

NOTA PRÉVIA

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

O texto constitui um desenvolvimento do guião da conferência proferida pelo autor nas III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, subordinadas ao tema geral “O Direito das Contraordenações nos tempos atuais” e realizadas no Convento de São Francisco – Santarém, em 13 de maio de 2022.

Agradeço ao Juiz Presidente do Tribunal Judicial da Comarca de Santarém e do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, Dr. Luís Miguel Caldas, o amável e honroso convite.

Agradeço ao Professor Doutor Rui Soares Pereira os comentários e sugestões a uma versão preliminar deste texto.

Agradeço ao Professor Doutor Luís Greco o convite para uma estada de investigação na *Humboldt-Universität zu Berlin*, de 1 a 31 de julho de 2022.

Agradeço ao Professor Doutor Kai Ambos o convite para uma estada de investigação na *Georg-August-Universität-Göttingen*, de 15 de agosto a 7 de setembro de 2022.

Ambas as estadas foram decisivas para a atualização e o desenvolvimento do presente estudo.

Lisboa, 28 de setembro de 2022

Paulo de Sousa Mendes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1. Introdução

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

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

² Sobre a fragmentação e o casuismo dos regimes especiais, cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, 2011, pp. 10-11 (Nota prévia ao Artigo 1.º, n.ºs ms. 13-14). Sobre a crescente diversidade de regimes jurídicos especiais ou setoriais que excecionam o RGCO, cf. SILVA DIAS/SOARES PEREIRA, 2022, pp. 36-50, que chamam a atenção para a expansão do Direito da Regulação, para a perda da função central do RGCO, para a contraposição entre as grandes e as pequenas contraordenações e para a necessidade de revisão urgente do Direito das Contraordenações, embora pareçam aceitar que tal revisão

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

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

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

tenha de passar por um regime punitivo e processual a duas velocidades com sede no RGCO e com ajustamentos nos diplomas setoriais para tornar a sua autonomia menos absoluta, atendendo à diferente natureza das contraordenações com base em critérios ligados à relevância social do interesse de ordenação, ao grau de perturbação à promoção desse interesse provocado pela conduta e à desnecessidade ou inconveniência de sujeição da conduta a um regime mais próximo do Direito Penal e Processual Penal. Tentando uma aproximação de soluções entre os regimes especiais e o RGCO, cf. VILELA, 2013, p. 528 ss., e BRANDÃO, 2016, pp. 467-469. Seja como for, a aproximação não é possível, a nosso ver, desde logo porque o RGCO é um diploma exclusivamente de Direito Sancionatório, ao passo que os regimes especiais se integram numa estrutura legal de regulação antitruste, económica ou financeira, entre outras, convocando dimensões muito amplas, tais como poderes normativos, executivos e parajudiciais, em domínios transversais de Direito Administrativo, Direito das Contraordenações e até Direito Penal. Neste sentido, cf. SOUSA MENDES, 2022, pp. 407-408.

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA	5
1. Introdução.	7
2. A responsabilidade empresarial e os grupos económicos.	9
2.1. O conceito económico de empresa e o seu duplo propósito jurídico	9
2.2. O conceito de unidade económica e a imputação da infração à empresa	10
2.3. O conceito de empresa e a imputação da sanção à pessoa jurídica	13
2.4. O conceito de empresa e a imputação da sanção à sociedade-mãe	14
2.4.1. A medida da prova	17
2.4.2. O ónus da prova	18
2.4.3. As presunções probatórias.	19
2.5. A imputação da infração à sociedade-mãe na ordem jurídica interna	20
2.6. As grandes questões da responsabilidade empresarial	22
3. A relevância do cumprimento das regras de concorrência	33
3.1. É importante cumprir	33
3.2. O que diz a Autoridade da Concorrência	37
3.3. O que diz a jurisprudência nacional	38

3.4. As grandes questões dos programas de conformidade	40
4. A fórmula de cálculo da coima	45
4.1. O artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003	45
4.2. As Orientações da Comissão para o cálculo das coimas	46
4.2.1. O montante de base da coima	48
4.2.2. A percentagem do valor das vendas relacionadas com a infração	49
4.2.3. A taxa de entrada	49
4.2.4. Os ajustamentos do montante de base da coima.	50
4.2.5. O valor final da coima	52
4.2.6. A comparação entre as Orientações sobre Coimas de 1998 e 2006.	52
4.3. Um balanço e as perspetivas de aplicação do Regulamento (CE) n.º 1/2003	53
4.3.1. O Regulamento (CE) n.º 1/2003	53
4.3.2. A importância do Reg. 1/2003.	54
4.3.3. O reforço da convergência	54
4.3.4. A necessária flexibilidade	55
4.3.5. Os procedimentos	55
4.3.6. As coimas	55
4.3.7. A metodologia para fixação de coimas	56
4.3.8. O conceito de empresa	56
4.3.9. O volume de negócios	56
4.3.10. As perspetivas	57
4.4. O processo de avaliação do Regulamento (CE) n.º 1/2003.	57
4.5. A Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho	58
4.6. As grandes questões do cálculo da coima	59
4.7. A necessidade de fundamentação da coima aplicada	63
4.8. O cálculo da coima na ordem jurídica interna	64
4.8.1. A aplicação do artigo 23.º Reg. 1/2003 no Direito interno.	65
4.8.2. O Regime Jurídico da Concorrência de 2012.	66
4.8.3. As Linhas de Orientação da Autoridade da Concorrência de 2012.	67

5. A regra dos 10% do volume total de negócios.	75
5.1. A regra dos 10% como limite superior ou como travão?	75
5.2. O Acórdão do BGH de 26 de fevereiro de 2013	75
5.3. O valor da coima à luz do § 81c da Lei contra as Restrições da Concorrência alemã	78
5.4. As novas Linhas de Orientação sobre a Aplicação de Coimas do BKartA	81
5.5. O efeito dissuasor e as ações de indemnização privadas	84
5.6. A determinação do limite máximo de 10% no caso concreto	86
5.7. As grandes questões do limite máximo da coima aplicável	89
6. A duração da prática e o efeito multiplicador da coima.	93
6.1. O efeito multiplicador.	93
6.2. O efeito multiplicador na prática decisória da Autoridade da Concorrência	95
7. Conclusões	97
BIBLIOGRAFIA	99