

ACÓRDÃO N.º 261/2010

Processo n.º 293/10

1ª Secção

Relator: Conselheiro Gil Galvão

Acordam, em conferência, na 1ª Secção do Tribunal Constitucional:

I Relatório.

1. Por sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, foi julgada improcedente a acção administrativa especial instaurada pela A., SA, na qual esta peticionou a anulação de despacho proferido, em 18 de Abril de 2006, pelo Secretário de Estado do Turismo, bem como da decisão n.º 93/05, de 25 de Novembro, da Inspeção-Geral de Jogos. Inconformada, aquela recorreu para o Tribunal Central Administrativo Norte (TCA Norte), alegando, designadamente:

[] 6. O n.º 7 da Portaria n.º 1159/90, de 27 de Novembro, na redacção da Portaria n.º 129/94, de 1 de Março, dispõe o seguinte: No dia útil imediato ao da entrega referida no número anterior, a empresa concessionária procede ao depósito de 88% da importância das gratificações na conta bancária da CDG e dos restantes 12% em conta bancária do Fundo Especial de Segurança Social dos Profissionais de Banca dos Casinos;

7. Os montantes relativos às partidas de Sexta-feira, Sábado ou véspera de feriado terminam em dia não útil, pelo que só são entregues à empresa de transporte de valores no primeiro dia útil e acabam por ser depositados no dia útil seguinte;

8. O princípio da proporcionalidade está previsto no n.º 2 do artigo 266º da CRP e no n.º2 do artigo 5º do CPA, podendo dividir-se nas vertentes da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito;

9. O cumprimento integral do princípio da proporcionalidade passa pela resposta afirmativa às seguintes premissas:

a) será exigível impor à Autora a obrigação de depósito das gratificações recebidas pelos funcionários na conta da CDG?;

b) justificam-se os encargos que a Autora teria de suportar para depositar as gratificações no dia útil imediato ao fim da partida, quando esta termine em dia não útil, atento o fim de celeridade prosseguido por aquela norma?

10. Violou-se o princípio da proporcionalidade, na vertente da necessidade, na medida em que face à existência da CDG não se afigura necessário onerar a concessionária com as funções de depósito das gratificações, devendo caber-lhe somente funções informativas, nomeadamente relativas ao quadro de trabalhadores e suas ausências ao trabalho, como dispõem os n.ºs 25 e 26 da Portaria; [...]

12. No caso dos autos, a obrigação imposta pela Portaria exige da Autora encargos para proceder ao depósito das gratificações, sem que daí retire qualquer vantagem. Ora, se os encargos não têm uma contrapartida não poderá efectuar-se um juízo comparativo encargo/benefício!

13. Daí que seja despiciendo alegar o valor concreto dos custos necessários ao cumprimento da obrigação em dias úteis e em dias não úteis. [...]

18. O prazo imposto à Autora afigura-se assim desrazoável, como se pode comprovar, comparativamente, por a CDG poder efectuar os depósitos até ao 3º dia útil de cada mês; (artigo 20º da Portaria).

19. Nestes termos, o n.º 7 da Portaria é inconstitucional e ilegal por violação do princípio da proporcionalidade, também na vertente da proibição do excesso.[...].

2. O TCA Norte, julgando improcedente o recurso, confirmou na íntegra a decisão da 1ª instância. Desse acórdão foi interposto recurso, nos seguintes termos:

[...], notificada do duto acórdão de 25 de Março de 2010, vem, ao abrigo da alínea b) do n.º1 do artigo 70.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional [...], dele interpor recurso para o Tribunal Constitucional.

Para efeitos do artigo 75.º-A da LOTC, a norma cuja inconstitucionalidade se pretende que o Tribunal Constitucional aprecie é a vertida no n.º 7 do Título I da Portaria n.º 1159/90, de 27 de Novembro, na redacção conferida pela Portaria n.º 129/94, de 1 de Março: *No dia útil imediato ao da entrega referida no número anterior, a empresa concessionária procede ao depósito de 88% da importância das gratificações na conta bancária da CDG e dos restantes 12% em conta bancária do Fundo Especial de Segurança Social dos Profissionais de Banca dos Casinos.*

Esta norma viola o princípio da proporcionalidade, previsto também no n.º 2 do artigo 206.º da Constituição. [...]

3. Na sequência, foi proferida pelo relator, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 78º-A da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, decisão sumária que julgou o recurso manifestamente improcedente. É o seguinte, na parte agora relevante, o respectivo teor:

[...] 3.1. A recorrente (concessionária da exploração de jogos de fortuna ou azar na Zona de Jogo da) assenta a respectiva pretensão numa alegada violação do princípio da proporcionalidade que, segundo a própria afirma, se encontra *previsto também no n.º 2 do artigo 266º da Constituição*. Sucede, porém, que o princípio da proporcionalidade constante do n.º 2 do artigo 266º da Constituição se refere à prossecução da actividade administrativa do próprio Estado, ou seja, constitui um ditame que os órgãos administrativos do Estado não podem deixar de observar na sua actuação - o mesmo é dizer que o princípio ali consignado não respeita ao Estado-legislador. Tanto basta para que se considere manifestamente infundada a questão de constitucionalidade baseada naquele preceito da Constituição. [...]

3.2. Em abono do juízo de inconstitucionalidade do n.º 7 do Título I da Portaria n.º 1159/90, de 27 de Novembro, na redacção conferida pela Portaria n.º 129/94, de 1 de Março, apresenta a recorrente dois argumentos: por um lado, a violação do princípio da proporcionalidade na sua dimensão de *necessidade* (designadamente por, existindo uma Comissão de Distribuição de Gratificações CDG , não se afigurar necessário onerar a concessionária com as funções de depósito das gratificações, *devendo caber-lhe somente funções informativas, nomeadamente relativas ao quadro de trabalhadores e suas ausências ao trabalho, como dispõem os n.ºs 25 e 26 da Portaria*); por outro lado, a violação do mesmo princípio, na vertente da *proibição do excesso*. [...]

[*Da jurisprudência do Tribunal Constitucional*] decorre, como bem se assinalou no acórdão recorrido, que o princípio da proporcionalidade, tal como consignado no artigo 18º, n.º 2, da Constituição, se aplica à *restrição de direitos, liberdades e garantias*. Ora, no caso presente, não é avançado pela recorrente, nem se descortina qual o direito, liberdade ou garantia fundamental que pudesse estar a ser restringido pelo n.º 7 da Portaria n.º 1159/90. Tanto basta para que se revele igualmente manifestamente infundada a questão de constitucionalidade baseada na invocação daquele preceito da Constituição.

3.3. E o mesmo se diga se, acaso, a questão de constitucionalidade viesse baseada numa alegada violação do princípio da proporcionalidade, tal como este resulta do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2º da Constituição. Na verdade, analisando cada um dos argumentos invocados pela recorrente, evidente se torna que, manifestamente, do ponto de vista da constitucionalidade da norma em causa, não têm qualquer fundamento.

3.3.1. Quanto ao primeiro argumento, segundo o qual a existência da Comissão de Distribuição de Gratificações torna *desnecessária* a obrigação de a concessionária efectuar o depósito em questão, não aponta a recorrente, ao longo dos autos, qualquer razão, que não seja a da mera existência daquela Comissão, para considerar *desproporcionado* que seja a concessionária a obrigada a depositar as gratificações. Ora, a recorrente parece olvidar que a actividade concessionada não é livre, atentos os interesses públicos à mesma subjacentes.

[] Assim, através da concessão, o Estado não pode deixar de impor às concessionárias que as mesmas se munam dos meios e estruturas necessárias à prossecução da actividade concessionada, designadamente exigindo que tal actividade seja realizada com segurança, rigor e responsabilidade. E porque se impõe garantir que a actividade objecto da concessão decorra sem prejuízo para os interesses públicos que a mesma convoca, nada impede, do ponto de vista constitucional, o legislador de impor ao concessionário tal tipo de obrigação. E a existência de uma Comissão de Distribuição de Gratificações em nada infirma essa conclusão, pois que o legislador é livre de conformar as competências da mesma, manifestamente não se lhe impondo constitucionalmente que a obrigação ora em causa tenha se ser conferida àquela Comissão.

3.3.2. Quanto à alegada violação do princípio da proporcionalidade na dimensão de *proibição do excesso*, impõe-se começar por notar que o acórdão recorrido sustenta que nenhuma prova foi feita nos autos de que a ora recorrente suportasse encargos, ou de quais fossem esses encargos, ditos excessivos, que a mesma alegou. [] Logo, a conclusão sustentada pela recorrente só poderia resultar da demonstração de que o ónus assim imposto às concessionárias era manifestamente excessivo, no confronto entre o controlo que o Estado não pode deixar de garantir quando concessionaria actividades como a explorada pela recorrente, que funciona em dias úteis e dias não úteis, sem qualquer dificuldade, e os custos suportados pelo concessionário para o cumprimento de um tal ónus. Impunha-se, assim, a demonstração, nos autos, de que o cumprimento da obrigação de depósito das gratificações, nos termos em que se encontra legalmente fixada, onera excessivamente as concessionárias, ao ponto de tornar constitucionalmente inexigível o seu cumprimento. Demonstração, como se verificou, inexistente.

3.4. Em suma, a questão de constitucionalidade colocada ao tribunal, por alegada violação do princípio da proporcionalidade, revela-se manifestamente infundada, quer este princípio resulte do disposto no n.º 2 do artigo 266º, quer do n.º 2 do artigo 18º, quer do artigo 2º, todos da Constituição.

4. Inconformada, a recorrente reclama para a Conferência, reproduzindo no essencial os argumentos que expendera no decorrer do processo e concluindo assim:

1. A decisão reclamada assenta numa visão restritiva do princípio da proporcionalidade que não é a que mais se coaduna com a ordem constitucional.

2. O campo de aplicação do princípio da proporcionalidade não pode ser limitado às situações referentes a direitos, liberdades e garantias, nem à actividade executiva da Administração Pública. Pelo contrário, aplica-se a toda a actividade administrativa, incluindo também a actividade pública de criação de normas.

3. Não estavam reunidos os requisitos para a emanção de urna decisão sumária, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 78.º-A da LOTC, uma vez que não há jurisprudência sobre a conformidade constitucional da norma em questão e essa apreciação carecer de uma apreciação ponderada que, salvo melhor entendimento, não seria possível, nem foi conseguida, numa decisão sumária.

4. O depósito das gratificações dos trabalhadores nada tem a ver com o interesse público inerente ao contrato administrativo de concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar, nem sequer se enquadra no âmbito da actividade concessionada.

5. A obrigação de depósito prescrita no n.º 7 da Portaria n.º 1159/90, na redacção da Portaria n.º 129/94, visa apenas satisfazer os interesses privados dos trabalhadores.

6. Estando em causa meros interesses privados dos trabalhadores, e não os interesses públicos que subjazem ao contrato de concessão, a ponderação de interesses não poderá ser gizada nos termos plasmados na decisão sumária. Sobretudo não poderá pretender-se equilibrar o desequilíbrio com fundamento nas contrapartidas auferidas por força do contrato de concessão, urna vez que a obrigação de depósito aqui em causa está á margem do contrato.

7. Não poderá admitir-se que tal obrigação de depósito obrigue a encargos e procedimentos fora do comum e, como tal, desrazoáveis.

8. Daí a inconstitucionalidade do n.º 7 da Portaria por violação do princípio da proporcionalidade tanto na vertente da necessidade como na vertente da proibição do excesso.

9. A entender-se que não há violação do princípio na vertente da necessidade, admite-se que o n.º 7 de Portaria permita uma interpretação conforme com aquele princípio constitucional, no sentido que a exigência da entrega no dia útil seguinte tenha por pressuposto que a partida termine em dia útil.

5. Notificado para responder, o Ministério da Economia e da Inovação nada disse. Dispensados os vistos, cumpre decidir.

II Fundamentação

6. Na decisão sumária reclamada, decidiu-se, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 78º-A da LTC, negar provimento ao recurso por a questão de constitucionalidade ser *manifestamente infundada*. Não faz, assim, qualquer sentido afirmar, como o faz a reclamante, que não estavam reunidos os pressupostos para prolação de tal decisão por não existir *jurisprudência sobre a conformidade constitucional da norma em questão*, posto que o fundamento da decisão reclamada não foi o da existência de decisão anterior do Tribunal Constitucional.

7. Além de repetir o que dissera nos autos argumentos apreciados pela decisão sumária ora reclamada -, a reclamante sustenta que *as gratificações nada têm a ver com o interesse público inerente ao contrato administrativo de concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar*, posto que *À concessionária cabe disciplinar o exercício da actividade de jogo, minorando os perigos e riscos que podem advir dessa actividade, assegurando, concomitantemente, contrapartidas para o Estado*, assim concluindo que *está apenas em causa o interesse privado dos trabalhadores*, de sorte que *nenhum interesse público pode ser detectado na operação de depósito imposta pelo n.º 7 da Portaria n.º 1159/90, na redacção da Portaria n.º 129/92*.

A reclamante olvida, porém, que a concessão da actividade de exploração de jogo de fortuna ou azar não se limita não pode limitar-se ao controlo do exercício da actividade de jogo, no sentido que a reclamante parece conferir a tal expressão. Como bem se

apontou no acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte proferido nos autos, os diplomas legais que vêm sendo emanados no âmbito da actividade de jogo de fortuna e azar *comportam e trazem um claro e presente aporte publicístico, que marcam, desde logo, os próprios termos dos contratos de concessão e, a seguir, a disciplina da sua própria execução e do seu desenvolvimento [...]. Aliás, são numerosas e inequívocas as regras legais donde se infere o cariz marcadamente público deste sector de actividade económica, regras essas que recaem sobre os empregados dos casinos e sobre as concessionárias. E, prossegue aquele acórdão, uma das áreas deste sector onde se revela a tal natureza pública é, claramente, a das gratificações, porquanto, como vimos supra, é expressamente proibido solicitá-las ou percebê-las a título individual e só é permitido aceitá-las quando sejam espontaneamente dadas por frequentadores, na certeza de que as mesmas após recebimento são obrigatoriamente introduzidas em caixas de modelo próprio existentes nas salas de jogo para ulterior distribuição, prevendo-se regras estritas quanto aos procedimentos a desenvolver no seu registo, afixação/publicitação, depósitos e distribuição (cfr.art.79º da Lei do Jogo e Portaria nº 1159/90), com introdução de controlos e mecanismos públicos de vigilância. Ressaltando claro que a matéria das gratificações se inclui de pleno nas preocupações públicas do regime de tal modo que um dos artigos da Lei do Jogo a elas expressamente se refere - artigo 79º -, não tem a recorrente qualquer razão ao aludir aos estritos interesses privados dos trabalhadores.*

Neste particular, cumpre ainda notar que parte dos depósitos das gratificações pode ser destinada ao *Fundo Especial de Segurança Social dos Profissionais da Banca dos Casinos*, dessa forma se provendo também à concretização do direito constitucional consagrado no art.63º da Lei Fundamental. Aliás, o próprio preâmbulo da Portaria 129/94, de 1 de Março, que alterou o nº7 da Portaria nº 1159/90 (impondo o prazo de depósito de 88% da importância das gratificações na CGD e dos restantes 12% em conta bancária do *Fundo Especial de Segurança Social dos Profissionais da Banca dos Casinos*, no dia útil imediato ao da entrega referida no número 6 quando, na redacção original, se impunha o depósito desta importância na conta da CGD no dia útil imediato) explicita com clareza as razões que determinaram a introdução de tal alteração, ali se lendo que *A solução encontrada vem-se revelando inconveniente, na medida em que retarda desnecessariamente a entrega dos 12% das gratificações que cabem ao Fundo Especial de Segurança Social dos Profissionais da Banca dos Casinos, entidade a quem eles efectivamente se destinam. [...] Assim, tendo por objectivo tornar mais célere a entrega àquele Fundo dos mencionados 12%, de modo que o mesmo possa proceder de imediato à aplicação financeira das verbas que lhe cabe gerir, opta-se agora por estabelecer que a repartição do montante das gratificações () seja efectuada pelas empresas concessionárias no dia imediato ao da percepção das ditas gratificações.* Em suma, o legislador ponderou os interesses em jogo e fundou, expressamente, a opção tomada na nova redacção do preceito, tendo em consideração a necessária protecção do aludido Fundo, nada existindo na Constituição que o impeça de assim proceder.

8. Insiste a reclamante que a obrigação que a lei lhe impõe de proceder ao depósito das gratificações é inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, afirmando que a decisão reclamada restringiu o campo de aplicação de tal princípio às situações referentes a direitos liberdades e garantias e à actividade executiva da administração pública. Sucede, porém, que em momento algum da decisão reclamada se operou tal restrição. O que ali se precisou foi, bem diferentemente, que a reclamante fundara o seu recurso na violação do artigo 266º da Constituição e que tal preceito se refere à prossecução da actividade administrativa do próprio Estado, pelo que nunca poderia fundar o juízo de inconstitucionalidade pretendido. Ainda assim, a decisão sumária cuidou de procurar uma eventual violação do princípio da proporcionalidade, para lá do estrito campo de aplicação daquele artigo. E, nessa análise, concluiu pela *manifesta* inexistência de qualquer violação daquele princípio, com os argumentos que aqui se mantêm na íntegra.

9. Por fim, a reclamante acaba por sustentar que o legislador ordinário estaria, em última instância, *constitucionalmente obrigado* ou a fazer verter a obrigação de depósito das gratificações sobre outra entidade (designadamente a Comissão de Distribuição de Gratificações) ou, recaindo sobre a própria concessionária, a permitir que tal depósito seja feito no dia útil seguinte, no pressuposto de que o dia anterior seja um dia útil.

Ora, como resulta da decisão sumária, *manifestamente* nenhum motivo existe para fundar na Constituição tal obrigação do legislador ordinário, nenhuma desproporção se revelando. Sendo ainda certo que a reclamante confunde o que repetidamente afirma com aquilo que ficou provado nos autos. É que, conforme ficou claro na decisão reclamada, não se provou sequer no processo qualquer custo ou encargo adicional suportado pela reclamante e, muito menos, que qualquer custo ou encargo fosse desproporcionado. Logo, a reclamante pretende discutir com base num pressuposto desconhecido dos autos o de que a obrigação imposta pelo n.º 7 da Portaria nº 1159/90 lhe causa encargos muitíssimo superiores aos benefícios que pretende garantir, de tal forma que fosse constitucionalmente inexigível o seu cumprimento.

III Decisão

Nestes termos, decide-se indeferir a presente reclamação.

Custas pela reclamante, fixando-se a taxa de justiça em 20 (vinte) unidades de conta.

Lisboa, 29 de Junho de 2010

Gil Galvão

José Borges Soeiro

Rui Manuel Moura Ramos