

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- 277-307 **João de Oliveira Geraldes**
Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- 309-325 **José Luís Bonifácio Ramos**
Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- 327-355 **Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- 357-389 **Luís de Lima Pinheiro**
O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- 391-405 **Mario Serio**
Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- 407-445 **Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- 447-465 **Peter Techet**
Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- 467-489 **Pierluigi Chiassoni**
Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- 491-539 **Rafael Oliveira Afonso**
O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- 541-560 **Renata Oliveira Almeida Menezes**
A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- 561-608 **Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)
-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights
-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores*

Consumer redress as a priority for regulators

Miguel Sousa Ferro** | Nuno Salpico***

Resumo: O artigo aborda a temática da indemnização dos consumidores por via do processo sancionatório dos reguladores da atividade económica. Os reguladores têm privilegiado a sua função sancionatória, punindo os infratores, mas, em contrapartida, deixando os consumidores por sua conta e risco na busca pela compensação pelos danos ilicitamente sofridos, que se revela pouco efetiva, caminhando em sentido contrário às exigências trazidas pela evolução do quadro europeu. Deste modo, olhando para a prática decisória dos Tribunais e das entidades públicas fiscalizadoras, exploramos vias alternativas que permitam a reparação dos consumidores lesados, nomeadamente no contexto de processo contraordenacional, bem como outras vias que possam alterar o paradigma atual e incrementar os incentivos a essa reparação.

Palavras-chave: *private enforcement* do direito da Concorrência; regulação da atividade económica; indemnização dos consumidores; compensação do lesado em direito das contraordenações; análise económica do direito.

Abstract: The article addresses the issue of consumer compensation through the economic regulators's public enforcement. Regulators have privileged their sanctioning function, punishing offenders, but, on the other hand, leaving consumers at their own risk for the pursuit of compensation for unlawfully suffered damages, which has proven to be not very effective, going against the requirements brought by the evolution of the European framework. Thus, looking at the decision-making practice of the Courts and public enforcement entities, we explore alternative ways to enable the compensation of consumers who have suffered damages, particularly in the context of misdemeanour proceedings, as well as other paths that may change the current paradigm and increase the incentives for such redress.

Keywords: private enforcement of competition law; regulation of economic activity; consumer redress; compensation for the victim in misdemeanour law; economic analysis of law.

* Investigação concluída em 7 de outubro de 2021.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Sócio gerente da Sousa Ferro & Associados. Email: miguelferro@fd.ulisboa.pt.

*** Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado-estagiário na Sousa Ferro & Associados. Email: nunosalpico@fd.ulisboa.pt.

Sumário: 1. Introdução; 2. Relevância da indemnização dos lesados na determinação da sanção contraordenacional; 3. Decisões por acordo com visados; 3.1. Transações; 3.2. Decisões de compromissos; 4. Decisões unilaterais das autoridades; 4.1. Suspensão da coima na condição de indemnização; 4.2. Condenação em pagamento de indemnização; 5. Quantificação de danos, incentivo económico e outras dificuldades; 6. Outras soluções; 7. Conclusão.

1. Introdução¹

Nas palavras do Tribunal Constitucional:

“um Estado de Direito não pode deixar de preocupar-se em reconstituir a situação patrimonial que existia antes de alguém através de condutas ilícitas ter adquirido vantagens patrimoniais indevidas”².

E citando o Conselho Consultivo da PGR:

¹ Abreviaturas mais utilizadas: AdC – Autoridade da Concorrência; ANAC – Autoridade Nacional da Aviação Civil; ANACOM – Autoridade Nacional das Comunicações; CFPB – Consumer Financial Protection Bureau; CMEC – Custos de Manutenção do Equilíbrio Contratual; CP – Código Penal; CPC – Código de Processo Civil; CPP – Código de Processo Penal; CRP – Constituição da República Portuguesa; DGC – Direção-Geral do Consumidor; ERC – Entidade Reguladora da Comunicação Social; ERSAR – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos; ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos; FCT – Federal Trade Commission; LAP – Lei da ação popular; LCE – Lei das comunicações eletrónicas; LdC – Lei da Concorrência; LQCA – Lei Quadro das Contraordenações ambientais; LQER – Lei-Quadro das Entidades Reguladoras; LT – Lei da televisão; OFT – Office of Fair Trading; PIRC – Regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio; PGR – Procuradoria-Geral da República; RCOAC – Regime aplicável às contraordenações aeronáuticas civis; RGCO – Regime Geral das Contraordenações; RGIC – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras; RJAU – Regime jurídico de utilização de aeródinos de voo livre e ultraleves; RJCE – Regime jurídico das contraordenações económicas; RJSPAV – Quadro jurídico geral da concessão de serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil em Portugal atribuída à ANA – Aeroportos de Portugal, S. A; RJSPTP – Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros; RQCSC – Regime Quadro das Contraordenações do Setor das Comunicações; RSSE – Regime sancionatório do setor energético; STJ – Supremo Tribunal de Justiça; TAC Lisboa – Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa; TCRS – Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão; TGUE – Tribunal Geral da União Europeia; TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia; TRC – Tribunal da Relação de Coimbra; TRE – Tribunal da Relação de Évora; TRG – Tribunal da Relação de Guimarães; TRL – Tribunal da Relação de Lisboa; TRP – Tribunal da Relação do Porto;

² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, de 12 de agosto de 2015.

“Nos últimos tempos tem sido objeto de especial atenção, nos mais diversos domínios do direito (embora com especial e compreensível acuidade no direito penal), a existência de mecanismos que impeçam que os proventos económicos gerados por atividades ilícitas aproveitem aos seus beneficiários, como forma de evidenciar que a atividade criminosa não compensa. Importa garantir que aqueles que enriquecem com uma atividade ilícita, sejam ou não os seus agentes, serão sempre desapossados de todas as vantagens que dela resultaram. Ganhou-se a consciência de que a perceção da efetividade desta mensagem é seguramente um forte desincentivo à prática de comportamentos ilícitos, uma vez que agrava os seus riscos. Daí que se procure que da atividade ilícita não subsista um benefício económico que incentive a sua prática, mesmo que sancionada”³.

A regulação e supervisão da atividade económica enfrenta inúmeros desafios. O desafio que nos ocupa no presente artigo respeita ao estabelecer de prioridades e à determinação dos fins da atuação dos reguladores. As autoridades públicas fiscalizadoras, em todos os ramos e setores da atividade económica, têm privilegiado a aplicação de sanções⁴ (contraordenacionais) às infrações detetadas, tendendo a descuidar a implementação de mecanismos de compensação dos consumidores lesados por essas infrações, ou mesmo até, o incentivo aos infratores para procederem a essa compensação.

O presente artigo tem por objetivo combater a tendência para se acreditar que, no nosso ordenamento jurídico, as autoridades públicas se devem limitar a aplicar sanções, deixando aos consumidores, ou aos seus representantes, a tarefa de atuarem judicialmente para serem indemnizados pelos danos causados pelas práticas ilícitas detetadas pelas autoridades públicas. Como veremos, essa não é a realidade teórica, nem inteiramente a realidade prática no nosso ordenamento.

Em Portugal, as autoridades públicas identificam todos os anos milhares de infrações de normas reguladoras da atividade económica que causam danos aos consumidores. No entanto, têm sido raros os exemplos de compensação dos consumidores por essas infrações. Tal basta para se concluir que o atual sistema não funciona. De nada serve discutir as virtudes teóricas e respetivos fundamentos do quadro legal, se a prática do mundo real mostra que este não conduz aos resultados

³ Parecer n.º 17/2020 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, pp. 35-36.

⁴ Denotando que a reparação dos lesados é alheia ao processo de investigação e de declaração das infrações pelas Autoridades do Direito da Concorrência, cfr. CSONGOR ISTVÁN NAGY, *Collective Actions in Europe: A Comparative, Economic and Transsystemic Analysis*, Cham, Springer, 2019, p. 13; GERHARD WAGNER, “Should Private Enforcement of Competition Law be Strengthened?” In *The More Economic Approach to European Competition Law.*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2007, pp. 115-129 (121).

pretendidos⁵, que não leva à efetiva indemnização dos consumidores exceto numa percentagem insignificante de casos. É verdade que têm, recentemente, aumentado o número de ações populares visando a indemnização de consumidores por práticas ilícitas, sobretudo pela mão de associações de defesa de consumidores com a DECO⁶ e a *Ius Omnibus*⁷. Mas estas ações ainda não conduziram a desfechos de indemnização em massa de consumidores e, mesmo que venham a ter sucesso, representarão sempre uma reação a uma ínfima porção das práticas ilícitas das empresas em Portugal.

Este *status quo* não é, de modo algum, exclusivo a Portugal. Não há nenhum Estado-membro da União Europeia em que os consumidores sejam regularmente⁸ – ou sequer com significativa frequência – indemnizados em massa quando foram vítimas de práticas ilícitas. O dito caso *dieselgate* da Volkswagen deixou a nu a fragilidade dos ordenamentos jurídicos europeus (por contraste com o de outros Estados), em que só foi indemnizada uma pequeníssima percentagem de consumidores afetados, enquanto nos Estados Unidos da América e na Austrália, por exemplo, todos os lesados foram indemnizados.

O caso americano é especialmente contrastante com a realidade europeia. É verdade que o contencioso privado, e em especial as *class actions* e outros mecanismos de *collective redress* disponíveis nos Estados Unidos da América (e.g., *multidistrict litigation*) é responsável pela fatia de leão da defesa dos consumidores, no que respeita à obtenção de indemnizações. Mas tende-se a omitir que os Estados Unidos da América têm também uma forte cultura de indemnização dos consumidores por parte das autoridades públicas (“*public compensation*”), em especial na área das práticas comerciais desleais⁹. Com efeito, a autoridade

⁵ Explorando esta ideia especificamente no domínio do direito da concorrência, ver MIGUEL SOUSA FERRO, “The System for EU Antitrust Enforcement is Misguided and Unfair – Let’s Change it” in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, pp. 1-5 (1 e ss.).

⁶ Ver ações em curso em: <https://www.deco.proteste.pt/institucionalemedia/acoes/acoes-em-curso>.

⁷ Ver lista de casos em curso disponível em: <https://iusomnibus.eu/pt/casos/>.

⁸ Quanto ao *status quo* e a necessidade de impulso às ações coletivas na Alemanha, RUPPRECHT PODSZUN, CHRISTOPH BUSCH, FRAUKE HENNING-BODEWIG, *Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts? Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie*, 2018, pp. 2, 45, 70, 73.

⁹ PRENTISS COX, “Public Enforcement Compensation and Private Rights” in *Minnesota Law Review*, Vol. 100 (2016), pp. 2313 e ss. Mas veja-se o recente acórdão do US Supreme Court de 22 de abril de 2021 no caso *AMG Capital Management, LLC et al. v. Federal Trade Commission*, No. 19-508, 593 U.S. (2021), em que, divergindo de décadas de jurisprudência, este limitou os poderes da FCT para proceder à indemnização de consumidores nas práticas comerciais desleais, com base na seção

federal da concorrência e do consumo dos Estados Unidos indemniza anualmente milhões de consumidores com compensações em montantes de dezenas de milhões de dólares¹⁰. E o CFPB informa ter recuperado para os consumidores 12,9 mil milhões de dólares até ao ano de 2020 (em compensações pagas, reduções de preços, cancelamento de dívidas ilícitas, entre outros remédios)¹¹.

Se o Direito da União Europeia tem sido um campeão do direito à indemnização dos sujeitos de direito em geral, e dos consumidores em especial, impondo importantes reformas a este nível aos Estados-membros (por exemplo, no que respeita à responsabilidade extracontratual dos Estados-membros por violação do Direito da UE¹², e à responsabilidade civil das empresas por violações do direito europeu da concorrência¹³), raros têm sido os impulsos provindos da

13(b) do Federal Trade Commission Act, que permite ao FCT estabelecer injunções preliminares ou medidas cautelares.

¹⁰ De acordo com os dados estatísticos disponíveis em <https://www.ftc.gov/policy/reports/policy-reports/ftc-annual-reports>, em resultado das decisões da FTC: (i) em 2014, 743.111 consumidores receberam a totalidade de 65.2 milhões de dólares; (ii) em 2015, 844.036 consumidores receberam a totalidade de 22.3 milhões de dólares; (iii) em 2016, 5.390.282 consumidores receberam a totalidade de 160 milhões de dólares; (iv) em 2017, 3.104.235 consumidores receberam a totalidade de 269 milhões de dólares; (v) em 2018, 2.266.633 consumidores receberam a totalidade de 439 milhões de dólares; (vi) em 2019, 1.92 milhão de consumidores receberam a totalidade de 136 milhões de dólares; (vii) em 2020, 1.66 milhões de consumidores receberam 106.8 milhões de dólares.

¹¹ Informação disponível em <https://www.consumerfinance.gov/enforcement/enforcement-by-the-numbers/>.

¹² Ver, e.g., Acórdão do TJUE de 19 de Novembro de 1991, Casos C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, EU:C:1991:428; e Acórdão do TJUE de 5 de Março de 1996, Caso C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, EU:C:1996:79.

¹³ Referimo-nos ao dito *private enforcement* da concorrência – ver, e.g.: Diretiva 2014/104/UE (transposta em Portugal pela Lei n.º 23/2018, de 5 de junho); Acórdão do TJUE de 20 de Setembro de 2001, Caso C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, para 25; Acórdão do TJUE de 13 de julho de 2006, Caso C-295/04, *Manfredi*, EU:C:2006:461, paras 60-61, 63 e 90; Acórdão do TJUE de 15 de Dezembro de 2011, Caso T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide*, EU:T:2011:752, para 49; Acórdão do TJUE de 22 de maio de 2012, Caso T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg*, EU:T:2012:242, para 148; Acórdão do TJUE de 14 de Junho de 2011, Caso C-360/09, *Pfleiderer AG*, EU:C:2011:389, para 28; Acórdão do TJUE de 6 de junho de 2013, Caso C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, para 21; Acórdão do TJUE de 6 de novembro de 2012, Caso C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, paras 41 e 43; Acórdão do TJUE de 27 de fevereiro de 2014, Caso C-365/12 P, *EnBW Energie Baden-Württemberg*, EU:C:2014:112, para 104; Acórdão do TJUE de 5 de junho de 2014, Caso C-557/12, *Kone AG*, EU:C:2014:1317, paras 21 e 32; Acórdão do TJUE de 14 de março de 2019, Caso C-724/17, *Skanska*, EU:C:2019:204, paras 25 e 43; Acórdão do TJUE de 28 de março de 2019, Caso C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, paras 39-40; Acórdão do TJUE de 12 de dezembro de 2019, C-435/18, *Otis e o.*, ECLI:EU:C:2019:1069,

União Europeia para fomentar uma cultura de promoção da indemnização dos consumidores por atuação dos reguladores. E isto apesar de uma grande parte da legislação e poderes dos reguladores de atividades económicas serem definidos no quadro de Regulamentos e Diretivas europeias. A mais recente iniciativa da União Europeia para garantir o acesso à justiça dos consumidores – a Diretiva (UE) 2020/1828 do *Collective Redress* – centrou-se exclusivamente na defesa judicial dos direitos dos consumidores, deixando muito a desejar mesmo nesse plano¹⁴. A opção europeia continua a remeter aos legisladores nacionais a definição dos mecanismos disponíveis para indemnização dos consumidores, dentro de limites impostos por princípios gerais de direito europeu de difícil concretização na prática.

É nossa convicção que a promoção da indemnização dos consumidores pelos reguladores e autoridades públicas fiscalizadoras, como objetivo prioritário da sua atuação sempre que identifiquem uma infração que causou danos aos consumidores, é um imperativo legal, moral e lógico. E se é verdade que a situação poderá ser melhorada por via de revisões legislativas, nada impede as autoridades públicas de prosseguirem este imperativo desde já, com os instrumentos legais que já se encontram ao seu dispor, como já tem efetivamente vindo a ser feito por algumas autoridades.

A ERSE é o exemplo mais positivo, em Portugal, de um regulador que dá prioridade à indemnização dos consumidores sobre a aplicação de sanções. Desde 2015, no quadro de processos sancionatórios, a ERSE conseguiu que as empresas visadas compensassem 709 consumidores, num valor total de 63.140,00 Eur¹⁵. Os números das indemnizações alcançadas são reduzidos, o que por si só importa conclusões, mas não nos devem distrair dos pontos de princípio mais amplos que têm sido sublinhados pela atuação da ERSE. A isto acresce que estes números são muito enganadores, por omitirem outras atuações da ERSE e do Governo no setor da energia que levam, direta e indiretamente, à indemnização de consumidores¹⁶.

paras 23 e 27.

¹⁴ Ver a análise constante de MARÍA JOSÉ AZAR-BAUD, MIGUEL SOUSA FERRO, “Directive on consumer representative actions: a sheep in wolf’s clothing?” in EU LAW Live, 4 de dezembro (2020), disponível em <https://eulawlive.com/op-ed-directive-on-consumer-representative-actions-a-sheep-in-wolfs-clothing-by-maria-jose-azar-baud-and-miguel-sousa-ferro/>.

¹⁵ Comunicado da ERSE, de 12 de julho de 2021, disponível via https://www.erse.pt/media/ckslo1pb/comunicado_balanco-sancionatorio_1o semestre-2021.pdf.

¹⁶ Vejam-se os exemplos das Diretivas da ERSE de 2012 e 2013, que levaram à indemnização de centenas de milhares de clientes da EDP, descritas *infra*. Outro exemplo foi a proposta da ERSE, objeto de homologação governamental no dia 20 de outubro de 2020, que levou à revisão da

A ANACOM, com o apoio do TCRS e do TRL, bem como a ANAC, como se verá *infra*, já aplicaram algumas vezes um dos mecanismos que permite aos reguladores imporem às empresas infratoras a indemnização de consumidores lesados identificados.

As normas de regulação dos mercados e da atividade económica têm como pano de fundo, senão mesmo frequente objetivo último¹⁷, a proteção dos consumidores. Os consumidores encontram-se, tipicamente, numa posição de desequilíbrio e fragilidade face às empresas, especialmente nas suas relações com grandes empresas. O pleno efeito útil das normas de regulação dos mercados e da atividade económica depende da tutela efetiva dos direitos e interesses dos consumidores. Esta tutela inclui necessariamente a reparação dos danos causados por práticas ilícitas, tanto por tal ser indispensável à reposição da legalidade e da situação que teria existido na ausência do comportamento ilícito, como ainda por ser crucial para a dissuasão de práticas ilícitas, que, de modo geral, não é suficientemente alcançada pela exclusiva aplicação de sanções.

A lógica do legislador na definição dos mecanismos de aplicação das normas de regulação económica é intrinsecamente contraditória. Por um lado, reconhece-se o carácter especialmente complexo destas normas e da sua aplicação a casos concretos e a necessidade de reguladores especializados (muitos dos quais independentes), com meios humanos, financeiros e jurídicos próprios e especializados, considerados necessários para a deteção e sanção eficaz de infrações a estas normas. Por outro lado, estabelece-se – pelo menos em aparência – como principal ocupação destes reguladores a aplicação de sanções, e diz-se aos consumidores para se desenvencilharem sozinhos, por sua conta e risco, na prova destas infrações e obtenção de indemnização em tribunal, mesmo quando essa infração já foi detetada e sancionada por uma autoridade pública fiscalizadora.

compensação paga à EDP no âmbito dos CMEC, para ter em conta lucros ilicitamente obtidos pela EDP através do abuso de posição dominante identificado pela Decisão da AdC de 17 de setembro de 2019 (PRC/2016/5) (ver também Parecer n.º 17/2020 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República). Quando se torne definitiva, esta decisão governamental levará à indemnização indireta dos consumidores por um montante total de 72,9 milhões de Eur, correspondentes a sobrecompensação obtida por via de práticas anticoncorrenciais pelas centrais abrangidas pelo regime dos CMEC na sua participação no mercado de serviços de sistema no período entre 2009 e 2013. Encontram-se pendentes recursos judiciais da decisão da AdC e da decisão governamental desta revisão da compensação CMEC.

¹⁷ Mesmo as normas que compõem a regulação da atividade económica, que não se assumem como tal, acabam por tutelar (especialmente se procurarem assegurar a estrutura concorrencial de determinado mercado), mesmo que reflexamente os interesses dos consumidores

Parece-nos questionável, no mínimo, que numa sociedade democrática os recursos escassos do Estado sejam utilizados para financiar fiscalizadores públicos especializados que detetam infrações, mas apenas aplicam sanções, não atuando para garantir o restabelecimento da situação que teria existido na ausência dessas infrações na esfera dos sujeitos de direito mais frágeis – os consumidores; sobretudo quando, na esmagadora maioria das vezes, uma sua reação própria a essas infrações (*v.g.*, a prossecução da via judicial pelos consumidores) é economicamente inviável ou, pelo menos, irracional^{18/19}.

Relembre-se que o artigo 60.º n.º 1 da CRP estabelece que os consumidores têm direito, *inter alia*, à proteção dos seus interesses económicos e à reparação de danos. A reparação de danos provocados em consequência da violação dos direitos e interesses dos consumidores é, assim, um direito fundamental, análogo aos direitos, liberdades e garantias, já decorrente do princípio do Estado de direito democrático²⁰. Por esta razão, o direito à reparação de danos enquanto posição

¹⁸ LOUIS KAPLOW, STEVEN SHAVELL, *Economic Analysis of Law*. Harvard Law School and National Bureau of Economic Research, Harvard, 1999, pp. 44 e ss.; STEVEN SHAVELL, “The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System”, *The Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 11, n.º 2 (jun. 1982), pp. 333-339 (333 e ss.); HARALD KOCH, “Mass Damage in Europe: Aggregation of Claims, Effective Enforcement and Adequate Representation” in *Mass Torts: Cases and Reflections*, Viena, vol. 34 (2014), pp. 157-171 (163-164). Especialmente em casos de danos provocados em massa. Ainda que a totalidade do prejuízo ilicitamente causado assumia valores milionários, o prejuízo individual de cada consumidor pode situar-se, por exemplo, em poucas dezenas de Eur. Assim, resulta evidente que o incentivo para prosseguir com a via judicial seja diminuto, não só pelas poucas vantagens que fornecerá, mas, principalmente, pelos elevados custos e riscos que acarreta, e pela impossibilidade de recuperação da grande maioria dos custos nos termos das regras gerais de custas.

¹⁹ Realçando as dificuldades das ações de indemnização fundadas em infrações ao Direito da Concorrência, nomeadamente na prova das infrações e cálculo e prova de danos, cfr. GERHARD WAGNER, *Should Private Enforcement of Competition Law be Strengthened?*, cit., p. 121; RUPPRECHT PODSZUN, CHRISTOPH BUSCH, FRAUKE HENNING-BODEWIG, *Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?*, cit., pp. 70-72. Neste contexto, o presidente da Autoridade de Concorrência Alemã (“*Bundeskartellamt*”) veio a alertar para a ineficácia do *private enforcement* do Direito da concorrência, principalmente devido às dificuldades de prova e de acesso a documentos que as partes enfrentam, pugnando pelo aumento de poderes do *Bundeskartellamt* cfr. ANDREAS MUNDT, “Verbraucherschutz braucht eine stärkere behördliche Komponente”, in *WRP – Wettbewerb in Recht und Praxis*, 9/2018.

²⁰ A reparação de danos tem, em geral, cobertura constitucional como afirmou o Tribunal Constitucional: “[n]a verdade, do princípio estruturante do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º, da C.R.P., colhe-se um direito geral à reparação dos danos, de que são expressão particular os direitos de indemnização previstos nos artigos 22.º, 37.º, n.º 4, 60.º, n.º 1, e 62.º, n.º 2, da C.R.P. (vide GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 206)” cfr. o acórdão do TC n.º 444/2008, de 23 de setembro de 2008, consultável via <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

com relevância fundamental deve ser considerado pelas autoridades públicas fiscalizadoras, sendo que as mesmas são chamadas a desempenhar um papel nesta reparação. Por isso, o *prius* da atuação das autoridades públicas fiscalizadoras e da reposição da legalidade não pode descurar a reparação dos danos provocados aos consumidores²¹, procurando eliminar todos os vestígios de ilicitude.

No presente estudo, debruçar-nos-emos, sobretudo, sobre a aplicação de normas contraordenacionais de regulação da atividade económica em Portugal, independentemente da entidade competente para a fiscalização e aplicação das contraordenações. Começaremos por uma introdução ao regime jurídico aplicável, seguida de uma apresentação das várias opções disponíveis para as autoridades públicas fiscalizadoras chegarem ao resultado da indemnização dos consumidores quando detetam uma infração, e da descrição da experiência prática da utilização destas opções em Portugal. Referir-nos-emos, ainda, a algumas das dificuldades com que estas soluções se defrontam e a outros mecanismos legais que podem ser utilizados pelo Estado português para garantir a indemnização dos consumidores lesados por condutas ilícitas em atividades económicas.

2. Relevância da indemnização dos lesados na determinação da sanção contraordenacional

A importância da verificação de danos e a sua reparação no contexto sancionatório da prática contraordenacional é demonstrada pelo próprio quadro normativo²².

No RGCO, prevê-se a determinação da medida da coima em função da gravidade da contraordenação, da culpa, da situação económica do agente e do

20080444.html. Ver também, JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos dos Consumidores como Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, FDUC, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, n.º 5, 2003, pp. 139-161 (145); e MARIA ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor: A Propósito da Directiva 2005/29/CE”, in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 141-162 (160).

²¹ Como defendido em MIGUEL SOUSA FERRO, *The System for EU Antitrust Enforcement is Misguided and Unfair – Let’s Change it*, cit., pp. 3-4.

²² Veja-se o parecer n.º 17/2020, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, pp. 35-40 que destaca a importância da reparação dos lesados de infrações contraordenacionais, bem como a possibilidade de privar os infratores das vantagens económicas que a infração tenha gerado, o que constitui um fundamental e eficaz mecanismo de diminuição dos incentivos das práticas ilícitas.

benefício económico que este retirou da prática da contraordenação²³ (artigo 18.º n.º 1) do RGCO). O RGCO é subsidiariamente aplicável a todos os regimes de contraordenações na atividade económica (cfr., e.g.: o artigo 13.º n.º 1 da LdC; no setor das telecomunicações, o artigo 36.º do RQCSC; no setor energético o artigo 27.º do RSSE; nas contraordenações ambientais, o artigo 2.º n.º 1 da LQCA; no setor bancário, o artigo 232.º do RGIC; na regulação da comunicação da social, o artigo 67.º n.º 2 dos Estatutos da ERC; no setor da aviação, o artigo 35.º do RCOAC, também aplicável ao RJAU, artigo 47.º n.º 2 do RJAU, e ao RJSPAV, artigo 56.º do RJSPAV; o artigo 12.º do PIRC; no setor dos transportes, o artigo 46.º n.º 4 do RJSPTP). Aqueles critérios do RGCO repetem-se em diplomas especiais, com formulações idênticas ou similares, por exemplo: no artigo 20.º n.º 1 da LQCA, no artigo 5.º do RQCSC e no artigo 69.º n.º 1 da LdC²⁴.

A relevância da verificação de danos e da sua reparação inclui-se nos fatores da “gravidade” e “benefício económico” (sendo o dano causado referido expressamente em algumas normas, como é o caso do artigo 5.º n.º 2 alínea a) do RQCSC). Quanto maior a dimensão dos danos, maior a coima, mas, se os visados optarem pela indemnização dos danos causados, a medida da coima diminui. Em confirmação desta visão, um dos critérios gerais da determinação da pena (coima, *mutatis mutandis*) consiste na “conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime” – artigo 71.º n.º 2, alínea e) do CP, aplicável *ex vi* do artigo 32.º do RGCO.

Várias normas especiais de direito contraordenacional reproduzem a letra e espírito daquela norma do CP, por vezes sendo até mais específicas, como é o caso do artigo 69.º n.º 1 alínea f) da LdC, o qual requer que a determinação da medida da coima tenha em conta o “comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência, nomeadamente através do pagamento de indemnização aos lesados na sequência de acordo extrajudicial”²⁵. Vejam-se ainda os exemplos: artigo 32.º n.º 1 alínea e)

²³ Na Lei da Concorrência Alemã (GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), a Autoridade de Concorrência Alemã tem poderes para privar as empresas visadas do lucro ilícito resultante da infração, salvo se o mesmo for privado através do pagamento de indemnizações e multas ou coimas (§ 34 da Lei da Concorrência Alemã).

²⁴ Em sentido similar, quanto à medida das coimas a aplicar pela Comissão Europeia por infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, ver as 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 (JO C 210, 1.9.2006), para 31.

²⁵ Redação introduzida pela Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, em transposição do artigo 18.º n.º 3

do RSSE; no setor das telecomunicações, o artigo 5.º n.º 2 alínea d) do RQCSC; no setor bancário, o artigo 206.º n.º 4 alínea d) do RGIC; no setor da saúde, o artigo 63.º alínea e) dos Estatutos da ERS; no setor da aviação, o artigo 6.º n.º 2 alínea d) e n.º 3 alínea b) do RCOAC, aplicável ao RJAU (cfr. o artigo 47.º n.º 2 do RJAU), e ao RJSPAV (artigo 56.º do RJSPAV).

Portanto, se o agente reparou os danos que resultaram da sua infração, ou, de outra forma, se essa reparação for ainda possível e vier a ocorrer, a coima determinada deve ser inferior. Além disso, a reparação por parte do infrator de danos sofridos pelos lesados possibilita a atenuação especial da coima para metade prevista no artigo 72.º n.º 2 alínea c) do CP, aplicável *ex vi* artigos 32.º e 18.º n.º 3 do RGCO²⁶. Esta possibilidade de atenuação especial da coima foi reforçada em vários regimes contraordenacionais. Veja-se, a título de exemplo: nas contraordenações ambientais, os artigos 23.º-A n.º 2 alínea a) e 23.º-B da LQCA²⁷; nas contraordenações económicas, o artigo 23.º n.º 2 do RJCE, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021; no setor da comunicação social, o artigo 80.º da LT; e no setor energético, o artigo 40.º n.º 1 alínea b) do RSSE.

No caso das contraordenações económicas, para poder beneficiar da aplicação desta atenuação especial, o arguido, até à decisão final, tem de juntar prova suficiente do ressarcimento aos particulares dos prejuízos causados e da regularização da situação de incumprimento que lhe foi imputada (artigo 23.º n.º 3 alínea a) do RJCE). Neste contexto, a autoridade administrativa pode convidar as associações de consumidores a apresentar a sua opinião sobre as circunstâncias atenuantes, quando estejam em causa direitos e legítimos interesses de grupos de consumidores (artigo 23.º n.º 3 alínea b) do RJCE).

O regime sancionatório do setor energético foi um passo mais longe que os demais. Neste, a reparação espontânea “junto de terceiros prejudicados” “[d]os danos emergentes das situações infratoras” é uma condição cumulativa para a dispensa ou redução da coima até 50% (artigo 40.º n.º 1 alínea b) do RSSE), quando nos restantes regimes a mesma se limita a ser uma das circunstâncias

da Diretiva 2014/104/UE (“A autoridade da concorrência pode considerar que a indemnização paga em resultado de transação amigável e anterior à sua decisão de impor uma coima constitui uma circunstância atenuante”).

²⁶ Como exemplo desta aplicação subsidiária, ver o acórdão do TRC de 27/11/2013, processo n.º 2198/12.6TBVIS.C1, <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/81ecb325a253eacc80257c390038be73?OpenDocument>, defendendo que o regime da atenuação especial da pena é aplicável às contraordenações em geral e às contraordenações ambientais em especial.

²⁷ Aditados pela Lei n.º 114/2015, de 28 de agosto.

relevantes de ponderação dessa medida. Ou seja, no enquadramento normativo da prática sancionatória da ERSE, e sem prejuízo do caso especial da transação (ver artigo 14.º n.º 14 do RSSE), não pode ocorrer dispensa ou redução da coima sem que os lesados sejam indemnizados.

Estes mecanismos legais são instrumentos importantes que podem permitir às autoridades fiscalizadoras desempenharem um papel decisivo na compensação dos consumidores, incentivando os infratores a proceder à reparação voluntária, sabendo que tal resultará numa redução da sanção aplicável. Afinal, a dissuasão e a compensação de danos são duas reacções essenciais e complementares nas suas funções.^{28/29}

Revelou-se difícil encontrar exemplos nacionais de aplicação deste mecanismo normativo no plano das contraordenações em Portugal, nomeadamente no plano económico e ambiental (sendo provável que existam). Como a indemnização voluntária dos lesados tende a surgir acompanhada de conversações com a autoridade fiscalizadora sobre investigações em curso, torna-se difícil distinguir casos de aplicação das normas sobre atenuação especial da coima e sobre a determinação da medida da coima de casos de indemnizações no contexto de transações (ver secção 3.1).

²⁸ ROBERT COOTER, “Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution” in *California Law Review*, vol. 73, n.º 1 (janeiro 1985), pp. 1-51 (1 e ss.); Conclusões do Advogado Geral Nils Wahl no caso C-724/17, *Skanska Industrial Solutions e o.*, EU:C:2019:100, paras 31-33, 46-50, sustentando que as ações de reparação de danos garantem eficácia as normas do Direito da concorrência da União europeia (Acórdão do TJUE de 20 de Setembro de 2001, Caso C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, paras 26-27; Acórdão do TJUE de 13 de julho de 2006, Caso C-295/04, *Manfredi*, EU:C:2006:461, para 60; Acórdão do TJUE de 14 de Junho de 2011, Caso C-360/09, *Pfleiderer AG*, EU:C:2011:389, para 29; Acórdão do TJUE de 6 de novembro de 2012, Caso C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, paras 41-42; Acórdão do TJUE de 6 de junho de 2013, Caso C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, para 23; Acórdão do TJUE de 5 de junho de 2014, Caso C-557/12, *Kone AG*, EU:C:2014:1317, paras 23-24; Acórdão do TJUE de 14 de março de 2019, Caso C-724/17, *Skanska*, EU:C:2019:204, paras 44 e 25; Acórdão do TJUE de 28 de março de 2019, Caso C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, paras 39-41; Acórdão do TJUE de 12 de dezembro de 2019, C-435/18, *Otis e o.*, ECLI:EU:C:2019:1069, para 24).

²⁹ OECD (2018), “Consumer protection enforcement in a global digital marketplace”, *OECD Digital Economy Papers*, No. 266, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/f041eeaden>, pp. 6-8, 31-33 onde se salienta a importância da compensação dos consumidores na prevenção de práticas comerciais ilícitas (nomeadamente as práticas comerciais desleais enganosas), e a cooperação entre Estados perante práticas comerciais suscetíveis de provocar danos numa dimensão transfronteiriça; salientando aliás a superior eficácia do reforço da proteção do consumidor (nomeadamente através da sua indemnização) em ações civis em comparação com a tutela penal no estudo feito à tutela do consumidor na Austrália cfr. OECD (2006), “Best practices for consumer policy: report on the effectiveness of enforcement regimes”, DSTI/CP(2006)21/FINAL, disponível em <https://www.oecd.org/sti/consumer-policy>, pp. 20-26.

Conhecem-se exemplos europeus de redução das coimas aplicadas pela Comissão Europeia, ao abrigo do direito da concorrência, com fundamento no pagamento voluntário de indemnizações a lesados, mas estes exemplos antecedem a adoção do Regulamento (CE) n.º 1/2003 que consagrou formalmente a possibilidade de transações. Vejam-se os casos *General Motors Continental*³⁰, *Pre-insulated pipe cartel*³¹ e *PO Video Games*³². Também se conhece um exemplo que pode ser indicado como precedente (voluntário) de uma decisão de compromissos que incluiu um mecanismo de compensação (indireta) dos consumidores, antes de a possibilidade de decisões de compromissos ter sido consagrada em 2003: o caso *Grupo Rover*³³. Crucialmente, tanto quanto nos foi possível determinar, nenhum destes exemplos envolveu o pagamento de compensações a consumidores finais (mas sim, por exemplo, a uma empresa que era um cliente direto lesado e tinha denunciado a prática).

³⁰ Decisão da Comissão Europeia de 19 de dezembro de 1974, *General Motors Continental*, processo IV/28.851, JO L 29. 3.2. 1975, pp. 14-19. A empresa foi sancionada pela Comissão Europeia por, entre 15 de março de 1973 e 31 de julho do mesmo ano, ter fixado preços abusivos para a emissão de certificados legalmente necessários à importação de veículos, que tinham o efeito de impedir importações paralelas. No cálculo da coima, a Comissão Europeia considerou o reembolso prévio aos lesados efetuado pela *General Motors Continental* como circunstância atenuante da coima (para 18).

³¹ Decisão da Comissão Europeia de 21 de outubro de 1998, processo n.º IV/35.691/E-4, JO L 024 1999, pp. 0001 – 0070. A Comissão sancionou os participantes de um cartel produtores de tubos pré-isolados para aquecimento urbano. A Comissão reduziu a coima de uma das infratoras (*Asea Brown Boveri Ltd*) em 5 milhões de unidades de conta europeias (ECU) devido à “*compensação substancial*” paga à queixosa *Powerpipe* (paras 127 e 172).

³² Decisão da Comissão Europeia de 30 de outubro de 2002, *PO Video Games et. al* (COMP/35.587, COMP/35.706, COMP/36.321), paras 440-441. Estavam em causa um conjunto de práticas anticoncorrenciais entre a *Nintendo* e as suas distribuidoras, com o objetivo de dividir artificialmente os mercados dos Estados-membros. A *Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH*, “[n]a sequência da sua decisão de colaborar, e instigada pela Comissão”, ofereceu compensações financeiras a terceiros, identificados na comunicação de objeções como tendo sido lesados financeiramente pelas atividades da *Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH*. Em consequência das compensações pagas, a *Nintendo Corporation Ltd/ Nintendo of Europe GmbH* beneficiou de uma redução de 300 000,00 Eur.

³³ “*XXIII Relatório Sobre a Política de Concorrência 1993*”, 1994, para 228, consultável via <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7db4a243-39f3-4ba4-a5b7-1cb48f8ca6d3>. De 1986 a 1990, o Grupo *Rover* aplicou no Reino Unido um sistema destinado a limitar os descontos a conceder a clientes em relação a alguns dos seus modelos. A direção da *Rover* terminou a prática e notificou o sucedido à autoridade de concorrência britânica e à Comissão Europeia. O Grupo *Rover* comprometeu-se a pagar aos distribuidores qualquer margem que lhes tivesse sido retirada e a contribuir com 1 milhão GBP para o financiamento de dois projetos destinados a beneficiar os consumidores que adquirem veículos automóveis no Reino Unido. Nestas circunstâncias, a Comissão decidiu não dar início a um processo oficial.

No Reino Unido, encontramos pelo menos um exemplo de caso em que a coima por uma prática anticoncorrencial foi reduzida devido à indemnização dos danos causados a consumidores finais – ver o caso *UK fee-paying schools*³⁴.

3. Decisões por acordo com visados

3.1. Transações

As regras gerais de direito penal e contraordenacional em Portugal não estabelecem a possibilidade de transações enquanto tal. Isto não quer dizer que esta realidade material seja desconhecida na aplicação destas regras no nosso ordenamento. Desde logo, os mecanismos de atenuação especial da coima e os critérios de cálculo do montante da coima referidos na secção anterior podem ser – e será até expectável que sejam – aplicados na sequência de conversações entre as empresas infratoras e as autoridades públicas, de tal modo que a indemnização dos lesados pode suceder já depois de obtido algum conforto de que tal indemnização será tida em conta no montante da coima. Acresce que, em direito penal, a confissão não é configurada nem funciona como uma transação, mas pode fundamentar uma atenuação especial da pena, nomeadamente “se se traduzir numa verdadeira e imprescindível colaboração para a descoberta da verdade, sem a qual não se sustentaria a condenação e constituir uma inequívoca manifestação de culpabilidade”³⁵.

Ainda que formalmente não se preveja a transação, o substrato material das realidades referidas não é muito diferente do que se verificaria em caso de transação. Chega-se aproximadamente ao mesmo resultado por outra via (e com menores garantias para o arguido/visado), através da valorização do comportamento posterior do arguido ou empresa visada para efeitos da medida da pena/coima.

Não obstante, alguns regimes contraordenacionais especiais consagram o mecanismo da transação. É o caso do direito da concorrência (artigos 22.º e 27.º da

³⁴ Decisão do Office of Fair Trading (‘OFT’) do Reino Unido de 20 de novembro de 2006, *UK fee-paying schools*, processo n.º CE/2890-03, disponível via https://www.concurrences.com/IMG/pdf/2007-01-UKDoc04_OFTSchool_.pdf?2132/ed1caf30e1cac6246b3406781f5f9d5206e7cde8. A autoridade da concorrência do Reino Unido declarou a infração de um conjunto de escolas independentes por práticas anticoncorreciais de troca de informações sensíveis entre concorrentes. As coimas aplicadas às escolas envolvidas foram consideravelmente reduzidas, uma vez que as mesmas concordaram em realizar um pagamento *ex gratia* para financiar um fundo fiduciário educativo de 3 milhões de libras esterlinas em benefício dos alunos que frequentaram as escolas em causa durante o período relevante da infração (para 1427).

³⁵ Acórdão do TRP de 6 de maio de 2015 (proc. n.º 8/13.6PSPRT.P1).

LdC) e do direito da regulação da energia (artigos 14.º e 19.º do RSSE), em que a utilização da transação se tem tornado frequente. Estes procedimentos de transação implicam a confissão dos factos e reconhecimento da responsabilidade do visado pela realização da infração (no direito da concorrência, cfr. os artigos 22.º(8), (12) e (13)³⁶; na regulação da energia, cfr. artigos 14.º n.º 7, 12 e 13, 19.º n.º 1, 7 e 8 do RSSE). Em troca, a coima aplicável é reduzida, redução esta que se soma à que poderá ocorrer nos termos gerais (no direito da concorrência, cfr. os artigos 22.º n.º 14 e 27.º n.º 9 da LdC; no setor energético, os artigos 14.º n.º 14 e 19.º n.º 9 do RSSE).

Acordada a indemnização dos consumidores no procedimento de transação, a falta da sua realização por parte dos infratores permite que as autoridades imponham sanções adicionais, incluindo sanções pecuniárias compulsórias num montante não superior a 5% da média diária do volume de negócios no ano imediatamente anterior à decisão, por dia de atraso, a contar da data da notificação (artigo 72.º alínea a) da LdC; artigo 36.º do RSSE).

O procedimento de transação pode contribuir para a resolução célere dos processos contraordenacionais e uma gestão mais eficiente dos recursos dos reguladores. Mas é também, cumulativamente, uma oportunidade para as autoridades incentivarem os agentes a indemnizarem voluntariamente os consumidores lesados, em troca de uma maior redução do montante da coima, sem comprometer a prossecução de fins de prevenção geral e especial.

No caso dos reguladores para os quais se prevê esta possibilidade, o acordo de transação revela-se, assim, um instrumento apto à indemnização dos consumidores por infrações com relevância contraordenacional, permitindo a obtenção de uma solução socialmente eficiente³⁷.

No entanto, tem-se verificado uma utilização muito assimétrica deste mecanismo para este efeito.

Tanto quanto nos foi possível determinar, até hoje a Autoridade da Concorrência ainda não concluiu uma transação que incluísse a indemnização de lesados (assim como, até hoje, em Portugal, tanto quanto se sabe, nenhuma empresa que a AdC tenha declarado ter violado a LdC decidiu, voluntariamente, indemnizar consumidores). Esta parece ser também a realidade predominante das autoridades de concorrência dos outros Estados-membros da UE. É curioso o caso da Comissão

³⁶ Por proposta da AdC, a transposição em curso da Diretiva ECN+ inclui uma revisão da LdC para permitir as transações sem a confissão ou admissão de responsabilidade, implicando apenas a renúncia à contestação da decisão (ver Proposta de Lei n.º 99/XVI/2ª).

³⁷ Vigora sobre toda administração pública um princípio de eficiência (cfr. o artigo 267.º (1) e (5) da CRP e o artigo 10.º do CPA, além de normas especiais, como seja o artigo 7.º da LdC).

Europeia, que, até ao Regulamento (CE) n.º 1/2003 que introduziu a figura da transação, tinha conseguido negociar informalmente, em alguns casos, a indemnização de alguns lesados (ver secção 2), mas desde que dispõe da possibilidade formal da transação nunca voltou a lograr negociar o desfecho da sua investigação com a indemnização de lesados.

Aliás, as transações no domínio do direito da concorrência até têm vindo a ser utilizadas em sentido inverso, para tornar mais difícil a indemnização dos lesados. Sobretudo depois da adoção da Diretiva 2014/104/UE, que exigiu a consagração do efeito vinculativo das decisões das autoridades nacionais de concorrência em ações de indemnização *follow-on*, as empresas visadas em investigações de práticas anticoncorrenciais revelaram um especial interesse em negociar transações com as autoridades de concorrência que incluem a discussão da redação da decisão final, ou da versão não confidencial da decisão final. O objetivo é chegar a um texto da decisão final disponível aos lesados que não lhes permita ou lhes dificulte perceber se foram lesados e em quanto³⁸.

Por contraste, a ERSE tem feito esforços notáveis e tido sucesso significativo em incentivar as empresas a celebrarem transações que levam, diretamente, à indemnização de consumidores lesados. A título de exemplo:

- (i) redução de 50% (250.000 Eur) da coima aplicada à Galp Power, S.A., em troca, *inter alia*, do pagamento de compensações individuais no montante de 75 Eur e a conceder os descontos inerentes à atribuição das tarifas sociais e ASECE com efeitos retroativos aos clientes identificados no processo e demais que reunissem as condições de elegibilidade³⁹;
- (ii) redução de 50% (950.000 Eur) da coima aplicada à EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A., em troca, *inter alia*, do pagamento de compensações individuais de 100 Eur a 140 lesados identificados (indemnização global de 14.000 Eur)⁴⁰;

³⁸ Vemos o exemplo máximo desta nova tendência em Portugal nas Decisões transacionadas da AdC no cartel dos seguros (PRC 2017/10), em que se afirma a existência de um cartel que afetou “grandes clientes”, mas dá-se como confidencial a explicação do que era um “grande cliente” para efeitos desse cartel. As empresas que suspeitem que eram grandes clientes abrangidos por este cartel vêem-se assim impedidas de saber se foram lesadas pelo cartel e de utilizarem a decisão em ações de indemnização *follow-on*.

³⁹ Processo n.º 18/2015 da ERSE, concluído em 05/09/2016. A ERSE concluiu pela prática continuada pela Galp Power, S.A., de violação das obrigações relativas à atribuição das tarifas sociais e ASECE e violação de deveres de informação, entre outras práticas relacionadas com a aplicação da tarifa social de eletricidade a clientes finais economicamente vulneráveis.

⁴⁰ Processo n.º 17/2015, concluído em 10/08/2018. Em causa novamente a violação de normas do ASECE.

- (iii) múltiplos casos de infrações de interrupção do fornecimento de energia elétrica a consumidores, de mudança de comercializador de energia elétrica e gás natural e de denúncia dos contratos de fornecimento de energia elétrica por iniciativa do comercializador, fora dos casos permitidos por lei, em que tem sido prática comum da ERSE a celebração de transações que incluem a compensação de consumidores lesados, quase sempre com reduções de 50% (ou valor próximo) da coima, de que são exemplos recentes:
- a) processo n.º 20/2020 (20/07/2021), EDP Serviço Universal, S.A. (indemnizações individuais de 150 Eur por interrupção ilícita de fornecimento de energia);
 - b) processo n.º 32/2019 (22/06/2021), EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A. (indemnização total de 4.315 Eur a 49 clientes lesados);
 - c) processo n.º 28/2018 (11/01/2021), Galp Power, S.A. (indemnização total de 5.620 Eur);
 - d) processo n.º 25/2019 (26/11/2020), EDP Distribuição Energia, S.A. (indemnização total de 2.100 Eur a vários consumidores);
 - e) processo n.º 4/2020 (24/11/2020), Iberdrola Clientes S.A.U. (indemnização total de 740 Eur a alguns consumidores, redução da coima em 38.500 Eur);
 - f) processo n.º 22/2019 (16/06/2020), Axpo Iberia SL (indemnização de 500 Eur a um consumidor, redução da coima em 3.500 Eur).

Uma tendência identificável nestas transações, e que veremos repetida nas decisões discutidas na secção 4.1, é a de que o montante no qual a coima é reduzida é muito superior ao montante resultante do compromisso de pagamento de indemnizações. Ou seja, a empresa sai a ganhar com esta opção, assim se criando o seu incentivo económico a celebrar a transação. É inevitável que assim seja, se se pretende criar as condições para a realização efetiva de tais transações.

Poderá questionar-se se a vantagem obtida nalguns casos não terá sido desproporcional (verificou-se nalguns casos uma redução de algumas centenas de milhares de euros no quadro do pagamento de indemnizações de uns poucos milhares de euros). No entanto, esta ponderação é difícil porque se teriam de considerar, casuisticamente, outros fatores justificativos da redução do montante da coima. Note-se também que, em vários casos, concluiu-se que alguns dos consumidores lesados já haviam sido indemnizados, incluindo-se na transação apenas a compensação daqueles que ainda restavam. Voltaremos a esta discussão na secção 5.

3.2. Decisões de compromissos

As decisões de compromissos adotadas pela autoridade sancionadora, com base em propostas da empresa visada, têm encontrado terreno fértil no direito da concorrência, primeiro no direito europeu (artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003) e de seguida no direito nacional (artigos 23.º e 28.º da LdC). Este tipo de procedimento também se encontra disponível no setor energético (artigos 15.º e 20.º do RSSE).

Se os agentes visados faltarem ao cumprimento do compromisso assumido, que pode consistir na indemnização dos lesados, a autoridade pode: (i) reabrir o processo que tenha sido arquivado com condições (artigo 9.º n.º 2 do Regulamento (CE) n.º 1/2003; artigo 23.º n.º 7 alínea b) da LdC; artigos 15.º n.º 7 e 20.º do RSSE); (ii) impor uma sanção por violação da decisão de compromissos, até ao montante de 10% do volume de negócios anual da empresa em causa no ano anterior (artigo 23.º n.º 2 alínea c) do Regulamento (CE) n.º 1/2003; artigos 68.º n.º 1 alínea c) e 69.º n.º 2 da LdC⁴¹); (iii) impor uma sanção pecuniária compulsória *per diem* até ao cumprimento da decisão de compromissos, até ao montante de 5% da média diária do volume de negócios da empresa em causa no ano anterior (artigo 24.º n.º 1 alínea c) do Regulamento (CE) n.º 1/2003; artigo 72.º alínea a) da LdC; artigo 36.º do RSSE).

As decisões de compromissos contribuem para a agilização do processo de deteção e neutralização de infrações, permitindo um aproveitamento eficiente dos recursos das autoridades⁴². Nestes termos, a possibilidade de a autoridade adotar um compromisso que envolva a indemnização dos lesados (e de incentivar os agentes visados a propor tal compromisso) constitui uma oportunidade de incluir os lesados, enquanto tais, entre os beneficiários deste procedimento; e permite aprofundar a dimensão de dissuasão dos comportamentos anticoncorrenciais⁴³. Portanto, para lá da falta de obstáculos, a adoção de compromissos compensatórios (“*compensation clause*”) dos lesados parece mesmo recomendável de um ponto de

⁴¹ É discutível se esta sanção é possível para a violação de decisões de compromissos adotadas pela ERSE. Embora a lógica da lei inclua expressamente a possibilidade de imposição de sanções (ver, e.g., artigo 15.º n.º 7) do RSSE), a lista de contraordenações não inclui normas específicas para a violação deste tipo de decisões. Poderá discutir-se a sua integração nos artigos 28.º n.º 1 alínea k) e 29.º n.º 1 alínea m), e 32.º n.º 2) do RSSE.

⁴² Vide o Acórdão do TJUE de 29 de Junho de 2010, Caso C-441/07 P, *Abrosa*, EU:C:2010:377, para 35.

⁴³ Cfr. JACQUES H.J. BOURGEOIS, STÉPHANIE STRIEVI, “EU Competition Remedies in Consumer Cases: Thinking Out of the Shopping Bag” in *World Competition* 33, n.º 2 (2010), pp. 245 e 248.

vista económico, levando à redistribuição de excedente do produtor ilicitamente obtido e/ou à internalização de externalidades negativas ilicitamente provocadas. Através da adoção de compromissos compensatórios, mesmo quando a autoridade não profere decisões condenatórias, é possível a indemnização dos lesados pela infração que não chega a ser declarada. Para as empresas visadas, a opção pela reparação dos lesados pode também apresentar-se como uma boa emenda com impacto positivo na sua reputação empresarial⁴⁴.

As autoridades deveriam mostrar-se menos dispostas a aceitar propostas de compromissos que não incluíssem a indemnização dos consumidores lesados pelas práticas em causa. Só excepcionalmente é que o compromisso de eliminação da ilicitude para o futuro deveria ser considerado um remédio suficiente para pôr termo à investigação sem a aplicação de sanções. Será lógico que, por via de regra, uma investigação dum comportamento ilícito possa ser fechado com decisões de compromissos apenas se esses compromissos incluírem remédios para restabelecer, na medida do possível, a situação que teria existido se o comportamento ilegal não se tivesse verificado.

Infelizmente, apesar do número significativo de decisões de compromissos que têm vindo a ser adotadas pela Comissão Europeia e pela AdC, até hoje nenhuma incluiu remédios de compensação, ainda que indireta, dos consumidores lesados.

A AdC, por exemplo, já adotou pelo menos 13 decisões de compromissos, nenhuma das quais previu o pagamento de indemnizações diretas ou indiretas, apesar de algumas poderem ter sido boas candidatas para tal. Veja-se, por exemplo, as decisões de compromissos que puseram termo às investigações sobre as práticas de fabricantes de automóveis que condicionavam o benefício da extensão de garantia, contratada pelos consumidores, à realização de serviços de reparação e manutenção dentro da rede oficial dessa marca⁴⁵. Estes comportamentos tinham como expectável consequência económica a redução da concorrência na prestação daqueles serviços, levando ao aumento dos preços cobrados aos consumidores por esses serviços. A dificuldade de quantificação do sobrepreço causado e de identificação dos lesados podia dissuadir, nestes casos, o recurso a um mecanismo clássico de compensação, mas não impediria a imposição de compromissos com soluções destinadas a beneficiar de modo mais geral o grupo alvo de consumidores-alvo⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. JACQUES H.J. BOURGEOIS, STÉPHANIE STRIEVI, *EU Competition Remedies in Consumer Cases: Thinking Out of the Shopping Bag*, cit., p. 245.

⁴⁵ Casos PRC/2013/5, PRC/2015/1, PRC/2015/2 e PRC/2015/5.

⁴⁶ Veja-se o caso *Grupo Rover*, da Comissão Europeia, descrito *supra* na secção 2.

4. Decisões unilaterais das autoridades

4.1. Suspensão da coima na condição de indemnização

Não obstante a condenação e fixação da obrigação de pagamento de coima, as autoridades podem suspender a execução parcial ou total da sanção contraordenacional⁴⁷ na condição de os lesados serem indemnizados dentro de certo prazo, ou de o pagamento dessa indemnização ser garantido por meio de caução idónea (artigo 51.º n.º 1 alínea a) do CP). O instrumento da suspensão condicionada tem múltiplas vantagens, entre as quais garantir a redução do impacto negativo da coima sobre o agente, a adoção de condutas desejáveis para a sociedade e para o restabelecimento da legalidade, e a dissuasão acrescida da reincidência durante o período da suspensão.

A opção pela via de indemnização como condição de suspensão da sanção tem sido tomada pelos Tribunais no domínio penal⁴⁸. A sua relevância mantém-se no direito contraordenacional por via do artigo 32.º do RGCO. Para além de consagrada nas regras gerais por via desta remissão, a possibilidade da suspensão condicionada ao pagamento de indemnizações no domínio contraordenacional encontra-se também reproduzida em várias normas especiais, incluindo: nas contraordenações ambientais (artigo 20.º-A n.º 3 da LQCA)⁴⁹; no setor aéreo (artigo 29.º n.º 2 do RCOAC)⁵⁰; no setor das telecomunicações (artigo 31.º do RQCSC)⁵¹;

⁴⁷ Preenchidas as condições do artigo 50.º do CP, aplicável *ex vi* do artigo 32.º do RGCO.

⁴⁸ Ver, e.g.: acórdão do STJ de 13/12/2006, processo n.º 06P3116, disponível via <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d4f639d795a41939802572ac0044d289?OpenDocument>; acórdão do TRE de 06/12/2016, processo n.º 495/13.2GBTMR.E1, disponível via <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/2BDB24CE9C4511D38025808A004404F8>; acórdão do TRG de 19/04/2004, processo n.º 2145/03-1, disponível via <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/7A51C866EC61B1AE80256F32003404C3>; referindo que, em certos casos, a suspensão da execução da pena só realiza as suas finalidades quando acompanhada da condição de reparar os danos causados aos lesados cfr. acórdão do TRG de 05/10/2015, processo n.º 457/13.0GAFAP.G1, disponível via <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/6096DD9D5CC059FF80257ED8004781F5>; acórdão do TRP de 20/07/2017, processo n.º 1242/09.9GAPRD-A.P1, disponível via <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3b7e5e05ddb3c94d80258217003eef96?OpenDocument>; acórdão do TRP de 16/01/2019, processo n.º 776/05.9TDPRT.P4, disponível via <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/efe60143aca4fd77802583b7003e8b6a?OpenDocument>.

⁴⁹ Com a alteração introduzida pela Lei n.º 114/2015 de 28 de agosto.

⁵⁰ Aplicável ao RJAU (cfr. o artigo 47.º n.º 2 do RJAU) e ao RJSPAV (cfr. o artigo 56.º do RJSPAV).

⁵¹ O artigo 31.º n.º 2 do RQCSC não refere expressamente a reparação de danos como condição, mas optou por uma formulação geral que permite perfeitamente a sua inclusão, como se entendeu na Sentença do TCRS de 12/04/2021, NOS c. ANACOM, processo n.º 288/19.0YUSTR, pp. 513-514.

no setor bancário (artigo 223.º n.º 2 do RGIC). A subsidiariedade do regime geral das contraordenações torna aplicável a suspensão da coima sobre a condição de indemnização dos lesados pelas autoridades fiscalizadoras e judiciais nos restantes setores económicos⁵². A mesma faculdade de suspensão sob condição de reparação de danos está disponível, em princípio, para sanções acessórias, como se consagra expressamente no artigo 35.º do RJCE.

Esta faculdade não está dependente de os lesados já estarem nominadamente identificados no processo administrativo ou judicial, bastando que estes sejam identificáveis (e.g., por categoria, em função de determinadas características e parâmetros claros). Não obstante, os precedentes identificados mostram que tende a ser utilizada apenas nesses casos.

Sem prejuízo da discussão doutrinária que esta temática possivelmente suscitará, cremos dever-se concluir que, nos termos do regime geral (ou de regras contraordenacionais especiais em certos setores), a suspensão da coima será revogada sempre que, na pendência do período de suspensão, a empresa visada violar (pelo menos grosseira ou repetidamente) as obrigações que lhe foram impostas (e.g., o dever de indemnização dos lesados) ou praticar nova contraordenação (pelo menos se a nova contraordenação for na mesma área do direito) pela qual venha a ser condenada (artigo 56.º n.º 1 do CP, aplicável *ex vi* do artigo 32.º do RGCO; nas contraordenações ambientais, artigo 20.º-A n.º 5 do LQCA; no setor aéreo, artigo 29.º n.º 5 do RCOAC; no setor bancário, artigo 223.º n.º 5 do RGIC). Se tal suceder, a empresa visada deverá pagar a totalidade do montante da coima que fora suspenso, sem que possa exigir a restituição de indemnizações que já tenha pago em cumprimento parcial da condição de suspensão (artigo 56.º n.º 1 do CP, aplicável *ex vi* do artigo 32.º do RGCO; nas contraordenações ambientais, artigo 20.º-A n.º 5 do LQCA; no setor aéreo, artigo 29.º n.º 5 do RCOAC; no setor bancário, artigo 223.º n.º 5 do RGIC). Discutível – mas defensável, em nosso entender⁵³ – será a aplicabilidade da regra geral segundo a qual a autoridade competente pode, caso entenda adequado, reagir ao incumprimento das condições de suspensão fazendo uma solene advertência, exigindo garantias de cumprimento das obrigações, impondo novos deveres ou regras de conduta, e/ou prorrogando o período de suspensão (artigo 55.º alínea b) e c) do CP aplicável *ex vi* do artigo 32.º do RGCO).

⁵² Vejam-se as normas referidas *supra* na seção 2.

⁵³ Sem prejuízo de se poder concluir que esta possibilidade foi excluída quando existem regras especiais que regem a violação das condições de suspensão e estas opções não são referidas nessas regras especiais – ver, e.g., o artigo 20.º-A n.º 5 do LQCA.

A suspensão da sanção e a sua subordinação ao cumprimento de determinados deveres constitui um poder-dever do tribunal⁵⁴ ou da autoridade competente *in casu*. A autoridade administrativa fiscalizadora pode, portanto, ao adotar a decisão que declara a infração e aplica uma contraordenação, determinar desde logo a sua suspensão parcial sob condição de indemnização dos lesados, nos termos determinados na decisão, e deve, em nosso entender, fazê-lo sempre que tal seja possível e adequado no caso concreto.

Mesmo que a autoridade administrativa não opte por tal, pode o tribunal competente proceder à suspensão condicionada ao pagamento de indemnizações aos lesados, em sede de controlo judicial da decisão condenatória. Já conhecemos, de resto, exemplos desta ocorrência, nomeadamente no setor das telecomunicações e da aviação civil⁵⁵. Estes casos mostram como os próprios juízes podem, por sua iniciativa, privilegiar a compensação dos lesados sobre a imposição de coimas, mesmo quando as autoridades administrativas optam por valorações diferentes das prioridades.

Vejamus um exemplo de suspensão (integral) da coima por decisão da autoridade administrativa.

Num caso, a ANAC suspendeu integralmente, por 2 anos, uma coima de 45.000 Eur imposta à Orbest, S.A. (por violação dos direitos dos passageiros), sob condição de pagamento da indemnização devida no montante de 600 Eur, a cada um dos três passageiros afetados (indemnização total de 1.800 Eur)⁵⁶.

E vejamos exemplos de suspensão (parcial) da coima por decisão judicial, sob condição de pagamento de indemnização (quando a autoridade administrativa não exercera esta opção), com desfechos distintos.

Num caso, a ANACOM condenara a Meo, no pagamento de uma coima de 7.500 Eur pela prática de uma contraordenação (prática comercial enganosa)⁵⁷. O TCRS confirmou a condenação e a coima, mas suspendeu a sua execução em 1/3 pelo período de 2 anos, condicionada ao pagamento de compensação de 480 Eur a um consumidor identificado (com contrapartida de suspensão da coima no montante de 2.500 Eur), a liquidar no prazo de um mês após trânsito em julgado da sentença⁵⁸. A empresa recorreu para o TRL quanto à existência da infração e

⁵⁴ Acórdão do STJ de 13/12/2006, processo n.º 06P3116, disponível via <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d4f639d795a41939802572ac0044d289?OpenDocument>.

⁵⁵ Ver *infra*, por exemplo, a descrição dos processos n.º 86/19.4YUSTR e 288/19.0YUSTR do TCRS.

⁵⁶ Processo de contraordenação da ANAC n.º 158/2018, resumo disponível via https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/decisoes/Direitos%20dos%20Passageiros/Anuncio_decisao_CO_158_2018_Orbest_PT.pdf.

⁵⁷ Ver: <https://anacom.pt/render.jsp?contentId=1640975>.

⁵⁸ Sentença do TCRS de 17/02/2020, MEO c. ANACOM, processo n.º 11/20.0YUSTR.

ao montante da coima, mas sem suscitar a discussão da questão aqui em apreço. O TRL confirmou a sentença recorrida e (em passagem) a possibilidade da suspensão parcial da coima nos termos em que foi realizada⁵⁹.

Noutro caso, a ANACOM condenara a NOS pela prática de 186 contraordenações (incumprimento de normas relativas à cessação dos contratos pelos clientes), impondo uma coima única de 2.605.000 Eur⁶⁰. Numa sentença de mais de 500 páginas, o TCRS condenou a NOS pela prática de 99 contraordenações, reduziu a coima única (em cúmulo jurídico) para 1.350.000 Eur e suspendeu a execução da coima na proporção de 1/6 do seu valor, durante dois anos, sujeita à condição da recorrente pagar aos assinantes a quantia de 250 Eur a cada um, a título de compensação⁶¹. Não sendo possível confirmar na versão não confidencial da sentença, parece que a sentença inclui a identificação dos consumidores específica e individualmente lesados contra os quais foram praticadas as contraordenações indicadas. Se assim for, o valor total das indemnizações seria de 24.750 Eur, com a contrapartida da suspensão de coima no montante de 225.000 Eur.

O Tribunal fundamentou a decisão de suspensão parcial da coima (que não fora determinada pela ANACOM) nos seguintes termos: “considera-se que se justifica a suspensão de parte da coima, tendo em conta as modificações introduzidas pela Recorrente, no sentido de compatibilização da sua conduta com os deveres legais a que está sujeita. Contudo, não pode ser nem uma suspensão simples, mas sujeita ao cumprimento de obrigações, nem pode ser expressiva, pois ainda há procedimentos a corrigir e a grande maioria das condutas praticadas foi movida pela obtenção de ganhos ilegítimos, com grande desconsideração pelos interesses dos consumidores, o que tem um efeito potenciador de reiteração nos mesmos comportamentos muito forte”⁶². De acordo com informações da ANACOM, foi interposto recurso para o TRL.

Em dois casos de recurso de sanções da ANAC à EasyJet, por violação do direito à indemnização dos passageiros por cancelamento de voo, o TCRS suspendeu a coima na condição da visada proceder ao pagamento das referidas indemnizações. No processo n.º 348/15.0YUSYR, o TCRS, ao confirmar a infração, determinou a suspensão da condenação da coima única de 60.000€

⁵⁹ Acórdão do TRL de 2/06/2020, MEO c. ANACOM, processo n.º 11/20.0YUSTR.L1, pp. 38-39.

⁶⁰ Ver: <https://anacom.pt/render.jsp?contentId=1478341>.

⁶¹ Sentença do TCRS de 12/04/2021, NOS c. ANACOM, processo n.º 288/19.0YUSTR.

⁶² Sentença do TCRS de 12/04/2021, NOS c. ANACOM, processo n.º 288/19.0YUSTR, para 1051.

durante o período de 2 anos sob a condição da arguida proceder ao pagamento da indemnização de dois passageiros⁶³. No processo n.º 224/16.9YUSTR, o TCRS, ao confirmar a infração, determinou a suspensão da coima única de 50.000 € durante o período de 2 anos sob as seguintes condições: a visada proceder ao pagamento da indemnização dos passageiros respetivamente afetados, e ainda oferecer, com prazo de validade de 1 ano, uma passagem aérea gratuita em qualquer voo intracomunitário operado pela Easyjet, até 3500 quilómetros, a outro grupo de passageiros afetados.

Num terceiro caso com as mesmas partes e circunstâncias, no qual a ANAC condenara a Easyjet numa coima de 160.000 Eur⁶⁴, o TCRS confirmou a infração, contudo, reduziu a coima para o valor de 125.000 Eur e, apesar de ter apreciado a possibilidade de suspensão da coima, não a aplicou, precisamente pela ponderação do juízo de prognose quanto à atitude da visada, à luz dos precedentes contraordenacionais da visada⁶⁵. A visada recorreu da sentença e o TRL negou provimento ao recurso, mantendo a sentença⁶⁶.

Quanto aos casos acima mencionados em que foi ordenado o pagamento de indemnizações, desconhece-se o seu desfecho subsequente e, nomeadamente, se foram efetivamente pagas as compensações em causa.

4.2. Condenação em pagamento de indemnização

Como pano de fundo, o artigo 82.º-A n.º 1 do CPP permite aos tribunais, em caso de condenação, e não tendo sido deduzido pedido de indemnização civil no processo penal ou em separado, arbitrar uma quantia a título de reparação pelos prejuízos sofridos quando particulares exigências de proteção da vítima o imponham. Esta visão do papel dos tribunais em contexto penal é, portanto, uma ideia bem estabelecida no nosso ordenamento.

Acresce que, nos termos do artigo 74.º n.º 1 do CP, quando os crimes forem puníveis com pena de prisão não superior a 6 meses, ou com multa não superior a 120 dias, o tribunal pode declarar o arguido/visado culpado, mas não aplicar

⁶³ Sentença do TCRS de 31/10/2016, processo n.º 348/15.0YUSYR.

⁶⁴ Processo de contraordenação da ANAC n.º 252/2018, resumo disponível via https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/decisoes/Direitos%20dos%20Passageiros/Anuncio_decisao_CO_252_2018_easyJet_PT.pdf.

⁶⁵ Atendendo ao juízo de prognose quanto à atitude da visada e ao anterior registo contraordenacional da arguida, que envolve infrações idênticas, cfr. o acórdão do TCRS easyJet c. ANAC de 20/05/2019 processo n.º 86/19.4YUSTR, pp. 22-23.

⁶⁶ Acórdão do TRL de 02/10/2018, processo n.º 86/19.4YUSTR.L1.

qualquer pena se estiverem preenchidos os requisitos aí enumerados, que incluem a reparação do dano. Para que esta norma possa ser aplicada, a indemnização dos lesados tem de já se ter verificado, podendo a sentença ser adiada por 1 ano para alcançar este resultado (artigo 74.º n.º 2 do CP). No silêncio do RGCO a este respeito, parece defensável a aplicabilidade desta norma às contraordenações, *ex vi* do artigo 32.º do RGCO⁶⁷. Ainda assim, em acréscimo às divergências doutrinárias que a aplicação deste mecanismo no âmbito contraordenacional pode suscitar, essa aplicação poderá encontrar um obstáculo adicional nos casos em que o montante da coima seja especialmente elevado (excedendo o equivalente à moldura máxima da multa superior a 120 dias).

É, assim, possível sustentar que, nos termos do regime geral, as autoridades fiscalizadoras que apliquem contraordenações podem, em certos casos, declarar a ilicitude e substituírem integralmente a pena pela reparação dos danos causados. Ou, até, condenar em indemnização em complemento da condenação em coima.

Também é possível chegar ao mesmo resultado (ou similar) por via da *lex specialis* aplicada por vários reguladores independentes.

Não será especialmente controverso afirmar que as leis que regem os poderes e atuação dos reguladores e autoridades fiscalizadoras, de modo geral, não foram redigidas de modo a proceder a uma clara atribuição do poder de impor a compensação de lesados. No entanto, como vimos nas secções anteriores, esses poderes existem, em certos casos, por via de regras gerais. Além disso, existe *lex specialis* que suporta a conclusão de que existem normas habilitantes especiais que permitem aos reguladores (ou, pelo menos, a alguns deles) condenar as empresas infratoras no pagamento de indemnizações, em acréscimo ou em substituição da condenação em coima, e fora do quadro da suspensão de parte da coima. Sem dúvida que seria preferível um quadro legislativo mais claro e homogêneo neste âmbito, mas tal não impede em absoluto que as normas atuais já possam ser interpretadas para conduzir a este resultado.

⁶⁷ Atenda-se à existência de normas especiais sobre dispensa de coima em regimes contraordenacionais de alguns setores da atividade económica – ver, e.g., o artigo 40.º n.º 1 da RSSE. A favor desta possibilidade, deve ser ponderada a aplicação da norma: mesmo que não por via da subsidiariedade, mas por interpretação extensiva ou analogia *in bonam partem*; e em segundo lugar, se se permite a dispensa da pena, que corresponde à sanção da categoria de ilícito mais grave do ordenamento (o crime), não é de descartar automaticamente a possibilidade de dispensa da coima, cujo fundamento assenta num ilícito menos gravoso. No sentido contrário, pode discutir-se a necessidade de uma tipicidade dos ilícitos que estão sujeitos à dispensa de pena e de coima, por razões de interesse público e de danosidade social, e pela difícil equivalência entre os ilícitos identificados no artigo 74.º do CP e as eventuais contraordenações que se pudessem enquadrar para o efeito.

Tanto a LQER⁶⁸ como os Estatutos de reguladores (que a implementam) encarregam os reguladores de fazer cumprir o quadro normativo aplicável no âmbito das suas competências (artigo 40.º n.º 1 alínea a) da LQER)⁶⁹. E atribuí-lhes uma missão geral de proteção dos consumidores, fixando-lhes a incumbência da adequada proteção dos direitos e interesses dos consumidores nas áreas de atividade económica sob sua regulação (artigo 47.º n.º 1) da LQER)⁷⁰.

Estas missões e objetivos genéricos são concretizados, *inter alia*, nos seguintes poderes específicos (com exemplos não exaustivos relativos a alguns reguladores):

- (i) apreciar reclamações de consumidores ou terceiros e adotar as providências necessárias⁷¹;
- (ii) resolver conflitos entre consumidores e empresas reguladas, podendo para o efeito, *inter alia*, “ordenar aos operadores sujeitos à sua regulação a adoção das providências necessárias à reparação justa dos direitos dos consumidores” (ou utilizadores ou investidores) (artigo 47.º n.º 3 alínea e) da LQER; artigo 21.º n.º 5 dos Estatutos da ERSE; artigo 45.º n.º 3 dos Estatutos da ANAC; artigo 6.º n.º 6 alínea c) dos Estatutos da CMVM; artigo 14.º n.º 4 dos Estatutos da ERSAR; artigo 19.º alínea b) dos Estatutos da ERS).

⁶⁸ Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, revista em último lugar pela Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

⁶⁹ Para a previsão desta missão geral de garantia da legalidade nos Estatutos dos reguladores ver, e.g.: artigo 5.º alínea a) dos Estatutos da AdC; artigo 3.º n.º 4 alínea c) e 11.º n.º 2 dos Estatutos da ERSE; artigo 5.º n.º 4 alínea a) dos Estatutos da ERSAR; e artigos 5.º n.º 2 alíneas a) e c), 10.º alíneas a) e e) e 19.º alínea a) dos Estatutos da ERS.

⁷⁰ Para a previsão desta missão geral de proteção dos consumidores (ou utilizadores ou investidores) nos Estatutos de vários reguladores ver, e.g.: artigos 1.º n.º 3 e 47.º dos Estatutos da AdC; artigos 4.º n.º 3 alínea i) e 45.º n.º 1 alínea e) dos Estatutos da ANAC; artigo 3.º n.º 2 alínea a) e n.º 3 alínea g) dos Estatutos da ERSE; artigo 4.º n.º 2 dos Estatutos da CMVM; artigo 5.º n.º 1 e 4 alínea e) dos Estatutos da ERSAR; artigos 5.º n.º 2 alínea b) e 10.º alínea c) dos Estatutos da ERS; artigo 5.º n.º 1 alínea c) e n.º 4 alínea b) da LCE; artigo 8.º n.º 1 alínea h) dos Estatutos da ANACOM.

⁷¹ Artigo 40.º n.º 4 alínea c) da LQER; artigo 20.º n.º 1 alínea b) dos Estatutos da ERSE; artigos 35.º n.º 3 e 45.º n.º 1 alínea b) dos Estatutos da ANAC (prevendo-se expressamente poderes de investigação de queixas de passageiros – artigo 45.º n.º 2 dos Estatutos da ANAC); artigo 9.º n.º 1 alínea k) dos Estatutos da ANACOM; artigos 5.º n.º 4 alínea g) e 14.º n.º 1 alínea a) dos Estatutos da ERSAR; artigo 30.º n.º 1 dos Estatutos da ERS; artigos 29.º n.º 4, 53.º n.º 2, 56.º n.º 4 e 57.º n.º 3 da LdC (as decisões que declaram a existência de uma prática restritiva anticoncorrencial ou de concentrações implementadas ilicitamente podem ser acompanhadas da imposição de medidas comportamentais ou estruturais necessárias e adequadas para cessar a prática e seus efeitos ou restabelecer, tanto quanto possível, a situação que existia antes do ilícito).

O pagamento de indemnizações por danos causados por práticas ilícitas é o modo quintessencial de reparação justa dos direitos dos consumidores. A ordem à empresa infratora que proceda ao pagamento de indemnização aos lesados por uma prática ilícita é, portanto, enquadrável como uma providência ou medida necessária a alcançar este resultado e reagir a reclamações de consumidores relativas a comportamentos ilícitos no escopo da fiscalização de um regulador.

Se se aceitar o poder dos reguladores de imporem a indemnização de lesados como medida restabeecedora da legalidade (necessária à reparação justa), torna-se também possível, em certos casos, quando as decisões que ordenaram a adoção dessas medidas sejam violadas (incluindo o cumprimento da obrigação de compensação dos lesados), condenar a empresa em causa: (i) em coima por violação da decisão do regulador (ver, e.g.: artigo 68.º n.º 1 alínea d) e g) da LdC; e artigos 28.º n.º 1 alínea k) e 29.º n.º 1 alínea m) do RSSE; com normas similares em regimes contraordenacionais aplicáveis a outros setores de atividade económica regulada); e/ou (ii) em sanção pecuniária compulsória para garantir o acatamento da decisão do regulador (ver, e.g.: artigo 72.º da LdC; e artigo 36.º do RSSE com normas similares em regimes contraordenacionais aplicáveis a outros setores de atividade económica regulada) (já se conhecem exemplos de determinação *ab initio* da sanção pecuniária compulsória, para o caso de ser desrespeitado o prazo fixado para o pagamento da indemnização após o trânsito em julgado da decisão que a impôs).

Tanto quanto pudemos identificar, só um regulador atuou em defesa dos consumidores numa situação de danos em massa, sem impor uma contraordenação, mas utilizando os seus poderes de regulação e supervisão para condenar no pagamento de indemnizações. A ERSE fê-lo, uma primeira vez, com a Diretiva n.º 10/2012⁷² e, uma segunda vez, com a Diretiva n.º 7-A/2013⁷³.

Em ambos os casos, estava em causa a deteção por auditorias de anomalias generalizadas de contagem de energia elétrica, que fizeram com que fosse cobrado a certos grupos de consumidores montantes superiores aos devidos. Em ambos os casos, a ERSE ordenou que a EDP Distribuição adotasse mecanismos de compensação automática dos consumidores lesados⁷⁴, e impôs mecanismos de *reporting* trimestral e final, para vigiar o cumprimento destas obrigações.

A primeira Diretiva abrangeu 106.500 consumidores, e a segunda abrangeu 826.000 consumidores. A ERSE quantificou a compensação devida a cada

⁷² Publicada no Diário da República, 2.ª série – N.º 129 – 5 de julho de 2012.

⁷³ Publicada no Diário da República, 2.ª série – N.º 92 – 14 de maio de 2013.

⁷⁴ Feito através de crédito na fatura de eletricidade, sem necessidade de reclamação dos consumidores afetados (cfr. 5(e) da Diretiva n.º 7-A/2013 da ERSE).

consumidor, por escalão de potência contratada e por tipo de anomalia de medição, variando na primeira Diretiva entre 11,91 Eur e 274,55 Eur, e na segunda Diretiva entre 3 Eur e 35,40 Eur. De acordo com a EDP, a compensação global devida em resultado da segunda Diretiva foi de 7 milhões Eur (desconhecendo-se o valor da indemnização global resultante da primeira Diretiva).

A EDP não impugnou a primeira Diretiva, mas reagiu judicialmente contra a segunda, encontrando-se ainda pendente recurso perante o TAC Lisboa, EDPD vs ERSE, processo n.º 2406/13.6BELSB. Entre os argumentos avançados pela EDP, incluem-se não apenas questões relativas ao caso concreto, mas também a alegação de falta de competência da ERSE para impor a condenação em compensação global e automática. A ERSE contra-argumenta que a sua competência decorre da leitura conjugada de várias disposições, com destaque para os seus poderes amplos de supervisão do mercado e de proteção dos direitos e interesses dos consumidores⁷⁵.

A inexistência de mais exemplos, a litigiosidade com que esta interpretação se defrontou, e o facto de a própria ERSE não ter voltado a utilizar este mecanismo (possivelmente, aguardando o desfecho da ação judicial em que os seus poderes para o efeito foram contestados) mostram que, ainda que a letra da lei permita a interpretação aqui defendida, a sua implementação prática generalizada não será fácil sem intervenções clarificadoras legislativas e/ou judiciais.

Encontrámos 3 precedentes em que um regulador (ANACOM) – com a concordância do TCRS e TRL – interpretou os seus poderes como permitindo a cumulação da condenação em coima com uma condenação em pagamento de indemnização aos lesados⁷⁶. Em todos estes casos estava em causa a violação de obrigações do Regulamento da Portabilidade, e a condenação foi acompanhada da aplicação de sanções pecuniárias compulsórias para garantir o seu cumprimento.

A 30 de março de 2017, a ANACOM sancionou a Vodafone com uma coima única no valor de 74.000 Eur, e ordenou o pagamento a assinantes das compensações

⁷⁵ A ERSE defende que a Diretiva em causa, com a correspondente ordem de compensação dos consumidores, não padece de ilegalidade por falta de norma habilitante ou outro qualquer vício, salientando as disposições dos artigos 3.º(2)(a), 7.º, 8.º(s), 11.º(2), (b), (c), 14.º, 21.º (5) e 31.º dos Estatutos da ERSE, 9.º(4)(d), 51.º(4), 54.º, 182.º, 187.º, 190.º, 191.º(h) do Regulamento Relações Comerciais, aprovado pelo Regulamento n.º 496/2011 de 19 de agosto, mas principalmente pela prerrogativa da proteção dos direitos e os interesses dos consumidores referida no artigo 3.º(2)(a) dos Estatutos da ERSE, e pela atribuição de competências de natureza regulamentar, de regulação e supervisão, consultiva, sancionatória e de arbitragem (artigo 8.º(2) dos Estatutos da ERSE).

⁷⁶ Decisões da ANACOM: de 30 de março de 2017 (Vodafone), de 5 de março de 2020 (Vodafone), e de 4 de junho de 2020 (Meo).

em falta, sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória no valor de 2.000 Eur por cada dia de atraso no cumprimento integral da ordem. A visada recorreu para o TCRS, o qual, em 10 de outubro de 2017, concedeu provimento parcial ao recurso, determinando a aplicação de uma coima única de 40.000 Eur. O TCRS confirmou a ordem de pagamento das compensações a assinantes em falta e a respetiva sanção compulsória⁷⁷. O TCRS rejeitou o requerimento da visada de atenuação especial e suspensão da coima⁷⁸. A ANACOM e a visada recorreram da sentença⁷⁹, tendo o TRL concedido provimento parcial aos dois recursos e determinado a aplicação de uma coima única de 45.000 Eur, mantendo a condenação do pagamento a assinantes das compensações em falta.

A 5 de março de 2020, a ANACOM aplicou à Vodafone uma coima de 205.800 Eur pela prática de 34 contraordenações, e ordenou à visada que procedesse ao pagamento, a 6 assinantes, das compensações em falta, sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória no valor de 2000 Eur por cada dia de atraso no cumprimento integral daquela ordem, num máximo de 60.000 Eur⁸⁰. O TCRS⁸¹ concedeu provimento parcial ao recurso, determinando a aplicação de uma coima

⁷⁷ Saliente-se o peso que o Tribunal atribuiu à reparação dos consumidores quando referiu a este propósito: “Assim, atenta a lesão provocada aos interesses ressarcitórios dos consumidores e assinantes, afetados pelos atrasos que sofreram na implementação das respetivas portabilidades, considerando a adequação, proporcionalidade e necessidade da injunção compulsória para o cumprimento do dever regulamentar, voluntariamente omitido pelo arguida (...), determinando-se que a arguida/recorrente, no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis contados da data do trânsito em julgado da condenação, proceda ao pagamento das compensações em falta e aos assinantes identificados (...) devendo apresentar, no prazo de 3 dias úteis seguintes ao termo daquele prazo, elementos comprovativos do pagamento dessas compensações”, cfr. a sentença do TCRS de 10/10/2017, Vodafone c. ANACOM, processo n.º 253/17.5YUSTR, p. 130.

⁷⁸ “[D]evendo o Tribunal proceder a uma condenação que não signifique para a arguida um resultado final de premiação e que seja absorvido pela sua capacidade financeira, impondo-se um sancionamento real e efetivo com imposição de sacrifício económico relevante, sem que se justifique a suspensão parcial ou total do pagamento da coima com adstricção a eventuais injunções” – sentença do TCRS de 10/10/2017, Vodafone c. ANACOM, processo n.º 253/17.5YUSTR, pp. 116, 119, 121, 123 e 112.

⁷⁹ Especificamente quanto às compensações devidas pelas normas da portabilidade, a visada argumentou que a sua falta de pagamento não foi dolosa, não podendo, por isso, ser condenada ao seu pagamento em consequência da infração dolosa pela qual era imputada. Porém, o Tribunal da Relação de Lisboa julgou improcedente aquela parte do recurso pp. 53-61 (em especial 61) por se tratar de “*um dever objetivo de indemnizar pelo que a operadora está obrigada a fazer o pagamento, sem prejuízo de exercer o direito de regresso, caso se venha a verificar que não foi a operadora quem efetivamente deu causa ao atraso na portabilidade*” (itálico original) – acórdão do TRL de 23/05/2018, Vodafone c. ANACOM, processo n.º 253/17.5YUSTR.L1, pp. 53-61.

⁸⁰ Ver: <https://anacom.pt/render.jsp?contentId=1563970>.

⁸¹ Sentença do TCRS de 6 de julho de 2020, Vodafone c. ANACOM, processo n.º 104/20.3YUSTR.

única de 60.000 Eur e ordenando o pagamento a 2 assinantes das compensações em falta.

A 4 de junho de 2020, a ANACOM aplicou à Meo uma coima de 699.125 Eur pela prática de 110 contraordenações, e ordenou à visada o pagamento a 18 assinantes das compensações em falta, sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória no valor de 2.000 Eur por cada dia de atraso no cumprimento integral daquela ordem, num máximo de 60.000 Eur⁸². A visada recorreu e o TCRS concedeu provimento parcial ao recurso da Meo, aplicando uma coima única de 500.000 Eur e absolvendo a Meo da condenação relativa às compensações dos 18 assinantes⁸³. A ANACOM e a Meo recorreram da sentença para o TRL. O TRL concedeu provimento ao recurso interposto por esta Autoridade e não concedeu provimento ao recurso interposto pela arguida, determinando a aplicação de uma coima única de 530.000 Eur⁸⁴.

5. Quantificação de danos, incentivo económico e outras dificuldades

Até aqui, preocupámo-nos sobretudo com a identificação dos mecanismos que as autoridades administrativas e judiciais podem utilizar para conduzirem ao pagamento de indemnizações a lesados por práticas ilícitas que constituem contraordenações. Mas há várias dificuldades adicionais que se suscitam e que requerem uma reflexão alargada, que extravasaria o escopo limitado deste trabalho. Por ora, limitamo-nos a identificar algumas das questões a ponderar e a abordá-las superficialmente.

Tanto o pagamento voluntário como a imposição pelo regulador do dever de pagamento de indemnização aos consumidores lesados vê-se confrontada com uma dificuldade: a quantificação dos danos causados pelas práticas em causa. Na grande maioria dos casos, a quantificação dos danos será complexa e eminentemente discutível, dependente da determinação de cenários hipotéticos e recaindo, quase inevitavelmente, no juízo de equidade a que se refere o artigo 566.º n.º 3 do CC⁸⁵. Isto significa que, por mais bem intencionada que seja a empresa que pretenda indemnizar os consumidores, ou por mais rigoroso que seja o regulador no método que utiliza para quantificar os danos causados, haverá sempre a possibilidade de opiniões divergentes quanto ao montante dos danos. Mas esta dificuldade é, por um lado, inevitável e idêntica à que

⁸² Ver: <https://anacom.pt/render.jsp?contentId=1556532>.

⁸³ Sentença do TCRS de 17/11/2020, processo n.º 183/20.3YUSTR.

⁸⁴ Acórdão do TRL de 02/03/2021, processo n.º 183/20.3YUSTR.L1.

⁸⁵ Isto dito, os precedentes identificados mostram uma tendência, até agora, das autoridades administrativas e judiciais a não se aventurarem no cálculo de montantes de indemnização sempre que aquele requiera análises económicas especialmente complexas.

se sentiria perante um tribunal cível, e, por outro lado, passível de reação que garante a devida proteção dos direitos das partes interessadas. A empresa à qual seja imposto o dever de indemnização pode recorrer da decisão até à exaustão das vias judiciais ao seu dispor. Os consumidores e seus representantes podem recorrer aos meios que estariam ao seu dispor na ausência da decisão em causa.

Nenhum dos mecanismos discutidos que conduzem à indemnização dos consumidores num determinado montante, de acordo com uma quantificação de danos feita pela empresa e/ou pelo regulador (seja a decisão voluntária da empresa, unilateralmente ou por acordo com regulador, seja a imposição unilateral da indemnização pelo regulador, em substituição ou acréscimo à coima), exclui a possibilidade de os consumidores terem sido lesados em maior montante. Os consumidores não perdem o direito de recorrer às vias judiciais e de resolução alternativa de litígios ao seu dispor para procurar provar que sofreram danos superiores e obter a diferença em falta.

Isto cria insegurança jurídica que as empresas não podem deixar de considerar. Na prática, porém, a não ser que o montante da compensação paga seja muito distante do montante real dos danos (e este seja significativo), é expectável que o pagamento de compensações ao abrigo de qualquer um dos mecanismos discutidos elimine o incentivo para os consumidores procurarem obter o resqúcio de danos que entendam não ter ainda sido indemnizado. Não nos foi possível identificar qualquer caso em que algum consumidor ou associação de consumidores tenha atuado para obter indemnizações (adicionais) em tal situação⁸⁶. Esta pode ser, de resto, uma estratégia seguida por empresas que estejam dispostas a pagar alguma indemnização aos consumidores, mas queiram reduzir o seu montante global, recomendando por isso vigilância por parte dos reguladores para impedir abusos.

O principal desafio e limitação de todos os mecanismos discutidos, com exceção do descrito na secção 4.2, é que o seu sucesso e implementação depende de incentivos económicos para a empresa infratora. Sempre que o montante dos danos causados pela prática ilícita em causa seja superior ao montante de redução da coima, não bastará o incentivo económico para levar as empresas a recorrer à (ou aceitar a) opção de pagamento voluntário das compensações. O facto de, no nosso ordenamento, os valores das coimas por contraordenações serem, em regra,

⁸⁶ A questão tem sido discutida nos Estados Unidos da América – ver, e.g.: PRENTISS COX, *Public Enforcement Compensation and Private Rights*, cit., pp. 2336 e ss., onde se salienta uma regra geral de não preclusão da indemnização “privada” em consequência da indemnização “pública”, muito seguida na prática da litigância norte-americana, sendo comum a existência de *class actions* de indemnização mesmo que em relação a infrações que obtiveram uma indemnização no âmbito do *public enforcement*.

pequenos, e tenderem a ser reduzidos pelos tribunais, diminuem o número de casos em que é economicamente racional às empresas indemnizar os lesados em troca de uma redução dessas coimas.

No caso de comportamentos que afetaram consumidores em massa e levariam a indemnizações globais na ordem dos milhões de Eur, as empresas só terão motivo para utilizarem estes mecanismos se estiverem convictas de que há um risco significativo de virem a ser condenadas no pagamento dessas indemnizações (ou de grande parte delas) por outras vias (e.g., através de ações judiciais individuais ou de ações populares). A experiência mostra que, claramente, as empresas estão – até agora – convictas de que não existe este risco, sendo a melhor opção o não pagamento de indemnizações e a obrigação dos lesados a recorrerem a meios judiciais, que, por demasiado dispendiosos, só muito raramente serão utilizados.

No polo oposto, temos casos (dos quais vimos exemplos) em que o montante da coima é muito superior ao dano causado. Isto sucede, tipicamente, quando está em causa um comportamento (ou melhor, quando só foi feita prova de um comportamento) que só afetou um ou dois consumidores específicos. Nestes, será normalmente racional o recurso pelas empresas a estes mecanismos, em especial à luz da prática usual entre nós de redução desproporcional do montante da coima. Há casos intermédios em que poderá ainda identificar-se um incentivo económico, dependendo da quantificação da coima e da percentagem de redução da coima em troca da indemnização dos lesados. Estas oportunidades podem passar despercebidas aos reguladores⁸⁷.

Como vimos (com a exceção do precedente da ERSE discutido na secção 4.2), todos os mecanismos descritos têm sido utilizados em casos em que os lesados eram em número limitado e já se encontravam identificados no processo. No entanto, em teoria, nada impede que os mesmos mecanismos sejam utilizados para conduzir à indemnização de um grupo de lesados determináveis, mas ainda por determinar (de acordo com determinados critérios, à semelhança do que sucede numa ação popular para indemnização em massa de consumidores, por exemplo). Os obstáculos à utilização destes mecanismos nestes contextos parecem ser, fundamentalmente, de ordem económica e prática. Isto ficou patente no caso *easyJet* (*supra* descrito), um caso de fronteira em que o montante das indemnizações era superior ao montante

⁸⁷ Assim, por exemplo, a AdC já por duas vezes identificou práticas anticoncorrenciais em mercados de escolas de condução no Funchal (PRC/2008/6) e na Grande Lisboa e Setúbal (PRC/2016/8). Em ambos os casos, é provável que os montantes das indemnizações devidas aos consumidores lesados não tivessem ultrapassado o montante das coimas totais determinadas (ou, pelo menos, teria sido possível encontrar uma solução que tivesse alcançado o resultado da indemnização em vez da imposição da coima).

suspensão da coima. Como entidade que tem por objetivo a maximização do lucro, a empresa seguiu a opção economicamente racional: não pagou a indemnização e pagou o total da coima.

Este caso permite um exercício de análise da realidade dos cálculos que são feitos pelas empresas em tais circunstâncias, e as suas expectativas relativas a indemnizações em Portugal. Não se trata apenas de comparar o montante suspensão da coima com o montante da indemnização que teria de ser paga para conseguir essa suspensão. A empresa terá de considerar também outros fatores, dos quais destacaríamos^{88/89}: (i) a probabilidade de vir a ser condenada pela prática de contraordenações similares dentro do período da suspensão; e (ii) probabilidade de virem a ser intentadas ações judiciais (ou meios alternativos) e de a empresa vir a ser condenada a pagar indemnizações (em determinado montante) aos consumidores em causa. A empresa conhecerá a percentagem de indemnizações que tendem a ser proseguidas por via judicial e incluirá essa nos seus cálculos. É só porque, no nosso ordenamento, a grande maioria dos consumidores não pede e/ou não tem sucesso em obter indemnizações pelos comportamentos ilícitos em causa (e porque, mesmo em caso de derrota completa, as empresas infratoras não têm de pagar os custos reais de advogados dos lesados, mas apenas o pequeno valor tabelado resultantes das regras gerais de custas)⁹⁰ que pode fazer sentido, economicamente, às empresas não cumprirem uma decisão de suspensão parcial da coima em troca de indemnização dos lesados⁹¹. Caso contrário, só teriam a ganhar, poupando não apenas na coima, mas também nos custos dos processos judiciais.

⁸⁸ Aproveitando os dados da análise económica, que têm demonstrado que o cálculo do custo de esperado (neste caso, da sanção) é proporcional à probabilidade do mesmo se verificar, cfr. GARY S. BECKER, “Crime and Punishment: An Economic Approach” in *Journal of Political Economy*. Chicago, vol. 76, n.º 2 (1968), pp. 169-217 (177, 180 e ss.); GARY S. BECKER, GEORGE STIGLER, “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers” in *The Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 3, n.º 1 (jan. 1974), pp. 1-18 (2-6).

⁸⁹ Para uma análise mais detalhada destas considerações económicas, vide NUNO A. P. SALPICO, “A operacionalidade do Private Enforcement do Direito da Concorrência – dissuasão, ações coletivas e third-party litigation funding”, *Revista de Concorrência & Regulação*, Lisboa, n.º 45, 2021, pp. 103-140 (107-113).

⁹⁰ Só assim poderá não ser no caso das ações populares, em função do montante de provedoria que seja determinado pelo tribunal ao abrigo da LAP.

⁹¹ Ademais, o cálculo da probabilidade de condenação em indemnização de lesados pela prática de infração depende, também, da quantidade de casos em que tal se sucedeu, o que sabemos tratar-se de uma situação rara. Só com a alteração do atual paradigma os agentes passarão a considerar e redefinir o peso da probabilidade e custo de serem condenados a indemnizar os lesados, para se sentirem compelidos a propô-lo espontaneamente.

Decorre do que antecede que o mecanismo discutido na secção 4.2 é o único apto a conduzir à indemnização dos lesados pelas autoridades administrativas e judiciais (fora do contexto de ações cíveis intentadas pelos próprios consumidores ou seus representantes) sempre que o montante dos danos seja elevado e o montante possível da coima e a necessidade de punição e dissuasão dos comportamentos em causa não permita a redução ou substituição da coima num montante superior à indemnização total a ser paga.

Esta constatação torna especialmente importante a batalha jurídica pendente perante o TAC de Lisboa no processo n.º 2406/13.6BELSB, EDPD c. ERSE.

Pelo menos no caso dos reguladores setoriais a quem foram atribuídos os poderes discutidos na secção 4.2, parece-nos *contra-legem* defender-se que estes não têm poderes para determinar a indemnização de consumidores lesados.

Quanto aos argumentos de inconstitucionalidade, há, como vimos, vários exemplos no nosso ordenamento de habilitação de autoridades administrativas para imporem obrigações de indemnização de lesados no quadro da identificação de contraordenações. Parece-nos que, se os argumentos avançados a favor da inconstitucionalidade deste poder dos reguladores vingassem, esses outros mecanismos também teriam de ser considerados inconstitucionais. Em última linha, qualquer dever de indemnização imposto por uma autoridade administrativa, no exercício dos seus poderes, é judiciável. O dever de indemnização só não virá a ser imposto por uma autoridade judicial se a própria empresa visada se conformar e não recorrer da decisão administrativa.

Como vimos acima, é fundamental para o sucesso dos mecanismos de indemnização dos consumidores que dependem, em certa medida, da vontade das empresas (discutidos na secção 2, 3 e 4.1) que se ofereça às empresas a possibilidade de economizarem com a solução proposta. Isto significa que é expectável que exista uma diferença entre o montante poupado da coima e o montante da indemnização que tem de ser pago. Porém, vimos na maioria dos precedentes identificados uma enorme desproporcionalidade da diferença entre aqueles dois montantes, beneficiando grandemente as empresas e podendo pôr em causa o cumprimento dos objetivos da coima. Vimos que as autoridades administrativas têm permitido às empresas que paguem indemnizações poupanças na ordem de um fator entre 7 e 68 vezes o montante que teriam de pagar a título de coima. E o TCRS tem-lhes permitido poupanças na ordem de um fator entre 5 e 9 vezes.

Sem prejuízo da necessidade de reflexão sobre a necessidade de um incentivo tão grande, é espantoso que, com a disponibilidade das autoridades para conceder incentivos com fatores destes, as empresas não recorram mais vezes a esta opção. Talvez para este cenário contribua o elevado grau de litigiosidade que se tem verificado entre grandes empresas e reguladores setoriais.

6. Outras soluções

No presente artigo, concentrámo-nos em identificar os mecanismos que as autoridades públicas que fiscalizam o respeito pela lei têm ao seu dispor para garantir a indemnização dos consumidores lesados pelos comportamentos ilícitos que detetam. Mas há vários outros mecanismos legais que existem no nosso e noutras ordenamentos jurídicos que expressam a necessidade que os Estados sentem, em certas circunstâncias, de intervirem para garantirem que, através dos esforços de autoridades públicas, os danos causados a consumidores (e não só) são devidamente reparados, sem os lesados terem de recorrer diretamente aos tribunais ou a arbitragem ou mediação. É importante ter estes mecanismos em mente para uma reflexão mais ampla sobre o papel que o Estado pode exercer e a prioridade que se deve dar à garantia e facilitação da compensação de lesados por práticas ilícitas.

Em Portugal, entende-se, por exemplo, que é tão importante que todos vejam o seu património protegido no que respeita à circulação automóvel – para que todos saibamos que se alguém causar um acidente que danifica o nosso veículo teremos um direito efetivo à reparação desses danos – que não só se impõe o dever de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, como ainda se criou o Fundo de Garantia Automóvel, gerido por um regulador, no quadro do qual – simplificando – o Estado se substitui na compensação do lesado ao infrator que causou danos num acidente de viação e não dispunha de seguro (até ao capital mínimo do seguro obrigatório), exercendo depois o seu direito de regresso contra essa pessoa não segurada⁹². É um modo de socialização temporária (e potencialmente definitiva) da indemnização dos danos e de publicização do exercício da justiça perante os tribunais.

Será tão difícil imaginar uma sociedade onde a mesma abordagem seja aplicada a infrações que causem danos em massa aos consumidores? Um regulador público compensaria (até determinado valor) os danos causados pelo ilícito em causa e ficaria sub-rogado nos direitos dos lesados, exercendo esses direitos em tribunal contra os infratores⁹³.

⁹² Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto, revisto em último lugar pelo Decreto-Lei n.º 153/2008, de 6 de agosto.

⁹³ Esta solução poderá ser coordenada com a eventual implementação do fundo de apoio ao acesso à justiça e às ações populares que será constituído pelo Ministério da Justiça se e quando forem ganhas ações populares cíveis que conduzam a indemnizações em massa de consumidores com porções não distribuídas (ver artigo 22.º(5) da LAP). Faria sentido que tal fundo pudesse ser utilizado para apoiar este mecanismo de compensação imediata de consumidores lesados, enquanto se aguarda o desfecho de ações judiciais contra o infrator, que permitiriam devolver ao fundo as quantias adiantadas, potencialmente com juros.

Mas não precisamos de ir tão longe. O papel a desempenhar pelas autoridades públicas pode excluir a componente de indemnização antecipada dos lesados e limitar-se à defesa em juízo dos direitos dos consumidores lesados.

É – infelizmente – um ponto controverso, aparentemente mesmo no interior da Procuradoria Geral da República, saber se o Ministério Público tem legitimidade originária para interpor ações populares (nomeadamente de indemnização dos consumidores, em casos de ofensa a interesses individuais homogêneos) ao abrigo da LAP. O artigo 16.º da LAP estabelece, sem margem para dúvidas, legitimidade ativa subsequente do Ministério Público, em substituição de um autor inicial da ação popular, mas parece remeter para outras leis a determinação da sua legitimidade originária. Sem pretendermos entrar numa discussão extensa sobre os poderes e missões do Ministério Público em geral, limitamo-nos a indicar que entendemos ser defensável a sua legitimidade ativa originária para prosseguir ações populares, que seria difícil que não tivesse legitimidade originária mas tivesse legitimidade subsequente, e que existem precedentes no nosso ordenamento de ações populares iniciadas pelo Ministério Público, em que a sua legitimidade foi confirmada pelos tribunais⁹⁴. Acresce que o artigo 31.º do CPC inclui o Ministério Público no elenco das entidades com legitimidade para propor ações para a tutela de interesses difusos, que esses poderes estão previstos nos artigos 4.º n.º 1 alínea h), 9.º n.º 1 alínea f) e 10.º n.º 1 alínea a) do Estatuto do Ministério Público⁹⁵, e que há normas especiais de ações populares que dão expressamente poderes ao Ministério Público (incluindo para a defesa de interesses individuais homogêneos)⁹⁶ ou que dão esses poderes “*a todos*” (seria estranho que tal excluísse o Ministério Público)⁹⁷.

⁹⁴ Ver, e.g.: acórdão do TRP de 8 de fevereiro de 2001, proc. n.º 0130039; acórdão do TRP de 10 de abril de 2007, proc. n.º 0721017; acórdão do STJ de 2 de junho de 2011, proc. n.º 851/09.OTJLSB.L1.S1; acórdão do TRL de 7 de novembro de 2019, proc. n.º 2667/14T8OER.L1-6.

⁹⁵ Relevante também os artigos 61.º a 63.º e 4.º(1)(i) do Estatuto do Ministério Público.

⁹⁶ Ver, e.g., o artigo 13.º(c) da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho, tal como revista); e o artigo 26.º(1)(c) do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 13 de novembro, tal como revisto). Ver também o artigo 6.º(9)(b) da Lei n.º 75/2017, de 17 de agosto.

⁹⁷ Ver, e.g., o artigo 7.º da Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 19/2014, de 14 de abril). A lei anterior a esta referia-se expressamente ao Ministério Público – ver artigo 45.º(1) da Lei n.º 11/87, de 7 de abril. Não se trata, evidentemente, da exclusão da legitimidade Ministério Público pela lei nova, uma vez que o artigo 7.º(1) da Lei de Bases do Ambiente é categórico ao referir “*A todos é reconhecido o direito à tutela plena e efetiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos em matéria de ambiente*” e, atendendo ao critério sistemático de interpretação (ver normas acima citadas que atribuem essa legitimidade ao Ministério Público).

O Ministério Público poderia – talvez até deveria –, por isso, assumir um papel proativo na defesa dos consumidores e na promoção da sua indemnização através do recurso à ação popular. Infelizmente, esta via estará sempre condicionada pelos recursos limitados ao dispor do Ministério Público e pelas opções e preferências individuais dos magistrados. Apenas a criação de uma unidade da PGR dedicada em exclusivo a este tipo de casos, com jurisdição nacional, e dotada de recursos suficientes (incluindo a capacidade financeira para contratar especialistas, tais como economistas necessários à prova do *quantum* dos danos), permitiria tornar esta via um mecanismo que pudesse, de modo viável e realista, conduzir à indemnização de consumidores em mais do que um ou dois casos de teste (sendo que nem estes se verificaram até hoje).

Em termos de racionalidade da gestão dos recursos humanos e financeiros públicos, atribuir-se esta missão ao Ministério Público tem manifestos defeitos. Primeiro, se as infrações já foram estudadas e declaradas por um regulador, é muito mais eficiente que seja o próprio regulador a preparar o caso judicial relativo à indemnização dos consumidores lesados. Segundo, estas contraordenações são identificadas por reguladores especializados precisamente porque se entende que a complexidade factual e jurídica das áreas em causa exige essa especialização. Ora, os magistrados do Ministério Público raramente serão especializados nas áreas de direito aplicadas pelos reguladores setoriais.

Esta opção já foi tomada nalguns Estados-membros da União Europeia (uma minoria), em que se conferiu aos reguladores que adotam as decisões de imposição de coimas por comportamentos ilícitos o poder para, subsequentemente, intentarem ações judiciais em representação (com a regra *opt-out*) dos consumidores lesados para obter a sua indemnização. Assim sucede, por exemplo, na Hungria, em que este poder foi atribuído às autoridades que aplicam o direito de proteção dos consumidores e o direito da concorrência, e em que já foi exercido (pelo menos no primeiro domínio)⁹⁸.

Em Portugal, só conseguimos identificar um exemplo de o legislador ter enveredado por este caminho. A Lei de Defesa do Consumidor atribui à DGC legitimidade ativa para intentar ações populares previstas naquele diploma, em defesa de interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos (v.g., o artigo 13.º alínea c) da Lei de Defesa do Consumidor). Não conhecemos qualquer precedente de exercício deste poder pela DGC. Em todo o caso, tal mostra não só que a solução é possível no nosso ordenamento, como que o legislador já reconheceu o seu interesse para proteção dos consumidores.

⁹⁸ Ver NAGY CSONGOR, *Collective actions in Europe*, cit., *passim*; artigo 92.º da lei húngara da concorrência; artigos 38.º e 38.º-A da lei húngara de proteção dos consumidores e artigos 580.º a 591.º do Código de Processo Civil húngaro.

Se, sempre que fosse ou estivesse para ser adotada uma decisão declarando um comportamento ilícito, as empresas se vissem confrontadas com a legitimidade ativa dos reguladores para intentarem ações populares *opt-out* em representação de todos os consumidores lesados e a ameaça credível e probabilidade de esta legitimidade vir efetivamente a ser exercida, isto teria o potencial de alterar drasticamente os parâmetros de ponderação das empresas e o seu comportamento nos processos contraordenacionais. Por um lado, poderia aumentar a sua vontade de contestar as decisões dos reguladores. Mas o grau de litigiosidade das empresas face aos reguladores, atualmente, já é tão elevado que não é evidente que tal tivesse um impacto mensurável. Por outro lado, criaria um forte incentivo para negociar transações ou outro tipo de desfecho que incluísse indemnizações dos lesados (com montantes potencialmente inferiores aos que viriam a ser determinados em tribunal).

Em Portugal, a implementação desta opção exigiria revisões legislativas, potencialmente da LQER e dos Estatutos de cada regulador.

Por último, não devemos esquecer que o interesse político tem sempre a possibilidade de ir além do quadro legislativo existente. Quando os Estados são confrontados com situações de danos em massa que se tornam politicamente intoleráveis, e para as quais os mecanismos judiciais existentes não estão a conduzir a respostas satisfatórias ou eficientes, em vez de alterarem essas regras à luz da lição aprendida no caso concreto para prever mecanismos de resolução judicial eficazes para esse e para todos os casos futuros, os Estados tendem a consagrar soluções *ad hoc* que resolvem o problema político imediato e deixam o problema estrutural por resolver. Assim tem sucedido no mundo, por exemplo, na sequência de grandes acidentes industriais ou nucleares⁹⁹. Assim poderá suceder em Portugal, por exemplo, com os casos dos lesados do BANIF e do BES e a criação de um grupo de trabalho pelo Governo para encontrar uma solução de ressarcimento dos investidores lesados¹⁰⁰.

7. Conclusão

Procurámos demonstrar, com o presente artigo, que as autoridades administrativas e judiciais que detetam infrações e aplicam sanções têm ao seu dispor vários mecanismos que lhes permitem prosseguir o objetivo de indemnização dos consumidores lesados.

⁹⁹ Veja-se, a título de exemplo, o quadro legislativo *ad hoc* criado pelo governo japonês para indemnizar os lesados pelo acidente nuclear de Fukushima.

¹⁰⁰ Ver: Jornal de Negócios, “Lesados do BANIF e do BES esperam solução até ao fim do ano”, 23 de agosto de 2021.

Entendemos que, mais do que um poder, os reguladores têm o dever de recorrer a estes mecanismos e de privilegiarem, sempre que possível e adequado, a indemnização dos lesados sobre o pagamento de coimas, mesmo a troco de uma redução mais que proporcional do montante da coima aplicada (ou até da não aplicação de coima). O Estado não pode entender que é mais importante utilizar os seus recursos escassos para aplicar coimas do que para garantir o restabelecimento dos direitos lesados dos consumidores.

É certo que algumas das vias discutidas são suscetíveis de gerar controvérsia. Mas também parece claro que, havendo interesse das autoridades nesse sentido, é possível encontrar soluções no quadro do direito vigente, e ver estas consolidarem-se na jurisprudência nacional. Assim indica o elevado grau de confirmação judicial das experiências dos reguladores neste domínio.

Também vimos que esta alteração fundamental de paradigmas já se iniciou nalguns quadrantes. Se o estudo realizado revelou um cenário de subaproveitamento crónico destas possibilidades, também evidenciou o que são, em nosso entender, bons exemplos e sinais de esperança. Sem prejuízo de algumas experiências por outros reguladores (e tanto quanto nos foi possível determinar), a ERSE, a ANACOM e a ANAC têm-se destacado como os reguladores da atividade económica que, com maior frequência, pautam a sua atuação pelo princípio de privilegiar a compensação dos lesados, em detrimento de parte ou até da totalidade das coimas que podiam aplicar. E alguns dos magistrados judiciais do TCRS mostraram que os tribunais podem iluminar o caminho quanto à possibilidade de utilização destes mecanismos legais, garantindo até por sua iniciativa própria a indemnização de consumidores lesados, mesmo quando os reguladores optam por não o fazer.

Isto dito, cremos que seria muito bem-vinda e benéfica uma revisão geral das leis nacionais relativas à deteção e sancionamento de infrações contraordenacionais, para reforçar o papel dos reguladores como agentes públicos da indemnização de consumidores lesados: (i) fixando este objetivo como uma prioridade da atuação dos reguladores; (ii) tornando mais claros e reforçando a segurança jurídica dos mecanismos existentes; (iii) homogeneizando os regimes contraordenacionais e estatutos dos reguladores para alargar a disponibilidade dos mecanismos existentes a todos os reguladores; e (iv) criando novos mecanismos, com destaque para a legitimidade ativa dos reguladores e/ou do Ministério Público para intentarem ações populares em representação de consumidores lesados (e podendo-se até criar mecanismos públicos de indemnização antecipada dos lesados e exercício do direito de regresso por autoridades públicas).