

ACÓRDÃO Nº 338/03

Processo nº 386/02

3ª Secção

Rel. Cons. Tavares da Costa

Acordam na 3ª Secção do Tribunal Constitucional

I

1. - A. recorreu da decisão proferida nos autos de contra-ordenação contra si instaurados pela Inspecção-Geral de Jogos, em que lhe foi aplicada uma coima de 30.000\$00 e a sanção acessória de interdição do exercício da profissão pelo período de 30 dias, pela prática de contra-ordenação prevista nos artigos 82º, 83º, nº 1, alíneas b) e c), 139º e 142º do Decreto-Lei nº 422/89, de 2 de Dezembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 10/95, de 19 de Janeiro.

Após audiência de julgamento, no 2º Juízo Criminal do Tribunal de Família e de Menores e de Comarca de -----, por sentença de 22 de Março de 2002, foi aplicada ao arguido, como pena única, a coima de € 49,98, pela prática de contra-ordenação prevista e punida nos artigos 83º, nº 1, alínea c), e 142º do citado Decreto-Lei nº 422/89, na redacção do Decreto-Lei nº 10/95, e foi revogada a interdição do exercício de profissão (ficheiro auxiliar volante da sala de máquinas automáticas do Casino **B.**) que lhe tinha sido aplicada.

2. - A magistrada do Ministério Público competente interpôs do assim decidido recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 70º da Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, por considerar não terem sido aplicadas as normas constantes dos artigos 82º, alínea b), e 139º do mesmo diploma legal, com fundamento em recusa de aplicação – violação do disposto nos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 433/82, de 17 de Outubro – e, “consequentemente, violação do disposto no artigo 18º da Constituição”.

3. - Admitido o recurso, alegou neste Tribunal o Senhor Procurador-Geral Adjunto, concluindo nos seguintes termos:

“1 - O princípio da tipicidade, invocável no domínio do direito sancionatório público apenas implica que as infracções tipificadas cumpram um mínimo de determinabilidade, permitindo a predeterminação inteligível das infracções e das respectivas sanções e facultando às autoridades com

competência sancionatória – e aos tribunais, no momento do controlo jurisdicional das suas decisões – em critério decisório minimamente seguro e objectivável.

2 – Preenche tais exigências a referência de uma infracção a cláusulas gerais, consistentes em fazer apelo aos deveres gerais de zelo, diligência e urbanidade, reforçadas pelas específicas obrigações funcionais e profissionais do agente, justificando a aplicação de uma sanção pecuniária (no domínio contra-ordenacional) à respectiva violação.

3 – Termos em que deverá proceder o presente recurso.”

Por seu turno, contra-alegando, o arguido formulou as seguintes conclusões:

“1- Os conceitos normativos indeterminados que restrinjam direitos, liberdades e garantias, ou direitos de natureza análoga, deverão merecer a declaração de inconstitucionalidade.

2 – Admite-se que assim não seja quando, não estando em causa a restrição daqueles direitos fundamentais – sobretudo no direito contra-ordenacional –, em relação a tais conceitos jurídicos indeterminados sejam cumpridos alguns requisitos por forma a evitar situações de arbitrariedade e injustiça, designadamente:

- procedendo jurisdicionalmente à *determinação concreta do sentido dessas expressões* indeterminadas;
- que para essa determinação concreta sejam utilizados critérios objectivos;
- que a tais conceitos indeterminados seja atribuída a significação dada pelo homem médio de modo a evitar comprometer o funcionamento prático do princípio da legalidade;
- apurando o *circunstancialismo do(s) facto(s)*, isto é, averiguando se os *factos preenchem ou complementam tais conceitos* legais;
- que seja apurada igualmente a existência de nexo de causalidade entre o agente e o respectivo facto;

3 – No caso concreto em apreço, a falta de fundamentação da decisão condenatória, bem como a inexistência de provas fundamentadoras da acusação, fazem incorrê-la em vício de forma, implicando a sua nulidade, com a consequente absolvição do ora recorrido e respectivo arquivamento dos autos,

Assim se fazendo a costumada justiça.”

II

1. - Constitui objecto do presente recurso de fiscalização concreta a apreciação da constitucionalidade das normas dos artigos 82º, alínea b), e 139º do Decreto-Lei nº 422/89, de 2 de Dezembro – conhecido por “Lei do Jogo” –, na redacção do Decreto-Lei nº 10/95, de 19 de Janeiro.

O artigo 82º da “Lei do Jogo” integra-se no capítulo VI do diploma, relativo às pessoas afectas à exploração e à prática dos jogos em casinos e, mais particularmente, faz parte da Secção II que cuida do pessoal das salas de jogos.

Com efeito, o pessoal dos quadros das salas de jogos dos casinos está sujeito a conteúdo funcional específico que, nomeadamente se destina à sua própria protecção, como é o caso do segredo profissional que sobre o exercício das suas actividades impende ou do uso obrigatório do trajo profissional, exigência essa que, como se salientou no acórdão deste Tribunal nº 436/2000, publicado no *Diário da República*, II Série, de 17 de Novembro de 2000, não só impede que se criem suspeições sobre a idoneidade moral desses trabalhadores, como, inclusivamente, se assume “como meio de eliminar ou atenuar, antecipada e preventivamente, suspeições que sobre eles recaiam eventualmente, o que lhes preserva a respectiva idoneidade moral, o bom nome e a repartição”.

É neste espírito de dignificação profissional, articulável com a natureza das funções desempenhadas, que deve ler-se uma norma como a impugnada, segundo a qual – alínea b) do artigo 82º – todos os empregados que prestem serviço nas salas de jogos são especialmente obrigados a “exercer as suas funções com zelo, diligência e correcção, usando de urbanidade para com os frequentadores, superiores hierárquicos, funcionários do serviço de inspecção e colegas”, sendo a violação desse dever punido com coima e interdição do exercício da profissão nos termos descritos no artigo 139º do mesmo diploma legal.

2. - A decisão recorrida recusou aplicar ao caso dos autos as referidas normas, por considerar que a primeira – que é sancionada pela segunda, a título de contra-ordenação – contém uma descrição vaga de conduta, insuficiente para permitir uma determinação minimamente aceitável de uma infracção de mera ordenação social, constituída que é por conceitos indeterminados, existindo “absoluta imprevisão” e inexistindo tipo legal.

Observa-se, nomeadamente, a este propósito (e transcreve-se *ipsis verbis* o trecho onde, talvez por equívoco, se alcandora o Decreto-Lei nº 10/95 a *lei*, no seu sentido formal concebida, daí também se procurando retirar pertinente ilação):

“Independentemente da admissão que a conduta do arguido pode violar os deveres de zelo e respeito dispostos nesta norma, há que ponderar da sua validade para efeito de suporte a um ilícito de mera ordenação social.

Se se atentar no conteúdo do artº 82, b) do Decreto-Lei nº 422/89, cuja violação é sancionada, a título de contra-ordenação pelo artº 139º do mesmo diploma, podemos reparar que a descrição da conduta é absolutamente vaga e insuficiente para permitir uma determinação minimamente aceitável de uma infracção de mera ordenação social.

Não se põe em questão a aplicação, sem mais, do princípio da legalidade vigente em Direito Penal.

Contudo, embora sem essa mais elevadas exigências, é o próprio Regime Geral das Contra-Ordenações (DL nº 433/82) que, nos seus artºs. 1º e 2º, exige a tipificação de contra-ordenações. E tal referência a um tipo legal, por exigências de segurança próprias, em grau variável, de qualquer regime sancionatório, implicam alguma forma de determinação suficiente dos comportamentos relevantes.

Como oposto do tipo existem os conceitos indeterminados.

Ora o artº 82, b) do DL nº 422/89 é constituído apenas por conceitos indeterminados; não existe alguma imprecisão; existe uma absoluta imprecisão; inexistente tipo legal.

Ao prescrever tal contra-ordenação o DL n.º 422/89, como a Lei n.º 10/95, deviam obediência ao DL. n.º 433/82, por este regular o regime geral das contra-ordenações.

Pode parecer estranha esta subordinação de uma Lei a um Decreto-Lei, ainda que autorizado pela AR, mas tal resulta de uma exigência constitucional de coerência do sistema jurídico, expressa no art.º 112.º, n.º 3, parte final, da Constituição da República Portuguesa.

De resto, qualquer entendimento que prescindia de qualquer forma de tipificação de ilícitos sancionatórios aparece como uma restrição inaceitável dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, por ser uma restrição demasiadamente ampla, necessariamente desproporcional, desses direitos.

Assim, ao abrigo do art.º 204.º da Constituição da República Portuguesa, por violação do citado art.º 1.º do DL n.º 433/82 – princípio da legalidade/tipicidade – não aplico as normas dos art.ºs. 82, b) e 139.º do DL n.º 422/89 na redacção referida pela Lei n.º 10/95.”

3.1. - No concreto caso, a dimensão normativa questionada tem a ver com a aplicação da sanção pecuniária, convocando a decisão recorrida, a esse propósito, o disposto no artigo 204.º do texto constitucional, dado se estar perante conceitos destituídos do mínimo de determinabilidade constitucionalmente exigível.

E, na verdade, a norma da alínea b) do artigo 82.º projecta-se no domínio do direito disciplinar, na medida em que estatui um específico quadro de obrigações e deveres funcionais – o que não está ora em causa – mas, do mesmo passo, assume incidência contra-ordenacional.

Assim, a questão subjacente traduz-se em saber “se as normas que integram o objecto do presente recurso, ao conferirem relevância contra-ordenacional às regras de conduta que prescrevem determinadas obrigações específicas do pessoal das salas de jogos – com base em *cláusula geral*, fazendo apelo a *um dever genérico de zelo, diligência e urbanidade* – se conformam com o [...] princípio da determinabilidade das leis – ou seja, em última análise, se cumprem a *função de garantia* que as normas de qualquer direito sancionatório público devem necessariamente realizar num Estado de direito, funcionando como “*normas delimitadoras*” que permitam aos destinatários a identificação dos comportamentos vedados e facultam às entidades com competência sancionatória – e aos tribunais, no momento do controlo judicial de tais decisões administrativas – um critério decisório minimamente seguro no momento da avaliação dos comportamentos desviantes”.

Na tese professada pelo recorrente (que parcialmente se transcreveu), a norma referida cumpre o mínimo de determinabilidade exigível à aplicação de uma sanção contra-ordenacional.

Outro é, no entanto, o ponto de vista do recorrido.

Concedendo ser difícil, no âmbito das normas desta natureza, alcançar um grau de determinabilidade absoluta, comparativamente com o direito penal – atendendo designadamente, à riqueza e ao dinamismo próprios da vida em sociedade, por um lado, e, por outro, à menor gravidade social dos actos sancionados, considera, no entanto, que, para além do acautelamento dos direitos fundamentais dos cidadãos, a aceitação, nesta área, de conceitos jurídicos indeterminados deverá obedecer à verificação de determinados requisitos

que passam pela concretização conceitual mediante critérios objectivos, atentos ao “sentido comum das palavras”.

Em sua tese, e porque lhe parecem não estarem em causa restrições aos direitos fundamentais dos cidadãos, poder-se-ia ter enveredado pelo caminho da “determinação concreta dos conceitos indeterminados [e] proceder à análise do *circunstancialismo do(s) facto(s)* por forma a apurar a existência de alguma eventual infracção, concluída que fosse a existência do respectivo nexo de causalidade”.

A esta luz, a decisão proferida, na medida em que é condenatória, padece do vício de forma, que implica a sua nulidade, dada “a falta de fundamentação da decisão condenatória, bem como a inexistência de provas fundamentadoras da acusação”.

3.2. - O Tribunal Constitucional – e circunscrevemo-nos aos parâmetros da constitucionalidade –vem considerando que o princípio da tipicidade subentende a garantia constitucional de uma especificação dos factos que integram o tipo legal de crime, mostrando-se, nessa medida, avesso a definições vagas ou incertas que, nomeadamente, permitam ou proporcionem a via analógica.

A este propósito, ponderou-se no Acórdão nº 93/2001, publicado no *Diário da República*, II Série, de 5 de Junho de 2001:

“[...] se a norma deve ser formulada de modo ao seu conteúdo se poder impor autónoma e suficientemente, permitindo um controlo objectivo na sua aplicação individualizada e concreta (cfr., António Castanheira Neves, “O Princípio de Legalidade Criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, Coimbra, 1984, pág. 334), nem sempre é possível alcançar uma total determinação – nem será, porventura, desejável –, bastando que o facto punível seja definido com suficiente certeza: a própria natureza da linguagem impede uma determinação integral, sendo certo que pode representar-se negativamente uma enumeração demasiado casuística, a multiplicar a eventualidade das lacunas e a dificultar a determinação do que é essencial em cada caso.

A este respeito, escreveu um autor nunca ser o caso concreto um puro facto, “mas uma unidade de sentidos socialmente relevante, mais ou menos complexa e normalmente integrados por elementos culturais difíceis de definir”, de modo que a descrição de previsão legal contém muitas vezes expressões que não se deixam reduzir a conceitos precisos (cfr. José de Sousa e Brito, “A lei penal na Constituição”, in Estudos sobre a Constituição, vol. 2º, Lisboa, 1978, págs. 243/244).

A necessidade de, na definição de crimes, se usar uma linguagem precisa e delimitadora, com repúdio de preceitos abertos ou vagos, tem vindo a ser jurisprudencialmente reconhecida, nomeadamente na matriz jurídico-constitucional.

Desde logo, a Comissão Constitucional reconheceu que o princípio do nullum crimen sine lege seria inoperante se fosse dada ao legislador ordinário a possibilidade de não determinar com um mínimo de rigor, através do tipo legal, o facto voluntário a considerar punível, sem prejuízo de admitir a inviabilidade de uma total determinação e a eventual contraprocedência de um demasiado casuísmo (assim, o Parecer nº 19/78,

publicado in – Pareceres da Comissão Constitucional, 6º volume, Lisboa, 1979, pág. 89).

Em linha consonante, o parecer nº 32/80 (in Pareceres citados, 14º volume, 1983, pág. 60), após se interrogar sobre o grau admissível de indeterminação ou flexibilidade normativa para os efeitos em causa, reconhece que uma relativa indeterminação dos tipos legais de crime pode mostrar-se justificada, sem que isso signifique violação dos princípios da legalidade e da tipicidade.

De igual modo vem ponderando o Tribunal Constitucional, como são exemplo os Acórdãos nºs. 147/99, 168/99 e 179/99, inédito o segundo, publicados os demais, no Diário da República, II Série, de 5 e 9 de Julho de 1999, respectivamente.

Retira-se dos lugares jurisprudenciais citados que, não sendo possível a determinação absoluta – o que a Doutrina igualmente corrobora – é constitucionalmente compatível um certo grau de indeterminação.

No citado Acórdão nº 168/99 escreveu-se, a certo passo:

“Averiguar da existência de uma violação do princípio da tipicidade, enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade, equivale a apreciar da conformidade da norma penal aplicada com o grau de determinação exigível para que ela possa cumprir a sua função específica, a de orientar condutas humanas, prevenindo a lesão de relevantes bens jurídicos. Se a norma incriminadora se revela incapaz de definir com suficiente clareza o que é ou não objecto de punição, torna-se constitucionalmente ilegítima.”

Reconhece-se a impossibilidade de uma pré-determinação integral, dada a dimensão pragmática da linguagem jurídica, a intenção normativa das prescrições jurídicas, a índole problemático-concreta do decisório juízo jurisdicional (A. Castanheira Neves, loc. cit., pág. 377), para, no entanto, se concluir por se pedir à norma penal, em síntese, “que obedeça a um grau de determinação suficiente para não pôr em causa os fundamentos do princípio da legalidade”.

Assim, pode a modelação do tipo não dispensar o recurso a técnicas exemplificativas que nem por isso, necessariamente, se pode considerar afrontada a exigência constitucional da lege certa que o princípio da tipicidade implica.

Decerto, a valoração jurídico-criminal dos comportamentos há-de ser formulada de maneira tanto quanto possível precisa, de modo a não restarem dúvidas quanto aos valores protegidos e à clara definição dos elementos da infracção, como se ponderou, por exemplo, nos citados Acórdãos nºs. 179/99 e 383/00 ainda inédito.

Ponto é que haja um “complemento normativo” (Maria Fernanda Palma, Direito Penal – Parte Especial – Crimes contra as Pessoas, sumários policopiados, Lisboa, 1983, pág. 49), de modo a que o critério decisivo para aferir do respeito pelo princípio da legalidade [...] residirá sempre em saber se, apesar da indeterminação inevitável resultante da utilização desses elementos (elementos normativos, conceitos indeterminados, cláusulas e fórmulas gerais), do conjunto da regulamentação típica deriva ou não uma área e um fim de protecção claramente determinados”, nas palavras de Jorge Figueiredo Dias (Direito-Penal – Questões Fundamentais – A doutrina geral do crime, apontamentos policopiados, 1996, pág. 173).”

4. - As considerações expendidas no acórdão que se transcreveu parcialmente são aplicáveis ao presente caso e, como tal, de observar.

Com efeito, nem sempre é possível – nem será mesmo desejável – uma determinação do tipo de tal modo acabada que se possa libertar de conceitos “algo imprecisos”, sendo certo que uma rigorosa enumeração casuística pode representar-se como contraproducente, dada a multiplicação de espaços lacunares que inevitavelmente comportaria.

Nem por isso a verificação de uma *relativa indeterminação tipológica* significa violação dos princípios da legalidade e da tipicidade. Assim será sempre que se não saia da “órbita daquilo que razoavelmente pode exigir-se em rigor descritivo ou limitativo, de molde a não esvaziar de conteúdo a garantia consubstanciada naqueles princípios” (como se escreveu no parecer da Comissão Constitucional nº 32/80, publicado *in Pareceres da Comissão Constitucional*, 14º vol., págs. 51 e segs.).

O *mínimo de determinabilidade* há-de, em todo o caso, de se revestir de um grau de precisão tal que permita identificar os tipos de comportamentos descritos, na medida em que integram noções correntes da vida social, aferidas pelos padrões em vigor. Têm essa elasticidade conceitos tais como *acto, diligência e correcção e uso de urbanidade*, como os convocados no preceito sindicando, pois correspondem a valorações reinantes na sociedade (neste sentido, José de Sousa e Brito, “A Lei Penal na Constituição” *in Estudos Sobre a Constituição*, Lisboa, 1978, 2º vol., pág. 244; parecer nº 19/78, *in Pareceres* cits., 6º vol. Págs. 89/90).

Acresce que, como observa o magistrado recorrente nas suas alegações, no caso vertente, a dimensão normativa questionada nem sequer se prende com a aplicação ao arguido da sanção de despedimento, que lhe foi disciplinarmente cominada, mas tão somente com a aplicação de uma sanção pecuniária.

Ora, neste circunstancialismo – observa-se – “a norma prevista no artigo 82º, alínea b) do referido diploma legal cumpre o mínimo de determinabilidade exigível à aplicação de uma sanção contra-ordenacional ao arguido.

Na verdade, ao assentar a previsão normativa em **cláusulas** que – sendo embora **gerais** – estão obviamente conexas, não apenas com **deveres gerais de zelo e urbanidade**, mas também com as **específicas obrigações** que, nesta matéria, recaem justificadamente sobre os empregados que exerçam funções profissionais nas salas de jogos, tal preceito legal permite ao agente a predeterminação inteligível da infracção, da sanção e a correlação entre uma e outra, facultando ainda às entidades competentes – e aos tribunais – a possibilidade de densificação ou concretização **não discriminatória** de tais cláusulas gerais”.

Não procede, em consequência o julgamento de inconstitucionalidade formulado.

III

Em face do exposto, concede-se provimento ao recurso e, em consequência, revoga-se a decisão recorrida no que toca à questão de constitucionalidade, a qual deverá ser, por conseguinte, reformulada em conformidade.

Lisboa, 7 de Julho de 2003
Alberto Tavares da Costa
Bravo Serra
Gil Galvão
Maria dos Prazeres Pizarro Beleza
Luís Nunes de Almeida