



Universidades Lusíada

Caeiro, Pedro

As sanções financeiras aplicáveis às pessoas jurídicas na proposta de diretiva relativa à definição das infrações penais e das sanções aplicáveis à violação de medidas restritivas da União, de 2.12.2022, apresentada pela Comissão Europeia [COM(2022)684 final 2022/0398(COD)] : o embrião de uma mudança de paradigma?

<http://hdl.handle.net/11067/7551>

<https://doi.org/10.34628/BVP1-HP73>

Metadados

Data de Publicação	2024
Editor	Universidade Lusíada Editora
Palavras Chave	Sanções (Direito) - Países da União Europeia
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 31 (2024)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-22T13:33:40Z com informação proveniente do Repositório

AS SANÇÕES FINANCEIRAS APLICÁVEIS ÀS PESSOAS JURÍDICAS NA PROPOSTA DE DIRETIVA RELATIVA À DEFINIÇÃO DAS INFRAÇÕES PENAIS E DAS SANÇÕES APLICÁVEIS À VIOLAÇÃO DE MEDIDAS RESTRITIVAS DA UNIÃO, DE 2.12.2022, APRESENTADA PELA COMISSÃO EUROPEIA [COM(2022) 684 FINAL 2022/0398(COD)] – O EMBRIÃO DE UMA MUDANÇA DE PARADIGMA?

Pedro Caeiro¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/BVP1-HP73>

I. O modelo das sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas no direito da União Europeia

Até ao momento, o modelo de sanções penais aplicáveis a pessoas jurídicas adoptado pela UE consiste em impor aos Estados-Membros que tomem as medidas necessárias para assegurar que aqueles entes sejam puníveis com sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas, que podem incluir multas penais ou não penais e outras sanções (v.g., interdições e inabilitações).

A *Proposta de Diretiva relativa à definição das infrações penais e das sanções aplicáveis à violação de medidas restritivas da União*, de 2.12.2022, apresentada pela Comissão Europeia [COM(2022) 684 final 2022/0398(COD)] (PropDir) retoma esse modelo tradicional no art. 7 (1).

Ao mesmo tempo, a PropDir cria novas sanções para certas infracções no art. 7 (2) e (3). Assim, as pessoas jurídicas responsáveis nos termos do art. 6 passarão a ser puníveis com multas cujo limite máximo não deve ser inferior a uma determinada percentagem do seu volume de negócios mundial total no ano anterior à decisão que aplica a multa (1% ou 5%, consoante o tipo de infracção).

¹ Associate Professor and integrated Researcher, Faculty of Law UCILeR, Coimbra University.

II. O “novo modelo” e as suas origens: o direito da concorrência

Estas “novas sanções”, que referem a determinação do montante da multa ao volume de negócios da pessoa jurídica, não são desconhecidas do direito europeu: elas encontravam-se já no Regulamento n.º 17/62 (1962), que disciplinou pela primeira vez as infracções contra a concorrência².

O método foi mantido no Regulamento (CE) 1/2003³, que revogou aquele diploma, e nas *Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (2006/C 210/02)*, aprovadas pela Comissão Europeia em 2006⁴, tendo-se depois estendido a outras áreas da intervenção sancionatória da União Europeia⁵.

² “Artigo 15.º - Multas

(...)

2. A Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas e associações de empresas multas de mil unidades de conta, no mínimo, a um milhão de unidades de conta, podendo este montante ser superior desde que não exceda dez por cento do volume de negócios realizado, durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção sempre que, deliberada ou negligentemente:

(...)

Para determinar o montante da multa, deve tomar-se em consideração, além da gravidade da infracção, a duração da mesma.”

4. As decisões tomadas por força dos nos. 1 e 2 não têm natureza penal.”

³ Artigo 23.º - Coimas

(...)

2. A Comissão pode, mediante decisão, aplicar coimas às empresas e associações de empresas sempre que, deliberadamente ou por negligência:

(...)

A coima aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado na infracção não deve exceder 10 % do respectivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente.

Quando a infracção cometida por uma associação se referir às actividades dos seus membros, a coima não deve exceder 10 % da soma do volume de negócios total de cada membro activo no mercado cujas actividades forem afectadas pela infracção da associação.

(...)

3. Quando se determinar o montante da coima, deve tomar-se em consideração a gravidade e a duração da infracção.

(...)

5. As decisões aprovadas nos termos dos n.os 1 e 2 não têm carácter penal”.

⁴ “Ponto 19: O montante de base da coima estará ligado a uma proporção do valor das vendas, determinado em função do grau de gravidade da infracção, multiplicado pelo número de anos de infracção; (...) Ponto 25: [Nos casos de acordos horizontais de fixação de preços, repartição de mercados e limitação da produção], a Comissão incluirá no montante de base uma soma compreendida entre 15 % e 25 % do valor das vendas tal como definidos na secção A a fim de dissuadir as empresas [de participar em tais acordos]. Ponto 27: Na determinação da coima, a Comissão pode ter em conta circunstâncias que impliquem um aumento ou uma redução do montante de base (...). Ponto 32: Para cada empresa e associação de empresas que participam na infracção, o montante final da coima não excederá 10 % do volume de negócios total realizado durante o exercício anterior, tal como resulta do n.º 2 do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003”.

⁵ Vd., p. ex., o art. 83.º do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de

Existem duas construções possíveis (*rectius*, dois estádios de evolução) do modelo do “limite percentual”:

1. Na primeira leitura/estádio, que parece ter sido a/o pretendida/o pelo (primeiro) legislador europeu, o único limite *legal* das coimas é a percentagem do volume de negócios, o qual funciona como um limite “externo” do montante concreto da coima (*Kappungsgrenze*). Daqui decorre que a determinação da coima se faz fora de uma moldura com um limite máximo “interno”.

Nesta leitura, o limite percentual destina-se a proteger a capacidade produtiva das empresas (e a produção em geral) através da consideração da sua capacidade de pagar.

2. Na segunda leitura/estádio deste modelo, a percentagem do volume de negócios anual surge como limite máximo da moldura sancionatória, como se depreende dos seguintes elementos:

- a construção do BGH em *Grauzement-kartell* (2013): a percentagem é o limite máximo legal (*Bussgeldobergrenze*), porque tal limite é indispensável (“*unverzichtbar*”) para o cumprimento do princípio da legalidade; possível contradição com a jurisprudência do BVerfG (2002) sobre “molduras penais errantes” (“*wandernder Strafrahmen*”), que levou à declaração de inconstitucionalidade da *Vermögenstrafe* (§ 43a do Código Penal alemão);
- a prática das várias autoridades nacionais;
- as formulações constantes 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* (Directiva ECN+)⁶.

abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

⁶ Considerando 49: “O efeito dissuasor das coimas varia muito em toda a União e em alguns Estados-Membros o montante máximo da coima aplicável é muito baixo. Para garantir que as ANC podem fixar coimas dissuasoras, o montante máximo da coima que pode ser imposto por cada infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE deverá ser estabelecido num nível não inferior a 10 % do volume de negócios total, a nível global, da empresa em causa. Tal não deverá impedir os Estados-Membros de manterem ou preverem a imposição de um montante máximo da coima mais elevado”. Art. 14(1): “Os Estados-Membros asseguram que as autoridades nacionais da concorrência têm em consideração a gravidade e a duração da infração, ao determinar o montante da coima a aplicar por uma infração ao artigo 101.º ou ao artigo 102.º do TFUE”. Art. 15(1): “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”.

3. A justificação comum às duas construções é a necessidade de prevenção especial/geral e o confisco efectivo de vantagens cuja quantificação se diz ser difícil.

III. A natureza problemática deste tipo de limite máximo no direito sancionatório não penal

1. A aplicabilidade das garantias do direito penal ao direito administrativo sancionatório:

- De acordo com o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), as garantias mínimas relativas ao direito penal aplicam-se às sanções administrativas quando se verificarem certos requisitos (*Engel*). Porém, as garantias mais fortes podem ser limitadas ao direito penal em sentido formal (vd. TEDH, *Jussila*, e a jurisprudência do Tribunal Constitucional português).

2. As objecções contra a concepção da *Kappungsgrenze*

- Violação do princípio da legalidade/segurança jurídica: limite máximo imprevisível; a irrelevância, para esse efeito, das *Orientações* e de outros instrumentos não legais;
- Violação do princípio da proporcionalidade: um sistema de sanções gradativo pretende traduzir as diferentes intensidades da censura subjacente às sanções aplicadas, o que requer uma escala objectiva onde os valores são organizados (anos de prisão, dias de multa, uma quantia em dinheiro). A ausência de um limite máximo implica a inexistência dessa escala; consequentemente, é impossível estabelecer uma relação entre a gravidade da infração/culpa e a sanção (proporcionalidade cardinal), bem como uma relação entre as diversas sanções aplicadas (proporcionalidade ordinal).

3. As objecções contra a concepção da percentagem como limite superior da moldura:

- Violação do princípio da legalidade (*lex certa*)/segurança jurídica: o limite máximo da *sanção* (uma quantia em dinheiro) é imprevisível no momento do cometimento da infracção, dado que o ano de referência é o ano anterior à decisão.
- Violação do princípio da proporcionalidade, que não pode ser sanada pela “prática” das instituições: a desconexão entre a infracção e a sanção

(ano de referência);

- Disfunções: adequação/ necessidade da sanção é medida exclusivamente em termos de prevenção/dissuasão (juízo prospectivo); ausência de um standard objectivo para medir a censurabilidade e o confisco das vantagens (juízo retrospectivo)

4. A argumentação do então Tribunal de Primeira Instância (5-04-2006) e do Tribunal de Justiça (22-05-2008) no caso *Evonik Degussa GmbH v. Commission*, C-266/06:

- (i) *não é exigido que os termos das disposições por força das quais essas sanções são aplicadas sejam a tal ponto precisos que as consequências que podem decorrer da infracção a essas disposições sejam previsíveis com uma certeza absoluta;*
- (ii) *a existência de termos vagos na disposição não implica necessariamente a violação do artigo 7.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos;*
- (iii) *graças às "Orientações para a determinação das coimas" adoptadas pela Comissão, um operador avisado pode, recorrendo, se necessário, a aconselhamento jurídico, prever de forma suficientemente precisa o método e ordem de grandeza das coimas em que incorre por um determinado comportamento.*

Esta parte da argumentação não é convincente e todos os três argumentos erram o alvo. O problema não é a imprecisão dos termos, mas sim a ausência, ou variação aleatória, do limite máximo da sanção: há uma diferença entre termos vagos com um conteúdo determinável e termos precisos com um conteúdo indeterminável; o método usado pela Comissão não contende com o limite máximo das sanções; além disso, esse método não é estabelecido por lei e pode ser modificado, adaptado, etc., se for necessário.

Ainda de acordo com os tribunais comunitários,

- (iv) *ao aplicar as coimas, a Comissão tem de observar os princípios gerais de direito comunitário, nomeadamente os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento;*
- (v) *por fim, as decisões de aplicação das coimas estão sujeitas a controlo judicial, sendo que os tribunais comunitários possuem plena jurisdição nesta matéria.*

Porém, a sujeição aos princípios gerais de direito e a confiança na prática das instituições não pode substituir, de modo algum, o princípio da legalidade.

IV. A importação do modelo do limite percentual para o direito penal

A importação deste modelo para o direito penal levanta várias questões:

1. No plano da competência: o estabelecimento de sanções criminais que são desconhecidas, enquanto penas, da vasta maioria dos Estados-membros é compatível com a cláusula das “regras mínimas” constante do art. 83 do TFUE?
2. No plano político: o método percentual foi criado, essencialmente, como um meio de confiscar vantagens da infracção cujo valor é (aleadamente) difícil de determinar. Este método é apropriado/necessário para sancionar a violação de medidas restritivas? Ou trata-se apenas de um esboço de uma nova abordagem geral para o sancionamento (também penal) das pessoas jurídicas no direito europeu do futuro?
3. No plano teórico: o eterno problema do esbatimento de limites entre o direito penal e o direito administrativo (“*blurring*”) e as ambiguidades que persistem:
 - é possível prever, no mesmo ordenamento jurídico, sanções dotadas da mesma gravidade, da mesma finalidade, e determinadas do mesmo modo – e atribuir-lhes natureza diferente (penal nuns casos, administrativa noutros)?
 - o “rótulo” administrativo ou penal tem algum impacto na avaliação da legitimidade dessas sanções, em particular no que diz respeito à respectiva proporcionalidade com a infracção ou com a culpa do agente? Se sim, em que sentido? Os paradoxos da maior “tolerância constitucional” para com as sanções administrativas.
 - podem os Estados-membros implementar estas sanções como formalmente administrativas e aplicar simultaneamente sanções penais às pessoas humanas que cometem as mesmas infracções, assim estabelecendo sanções de natureza diferente consoante o *tipo de agente*?