



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ex^{ma} Senhora

Av^a de Berna, 19
1050-037 Lisboa

Carta Registada

1^a Secção

Autos de Recurso n^o **383/15**

Vindos do Tribunal da Relação de Lisboa (Proc^o n^o
204/13 6YUSTR L1, 3^aSec

Recorrente(s) 1- Ministerio Publico
2- Sport TV Portugal, S A
Recorrido(s) Autoridade da Concorrência

Fica V Ex^a notificado da **Decisão Sumaria** n^o
216/2016, proferida pelo Exm^o Juiz Cons Relator - nos termos do
n^o 1 do artigo 78^o-A da LTC (**redacção da Lei n^o 13-A/98, de 26
de Fevereiro**) - nos autos acima indicados, cuja fotocopia se
junta

Lisboa, 15 de abril de 2016

A Oficial de Justiça,

Nota Neste Tribunal não ha lugar ao pagamento de taxas de justiça inicial
(art^o 5^o do DL n^o 303/98, de 7 de Outubro)

Rua de O Seculo, 111, 1249-117 Lisboa Tel 213 233 600/700 Fax 213233610
Home Page [http //www tribunalconstitucional pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)
email [processos@tribconstitucional pt](mailto:processos@tribconstitucional.pt)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Decisão Sumária n.º 216/2016

Processo n.º 383/15

1.ª Secção

Relator João Pedro Caupers

Decisão Sumária (n.º 1 do artigo 78.º-A da Lei do Tribunal Constitucional)

I Relatório

1 Nos presentes autos, **Sport TV Portugal, SA** foi condenada pela Autoridade da Concorrência pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos artigos 6.º, 4.º, n.º 1, alíneas *c*) e *e*), 42.º, 43.º, n.º 1, alínea *a*), 44.º e 45.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e pelo artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia numa coima no valor de €3 730 000 e na sanção acessória de publicação de um extrato da decisão condenatória na II Serie do *Diário da República* e num jornal de expansão nacional

2 Inconformada, a sociedade condenada impugnou judicialmente esta decisão

O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, por sentença proferida em 4 de junho de 2014, julgou parcialmente procedente a impugnação judicial, condenando a arguida pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos artigos 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *a*), 4.º, n.º 1, alínea *e*), e 43.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, numa coima no valor de €2 700 000

3 A arguida interpôs recurso de tal sentença para o Tribunal da Relação de Lisboa que, por acórdão de 11 de março de 2015 decidiu

«()

c) Julgar improcedente o recurso interposto pela arguida “sport TV Portugal, SA” da sentença proferida na 1.ª instância,

d) Recusar a aplicação da norma que se extrai do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que estabelece o limite máximo da coima aplicável a contraordenação prevista nos artigos 11.º e 68.º, n.º 1, alínea *a*), desse mesmo diploma, (fls 39700-40213)»



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4 O Magistrado do Ministério Público interpôs recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto no artigo 70º, n.º 1, alínea a), da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), com fundamento na recusa de aplicação da norma supra referida (fls 18229)

5 Sport TV, SA interpôs recurso de constitucionalidade do mesmo acórdão, ao abrigo do artigo 70º, n.º 1, alínea b), da LTC

É o seguinte o teor do requerimento de recurso

«1 O presente recurso, interposto ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70º da LTC, tem em vista a apreciação da inconstitucionalidade da norma constante do artigo 69º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência), nos termos da qual *“a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior a decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência”* Esta norma corresponde, na sua primeira parte, aquela constante do proemio do n.º 1 do artigo 43º, do anterior Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, alterada pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de novembro, pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e pelas Leis n.º 52/2008, de 28 de agosto, e 46/2011, de 24 de junho

2 Os princípios e normas constitucionais que se consideram violados pela referida disposição são os seguintes

i) o **princípio da legalidade**, consagrado no artigo 29º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, nomeadamente por violação da **proibição de medidas privativas ou restritivas da liberdade com duração ilimitada ou indefinida**, consagrada no artigo 30º, n.º 1, da Constituição,

ii) os **princípios da separação e interdependência dos órgãos de soberania e da indisponibilidade de competências**, ambos consagrados no artigo 111º, n.ºs 1 e 2, da Constituição,

iii) o **princípio da igualdade**, consagrado no artigo 13º, n.º 1, da Constituição,

iv) e o **princípio da proporcionalidade**, consagrado no artigo 18º, n.º 2, da Constituição, que emana também do **princípio do Estado de Direito** consagrado no artigo 2º da Constituição, tudo sem prejuízo da possibilidade de o Tribunal Constitucional vir a conhecer ainda da violação de outras normas ou princípios constitucionais (cfr artigo 79º-C da LTC)

3 As questões de inconstitucionalidade cuja apreciação ora se requer foram prévia e devidamente suscitadas pela Recorrente durante o processo, quer nas alegações do recurso de impugnação da decisão da Autoridade da Concorrência (cfr, designadamente, as conclusões 33 e 34), quer nas alegações do recurso interposto da sentença proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que julgou parcialmente procedente a impugnação judicial daquela decisão (cfr, designadamente, as conclusões xxxiii e xxxiv) Tudo como adiante mais concretamente se descreve

4 A contraordenação em causa no presente processo foi determinada por decisão da Autoridade da Concorrência, que a aplicou a Arguida, ora Recorrente, uma coima no montante de € 3 730 000,00, aplicando, entre outras normas legais, o disposto no artigo 43º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5 A Recorrente impugnou judicialmente essa decisão, mediante recurso interposto para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, no qual invocou a inconstitucionalidade da norma constante do proemio do n.º 1 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, quer quanto ao segmento normativo que determina a amplitude da moldura sancionatoria, quer quanto ao segmento normativo que estabelece como limite máximo da coima o valor correspondente a uma certa percentagem de um determinado elemento económico-financeiro do próprio agente, indeterminável *a priori* (“10% do volume de negócios”) quer ainda quanto ao segmento normativo que estabelece o *volume de negócios* do agente como critério de determinação do valor máximo da coima aplicável (cfr Título VII, Subtítulo 1), artigos 869.º a 893.º, páginas 279 a 287 das alegações de recurso)

6 O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, por sentença proferida em 4 de junho de 2014, julgou parcialmente procedente a impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência, tendo condenado a Arguida, pela prática de uma contraordenação prevista e punida, a data dos factos, pelos artigos 6.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, alínea e) *ex vi* artigos 6.º, n.º 3, alínea a), e n.º 1, e 43.º, n.º 1, alínea a), todos da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e, atualmente, pelos artigos 11.º, n.ºs 1 e 2, alínea c) e 68.º, n.º 1, alínea a), ambos da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, numa coima no montante de € 2 700 000 (dois milhões e setecentos mil euros) Quanto as questões de inconstitucionalidade invocadas pela Arguida, entendeu este Tribunal julga-las improcedentes, não obstante ter considerado que as mesmas poderiam colocar-se, do mesmo modo, relativamente ao artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, preceito que acabou por aplicar ao caso concreto, por entender ser concretamente mais favorável a Arguida

7 Inconformada com a sentença proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, a Recorrente interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, no qual, em face da decisão de aplicação ao caso concreto, quanto a determinação da medida da coima, do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, invocou a inconstitucionalidade da norma constante desse preceito Mais uma vez, e porque, no essencial, o artigo 69.º, n.º 2, consagra a mesma norma que o proemio do n.º 1 do artigo 43.º do anterior Regime Jurídico da Concorrência, a Recorrente invocou a inconstitucionalidade da norma (i) quanto ao segmento normativo que determina a amplitude da moldura sancionatoria, (ii) quanto ao segmento normativo que estabelece como limite máximo da coima o valor correspondente a uma certa percentagem de um determinado elemento económico-financeiro do próprio agente, indeterminável *a priori* (“10% do volume de negócios”) (iii) e quanto ao segmento normativo que estabelece o *volume de negócios* do agente como critério de determinação do valor máximo da coima aplicável (cfr Título VI, Subtítulo 1), parágrafos 353 a 373, páginas 156 a 167 das alegações de recurso)

8 O acórdão de que ora se recorre, proferido pela 3.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa, julgou improcedente o recurso interposto pela Arguida, mantendo a decisão do Tribunal de primeira instância Relativamente à arguição de inconstitucionalidade, embora tenha julgado improcedentes as questões suscitadas pela Recorrente, estribando-se, essencialmente, na argumentação dos Acórdãos n.ºs 574/95 e 41/2004 do Tribunal Constitucional, o Tribunal da Relação de Lisboa acabou por concluir pela inconstitucionalidade do artigo 69.º, n.º 2, do Novo Regime Jurídico da Concorrência, por ofensa do princípio da legalidade, na medida em que estabelece uma variação no tempo do valor máximo da coima – o que, ainda que não constitua objeto do recurso que ora se interpõe, levanta, desde logo, serias dúvidas sobre a validade constitucional do preceito

9 Em concreto, relativamente a questão da «*excessiva amplitude da moldura [sancionatoria] aplicável*» o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que () o



J

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

legislador, em qualquer dos mencionados diplomas, não se limitou contudo a prever a moldura da sanção aplicável tendo também estabelecido nos artigos 44 ° da Lei n ° 18/2003 de 11 de Junho e no artigo 69 °, n ° 1, da Lei n ° 19/2012, de 8 de Maio, critérios concretos e precisos para determinação da medida da coima () Ora a existência desses critérios que em muito ultrapassam os vetores indicados nos n °s 1 e 2 do artigo 18 ° do RGIMOS e a indicada natureza do procedimento de determinação da sanção, reduzem em muito os poderes do aplicador e permitem o seu controle Não existe por isso, a nosso ver qualquer violação dos n °s 1 e 2 do artigo 111 ° da Constituição (cfr pag 211 acórdão recorrido)

10 Pretende, pois, a ora Recorrente que o Tribunal Constitucional aprecie a inconstitucionalidade da norma constante do n ° 2 do artigo 69 ° da Lei n ° 19/2012, de 8 de maio, relativamente ao seu segmento normativo que, no caso concreto, estabelece uma **moldura sancionatoria amplíssima – tendo como mínimo o valor de €3,74 e como máximo o valor de €13 937 159,10 –**, na medida em que viola o princípio da legalidade, nomeadamente por violação da proibição de medidas privativas ou restritivas da liberdade com duração ilimitada ou indefinida, os princípios da separação e interdependência dos órgãos de soberania e da indisponibilidade de competências e, ainda, o princípio da proporcionalidade

11 Com efeito, nesta primeira perspetiva, a aplicação da norma cuja inconstitucionalidade se suscita, conduz a uma excessiva indeterminação da sanção, implicando que, na prática, se verifique a transferência para o aplicador do cerne da competência do legislador na determinação dos mínimos e máximos da sanção aplicável No caso, os limites extraordinariamente amplos da moldura sancionatoria não só põem em causa a previsibilidade da sanção, pela transferência para o aplicador do direito de uma tarefa da qual o legislador total ou parcialmente se demitiu, como põem em causa a razoabilidade ou proporcionalidade *stricto sensu* desta sanção de caráter contraordenacional quando comparada com sanções aplicáveis no âmbito do direito penal, ferindo gravemente a harmonia do sistema sancionatorio público e as ideias essenciais de culpabilidade e de gravidade do ilícito que enformam o Estado de Direito Democrático

12 No que respeita ao limite máximo da coima, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que “ () tendo em conta a natureza do bem jurídico protegido pelo tipo legal que visa assegurar o cumprimento de uma das incumbências prioritárias do Estado em matéria económica () a grande diversidade do estatuto económico dos agentes das infrações e a necessidade de garantir que as sanções para além de se adequarem ao grau de culpa satisfaçam plenamente as necessidades preventivas que no caso se verificam, não vemos que o estabelecimento de um limite máximo tão elevado ofenda qualquer dos corolários do princípio da legalidade e do princípio da tipicidade que dele decorre” (cfr pag 212 acórdão recorrido)

13 Pretende, pois, a ora Recorrente que o Tribunal Constitucional aprecie a inconstitucionalidade da norma constante do n ° 2 do artigo 69 ° da Lei n ° 19/2012, de 8 de maio, relativamente ao seu segmento normativo que determina um **limite máximo da coima volátil e indeterminável** até ao momento da efetivação da decisão da Autoridade da Concorrência – «10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior a decisão final condenatoria proferida pela Autoridade da Concorrência» –, na medida em que viola o princípio da legalidade, nomeadamente por violação da proibição de medidas privativas ou restritivas da liberdade com duração ilimitada ou indefinida, os princípios da separação e interdependência dos órgãos de soberania e da indisponibilidade de competências e, ainda, o princípio da proporcionalidade

14 Não se trata, assim, de averiguar somente da admissibilidade constitucional da amplitude da moldura sancionatoria, mas também da própria indeterminação e volatilidade do



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

patamar máximo possivelmente aplicável, que implica que o próprio agente, na autodeterminação da sua conduta, não tenha cabal conhecimento das consequências da mesma, já que não conhece, nem pode conhecer, qual será o concreto volume de negócios considerado, ficando a determinação concreta da coima a mercê da demora ou celeridade procedimental de uma autoridade administrativa

15 Por último, quanto a questão suscitada a propósito do *volume de negócios* o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu que '() embora () seja legítimo discutir se o valor de referência escolhido pelo legislador para a fixação do limite máximo da coima (*volume de negócios*) e o mais justo e adequado discussão que extravasa o domínio do controlo da conformidade constitucional das normas entendemos que a sua escolha não consubstancia qualquer violação do princípio da igualdade uma vez que se trata de um elemento que reflete a dimensão e a situação económica do agente não existindo nisso qualquer arbitrariedade (cfr pag 211 do acórdão recorrido)

16 Pretende, pois, a ora Recorrente que o Tribunal Constitucional aprecie a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, quanto ao segmento normativo que estabelece o *volume de negócios* do agente como critério de determinação do valor máximo da coima aplicável, na medida em que viola os princípios da igualdade e da proporcionalidade

17 Na verdade, a utilização do critério do *volume de negócios* para a determinação da medida concreta da coima implica que, na prática, a empresas com situações económico-financeiras diferentes sejam aplicadas coimas de igual valor, ou vice-versa, porque se ignora completamente o nível de custos que as empresas têm obrigatoriamente que suportar para manter o negócio Mas igualmente grave é também o facto de esse critério implicar que a determinação da medida concreta da coima surja completamente desligada ou desassociada do tipo de ilícito praticado, já que pode levar a que a empresas que tenham cometido o mesmo tipo de ilícito, durante o mesmo período de tempo e obtendo benefícios económicos idênticos, sejam aplicadas coimas completamente diferentes, em termos de valores absolutos, de tal como que num caso pode levar à total falência da empresa e noutra não

18 A terminar, antecipando eventuais objeções a admissibilidade do presente recurso pelo facto de estarem em causa normas do direito de mera ordenação social, cumpre sublinhar que é inequívoca a aplicação das normas constitucionais que têm por objeto sanções criminais (penas e medidas de segurança) a sanções de outros ramos do direito sancionatório de carácter punitivo, como sucede no caso concreto A este propósito, chame-se a colação o Acórdão n.º 574/95, no qual o Tribunal Constitucional afirmou que *o princípio da legalidade das sanções, o princípio da culpa e, bem assim o princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida valem na sua ideia essencial para todo o direito sancionatório público, maxime para o domínio do direito de mera ordenação social* (cfr, no mesmo sentido, o Acórdão n.º 227/92)

19 O presente recurso sobe imediatamente, nos próprios autos, e tem efeito suspensivo, nos termos do n.º 3 do artigo 78.º da LTC, considerando o disposto no artigo 74.º, n.º 4, do Regime Geral das Contraordenações (Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, na redação atual) e nos artigos 406.º, 407.º e 408.º do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, na redação atual) » (fls 18249 – 18259)

Cumprе apreciar e decidir



8

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

II Fundamentos

A Do recurso do Ministério Público

6 Importa começar por apreciar da utilidade, para o caso concreto, da análise da questão de constitucionalidade suscitada neste recurso, utilidade essa que é aferida pela repercussão que o julgamento da questão de constitucionalidade possa ter no momento em que se deva proceder a reforma da decisão recorrida

Esta em causa a recusa de aplicação, por parte do tribunal recorrido, da norma do artigo 69º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que estabelece o limite máximo da coima aplicável a contraordenação prevista nos artigos 11º e 68º, n.º 1, alínea a), desse mesmo diploma (julgamos que a referência ao artigo 69º, n.º 1, se ficou a dever a lapso)

No acordão recorrido o Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade, adiantando porém que, por no caso concreto a aplicação de tal preceito ser mais favorável a arguida - estando consequentemente vedada a alteração do montante da coima concretamente fixada, em prejuízo desta, nos termos do artigo 72º-A do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação social (doravante, "RGIMOS") -, tal pronúncia não se poderia refletir no decidido

Tal significa que, ainda que o Tribunal Constitucional concedesse provimento ao recurso de constitucionalidade, sempre se manteria o sentido da decisão quanto ao montante da coima concretamente aplicada

O seguinte trecho é elucidativo do que acabámos de dizer

«19 – Isso não quer dizer que não consideremos que o artigo 69º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, se bem que numa outra dimensão, não ofenda o princípio da legalidade constitucionalmente consagrado

Tal como disse anteriormente este tribunal a propósito da interpretação da norma correspondente da lei de 2003 (), 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 a decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência», e, a nosso ver, claramente violador do corolário do princípio da legalidade «nullum crimen, nulla poena, sine lege certa»

Por isso, não pode este tribunal aplicar essa norma – artigo 204º da Constituição –, se bem que ela surgisse no caso, em abstrato, como mais favorável a arguida ()

Essa inaplicabilidade não afeta, contudo, o dever de este tribunal respeitar o disposto no artigo 72º-A do RGIMOS, não podendo, portanto, num recurso interposto apenas pela arguida, modificar a sanção aplicada em prejuízo da recorrente »



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Assim, atendendo a natureza instrumental da fiscalização concreta da constitucionalidade, como e jurisprudência uniforme deste Tribunal, a insusceptibilidade de a decisão do recurso de constitucionalidade se repercutir utilmente na decisão da questão de fundo leva ao não conhecimento do objeto do recurso do Ministerio Publico

B Do recurso da recorrente SPORT TV

7 Analisemos agora o recurso da recorrente, que pretende ver apreciada a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 69 °, n ° 2, da Lei n ° 19/2012, de 8 de maio (que aprovou o Novo Regime Juridico da Concorrência), no segmento normativo que, no caso concreto, estabelece uma moldura sancionatoria «amplíssima» - tendo como mínimo o valor de €3,74 e como máximo o valor de €13 937 159,10 -, por alegada violação «do principio da legalidade, nomeadamente por violação da proibição de medidas privativas ou restritivas da liberdade com duração ilimitada ou indefinida, os principios da separação e interdependência dos órgãos de soberania e da indisponibilidade de competências e, ainda, o principio da proporcionalidade »

Tal norma apresenta a seguinte redação

«Artigo 69 °

Determinação da medida da coima

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

- a) A gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional,
- b) A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração,
- c) A duração da infração,
- d) O grau de participação do visado pelo processo na infração,
- e) As vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas,
- f) O comportamento do visado pelo processo na eliminação das praticas restritivas e na reparação dos prejuizos causados a concorrência,
- g) A situação economica do visado pelo processo,
- h) Os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração as regras da concorrência,

1) A colaboração prestada a Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento

2 - No caso das contraordenações referidas nas alneas a) a g) do n ° 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do n ° 1 não pode exceder 10 % do volume de negocios realizado no exercicio imediatamente anterior a decisão final condenatoria proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negocios agregado das empresas associadas »



8

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8 Antes de prosseguir, importa sublinhar que, não obstante invocar princípios constitucionais em abono da pretensão, o modo como esta questão foi configurada pela recorrente não corresponde a suscitação de uma questão de constitucionalidade *normativa*, no sentido acima apontado. Com efeito, ao questionar os limites mínimo e máximo da moldura *concreta* da coima a aplicar ao caso em apreço, nos termos do artigo 69º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, sindicava-se matéria relativamente a qual o Tribunal Constitucional é incompetente, o que e quanto basta para obstar ao conhecimento desta questão.

Ainda que se concedesse que a recorrente pretendia suscitar a questão relativamente a amplitude da moldura *abstrata* sancionatória, em face da recente jurisprudência do Tribunal nessa matéria, sempre seria de negar provimento ao recurso, como seguidamente se demonstrara.

Como decorre da questão enunciada pela recorrente no ponto 10 do seu recurso, acima transcrito, a invocação de inconstitucionalidade baseia-se, num primeiro momento argumentativo, na alegação de que a excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima, além de tornar a sanção imprevisível - transferindo para o aplicador da lei a fixação da sanção que, em rigor, cabe ao legislador -, põe em causa a razoabilidade ou proporcionalidade *stricto sensu* da sanção de carácter contraordenacional, quando comparada com sanções aplicáveis no âmbito do direito penal. Tal circunstância ofenderia gravemente a harmonia do sistema sancionatório público e as ideias essenciais de culpabilidade e de gravidade do ilícito, que enformam o Estado de direito democrático.

Numa segunda linha de argumentação, a recorrente sustenta que a volatilidade e a indeterminação do limite máximo estabelecido (10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior a decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência) resulta em que o próprio agente, na autodeterminação da sua conduta, não antecipe as consequências da mesma, já que não conhece, nem pode conhecer, o concreto volume de negócios considerado, ficando a determinação concreta da coima a mercê da demora ou celeridade procedimental de uma autoridade administrativa. Tal facto seria, alegadamente, ofensivo do princípio da legalidade, nomeadamente por violação da proibição de medidas privativas ou restritivas da liberdade com duração ilimitada ou indefinida, dos



§

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

princípios da separação e interdependência dos órgãos de soberania e da indisponibilidade de competências e, ainda, do princípio da proporcionalidade

9 Não se trata de questão nova na jurisprudência constitucional. No âmbito da fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional já foi chamado, por diversas vezes, a apreciar a validade constitucional de normas específicas de regimes contraordenacionais, designadamente no que respeita a amplitude de diversas molduras sancionatorias, tendo tido que decidir dos termos em que as normas que contêm princípios constitucionais com relevo em matéria penal valem no domínio contraordenacional.

Neste âmbito, o Tribunal Constitucional tem constantemente sublinhado «a diferente natureza do ilícito, da censura e das sanções» entre o ilícito contraordenacional e o ilícito penal, para justificar que os princípios que orientam o direito penal não são automaticamente aplicáveis ao direito de mera ordenação social.

A mais recente jurisprudência deste Tribunal, ao apreciar da eventual violação do princípio da legalidade pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima, tem-se pronunciado pela não inconstitucionalidade, conforme resulta, por exemplo, do Acórdão n.º 85/2012 (disponível no *site* do Tribunal). Neste aresto o Tribunal chegou mesmo a afirmar que a exigência de determinabilidade do tipo predominante no direito criminal não opera no domínio contraordenacional. Note-se, porém, como sublinha Nuno Brandão (*in Crimes e Contra-Ordenações da Cisão a Convergência Material*, Coimbra, 2016, pp. 896-898), que o Tribunal nunca abandonou por completo a exigência de tipicidade, tendo antes passado a situa-la no âmbito do princípio do Estado de direito vertido no artigo 2.º da nossa Constituição.

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

«9 4 Por fim, a norma objeto do presente recurso deve ser ainda lida em conjugação com a alínea a) do n.º 1 do artigo 388.º do CdVM, que estabelece a moldura sancionatória das contraordenações qualificadas como muito graves, fixada entre 250,00 e 25 000,00 Euros. Não se pode considerar que os limites máximo e mínimo da moldura sancionatória tenham sido fixados de forma a violar o princípio da determinabilidade da norma. De facto, o CdVM



8

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

especifica no artigo 405 ° os criterios que deverão presidir a determinação da medida da coima, nomeadamente a ilicitude concreta do facto, da culpa do agente, os beneficios obtidos, as exigências de prevenção, a natureza singular ou coletiva do agente. A determinação da coima em concreto resulta da ponderação, dentro da margem fornecida pelos limites minimo e maximo estabelecidos pelo n ° 1 do artigo 388 ° do CdVM, das circunstâncias que estão expressamente mencionadas na lei. E, assim, perfeitamente possivel aos destinatarios saber quais são as condutas proibidas, como ainda antecipar, com segurança, a sanção aplicavel ao correspondente comportamento ilicito.

E e nisto que consiste a necessaria determinabilidade dos tipos contraordenacionais. Importa lembrar, com efeito, que da jurisprudência do Tribunal resulta que o estabelecimento de limites alargados das sanções, no dominio contraordenacional, não consubstancia em si uma violação de principios constitucionais, devendo avaliar-se se a lei estabelece outros mecanismos que concorrem para a segurança juridica.

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

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

Mais recentemente, no Acórdão n ° 78/2013, pode ler-se

«A Recorrente, numa segunda linha de argumentação, alega que a moldura legal da coima e manifestamente excessiva, relativamente as consequências da infração, pelo que viola o principio da proporcionalidade.

O n ° 2, do artigo 113 °, da Lei n ° 5/2004, de 10 de fevereiro, na redação aplicada pela decisão recorrida, prevê a aplicação de uma coima entre € 5 000 e € 5 000 000.

O Tribunal Constitucional tem reconhecido ao legislador ordinário uma livre e ampla margem de decisão quanto a fixação legal dos montantes das coimas a aplicar (ver Acórdãos n ° 304/94, n ° 574/95, n ° 547/00, 67/2011 e 132/2011, todos disponiveis in www.tribunalconstitucional.pt), ainda que ressalvando que tal liberdade de definição de limites cessa em casos de manifesta e flagrante desproporcionalidade.

Se e verdade que a moldura sancionatoria em causa se situa em valores muito elevados, ha que ter presente que o cumprimento do dever em causa e essencial a supervisão e fiscalização de um setor de extraordinaria relevância social, sendo certo que estas coimas se aplicam apenas a pessoas coletivas e que na area das comunicações operam empresas de enorme dimensão economica (o rendimento anual das empresas do setor nos ultimos anos têm atingido cerca de 5% do PIB, segundo dados constantes do Anuario do Setor das Comunicações, edição de 2012 da Anacom, que pode ser consultado em www.anacom.pt.) Além disso, ha que ter em conta que pode ocorrer a atenuação especial da punição quando se verifiquem circunstâncias que diminuam de forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade de sanção, sendo, nesses casos, os limites da coima reduzidos a metade (artigo 18 °, n ° 3, do Regime Geral das Contraordenações).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Apesar das recentes alterações introduzidas na Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, terem reduzido substancialmente os limites mínimo e máximo das coimas aplicáveis a esta contraordenação (a previsão passou a ter como limite mínimo € 1 000 e máximo € 1 000 000 – artigo 113.º, n.º 2, mm) e n.º 7), face as ponderações acima efetuadas não é possível afirmar, num critério de evidência, que a anterior moldura legal das coimas prevista para a violação de deveres de informação a Autoridade reguladora do setor e que foi aplicada pela decisão recorrida seja manifestamente excessiva, por se revelar flagrantemente desproporcionada relativamente a infração sancionada.

Finalmente, a Recorrente alega que a moldura legal da coima é demasiado abrangente, violando por isso o princípio da legalidade.

Num Estado de direito democrático a prevenção do crime deve ser levada a cabo com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, estando sujeita a limites que impeçam intervenções arbitrárias ou excessivas, nomeadamente sujeitando-a a uma aplicação rigorosa do princípio da legalidade, cujo conteúdo essencial se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita e certa (*nullum crimen nulla poena sine lege*). E neste sentido que o artigo 29.º, n.º 1, da Constituição, dispõe que ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.

Não se pode afirmar que as exigências deste princípio valham no direito de mera ordenação social com o mesmo rigor que no direito criminal. Aliás nem sequer existe no artigo 29.º da Constituição, que se refere às garantias substantivas do direito criminal, um preceito semelhante aquele que existe no artigo 32.º, a respeito das garantias processuais, alargando-as, com as necessárias adaptações, a todos os outros processos sancionatórios (artigo 32.º, n.º 10). Contudo, sendo o ilícito de mera ordenação social sancionado com uma coima, a qual tem repercussões ablativas no património do infrator, também aqui se devem respeitar os princípios necessariamente vigentes num Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição), como os da segurança jurídica, da proteção da confiança e da separação de poderes (vide, neste sentido, os Acórdãos n.º 41/2004 e 397/12, acessíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

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

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

A simples previsão de aplicação de uma coima entre € 5 000 e € 5 000 000 que constava da redação da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, aplicada pela decisão recorrida, foi entretanto substituída, pelas já referidas alterações introduzidas pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, por um sistema complexo de previsão de coimas que, classificando o incumprimento do dever de prestar as informações consagrado no artigo 108.º, n.º 1 e 3, como uma contraordenação grave (alínea mm), do n.º 2, do artigo 113.º), no n.º 7, do mesmo artigo 113.º, estabeleceu diversas molduras sancionatórias para as pessoas coletivas, de acordo com a sua dimensão

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



8

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

e) Se praticadas por grande empresa, de € 10 000 a € 1 000 000

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

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

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

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

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

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

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

«A segunda questão de constitucionalidade suscitada refere-se a amplitude e consequente indeterminação da moldura punitiva prevista no artigo 211º do RGICSF

Questão semelhante foi já abordada em anteriores arestos deste Tribunal (Acórdãos nºs 574/95 e 572/2001, ambos relativamente ao artigo 670º do Código do Mercado de Valores Mobiliários, que fixava uma coima com o montante mínimo de 500 000\$00 e o máximo de 300 000 000\$00) Os Acórdãos em causa pronunciaram-se em sentido divergente

O problema que neste caso, como no dos arestos citados, emerge é o de uma eventual violação do princípio da legalidade pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima. A excessiva amplitude poderia transferir para a Administração que aplica a coima o poder de definir sanção sem se evidenciarem os critérios que impediriam



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

o mero funcionamento da oportunidade ou outros interesses não controláveis, em termos de legalidade, pelos destinatários das normas. Em última análise, a excessiva amplitude tornaria imprevisível a sanção e transferiria incontrolavelmente para o aplicador do Direito a fixação da sanção que, em rigor, caberia ao legislador.

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

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

Trata-se, com efeito, de ilícitos especialmente graves relacionados com a atividade de instituições de crédito e atividade financeira em que apenas pode estar em causa o perigo para os bens jurídicos ou já danos especialmente graves para a atividade financeira e para pessoas singulares. O facto de o legislador ter fixado no Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (artigo 18º) critérios específicos de determinação da medida da coima, como o do impedimento de que a sanção seja compensada economicamente com os benefícios retirados da infração bem como a dificuldade de determinar esse benefício, revelam que o problema da amplitude só é solucionável neste domínio de infrações pela elevação dos limites máximos. É exatamente essa a perspectiva que leva o legislador alemão a admitir que a medida da coima possa ser elevada até ao necessário para compensar o benefício económico resultante da infração (cf., sobre tal posição do legislador alemão, FERNANDA PALMA e PAULO OTERO, *Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVII, 1996, p. 557 e ss.), caminho pelo qual não enveredou, totalmente, o legislador português, que previu um critério geral de determinação da medida da coima mais moderado, fixando-se um limite para a ultrapassagem do limite máximo da coima (artigo 18º, nº 2, do Regime Geral das Contra-Ordenações). Mas uma tal moderação não pode significar uma renúncia a impedir qualquer compensação económica com a prática da infração (artigo 19º, nº 2, do Regime Geral das Contra-Ordenações).

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

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

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



§

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

intuições éticas imediatas, mas um certo saber técnico e uma lógica de competência e de responsabilidade profissional

Por estas razões, o Tribunal Constitucional conclui que o artigo 211º do RGICSF não viola o princípio da legalidade devido a amplitude de variação das coimas entre o limite mínimo de 200 000\$00 e 200 000 000\$00 »

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

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

E também sabido que estas coimas se aplicam apenas a empresas, tal como definidas no artigo 3.º da referida lei, e que no sector da atividade de televisão e comunicação operam empresas de enorme dimensão económica. Ora, sendo necessário assegurar o cumprimento efetivo desta obrigação típica de uma Administração conformadora, o sancionamento da sua inobservância como contraordenação revela-se, como alternativa à criminalização, o meio coativo adequado e proporcional de satisfazer tal necessidade. A previsão da contraordenação sob fiscalização tem, pois, plena justificação, enquanto meio dissuasor de práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência, sendo evidente que a sanção patrimonial e a mais adequada ao sector de atividade em causa, não violando a ideia de proporcionalidade em sentido amplo, enquanto referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos num Estado de direito.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

11 Por último, pretende a recorrente que o Tribunal Constitucional aprecie a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, quanto ao segmento normativo que elege o «volume de negócios» do agente como critério de determinação do valor máximo da coima aplicável, na medida em que violaria os princípios da igualdade e da proporcionalidade

Quanto ao primeiro destes princípios, sustenta a recorrente que a utilização do referido critério do volume de negócios potencia o tratamento diferente de situações iguais, na medida em que permitiria que «a empresas com situações económico-financeiras diferentes sejam aplicadas coimas de igual valor, ou vice-versa, porque se ignora completamente o nível de custos que as empresas têm obrigatoriamente que suportar para manter o negócio», e, também, porque possibilitaria que «a determinação da medida concreta da coima surja completamente desligada ou desassociada do tipo de ilícito praticado, já que pode levar a que a empresas que tenham cometido o mesmo tipo de ilícito, durante o mesmo período de tempo e obtendo benefícios económicos idênticos, sejam aplicadas coimas completamente diferentes, em termos de valores absolutos, de tal como que num caso pode levar a total falência da empresa e noutra não»

Ocorre que a norma em causa, ao mandar atender ao volume de negócios do agente para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstrata da coima, assegura que e tida em conta a situação particular de cada empresa, o que faz com que nenhuma empresa seja penalizada em termos relativamente mais gravosos do que outra empresa. Não se vislumbra, de facto, como se pode colocar qualquer problema de tratamento desigual. O parâmetro invocado pela recorrente - o princípio da igualdade - é inidóneo para apreciar, a luz da Constituição, a norma *sub judicio*

Como se referiu no Acórdão n.º 353/2011 a respeito da interpretação da norma do regime anterior - o artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho - «tal significa que,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nessa interpretação do regime legal, se procura, através de um critério objetivo legalmente estabelecido, introduzir uma relação de dependência entre a moldura abstrata da coima e o benefício económico que o arguido retirou da prática da infração, benefício esse calculado a partir do valor do volume de negócios do ano em que cessou a prática da infração»

Quanto ao segundo princípio, o da proporcionalidade, a recorrente não invoca quaisquer argumentos suscetíveis de alicerçar uma violação, pelo que, não se descortinando ofensa deste princípio - que já foi objeto de tratamento -, improcede também esta pretensão

III Decisão

Nos termos e com os fundamentos expostos, decide-se

a) Não conhecer do objeto do recurso obrigatório de constitucionalidade interposto pelo Ministério Público,

b) Não conhecer do objeto do recurso interposto pela recorrente no que respeita a dimensão normativa, reportada ao artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, no segmento normativo que, no caso concreto, estabelece uma moldura sancionatória tendo como mínimo o valor de Euro 3,74 e como máximo o valor de Euro 13 937 159,10,

c) Não julgar inconstitucional a norma constante do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, quanto ao segmento normativo que estabelece o volume de negócios do agente como critério de determinação do valor máximo da coima aplicável,

Custas pela recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 8 UCs, ponderados os critérios referidos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 4 de outubro (artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma), nomeadamente a atividade processual a que deram causa

Lisboa, 14 de abril de 2016