



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

Ex.^{mo} Senhor
Presidente do Conselho de Administração da
Autoridade da Concorrência
M.I. Professor Doutor Nuno Cunha
Rodrigues

Assunto: Consulta Pública sobre o Projecto de “Linhas de Orientação sobre coimas” – Observações da Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, SP, RL

Contactos: mgh@servulo.com e as@servulo.com
Enviado por e-mail: consultapublica@concorrenca.pt

Lisboa, 12 de Abril de 2024

Ex.^{mos} Senhores,

Em resposta à Consulta Pública promovida pela Autoridade da Concorrência (“**AdC**”) a 15 de Fevereiro de 2024, tendo por objecto o Projecto de Linhas de Orientação sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto (abreviadamente, “**Projecto**”), a SÉRVULO & ASSOCIADOS vem, respeitosamente, apresentar as suas Observações.

Saúda-se a iniciativa da AdC em submeter este importante Projecto a consulta pública e o espírito de diálogo construtivo com os diversos interessados que vem adoptando ao longo do processo. Contudo, em termos gerais, não pode deixar de se lamentar o teor de algumas das soluções propostas.

Por fim, a SÉRVULO & ASSOCIADOS gostaria de salientar que as presentes observações constituem exclusivamente uma posição preliminar face ao teor, sentido e objectivos da Proposta, não vinculando a SÉRVULO & ASSOCIADOS ou os clientes representados pelos



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

advogados que aqui colaboram. O presente contributo é público, desde já se manifestando a necessária concordância quanto à sua divulgação.

Com os melhores cumprimentos,

SÉRVULO & ASSOCIADOS – SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SP, RL



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

I. OBSERVAÇÕES GERAIS

1. A 15 de Fevereiro de 2024 a Autoridade da Concorrência (AdC) anunciou, na sua página electrónica, a Consulta Pública sobre o seu Projecto de *“Linhas de Orientação sobre a Metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto”* (adiante, Projecto).
2. A SÉRVULO & ASSOCIADOS gostaria de registar positivamente a circunstância de a AdC ter concedido um período de tempo alargado para a presente Consulta Pública e saudar a iniciativa da AdC, à luz do n.º 13 do artigo 69.º do RJC, de proceder à densificação da metodologia a utilizar para aplicação de coimas, relembrando, no entanto, que, ao fazê-lo, a AdC não pode exceder os limites resultantes do princípio da legalidade.
3. Neste quadro, a SÉRVULO & ASSOCIADOS não pode deixar de exprimir o seu desacordo quanto alguns pontos essenciais do Projecto, que é passível de melhoramentos e de precisões que lhe permitam cumprir os seus propósitos.
4. Seguem-se, nas linhas seguintes, algumas considerações relativamente ao Projecto, quer gerais quer relativamente a pontos específicos do mesmo.
5. Em primeiro lugar, sendo o objectivo principal das futuras Linhas de Orientação garantir a segurança jurídica dos visados, salienta-se a utilização, ao longo do Projecto, de conceitos indeterminados que não são densificados, verificando-se, por vezes, meramente a mera reprodução das normas do RJC.
6. Citem-se como exemplos, entre os §§58 a 68 do Projecto, sobre a situação económica do visado, os seguintes conceitos: *“situação financeira desfavorável”*, *“situação*

financeira deficitária”, “indicadores referentes ao equilíbrio financeiro, de curto prazo e estrutural”, “indicadores de rentabilidade”, “histórico dos fundamentais contabilísticos-financeiros e patrimoniais e a sua consistência ao longo do tempo”, “fundamentadas perspectivas para o futuro” e “condições para o visado recorrer a financiamento bancário”.

7. Finalmente, em abono da segurança jurídica e previsibilidade, destaca-se a falta de clareza do §13 do Projeto: *“As presentes Linhas de Orientação aplicam-se apenas aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor da Lei n.º 19/2012, na redação introduzida pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto”.*
8. Sem prejuízo para os princípios da legalidade e da segurança jurídica, propõe-se que se determine a sua aplicabilidade aos processos de contra-ordenação cujo inquérito seja aberto após a adopção das mesmas. Sugere-se a seguinte redacção: *“As presentes Linhas de Orientação aplicam-se apenas aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a adoção das mesmas”.*

II. OBSERVAÇÕES NA ESPECIALIDADE

A. DO CÁLCULO DO MONTANTE DA COIMA

9. Nos termos do Projecto (§§18, 19, 53 e 54), no caso das contra-ordenações mais graves (as referidas no n.º 4 do artigo 69.º do RJC), *“o montante máximo da coima aplicável não poderá exceder 10% do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC, pelo conjunto de pessoas que integrem cada uma das empresas infratoras, nos termos do artigo 3.º, ou, pela associação de empresas”* (realce nosso).
10. A redacção não segue exactamente a do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva (UE) 2019/1. É verdade que o Tribunal Constitucional tem reconhecido ao legislador uma ampla liberdade de fixação dos montantes das coimas aplicáveis e que as sanções

aplicadas devem ser “efectivas”, “proporcionadas” e “dissuasoras”, tendo em vista assegurar o efeito preventivo das mesmas, mas tal liberdade de definição de limites às coimas não inclui situações de “*manifesta e flagrante desproporcionalidade ou de excessiva amplitude entre os limites mínimo e máximo*”¹.

11. Importa recordar, com a doutrina², que «o montante máximo da coima aplicável se fixe em “10% do volume de negócios total, a nível mundial”, e a amplitude da moldura contraordenacional é susceptível de violar de uma forma intolerável quer o princípio da legalidade previsto nos n.ºs 1 e 3 do art. 29.º da Constituição quer o princípio da proibição das sanções de duração ilimitada ou indefinida, previsto no art. 30.º, n.º 1, da Constituição».
12. Neste contexto, as palavras do Tribunal da Relação de Lisboa assumem uma maior acuidade: «a variação no tempo do valor máximo da coima ao sabor da evolução do mercado, da diligência da autoridade sancionadora e, acrescentamos agora, da própria complexidade do processo, como acontece no indicado preceito da lei de 2012, que mandou atender ao “exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência”, é, a nosso ver, claramente violador do corolário do princípio da legalidade *nullum crimen, nulla poena, sine lege certa*»^{3 4}.
13. O Projecto deveria clarificar que o montante máximo da coima aplicável será fixado em 10% do volume de negócios total da empresa infractora, por referência ao território nacional, atendendo a que o RJC “é aplicável à promoção e defesa da concorrência, nomeadamente às práticas restritivas (...) de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos” (artigo 2.º, n.º 2).

¹ Acórdãos do tribunal Constitucional n.º 304/94, n.º 574/95 e n.º 547/00, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/.

² MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e ALBERTO SAAVEDRA, “Directiva ECN+ e a Nova Era do Direito da Concorrência (Desafios e Limites)” in *Revista Ordem dos Advogados*, Ano 80, 2020.

³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.3.2015, proc. 204/13.6Yustr.11-3.

⁴ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e ALBERTO SAAVEDRA, “Directiva ECN+...”, cit., pág. 250.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

14. Mais, no nosso entendimento, o valor máximo da coima aplicável tem de estar determinado no momento da prática do facto ilícito, dado que é nesse momento que todos os pressupostos da aplicação de uma coima, bem como o valor mínimo e máximo da mesma, têm de estar determinados.
15. Não existindo um valor máximo da coima aplicável devidamente definido, estamos perante um montante que, não só não é determinado, como pode atingir montantes desmesurados (bastando estarmos perante uma empresa com um elevado volume de negócios).
16. Além disso, não havendo qualquer mínimo previamente definido pelo Projecto ou pelo artigo 69.º, n.º 2, do RJC, a coima pode, em tese, chegar aos 0% - habilitando em tese a entidade administrativa a não punir - ou a atingir valores meramente residuais.
17. Note-se que, a ser assim, estamos diante de um **máximo determinado *ad hoc*** (para cada pessoa colectiva visada) e **delimitada por uma percentagem de um valor variável ao longo do tempo** (volume de negócios do ano anterior à decisão final condenatória), o que permite, objectivamente e em tese, uma série de **arbitrariedades**, permitindo nomeadamente a quem acusa “antecipar” ou “adiar” a data de prolação de uma decisão final por forma a cobrir um exercício particularmente positivo de uma empresa visada para, desse modo, poder aplicar uma coima de valor superior.
18. Em adição, estas disposições do Projecto e da lei são atentatórias do princípio da igualdade, nomeadamente entre grupos empresariais que tenham uma dimensão multinacional e grupos que actuam predominantemente em Portugal.
19. Com efeito, “*Apesar de o montante da coima ser determinado com base numa percentagem de volume de negócios relacionada com a infracção, a qual é tipicamente circunscrita ao*

território nacional, são concebíveis situações em que duas empresas co-visadas, que cometeram exactamente a mesma infracção e que até têm a mesma dimensão nacional, sejam alvo de coimas díspares. Isto será assim, porquanto o limite máximo de 10% do volume de negócios em termos de coima será aferido em relação ao grupo económico e não apenas em relação àquela empresa em concreto”⁵ (realce nosso).

20. Concluindo-se, assim, que *“se do cálculo da coima resultar um montante que exceda o tecto de 10%, o grupo económico de raiz nacional verá a sua coima reduzida a 10% do volume de negócios nacional, mas o grupo económico que tem uma dimensão multinacional terá um cap superior (e não verá a sua coima reduzida)”⁶ (realce nosso).*

21. Debrucemo-nos agora sobre os §16 (alínea h) e §17 do Projecto:

- i. Na alínea h) do §16 do Projeto consagra-se que a AdC pode considerar para efeitos de determinação da medida da coima, entre outros critérios, os antecedentes do visado em matéria de infracções às regras de concorrência;
- ii. No §17 a AdC indica que nos antecedentes do visado em matéria de infracção às regras da concorrência serão consideradas as decisões definitivas previamente adoptadas pela Comissão Europeia ou por uma autoridade nacional de concorrência que tenham condenado o visado pela violação dos artigos 101.º ou 102.º TFUE em termos idênticos ou semelhantes à violação apurada pela AdC, caso o visado continue a cometer a mesma infracção ou cometa uma infracção semelhante.

22. Ora, na medida em que tais antecedentes possam contribuir para o agravamento da medida da coima (§48 do Projecto) e digam respeito a decisões definitivas

⁵ *Idem*, pág. 250.

⁶ *Idem*, pág. 251.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

tomadas por autoridades de concorrência de outros Estados membros no âmbito de investigações paralelas da mesma infracção sancionada pela AdC, poderá estar em causa uma violação do princípio geral *Ne bis in idem*. Será o caso, nomeadamente, quando as autoridades de concorrência de outro Estado membro da UE apliquem coima por violação dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE.

23. Adicionalmente, se coimas pagas noutros Estados membros por violações ao Direito da Concorrência resultantes de investigações paralelas da mesma infracção não forem, ao abrigo das Futuras Linhas de Orientação, consideradas como circunstâncias atenuantes (§50) para efeitos do cálculo do montante total da coima a pagar, coloca-se sob escrutínio a proporcionalidade da coima aplicada pela AdC.
24. Ainda no contexto do cálculo do montante da coima concretamente aplicável, discorda-se da redacção proposta para o §43 das Linhas de Orientação, que estipula que *“no cálculo da duração, os períodos inferiores a um semestre serão contabilizados como meio ano e os períodos superiores a seis e inferiores a doze meses serão contabilizados como um ano completo”*.
25. Não subsistindo qualquer tipo de continuidade da infracção ao longo do tempo, ou a sua periodicidade, não se pode, durante períodos intermitentes, afirmar que determinado visado participou em práticas anti-concorrenciais.
26. Por conseguinte, a aplicação de um multiplicador que leva em conta o número de anos de participação deve ser devidamente calibrado, sob pena de cálculos de coimas que resultem em condenações *“em excesso”* e, portanto, com repercussões gravosas na *“exactidão”* do período a considerar, em particular quando associado a um factor de multiplicação (por cada ano de infracção).

27. Assim, não deverá dizer-se que “os períodos inferiores a um semestre serão contados como meio ano”, designadamente naqueles casos em que há, a título de exemplo, um único e-mail de prova alegadamente incriminatória num ano.
28. Como bem refere o Tribunal Geral, “há que considerar que a falta de provas documentais a respeito do período controvertido não pode ser suprida pela afirmação, que figura no considerando 380 da decisão, de que o cartel em causa configura uma infracção única e continuada. De facto, tal constatação não pode permitir que se considere a Gosselin responsável a respeito de todo o tempo durante o qual perdurou o cartel. **Assim, o n.º 24 das orientações de 2006 não remete para a duração da infracção, mas sim para a duração da participação de cada empresa na infracção**» (Acórdão do Tribunal Geral (Oitava Secção) de 16.6.2011, *Gosselin Group NV* (T-208/08) e *Stichting Administratiekantoor Portielje* (T-209/08) / Comissão Europeia, §167).
29. Já a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia consagra que, se a participação de uma empresa não se estender à totalidade do período de duração da infracção, globalmente considerada, nem tendo a mesma conhecimento das condutas que as demais empresas foram praticando entre si ao longo de todo o período, não pode ser imputada a essa empresa uma participação correspondente à totalidade da duração da infracção, mas, inversamente, apenas a que corresponda aos momentos da sua efectiva participação (acórdão de 24.9.2019, *HSBC Holdings e O. C. Comissão*, T-105/17, EU:T:2019:675, §200; acórdão de 24.6.2015, *Fresh Del Monte Produce/Comissão e Comissão/Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P e C-294/13 P, EU:C:2015:416, §159; acórdão 6.12.2012, *Comissão/Verhuizingen Coppens*, C-441/11 P, EU:C:2012:778, §§ 44 e 47).
30. O que leva à imperiosa conclusão de que, não havendo provas suficientemente numerosas da alegada participação do visado na alegada infracção nos anos relativamente aos quais se lhe imputa a mesma, uma eventual condenação do



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

visado e cálculo do montante da coima apenas poderiam ocorrer nos anos para os quais existem, alegadamente, elementos de prova suficientemente sustentados.

31. Por último, consideramos ainda que a proporção (%) prevista no §33 do Projecto – nos termos da qual a Componente Geral terá um peso de 70% e a Componente Individual terá um peso de apenas 30% - é desproporcional, pois não permitirá refletir de forma expressiva na medida concreta da coima o comportamento individual do visado.

B. DO VOLUME DE NEGÓCIOS “DIRETA OU INDIRETAMENTE RELACIONADO COM A INFRAÇÃO” (§§ 8, 27, 29, 30, 40 e 45 DO PROJECTO)

32. A AdC utiliza a metodologia apresentada nas suas Linhas de Orientação sobre a aplicação de coimas na determinação concreta das coimas aplicáveis.

33. À luz dos §§8, 27, 29, 30, 40 e 45 do Projecto, a metodologia aí enunciada toma em consideração o volume de negócios **directa ou indirectamente relacionado com a infracção**.

34. Na mesma linha, 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 da Comissão Europeia” (“**Orientações da UE**”) – que foram especialmente tidas em conta pela AdC na elaboração das suas Linhas de Orientação (§12) –, estatuem que “[p]ara determinar o montante de base da coima a aplicar, a Comissão utilizará o valor das vendas de bens ou serviços, realizadas pela empresa, relacionadas directa ou indirectamente com a infracção, na área geográfica em causa (...)” (§13 das Orientações da UE, destaques nossos).

35. Também o Tribunal de Justiça da UE já teve oportunidade de se pronunciar sobre a interpretação a dar à passagem transcrita das Orientações, dizendo que o “conceito de valor das vendas visado no referido ponto 13 não po[de], é certo, ser alargado de modo

*a englobar as vendas realizadas pela empresa em questão que não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do cartel em causa*⁷ (destaques nossos).

36. Contudo, com frequência, a utilização de volumes de negócios nos mercados afectados contradiz a letra e o espírito das Linhas de Orientação emanadas pela própria AdC.
37. No caso de processos paralelos por alegadas infracções jusconcorrenciais que envolvam os mesmos mercados, o volume de negócios a considerar para o cálculo do montante base da coima deve reportar-se exclusivamente aos volumes de vendas directamente relacionados com a infracção (ou seja, os relativos à comercialização de produtos do fornecedor pelo distribuidor em causa).
38. Não devendo os produtos considerados afectados pela alegada infracção ser todos os produtos no mercado identificado pela AdC, mas apenas os produtos fornecidos pelo fornecedor em questão.
39. Se assim não for, o montante de base da coima poderá ser calculado com base em factos que não são imputados ao(s) visado(s).
40. Mais, no caso de processos paralelos que envolvam o mesmo mercado, as vendas de cada distribuidor visado de certo produto fornecido pelo Fornecedor A, Fornecedor B ou Fornecedor C (ou de outros fornecedores) podem ter sido já computadas pela AdC nos outros processos e incluídas no volume de negócios alegadamente relacionado com a infracção, se o método utilizado não for o correto.

⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.11.2014, *Guardian Industries*, proc. C-580/12 P, EU:C:2014:2363, §57.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

41. Isto significa que, *in casu*, cada visado estará a ser punido duas vezes pela mesma alegada infracção.
42. Pelo que nos deparamos com uma inequívoca violação do princípio do *ne bis in idem*, dominantemente ancorado no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição, princípio basilar do direito penal e das contraordenações.
43. É de fundamental importância, assim, que a AdC possa esclarecer e concretizar, nas futuras Linhas de Orientação, após o Projecto, o sentido e alcance da expressão “*volume de negócios direta ou indiretamente relacionado com a infração*”.

C. DAS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES (§§ 48 E 50 DO PROJECTO)

44. Quanto às circunstâncias atenuantes, o Projecto dedica-se, maioritariamente, quando não mesmo quase exclusivamente, às circunstâncias agravantes para a determinação da coima (duração da infracção, infracções especialmente graves, reincidência, etc.) e, em geral, olvida-se das circunstâncias atenuantes.
45. Assim, no §50 do Projecto não está expressamente incluída a valoração (como circunstância atenuante) da ausência de antecedentes jusconcorrenciais contraordenacionais da empresa visada..
46. É verdade que no mesmo § 50 vem escrito que “*a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência durante a investigação para além dos casos de cumprimento estrito do dever de colaboração previsto na Lei n.º 19/2012*” é uma circunstância atenuante.
47. Em todo o caso, face à prática existente, é nosso entendimento de que a AdC deveria exprimir expressamente a ideia de que o exercício dos direitos de audição



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

e defesa em caso algum pode ser negativamente valorado. Até porque corresponde a uma exigência do Estado de Direito. Em particular, o exercício dos direitos de defesa e a não confissão das infracções não podem excluir a existência de uma circunstância atenuante, nem devem ser considerados como exercício dilatório com vista a dificultar e obstaculizar a normal marcha do processo. Tratar-se-ia de uma afirmação populista e perigosa.

48. O mesmo se diga das respostas dos visados a pedidos de elementos de informação e ainda a pedidos de classificação de informação confidencial.
49. A sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 14.12.2005 (“Ordem dos Médicos Dentistas” - proc. 1307/05TYLSB) não deixa margem para dúvidas quando afirma que *“o artigo 44.º [norma da anterior Lei 18/2003, que tem inteira correspondência com o actual artigo 69.º do RJC] considera atendível não é a confissão da arguida (assumir a participação é confessar) mas sim a colaboração prestada até ao termo do processo administrativo. São duas coisas perfeitamente distintas e que não têm qualquer relação entre si. Uma arguida pode ser colaborante e não confessar assim como uma arguida pode não ser colaborante e confessar. No caso, a arguida prestou à AdC toda a colaboração por esta solicitada, entendendo o tribunal que tal atitude deve ser valorada como atenuante”* (nosso sublinhado).
50. Ou seja, na aplicação da coima, a AdC deve valorar positivamente a conduta construtiva e colaborativa dos visados, enquanto circunstância atenuante, nos termos da alínea i) do n.º 1 do artigo 69.º do RJC e § 50 do Projecto, ou pelo menos, não valorar como circunstância agravante o exercício do direito de audiência, defesa e recurso dos visados, ou seja, não deve considerar como englobados no conceito de *“não colaboração”* o exercício do direito de audiência e de defesa, não confissão e impugnação judicial.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

51. Prosseguindo, consideramos igualmente insuficiente que se apenas mencione, nos §16, alínea f) e §50 do Projecto “*As ações e comportamentos do visado no processo tendentes à eliminação das práticas proibidas ou à reparação dos prejuízos causados à concorrência*” e “*O comportamento do visado 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 (...)*”; enquanto circunstâncias atenuantes.
52. Para além destas situações, existem outras iniciativas que deveriam relevar enquanto circunstância atenuante e mereceriam uma menção expressa, designadamente a adopção de Programas de *compliance*, de formação dos colaboradores, etc.
53. No nosso ordenamento jurídico, em matéria penal, a Lei n.º 94/2021, que aprovou medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, e alterou o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis conexas e, mais concretamente, o Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de Dezembro⁸ surgiram como compêndios legislativos que, pela primeira vez, conferiram de relevância jurídica aos programas de *compliance*.
54. De acordo com LOTHAR KUHLEN, designam-se como *Compliance* as medidas através das quais as empresas pretendem assegurar-se de que são cumpridas as regras vigentes para as mesmas e seus trabalhadores, garantindo ainda que as infracções são descobertas e, eventualmente, sancionadas⁹.

⁸ Cf. Artigo 5.º e seguintes.

⁹ LOTHAR KUHLEN, “Cuestiones fundamentales de Compliance y derecho penal”, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013, p.21.

55. Por força da aplicação subsidiária sucessiva dos diplomas, é possível aplicar estes subsídios do direito penal ao direito contraordenacional jus-concorrencial (cfr. artigos 13.º do RJC, 41.º do RGCO e 4.º do CPP).
56. Inclusive, diga-se de passagem, que, em Espanha, a responsabilidade penal das pessoas colectivas poderá ser excluída se estas tiverem em correcto funcionamento estes programas.
57. Nesta linha, subscrevemos a opinião de ANA TERESA FIGUEIRA MOREIRA que defende que *“poderia um programa de cumprimento normativo efectivo relevar na determinação concreta da pena, atendendo aos factores do artigo 71.º do CP”*¹⁰ (realces nossos).
58. No mesmo sentido a prof. SUSANA AIRES DE SOUSA afirma que *“a existência de um programa de cumprimento efectivo sempre poderá ser ponderada na determinação da medida da pena da pessoa colectiva por via de uma ponderação e apreciação dos critérios e factores legalmente estabelecidos [de determinação da medida da pena], enquanto circunstância que possa depor, na expressão legal, a favor do agente”*¹¹.
59. Na senda de uma progressiva e continuada sensibilização do ordenamento jurídico português para a relevância penal (e contraordenacional) da existência destes programas de *compliance*, somos do entendimento que, em processos contra-ordenacionais por violação do Direito da Concorrência, a existência e cumprimento efectivo deve ser valorada expressamente como circunstância atenuante para efeitos de cálculo do montante da coima, alterando-se o §50 do Projecto em conformidade.

¹⁰ ANA TERESA FIGUEIRA MOREIRA, *A influência do Compliance na determinação da medida concreta da pena das pessoas colectivas à luz da lei n.º 94/2021*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2023.

¹¹ SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra, Almedina, 2018, p.134.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

D. DA NÃO COMUNICAÇÃO DO MONTANTE CONCRETO DA COIMA NA NOTA DE ILICITUDE (§§ 70 E 71 DO PROJECTO)

60. A Nota de Ilicitude (“NI”) deve fornecer ao visado todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, em matéria de facto e de direito, sob pena de violação dos artigos 24.º, n.º 3, alínea *a*), e 25.º, n.º 1, do RJC e, bem assim, através deles do direito de defesa dos visados e da presunção de inocência (artigo 32.º, n.ºs 1 e 10, da Constituição).
61. A NI é **um acto substancialmente acusatório**, sendo aplicável integralmente à NI o disposto no artigo 283.º, n.º 3, do CPP, alínea *b*).
62. Por os visados beneficiarem da presunção de inocência, entendemos que a AdC deverá exprimir a sua vinculação a uma descrição completa, na NI, das circunstâncias que fundamentam a acusação, assim assegurando o exercício de um direito de defesa compatível com essa presunção, na medida em que a garantia do direito de defesa implica fornecer aos visados as informações necessárias para que um inocente se possa defender.
63. Sendo a NI o momento por excelência em que é dada aos visados a possibilidade de se defenderem, **é nesse momento que os visados devem ser informados das circunstâncias relevantes para a determinação da coima, da metodologia de cálculo utilizada e da coima concreta aplicada.**
64. Sem prejuízo de tratar-se de um cálculo provisório.
65. Mas que, ainda assim, **deverá ser sujeito ao contraditório das visadas, que deverão ter o direito de apresentar um diferente cálculo, circunstâncias atenuantes, etc.**



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

66. Ficando os visados, de acordo com o Projecto, **impedidos de alegar perante a AdC de modo completo sobre estes pontos.**
67. Destarte, não concordamos com a leitura conjugada dos §§ 70 e 71 do Projecto que infra se reproduzem: “70. Com a notificação da Nota de Ilícitude [artigo 24.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 19/2012] são comunicados ao visado no processo os critérios a considerar na determinação concreta da coima; os volumes de negócios totais considerados para efeitos da determinação do limite máximo da coima⁷; o volume de negócios relacionado com a infração; a qualificação da gravidade da infração e a duração da mesma, entre outros fatores relevantes e sem prejuízo dos elementos e informações que forem trazidos ao conhecimento da Autoridade da Concorrência durante a fase de instrução do processo, designadamente no contexto da pronúncia do visado sobre a Nota de Ilícitude. 71. **Na Nota de Ilícitude não é comunicada a coima concreta a aplicar, uma vez que nessa fase do processo não estão reunidos todos os elementos necessários ao seu apuramento**” (sublinhados nossos).
68. Sugerindo-se a sua alteração em conformidade.

Lisboa, 12 de Abril de 2024

SÉRVULO & ASSOCIADOS – SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SP, RL