

ACÓRDÃO N.º 93/01

Processo n.º 318/00

3.ª Secção

Rel. Cons. Tavares da Costa

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional

I

1. - C, identificado nos autos, foi condenado no Tribunal Judicial da comarca de Oeiras, em processo comum singular, por sentença de 13 de Maio de 1999, pela autoria material de:

a) um crime previsto e punido nas disposições combinadas dos artigos 115.º, 1.º, 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro diploma conhecido por Lei do Jogo, na pena de sete meses de prisão e na de noventa dias de multa, à taxa diária de 800\$00, no total de 72.000\$00, ou em sessenta dias de prisão subsidiária; b) um crime previsto e punido nas disposições combinadas dos artigos 108.º, 1.º, 3.º e 4.º do mesmo diploma legal, na pena de sete meses de prisão e na de noventa dias de multa, à taxa diária de 800\$00, no total de 72.000\$00, ou em sessenta dias de prisão subsidiária.

Operado o cúmulo jurídico, foi o mesmo condenado na pena única de doze meses de prisão, suspensa a pena pelo período de dois anos, ao abrigo do disposto no artigo 48.º, n.º 1, do Código Penal, e na pena de cento e oitenta dias de multa, à taxa diária de 800\$00, o que perfaz a quantia de 188.000\$00.

Interpôs o arguido recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, tendo suscitado, na respectiva motivação, questões de constitucionalidade.

Assim, a decisão, ao considerar que a conduta atribuída ao arguido é subsumível aos dois tipos de crime previstos naqueles artigos 115.º e 108.º - importação ilícita de material de jogo e exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar, respectivamente, não ponderando que está em causa uma única resolução, hipoteticamente contrária à lei geral, violou não só o disposto no artigo 30.º do Código Penal e naqueles dois preceitos da Lei do Jogo, mas, também, o artigo 29.º da Constituição da República (CR).

De igual modo, a sentença recorrida terá violado o disposto nos artigos 497.º e 498.º do Código de Processo Penal, bem como a garantia consagrada no n.º 5 daquele artigo 29.º: o princípio ne bis in idem impede que o recorrente seja julgado pelo mesmo crime ou tipo de crime, de novo, uma vez que transitaram em julgado os factos que integram a sua conduta, quer quando foi absolvido, quer quando foi condenado (isto porque já foi submetido a julgamento em diversos tribunais, consoante os locais de apreensão das máquinas).

Por sua vez, e em sede de controlo normativo de constitucionalidade, para o recorrente as normas dos artigos 1.º, 3.º, 4.º, n.º 1, alínea g), 108.º e 115.º da Lei do Jogo são materialmente inconstitucionais, face ao que dispõe o artigo 8.º da CR, dado que "o Estado Português, fazendo parte da União Europeia e tendo subscrito os seus Tratados, não pode

contrariar através da legislação ordinária o artigo 30º do Tratado Institutivo da União Europeia, que preceitua serem proibidas, entre os Estados-Membros, as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeitos equivalentes".

Finalmente, "a norma incriminadora do artigo 108º não especifica suficientemente os factos que constituem o tipo legal de crime", o que viola, "entre outros", o princípio da tipicidade que o artigo 29º da CR consagra.

O Tribunal da Relação de Lisboa negou provimento ao recurso, por acórdão de 14 de Março de 2000.

2. - Inconformado, interpôs o recurso para o Tribunal Constitucional do assim decidido, nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 70º da Lei nº 28/82, de 15 de Novembro.

Pretende a apreciação da constitucionalidade das normas dos artigos 1º, 3º, 4º, nº 1, alínea g), 108º e 115º do Decreto-Lei nº 422/89, de 2 de Dezembro, por alegada violação dos artigos 8º e 29º da CR.

Foi o arguido notificado para alegar, não sem antes o ter sido para a eventualidade de não se conhecer da questão relativa àquele artigo 8º, que se recorta como de mera ilegalidade e, nessa medida, não subsumível à precisão da alínea b) do nº 1 do citado artigo 70º sobre o que silenciou.

As alegações apresentadas concluíram assim:

"1- O princípio da tipicidade é uma das traves mestras do ordenamento jurídico penal, e do próprio Estado de Direito Democrático, tendo a normal penal de ser "certa e precisa" na determinação do facto que o legislador quis considerar como crime;

2- A norma incriminadora não pode ter validade constitucional, em face do artº 29º, nº 1, se o teor daquela se esgotar numa cláusula geral, imprecisa ou aberta que remeta o seu preenchimento para o arbítrio do julgador;

3- O artº 1º do DL. 422/89 não especifica suficientemente os factos que constituem o tipo legal de crime, pois o resultado de todos os jogos de diversão é contingente por assentar na sorte, desde os jogos de cartas ou jogo da glória e do monopólio, os quais estão à venda nos supermercados;

4- Sendo qualquer jogo constituído pela componente sorte e pela componente perícia, é impossível para qualquer intérprete, em face da redacção do artº 1º, traçar a fronteira entre a licitude/ilicitude, pois o advérbio "fundamentalmente" não constitui nenhum critério seguro para qualificar um jogo como de fortuna ou azar e determinar o tipo legal de crime;

5- Da análise do artº 1º do DL 422/89 apenas ressalta a incerteza, pois desconhece-se a partir de que percentagem de sorte, por oposição à perícia, um jogo passa a ser de fortuna ou azar;

6- Nem mesmo o teor do artº 4º altera este cenário de dúvida, pois a enumeração que aí se faz é meramente exemplificativa e não taxativa;

7- Isto significa que estamos perante a ausência de tipos ou, pelo menos, perante tipo "excessivamente aberto", para usar a linguagem de Teresa Pizarro Beleza;

8- A constitucionalidade das normas referidas fica aqui posta em causa, pois estas não conseguem descrever de forma clara, precisa e rigorosa, em que consiste a conduta ou o facto considerado criminalmente reprováveis devido às expressões "fundamentalmente" e "nomeadamente";

9- Aceita-se que um Código Penal possa conter expressões mais ou menos "elásticas", dentro dos limites da certeza jurídica. O mesmo já não se passa em relação ao DL. 422/89, que é um diploma extravagante, com um âmbito de aplicação específica, sendo, por isso, de exigir do legislador um maior rigor e certeza em termos descritivos e limitativos do tipo;

10- A falta de precisão das normas em causa não assegura a protecção dos direitos do Recorrente, pois pela análise das expressões "fundamentalmente" e "nomeadamente", é difícil, se não impossível, dizer que actos são proibidos ou condenados, não podendo aquele, de forma imediata, ter a noção do risco que corre de sofrer uma punição criminal consoante escolha, ou não, tomar certo comportamento;

11- A falta de precisão das normas acarreta, também, que quem vai definir os pressupostos de aplicação da lei já não seja a Assembleia da República, mas sim o julgador, sem competência constitucional para tal tarefa;

12- Não sendo o tipo de crime perfeitamente definido, estas normas a serem aplicadas só o poderão ser por analogia ou com recurso a interpretação extensiva, o que, em termos criminais, não é constitucionalmente admissível.

Nestes termos, deve o presente recurso ser julgado procedente, declarando-se a inconstitucionalidade das normas vertidas nos artºs. 1º, 4º, 108º e 115º do DL 422/89, de 2 de Dezembro, por violação do disposto no artº 29º da Constituição, assim se fazendo justiça."

Por sua vez, o Ministério Público concluiu deste modo as suas alegações:

"1- Nas disposições conjugadas dos artigos 108º, 1º, 3º e 4º, nº 1, alínea g) do Decreto-Lei nº 422/89, de 2 de Dezembro tipifica-se e pune-se o crime de exploração ilícita de jogo.

2- A definição de jogo de fortuna ou azar do artigo 1º em conjugação com a descrição de tipo de jogo constante do artigo 4º, nº 1, alínea g), obedecem ao grau de determinação exigido pelo princípio da tipicidade (artigo 29º nº 1, da Constituição), não sendo, por isso, aquelas normas inconstitucionais.

Deve, em consequência, negar-se provimento ao recurso."

Corridos os vistos, cumpre decidir.

II

1. - A delimitação do objecto do recurso.

1.1. - A questão prévia.

Advertiu-se oportunamente o recorrente para a eventualidade de não se conhecer do objecto do recurso na medida em que se convoca alegada violação do disposto no artigo 8º da CR questão que tem a ver com a norma do artigo 115º da Lei do Jogo e a tipificação do ilícito criminal aí feita, no tocante à importação não autorizada de material e utensílios caracterizadamente destinados à prática dos jogos de fortuna ou azar.

Importa tomar posição a este respeito, sendo certo que, notificado, o recorrente nada disse.

Ora, a questão da eventual violação do artigo 8º da CR foi equacionada na motivação do recurso da 1ª instância por se defender, então, que o Estado Português não pode contrariar, mediante a sua iniciativa legislativa, o disposto no artigo 30º do Tratado Institutivo da União Europeia, assim se questionando a conformidade constitucional do artigo 115º.

No entanto, semelhante questão não cabe no âmbito do recurso de constitucionalidade, designadamente no que assenta na alínea b) do nº 1 do artigo 70º da Lei nº 28/82.

Como já se escreveu a este propósito, a ordem jurídica comunitária, globalmente recebida pelo direito português, por via de uma cláusula do próprio texto constitucional nº 2 do artigo 8º - compreende uma instância jurisdicional precipuamente vocacionada para a tutela de direito comunitário, que não funciona apenas no plano das relações interestaduais ou intergovernamentais, concentrando nessa instância a competência para velar pela aplicação uniforme e pela prevalência das respectivas normas, o que tornaria incongruente que, para o mesmo efeito, se fizesse intervir, no plano interno, uma outra instância do mesmo ou semelhante tipo, como seria o Tribunal Constitucional (cfr. José Manuel Cardoso da Costa, "O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias" in Ab Uno Omnes, 75 anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1998, págs. 1363 e segs. e 1371). Orientação seguida por este Tribunal como o atestam, v.g., os acórdãos 405/93, 326/98 e 621/98, publicados no Diário da República, II Série, de 19 de Janeiro de 1994, 14 de Julho de 1998 e 18 de Março de 1999, respectivamente.

Trata-se, de resto, de uma questão que o interessado não retomou nas alegações do recurso de constitucionalidade, deixando-a "cair", como tal dela não havendo que conhecer (cfr. acórdãos nºs. 36/91, 469/91, 747/96 e 88/97, inter alia, publicados na II Série do citado Diário, de 22 de Outubro de 1991, 24 de Abril de 1992, 4 de Setembro de 1996 e 12 de Abril de 1997, respectivamente).

1.2. - Sendo assim, considera-se que o objecto do presente recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade é constituído pelo bloco normativo que integra os artigos 1º, 3º, 4º, nº 1, alínea g), e 108º da Lei do Jogo.

Na verdade, está essencialmente em causa o crime de exploração ilícita de jogo, a que se reporta este artigo 108º, e a suposta violação do princípio da tipicidade como resulta, de modo mais claro, da leitura da última das conclusões formuladas na motivação do

recurso para a 2ª Instância (fls. 812), convocados os demais preceitos apenas no requerimento de interposição do recurso para o Tribunal Constitucional, sendo, por sua vez, certo que a suscitação da questão de constitucionalidade pressupõe o envolvimento de todo esse complexo normativo.

Assim, pode concluir-se que, desde o início, se questiona a constitucionalidade desse bloco normativo, em que se prevê e pune o crime de exploração ilícita de jogo, pela prática do qual o arguido foi julgado e condenado, tendo sido essa também a questão apreciada pelo Tribunal da Relação.

2. - Prescreve-se no bloco normativo em causa:

"Artigo 1º

(Jogos de fortuna ou azar)

Jogos de fortuna ou azar são aqueles cujo resultado é contingente para assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte.

Artigo 3º

(Zonas de jogo)

1- A exploração e prática dos jogos de fortuna ou azar só são permitidas nos casinos existentes em zonas de jogo permanente ou temporário criadas por decreto-lei ou, fora daqueles, nos casos excepcionados nos artigos 6º a 8º.

2- Para efeitos de exploração e prática de jogos de fortuna ou azar haverá zonas de jogo no Algarve, em Espinho, no Estoril, na Figueira da Foz, no Funchal, em Porto Santo, na Póvoa de Varzim, em Tróia e em Vidago-Pedras Salgadas.

3- A distância mínima de protecção concorrencial entre casinos de zonas de jogo será estabelecida, caso a caso, no decreto regulamentar que determinar as condições de adjudicação de cada concessão.

4- Mediante autorização do membro do Governo da tutela, ouvida a Inspeção-Geral de Jogos, poderão as concessionárias das zonas de jogo optar pela exploração do jogo do bingo em salas com os requisitos regulamentares, em regime igual ao dos casinos, mas fora destes, desde que sejam situadas na área do município em que estes se achem localizados.

Artigo 4º

(Tipos de jogos de fortuna ou azar)

1- Nos casinos é autorizada a exploração, nomeadamente, dos seguintes tipos de jogos de fortuna ou azar:

g) Jogos em máquinas que, não pagando directamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte.

Artigo 108º

(Exploração ilícita de jogo)

1- Quem, por qualquer forma, fizer a exploração de jogos de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados será punido com prisão até 2 anos e multa até 200 das.

2- Será punido com a pena prevista no número anterior quem for encarregado da direcção do jogo, mesmo que não a exerça habitualmente, bem como os administradores, directores, gerentes, empregados e agentes da entidade exploradora."

A análise deste preceitos permite concluir que a norma do artigo 108º tipifica e pune o crime de exploração ilícita de jogo como a exploração de jogos de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados, contendo o artigo 1º a noção desse tipo de jogos e o artigo 3º indicando esses locais. O artigo 4º, finalmente, indica, exemplificativamente, os tipos de jogos de fortuna ou azar permitidos naqueles espaços.

2.1. - O recorrente equaciona uma problemática articulada com o princípio da legalidade estruturante do Direito Penal (cfr. artigo 1º do Código Penal) e constitucionalmente consagrado no nº 1 do artigo 29º da Lei Fundamental , na sua vertente de tipicidade, no tocante ao bloco normativo questionado.

Defende a este propósito, e nomeadamente face ao artigo 108º, que a natureza aberta, de cláusula geral, de semelhante normação proporciona o arbítrio do julgador, encarregado de a preencher. Assim, o emprego da expressão nomeadamente como elemento do tipo, o que, em sua tese, se perfila como paradigma de indeterminação; de igual modo, a utilização do advérbio fundamentalmente que se encontra no artigo 1º e na alínea g) do nº 1 do artigo 4º - constituem manifestação de uma técnica legislativa que, na mesma perspectiva, contraria o princípio da tipicidade, "trave-mestra do ordenamento jurídico penal e, por arrastamento, do Estado de direito democrático", lesiva do artigo 29º citado, seja nos termos do seu nº 1, segundo o qual ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou omissão, seja em relação ao nº 3, de acordo com o qual não podem ser aplicadas penas que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.

A ser assim, denuncia-se uma insuficiente determinação do enunciado legal no tocante ao tipo de crime, atribuindo-se ao juiz e ao seu critério de subsunção da matéria fáctica, uma actuação constitucionalmente vedada, susceptível de interpretar extensivamente a norma ou, inclusivamente, de a integrar por via de analogia.

2.2. - Na verdade, o princípio da tipicidade subentende a garantia constitucional de uma suficiente especificação dos factos que integram o tipo legal de crime, sendo, como tal, avesso a definições vagas ou incertas que proporcionem ou admitam a via analógica.

Só que, 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 casuismo (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 n.ºs. 179/99 e 383/00 ainda inédito.

Ponto é que haja um "completamento 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).

3. - A esta luz, o eixo sintagmático por qualquer forma, contido no n.º 1 do artigo 108.º, mesmo quando se entenda este artigo integrado pela definição de jogos de fortuna ou azar feita pelo artigo 1.º - não obstante a expressão adverbial fundamentalmente respeita os parâmetros constitucionais do princípio da tipicidade, não se surpreendendo, face à matéria fáctica apurada quanto à caracterização da máquina em causa, qualquer imprevisibilidade, verificando-se uma subsunção à previsão normativa que retira sentido seja a uma interpretação extensiva, seja, muito menos, a uma integração analógica.

Com efeito, a exemplificação do artigo 4.º integra a definição do tipo, apenas na medida em que os jogos referidos nas suas alíneas são, todos eles, subsumíveis ao conceito de jogos de fortuna ou azar, sem pôr em questão a determinação do tipo.

III

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas pelo recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 15 unidades de conta.

Lisboa, 13 de Março de 2001

Alberto Tavares da Costa

Messias Bento

José de Sousa e Brito

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

Luís Nunes de Almeida