a ligação entre sanção e facto ilícito; e (iii) prescrever como máximo da coima aplicável um critério que não encontraria correspondência com a efetiva capacidade de pagamento (ou económica) da entidade infratora (dado o volume de negócios não integrar a esfera patrimonial da entidade sancionada).

Quanto ao princípio da proporcionalidade das sanções, pode ler-se no Acórdão n.º 574/1995:

«[...] tem, antes de mais, de advertir-se que o Tribunal só deve censurar as soluções legislativas que cominem sanções que sejam desnecessárias, inadequadas ou manifesta e claramente excessivas, pois tal o proíbe o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. Se o Tribunal fosse além disso, estaria a julgar a bondade da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que, aí, há-de gozar de uma razoável liberdade de conformação [cf., identicamente, os acórdãos n.ºs 13/95 (Diário da República, II série, de 9 de fevereiro de 1995) e 83/95 (Diário da República, II série, de 16 de junho de 1995)], até porque a necessidade que, no tocante às penas

criminais é – no dizer de FIGUEIREDO DIAS (Direito Penal II, 1988, policopiado, página 271) – “uma *conditio iuris sine qua non* de legitimação da pena nos quadros de um Estado de Direito democrático e social”, aqui, não faz exigências tão fortes».

Por sua vez, diz-se no Acórdão n.º 47/2019:

«A agravação das coimas aplicáveis às pessoas coletivas tem justificação no maior poder económico e na insuficiência intimidatória dos limites das molduras legais definidas para as pessoas singulares. Só a previsão de limites amplos permite adequar o montante da coima à situação económica e financeira da pessoa coletiva sancionada e assim responder melhor às finalidades das coimas. O facto de as pessoas coletivas disporem de uma organização e de meios suscetíveis de produzirem maiores danos à coletividade e poderem incorporar os montantes das coimas na margem de risco normal da sua atividade justifica uma advertência ou admoção mais acentuada».

Neste conspecto, há que ter em conta as características específicas da defesa da concorrência e dos ilícitos que com ela se conxionam, designadamente os montantes muito elevados em causa, os benefícios obtidos pelos infratores, os prejuízos sofridos por outras empresas, pelo próprio mercado e pelos consumidores e a necessidade de atuação com rigor e eficácia na punição das infrações cometidas, de forma a assegurar o efeito dissuasor das sanções.

Seguindo a orientação do direito da concorrência da União Europeia, o legislador nacional não previu uma coima para cada tipo de contraordenação. Em vez disso, estatui, designadamente no n.º 2 do artigo 69.º do NRJC, que, para um conjunto de contraordenações, o limite máximo da coima é encontrado através do cálculo de uma percentagem do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória.

Pedro Caeiro (ob. cit., pp. 2460-2467) e Augusto Silva Dias e Rui Soares Pereira (ob. cit., pp. 70-77) também criticam esta técnica com fundamento na inobservância do princípio da proporcionalidade, por várias razões, na sua maioria reproduzidas pelas recorrentes.

Consideram, em síntese, que: uma percentagem do volume de negócios não é uma grandeza objetiva, pois varia de sujeito para sujeito, o que geraria uma moldura «errante» ou «aleatória»; «não se pode afirmar *positivamente* que os montantes em que se traduzem essas percentagens, que podem ser os mais díspares, são sanções proporcionais em relação às diferentes espécies de ilícitos contra a concorrência e proporcionais entre si, precisamente porque não existe uma escala que organize essa proporção» (Pedro Caeiro, ob. cit., p. 2461); tudo se agravaria em virtude de o limite máximo das coimas ser determinado por critérios estranhos à infração, ou seja, «o limite máximo da coima pela prática da mesma contraordenação varia de caso para caso de acordo com um conjunto de fatores que não têm relação direta com a infração» (Augusto Silva Dias/Rui Soares Pereira, ob. cit., p. 75), não se assegurando a necessária correspondência entre a gravidade da sanção e a gravidade da infração; «a sanção não será determinada através de um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em relação ao *facto* nem sequer aos seus *efeitos*, perdendo-se, assim, por completo, a ligação entre *facto* ilícito e sanção» (Pedro Caeiro, ob. cit., p. 2461).

Relativamente à alegada natureza «errante» ou «aleatória» da moldura, sublinha-se que, embora este esquema não possibilite uma avaliação exata do limite superior da sanção aplicável, ao indicar uma percentagem específica do volume de negócios da empresa, ele permite que se

conheça a proporção das receitas afetadas (de resto, mesmo num modelo dotado de uma escala com medidas de valor invariável, em que se fixasse um limite superior absoluto, o problema do controlo da proporcionalidade persistiria, visto que o máximo da moldura teria de ser de montante muito elevado, atentas as características das infrações e dos seus agentes, com a conseqüente enorme amplitude dessa moldura, insuscetível de acomodar as exigências do referido controlo, tal como traçadas pelos críticos da solução impugnada). Para esse conhecimento contribui ainda a previsão de fatores de determinação da medida concreta da coima, cada vez mais densificados, quer na lei quer na jurisprudência. Mais importante do que fixar um montante máximo absoluto é estipular critérios de determinação da medida concreta da coima – incluindo a natureza e a gravidade da infração –, que se possam projetar num quadro de conseqüências futuras dos factos.

A existência desses fatores possibilita que se tome em consideração a gravidade da infração na determinação da coima concreta, designadamente nos casos em que factos leves estão sujeitos a sanções com um limite máximo elevado em virtude de a empresa apresentar um volume de negócios muito acentuado no ano anterior à decisão. Sempre se dirá, porém, que, em muitas situações, estão em causa infrações particularmente graves, relacionadas com a atividade de agentes suscetíveis de provocar danos de especial gravidade para a atividade económica, bem como para pessoas singulares e coletivas nas suas relações comerciais – são, pois, ilícitos cuja punição visa tutelar valores sociais de grande relevo, a que, geralmente, se associam avultados interesses patrimoniais. Na hipótese inversa, em que para factos graves o montante máximo da coima tiver de ser diminuto porque o volume de negócios foi muito reduzido no ano anterior à decisão, as especificidades do setor e as finalidades do direito sancionatório da concorrência explicam esse resultado, que se justifica pela necessidade de evitar fenómenos de aniquilação de empresas, prejudiciais para a livre concorrência e a integridade do funcionamento dos mercados e, conseqüentemente, para os direitos dos consumidores, valores constitucionais também merecedores de tutela, assim traduzindo um equilíbrio entre as intensas necessidades sancionatórias e a limitação destas em termos que não impliquem, no limite, a extinção do infrator, que seria, ela própria, contrária aos fins da coima.

Jörg Biermann [“GWB § 81c Höhe der Geldbuße”, in Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht: GWB: Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, Bd. 2, 7.^a ed., München, C.H. Beck, 2024, Rn. (número de margem) 51] realça a importância da flexibilidade da moldura sancionatória (em detrimento de um limite máximo absoluto), como forma de assegurar a efetividade e a proporcionalidade das coimas, quer para grandes quer para pequenas e médias empresas.

Conforme se explicou *supra*, a indexação do limite superior das coimas ao volume de negócios do agente permite, por um lado, assegurar à coima um carácter suficientemente dissuasivo e eficaz e, por outro, acautelar a situação económico-financeira do visado no momento do pagamento da coima, assegurando a preservação do tecido empresarial e a defesa da concorrência.

Improcede, igualmente, o argumento de que o volume de negócios é um critério sem correspondência com a efetiva capacidade de pagamento da empresa infratora. Na verdade, «o conceito de “volume de negócios” diz respeito ao valor das vendas de bens ou de serviços realizadas pela empresa em causa, refletindo assim a sua situação económica real» (cf., neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de 14/09/2017, *Autortiesību un komunikēšanās*

konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība/Konkurences padome, processo C-177/16, n.º 65, citado no recente acórdão do Tribunal de Justiça de 10/11/2022, Zenith Media Communications SRL/Consiliul Concurenței, processo C-385/21, n.º 36). Acresce que o último exercício financeiro completo anterior à decisão da autoridade administrativa é regularmente utilizado como o período de volume de negócios relevante.

No caso importa saber se a norma de sanção em apreço constitui um meio adequado, necessário e proporcional para fazer face às finalidades da coima. Com efeito, enquadrando-se no âmbito da limitação de direitos fundamentais, *maxime* do direito de propriedade, as coimas estão sujeitas ao princípio da proibição do excesso e respetivos postulados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Os objetivos específicos face aos quais se concretiza esse teste da proporcionalidade são a proteção da concorrência, do funcionamento eficiente dos mercados e da igualdade de oportunidades no processo competitivo [cf. o artigo 81.º, alínea f), da Constituição: *vd.*, para outros desenvolvimentos e por todos, Rui Guerra da Fonseca, *Comentário à Constituição Portuguesa*, vol. II, Organização económica (Artigos 80.º a 107.º), Coimbra, Almedina, 2008, esp. pp. 180-185]. Além de estarem em causa bens da comunidade, afetos ao desenvolvimento económico, o regime jusconcorrencial visa também proteger direitos fundamentais, como os dos consumidores.

Tendo em vista tais objetivos, não se afigura, desde logo, inadequado sancionar a pessoa coletiva com uma coima pela violação das regras de concorrência.

De igual modo, em relação à necessidade da coima para atingir aqueles fins, reconhece-se ao legislador uma ampla margem de liberdade quanto aos montantes das coimas a aplicar, bastando que não seja evidente que existam outras alternativas com um grau de eficácia equivalente [ou até mesmo aproximado – sobre a maior ou menor exigência deste, *vd.* María Pilar Candeo, “Análisis del principio de proporcionalidad como presupuesto para calcular las sanciones en derecho de competencia”, in Javier Guillén Caramés/Miguel Cuerdo Mir (Dir.), *Estudios sobre la postestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2015, pp. 102-103, n. 63] que se mostrem menos lesivas (cf. o Acórdão n.º 47/2019). Na verdade, procura-se operar a conciliação entre o efeito dissuasor e a “sustentabilidade financeira” das empresas visadas (cf., de novo, a decisão italiana do Conselho de Estado de 20/01/2023, segundo a qual «a lógica subjacente [é a] necessidade de conter o valor da sanção dentro dos limites da sustentabilidade financeira» e de possibilitar a gradação da mesma, «adaptando-a às reais responsabilidades dos autores da conduta ilegítima»). É neste contexto que o legislador, avaliando outras alternativas de punição, optou, para certas práticas anticoncorrenciais, pela fixação do montante de 10 % do volume de negócios como limite máximo da coima a aplicar, considerando-se a medida legislativa constitucionalmente conforme para o combate a este tipo de infrações, aliás, em consonância com outros ordenamentos jurídicos.

Por fim, a proporcionalidade de uma sanção deve ser apreciada, designadamente, à luz do objetivo de dissuasão visado pela sua aplicação, pelo que o valor total do volume de negócios é necessário para efeito dessa apreciação, de modo a tomar em consideração, na justa medida, a capacidade económica da empresa infratora [cf. os acórdãos do Tribunal de Justiça de 20/01/2016, Toshiba Corporation/Comissão, processo C-373/14 P, n.ºs 83 e 84, e de 09/01/2016, Compañía Española de Petróleos (CEPSA) SA/Comissão, processo 608/13 P, n.º 49]. Desta forma, alcança-

se uma relação equilibrada entre os valores em causa na prossecução dos objetivos subjacentes à atuação e o nível de restrição da posição afetada por essa mesma atuação (recorrendo à formulação usada, por exemplo, no Acórdão n.º 318/2021).

O Tribunal de Justiça pronunciou-se em muitos outros arestos sobre a conformidade do esquema sancionatório em questão com o princípio da proporcionalidade.

No acórdão *Britannia Alloys & Chemicals Ltd/Comissão das Comunidades Europeias*, n.º 24, refere-se que o limite máximo relativo ao volume de negócios pretende obstar a que as coimas sejam desproporcionadas em relação à importância das empresas em causa e, conseqüentemente, excedam 10 % do seu volume de negócios total realizado ao longo do exercício social anterior à decisão da Comissão (no mesmo sentido, *vd.* o acórdão *Musique Diffusion française SA e o./Comissão*, n.º 119, e o acórdão de 25/03/2021, *Xellia Pharmaceuticals ApS*, processo C-611/16 P, n.º 208).

O acórdão *Zenith Media Communications SRL/Consiliul Concurenței*, n.º 36, refere, a este respeito, que a «exigência segundo a qual a coima aplicada a uma empresa que violou o artigo 101.º do TFUE não deve exceder 10 % do volume de negócios total realizado pela empresa durante o exercício precedente visa precisamente assegurar que, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, o impacto que se procura obter sobre a empresa em causa seja apreciado em cada caso concreto, tendo nomeadamente em conta um volume de negócios que reflita a sua situação económica real» (cf., no mesmo sentido, o acórdão *LG Display*, n.ºs 48 e 49).

No acórdão de 26/11/2013, *Groupe Gascogne SA/Comissão*, processo C-58/12 P, n.º 48, consta que o limite superior da coima previsto no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 «[se destina] a evitar a aplicação de coimas cujo pagamento se antevê que as empresas, atendendo à sua dimensão, determinada pelo volume de negócios global, ainda que de modo aproximado, não estarão em condições de satisfazer», tratando-se, pois, de um limite que «visa evitar coimas de um nível excessivo e desproporcionado» (cf., entre outros, o acórdão de 28/06/2005, *Dansk Rørindustri e o./Comissão*, n.ºs 280 e 281).

Considerando que a regra que fixa em 10 % do volume de negócios das empresas o limite máximo da moldura da coima aplicável à violação do direito europeu da concorrência cumpre o requisito de sanções eficazes, dissuasivas e proporcionais, veja-se, por exemplo, *Andreas M. Klees, "Breaking the habits: The German Competition Law after the 7th Amendment to the Act against Restraints of Competition (GWB)", German Law Journal*, 7 (2006), p. 414.

No direito comparado, a propósito de mecanismos semelhantes adotados em Espanha e Itália, há autores que se pronunciaram no sentido de que os mesmos «concedem [ao aplicador da sanção] uma margem mais do que suficiente para poder fixar coimas que sejam proporcionais e dissuasoras» (Fernando Díez Estella/Javier García-Verdugo, «Las *Guidelines* del Bundeskartellamt como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015», *Anuario de la Competencia 2015*, Madrid, Fundación ICO, 2016, p. 360) e que «a escolha do método de cálculo da sanção em termos exclusivamente percentuais parece responder a uma exigência de proporcionalidade» (Piero Fattori/Manfredi De Vita, «Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante», setembro de 1996, disponível em <https://www.agcm.it/dotcmsDOC/temi-e-problemi/tp003.pdf>, p. 50).

Em França, o Conselho Constitucional [Cons. const., *Décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015 Société Grands Moulins de Strasbourg SA et autre (Saisine d'office et sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence)*], a propósito do artigo L. 464-2 do *Code de Commerce*, considerou que a consagração de um quadro sancionatório das violações da concorrência tem como finalidade a «preservação da ordem pública económica», o que acarreta «que o montante das sanções previstas na lei seja suficientemente dissuasor para cumprir a função de prevenção das infrações» (cons. 14). Na decisão entendeu-se que o legislador não estabeleceu uma sanção «manifestamente desproporcionada», tendo em conta a natureza das infrações e que estas «podem ainda, mesmo após terem cessado, continuar a gerar ganhos ilícitos para a empresa» (cons. 15). Além disso, sublinhou-se que o critério do volume de negócios pretende atender «à dimensão e à capacidade financeira da empresa [...] na avaliação do montante máximo da sanção» (cons. 16). Pelas razões descritas, o Conselho Constitucional concluiu que as disposições em causa não violavam os princípios da necessidade e proporcionalidade das sanções.

O Tribunal Constitucional também já apreciou a conformidade de normas sancionatórias de ilícitos contraordenacionais com o princípio da proporcionalidade. Tem salientado, em diversas ocasiões, que o legislador dispõe de uma ampla margem de decisão quanto à fixação legal dos montantes das coimas a aplicar, pelas razões explicitadas no Acórdão n.º 574/95, já citado. No mesmo sentido pronunciaram-se, mais recentemente, os Acórdãos n.ºs 62/2011, 67/2011, 132/2011, 360/2011, 110/2012 e 591/2015. A título de exemplo, pode ler-se no Acórdão n.º 360/2011 que «o legislador ordinário, na área do direito de mera ordenação social, goza de ampla liberdade de fixação dos montantes das coimas aplicáveis, devendo o Tribunal Constitucional apenas emitir um juízo de censura, relativamente às soluções legislativas que cominem sanções que sejam manifesta e claramente desadequadas à gravidade dos comportamentos sancionados» e que «[se] o Tribunal fosse além disso, estaria a julgar a bondade da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que, neste campo, há de gozar de uma confortável liberdade de conformação, ainda que ressalvando que tal liberdade de definição de limites cessa em casos de manifesta e flagrante desproporcionalidade».

Por sua vez, no Acórdão n.º 78/2013, depois de se reconhecer que o legislador tem uma maior margem de conformação no que toca à fixação das sanções aplicáveis aos comportamentos que decidiu tipificar como contraordenações, afirmou-se que:

«Se é verdade que a moldura sancionatória em causa se situa em valores muito elevados, há que ter presente que o cumprimento do dever em causa é essencial à supervisão e fiscalização de um setor de extraordinária relevância social, sendo certo que estas coimas se aplicam apenas a pessoas coletivas e que na área das comunicações operam empresas de enorme dimensão económica (o rendimento anual das empresas do setor nos últimos anos tem atingido cerca de 5% do PIB, segundo dados constantes do Anuário do Setor das Comunicações, edição de 2012 da Anacom, que pode ser consultado em www.anacom.pt).

[...]

face às ponderações acima efetuadas não é possível afirmar, num critério de evidência, que a anterior moldura legal das coimas prevista para a violação de deveres de informação à Autoridade reguladora do setor e que foi aplicada pela decisão recorrida seja manifestamente excessiva, por se revelar flagrantemente desproporcionada relativamente à infração sancionada».

Na mesma linha, fez-se constar no Acórdão n.º 85/2012 o seguinte:

«Neste contexto, o princípio da proporcionalidade apenas deve considerar-se violado nos casos em que o legislador incorreu em inquestionável e evidente excesso, prevendo sanções desnecessárias, inadequadas ou manifesta e claramente excessivas; em suma, só poderá falar-se de inconstitucionalidade nas situações em que o legislador dispunha comprovadamente de meios menos gravosos para proteger os bens jurídicos em causa.

[...]

10.2. O juízo de proporcionalidade implica, neste caso, a ponderação entre dois valores: o que é sacrificado, em confronto com aquele que o legislador visa proteger. Neste contexto, apenas um *manifesto* desequilíbrio entre tal relação poderá fundar a violação do princípio.

A contraordenação em causa visa salvaguardar um valor de inegável relevo

[...]

essencial para o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários.

Ora, o mercado e o sistema financeiro merecem proteção constitucional. O artigo 81.º, alínea f), prevê o funcionamento eficiente dos mercados, e nesse contexto, designadamente, a repressão de práticas lesivas do interesse geral, como incumbências prioritárias do Estado.

[...]

Para a salvaguarda dos referidos valores constitucionais, o legislador optou por estabelecer sanções que se revelassem *dissuasoras*.

[...]

Face ao relevo dos valores que se pretenderam salvaguardar, não pode considerar-se que a qualificação das condutas referidas como “contraordenação muito grave” se mostre desnecessária, inadequada ou manifestamente excessiva, pelo que não pode considerar-se violado o princípio da proporcionalidade [...].».

Ambos os arestos foram reiterados mais recentemente, por exemplo, no Acórdão n.º 500/2021.

Finalmente, a propósito da relevância dos fatores de determinação da medida concreta da coima, afirmada *supra*, no Acórdão n.º 360/2011 sublinha-se que «[d]eterminada a moldura da coima aplicável [...], então haverá que fazer apelo aos critérios para determinação da medida concreta da coima».

15.3. As recorrentes entendem que a utilização do critério do volume de negócios potencia o tratamento diferente de situações iguais, uma vez que inexistem fundamentos atinentes, nomeadamente, à ilicitude do facto, à culpa do agente ou mesmo ao benefício económico auferido, aptos a justificar o tratamento diferenciado de agentes que, em face desses elementos, mereceriam um tratamento equivalente – e a legitimar a medida (ilimitada) dessa diferenciação –, pelo que a norma em apreço seria inconstitucional também por violação do princípio da igualdade.

Seguem, uma vez mais, a posição adotada por Pedro Caeiro, bem como por Augusto Silva Dias e Rui Soares Pereira. O primeiro argumenta, em suma, que, «uma vez que a moldura abstrata da coima não se encontra diretamente relacionada com o benefício económico efetivamente auferido, [...] a aplicação do n.º 2 do artigo 69.º do NRJC conduz a que duas empresas, tendo praticado o mesmo facto ilícito no mesmo momento e auferido o mesmo benefício indevido, sejam submetidas a parâmetros de avaliação da ilicitude do facto e da culpa *muito díspares* em virtude da circunstância fortuita de o volume de negócios de uma ter crescido muito e o da outra ter

decrecido», o que constitui «um 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 atual» (ob. cit., p. 2468). Os segundos sustentam que, como «o limite máximo das coimas não guarda relação com a gravidade da infração [...] os participantes na mesma infração são sujeitos a regimes sancionatórios totalmente distintos por razões que não têm a ver com a gravidade da infração, nem com os benefícios obtidos dela extraídos, nem sequer com a capacidade económica dos infratores» (ob. cit., p. 75).

No Acórdão n.º 362/2016 encontramos uma síntese da posição do Tribunal sobre o parâmetro da igualdade, na sua dimensão de proibição do arbítrio, aqui invocada:

«[...] a Constituição não proíbe todo e qualquer tratamento diferenciado. Proíbe, isso sim, as discriminações negativas atentatórias da (igual) dignidade da pessoa humana e as diferenças de tratamento sem uma qualquer razão justificativa e, como tal, arbitrárias.

[...]

O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja: proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação, ou seja: as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas, como são as indicadas, exemplificativamente, no n.º 2 do artigo 13.º.

Respeitados estes limites, o legislador goza de inteira liberdade para estabelecer tratamentos diferenciados.

O princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio e da discriminação, só é, assim, violado quando as medidas legislativas contendo diferenciações de tratamento se apresentem como arbitrárias, por carecerem de fundamento material bastante».

No caso, antes de mais, importa ponderar que os autores de práticas concorrenciais ilícitas são tratados por igual, na medida em que a norma impugnada é aplicável, indistintamente, a todos eles, ou seja, todos os agentes estão sujeitos a uma sanção cujo limite superior é o volume de negócios relativo ao último exercício social anterior à data da decisão. Dito de outro modo, a norma em questão prevê critérios iguais para todos os possíveis destinatários, ou seja, todos serão sancionados nos termos daquela regra: com uma coima cujo limite máximo não poderá exceder 10 % do seu volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência.

Ora, o volume de negócios das empresas visadas poderá ser substancialmente diferente, uma vez que a infração tanto pode ser praticada por grandes grupos económicos, como por pequenas e médias empresas. Neste contexto, o modelo consagrado assegura que cada agente é sancionado na medida certa da sua capacidade económica ou de pagamento [o Tribunal de Justiça, no acórdão *Groupe Gascogne SA/Comissão*, n.º 48, afirmou que a percentagem de 10 % do volume de negócios realizado durante o exercício precedente constitui um «limite uniformemente aplicável a

todas as empresas e articulado em função da dimensão de cada uma»], permitindo que a coima produza o seu efeito dissuasor.

Recorda-se, de novo, a importância no direito da concorrência de uma atuação com rigor e eficácia na punição das infrações cometidas, de forma a garantir o referido efeito (a par da relevância de se acautelar a situação económico-financeira do visado no momento do pagamento da coima, assegurando-se a preservação do tecido empresarial e a defesa da concorrência). Como salienta Nuno Brandão, «[o] princípio da igualdade e a necessidade de garantir a eficácia preventiva das coimas aplicáveis exigem um tratamento diferenciado, eventualmente em função do volume de negócios», de forma também a evitar situações em que as infrações possam compensar (“As grandes contra-ordenações...”, cit., p. 45). E no acórdão *Britannia Alloys & Chemicals Ltd/Comissão das Comunidades Europeias*, n.º 44, o Tribunal de Justiça assinalou que «no âmbito do cálculo das coimas [...] um tratamento diferenciado entre as empresas em questão é inerente ao exercício dos poderes atribuídos à Comissão», a qual, dentro «da sua margem de apreciação, deve individualizar a sanção em função dos comportamentos e das características próprias das empresas em questão, para garantir, em cada caso concreto, a plena eficácia das regras comunitárias de concorrência».

O volume de negócios é, assim, um elemento que reflete a dimensão e a situação económica da empresa, servindo as finalidades específicas deste setor, pelo que deve ser tido como um critério razoável e suficiente para legitimar um tratamento diferenciado.

Neste quadro, não existe qualquer arbitrariedade: o limite máximo da coima é estabelecido em função de critérios predefinidos, objetivos e universais, que constituem fundamento material bastante para uma eventual diferença de tratamento, atentas as particularidades do direito concorrencial.

Acresce que a previsão de fatores de determinação da medida concreta da coima, cada vez mais densificados, permite que se tomem em consideração, na concretização do montante da coima, a gravidade dos factos, o grau da culpa e o benefício económico obtido.

A questão em torno da desconformidade constitucional do n.º 2 do artigo 69.º do NRJC por ofensa ao princípio da igualdade já foi objeto de apreciação pelo Tribunal Constitucional na Decisão Sumária n.º 216/2016 (confirmada pelo Acórdão n.º 400/2016). No âmbito do respetivo processo, a ali recorrente também alegou que a determinação da medida concreta da coima surgia completamente desligada ou desassociada do tipo de ilícito praticado, tendo o Tribunal decidido que «a norma em causa, ao mandar atender ao volume de negócios do agente para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstrata da coima, assegura que é tida em conta a situação particular de cada empresa, o que faz com que nenhuma empresa seja penalizada em termos relativamente mais gravosos do que outra empresa», não se vislumbrando «como se pode colocar qualquer problema de tratamento desigual».

15.4. Por último, as recorrentes defendem que, prescrevendo como limite máximo da coima aplicável o montante de 10 % do volume de negócios reportado ao ano anterior à condenação, a norma *sub judice* admite a graduação da coima aplicável por referência a um montante desconexo – e potencialmente muito superior – ao grau de culpa do agente, inviabilizando a graduação da medida da coima em função dessa culpa e impedindo o funcionamento operativo do princípio constitucional da culpa como medida inultrapassável da sanção aplicável.

O argumento das recorrentes, na esteira de Pedro Caeiro (ob. cit., pp. 2466-2467), assenta na «desconexão entre o facto e a moldura onde se determina a coima», a qual tornaria impossível determinar corretamente, na moldura abstrata da coima, «o limite correspondente à *culpa do facto*, para lá do qual a sanção se mostra ilegítima».

Por um lado, a punição prevista no artigo 69.º, n.º 2, do NRJC não dispensa a ponderação da culpa do agente, tendo em conta o disposto no artigo 8.º do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, que prevê que apenas são sancionadas as contraordenações a título de dolo ou negligência.

Por outro lado, independentemente da questão de saber se o princípio da culpa em direito contraordenacional vale nos mesmos termos em que vigora no direito penal, o decisor dispõe de margem para determinar a medida da culpa do agente dentro dos limites mínimo e máximo da moldura contraordenacional, ao realizar as operações de cálculo da coima, assim evitando que o montante desta fique acima do limite da culpa.

A previsão de uma percentagem do volume de negócios do agente como limite superior da moldura da coima não deixa, pois, de traduzir um equilíbrio razoável entre a tutela dos interesses da concorrência, com as suas marcadas especificidades, e as garantias constitucionais das empresas visadas.

16. Em face das considerações anteriores, impõe-se concluir que a norma impugnada não viola o princípio do Estado de direito, o princípio da legalidade, o princípio da proibição de sanções ilimitadas, o princípio da separação de poderes, o princípio da proporcionalidade, o princípio da igualdade ou o princípio da culpa, nem qualquer outro parâmetro constitucional.

É inegável que, num Estado de direito, existe um núcleo intangível de garantias constitucionais em sede de direito sancionatório. No complexo contexto do direito da concorrência acima descrito, impõe-se um juízo que tome em consideração as referidas garantias, bem como as características e finalidades específicas deste domínio, sem o qual resultaria irremediavelmente comprometida a tutela efetiva de valores económicos e sociais de grande relevo.

Cumprir deixar uma última nota relativamente ao argumento das recorrentes segundo o qual o próprio legislador teria vindo, entretanto, a reconhecer a fragilidade constitucional do regime em análise, ao modificar, através da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto, o artigo 69.º do NRJC.

A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, foi alterada pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto. Este diploma transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que, como se viu, visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno.

A Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto, introduziu um conjunto de alterações, nomeadamente ao artigo 69.º, cujo n.º 7 passou a prever, ao contrário do que resultava da redação originária – objeto do presente recurso –, que da aplicação das regras definidas nos n.ºs 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.

Ora, a mera circunstância de se ter procedido a esta alteração não significa que o regime pretérito padecia de inconstitucionalidade – não cabendo aqui conhecer de eventuais problemas de

compatibilidade dos termos dessa alteração com o direito da União Europeia, nomeadamente face ao artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva (UE) 2019/1.

17. Em face de tudo quanto foi exposto, nega-se provimento aos recursos.

III. Decisão

Nestes termos, decide-se:

a) Não julgar inconstitucional a norma do artigo 69.º, n.º 2, do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na sua redação originária, ao fixar abstratamente como máximo da coima montante equivalente a 10 % do volume de negócios do agente da infração no exercício anterior à condenação e, em consequência,

b) Negar provimento aos recursos interpostos por B., S.A. e por C., S.A. e D., S.A..

Custas pelas recorrentes, fixando-se a taxa de justiça em 20 unidades de conta, por cada uma, com base na ponderação dos critérios referidos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro (cf. o artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma).

Lisboa, 2 de outubro de 2024 - *João Carlos Loureiro - Carlos Medeiros de Carvalho - Joana Fernandes Costa - Afonso Patrão* (com declaração de voto) - *José João Abrantes*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei a presente decisão pelas seguintes razões:

1. No domínio de aplicação do direito da União Europeia — como é o caso da norma fiscalizada — o Tribunal Constitucional deve, dentro da margem permitida pelas regras nacionais de interpretação constitucional, escolher a exegese que melhor se harmonize com o direito da União Europeia. Como se disse no Acórdão n.º 268/2022, «no seio da obrigação de as autoridades nacionais tomarem as medidas que garantam a efetividade do direito da União, “uma dessas medidas consiste precisamente na obrigação de os tribunais, e as restantes autoridades nacionais, interpretarem a lei nacional em conformidade com o direito da União” (cfr. *SOFIA OLIVEIRA PAIS, “Princípio da interpretação conforme”, Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia, 3.ª Edição, Almedina, 2016, p. 96*)». Em consequência, caso as regras constitucionais convocadas comportem várias interpretações, impõe-se ao Tribunal Constitucional, no domínio de aplicação do direito da União Europeia, privilegiar a congruência com o direito europeu e garantir a sua efetividade. Trata-se de uma decorrência do princípio de cooperação leal, que é recebida na primeira parte do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição (cfr. Acórdão n.º 268/2022, ponto 8.).

Ora, como a fundamentação do Acórdão demonstra, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já se pronunciou sobre a validade da norma que fixa o limite máximo da coima em 10% do volume de negócios no exercício precedente (cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de maio de 2008, *Evonik Degussa*, proc. C-266/06 P, §§ 37 e ss.), designadamente por referência ao princípio da legalidade das sanções.

A previsão deste regime no direito europeu da concorrência (cfr. artigo 23.º do Regulamento CE n.º 1/2003 e artigo 15.º da Diretiva UE n.º 2019/1) e a consideração, pelo TJUE, de que esta norma não ofende as garantias *do direito da União Europeia* em sede de direito sancionatório não tem por efeito isentá-la do parâmetro constitucional português. Mas constitui elemento relevante para a interpretação dos preceitos constitucionais de que depende a validade das regras internas que efetivam o direito europeu da concorrência: dentro dos limites consentidos pelo direito nacional, o Tribunal Constitucional deve interpretar tais parâmetros em harmonia com direito da União Europeia.

2. É a esta luz que deve procurar-se a resposta à questão de saber se a norma que fixa o limite superior da coima em 10% do volume de negócios da visada no ano anterior ao da condenação transgride o princípio da legalidade das contraordenações, o princípio da igualdade e o princípio da culpa. O que depende da determinação do conteúdo e alcance de cada uma destas garantias constitucionais, procurando (no domínio de aplicação do direito da União Europeia e nos limites consentidos pelas regras constitucionais) assegurar congruência com os correspondentes parâmetros de direito europeu.

Ora, com tais pressupostos, impõe-se um juízo de não inconstitucionalidade.

2.1. O legislador estabeleceu, em lei prévia, um limite máximo da coima (10% do valor de negócios do exercício anterior à condenação), não se tratando de uma sanção ilimitada ou indefinida.

A fixação do limite máximo da coima como uma grandeza relativa justifica-se pela adequação à diversidade de destinatários das regras da concorrência. A solução alternativa (utilização de montantes monetários absolutos) poderia ditar a necessidade de uma moldura excessivamente ampla, para responder às finalidades da punição quanto a um leque de empresas muito díspares (NUNO BRANDÃO, “O direito contra-ordenacional económico na era de regulação”, *A proteção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada: atas da Conferência Internacional*, 2017, p. 114).

De resto, a consideração do valor de negócios da empresa *ao tempo da condenação* decorrerá da circunstância de o legislador não ter optado por um modelo de «dias de coima», que pudesse valorar em operações distintas a ilicitude e a culpa da conduta (por referência ao momento dos factos) e a situação económica do agente (levando em conta a situação mais próxima da condenação). Ora, estabelecendo a lei que o *quantum* da coima é fixado ponderando uns e outros fatores (n.º 1 do artigo 69.º da Lei da Concorrência), é constitucionalmente admissível que, em lei anterior, se determine que o volume de negócios de referência seja o do exercício anterior à data da condenação.

2.2. Também não é violado o princípio da igualdade. Ainda que a infrações iguais possa vir a corresponder uma coima diferente *em valor absoluto*, a distinção não é arbitrária: é explicável pela diferente situação económica das visadas, assim garantindo as finalidades da punição.

2.3. Quanto ao princípio da culpa — que considero ser aplicável às contraordenações —, este proibiria uma moldura cujo limite mínimo fosse tão elevado que ditasse a punição acima do limiar da culpa; ou que impedisse a AdC de levar em conta a culpa do agente como limite da sanção Não é o que sucede. Dentro da moldura sancionatória determinada pelo legislador, o limite da culpa pode e deve ser mobilizado para confinar, em concreto, o montante da coima.

Afonso Patrão