ACÓRDÃO Nº 400/89[1]

Processo: n.° 372/88.
2ª Secção
Relator: Conselheiro Messias Bento.

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

I *Relatório*

1 *A.* foi condenado no Tribunal de Polícia da Comarca do Porto na pena de oito meses de prisão, como autor de uma infracção prevista e punível pelas disposições conjugadas dos «artigos 2.°, n.° 3, do Decreto-Lei n.° 21/85, de 17 de Janeiro, 4.°, n.° 4, e 56.°, §§ 1.° e 2.°, do Decreto-Lei n.° 48 912, de 18 de Março de 1969 (o artigo 4.°, n.° 4, na redacção do artigo 2.° do Decreto-Lei n.° 82/83, de 11 de Fevereiro) e 4.°, n.° l, do Decreto-Lei n.° 22/85, de 17 de Janeiro», por virtude de ter em exploração, num salão de jogos de que era sócio gerente, uma máquina eléctrica que funciona mediante a introdução de moedas, sem lugar para a perícia do jogador, que se limitava a pressionar umas teclas e a aguardar o resultado da combinação obtida.

Inconformado, recorreu o R. para o Tribunal da Relação do Porto, suscitando, na respectiva alegação, a inconstitucionalidade orgânica do *Decreto-Lei n. ° 22/85,* de *17 de Janeiro,* na medida em que deu nova redacção ao artigo 56.° do Decreto-Lei n.° 48 912, de 18 de Março de 1969 inconstitucionalidade que, em seu entender, residia no facto de haver expirado o prazo da autorização legislativa concedida pela Lei n.° 25/84, de 13 de Julho, ao abrigo da qual ele foi editado.

A Relação do Porto, no seu Acórdão de 15 de Junho de 1988, não acolheu, porém, a tese do R.

2 E deste acórdão da Relação do Porto que vem o presente recurso, interposto pelo R., que conclui a sua alegação do modo seguinte:

> 1 A definição de crimes é da exclusiva competência da Assembleia da República [artigo 168.°, n.° l, alínea c), da CR].
>
> 2 Tal reserva abrange a criação de novos pressupostos relativamente a tipos legais preexistentes.
>
> 3 À data da publicação do Decreto-Lei n.° 22/85 havia caducado a autorização legislativa conferida pela Lei n.° 25/84.
>
> 4 A publicação do diploma constitui um dos momentos da formação e vigência de uma lei.
>
> 5 Pelo que a redacção do artigo 56.° do Decreto-Lei n.° 48 912, introduzida pelo artigo 3.° do Decreto-Lei n.° 22/85, de 17 de Janeiro, está ferida de inconstitucionalidade orgânica na parte em que cria novos pressupostos para a respectiva incriminação.

O Procurador-Geral Adjunto conclui, nos termos seguintes, a sua alegação:

> 1.° A publicação dos actos legislativos não é um elemento constitutivo dos mesmos, de que dependa a sua existência jurídica, mas mera condição da sua eficácia;
>
> 2.° Por isso, não implica desrespeito do prazo de duração da autorização legislativa concedida pela Lei n.° 25/84, de 13 de Julho, o facto de o Decreto-Lei n.° 22/85, de 17 de Janeiro, ter sido publicado para além desse prazo, uma vez que dentro do limite temporal fixado na Lei n.° 25/84 foi o diploma em causa aprovado em Conselho de Ministros, promulgado e referendado;
>
> 3.° Não são, assim, organicamente inconstitucionais as normas constantes dos artigos 1.° e 3.° do Decreto-Lei n.° 22/85.
>
> Termos em que deve ser negado provimento ao recurso, confirmando-se a decisão recorrida, na parte impugnada.

3 Corridos os vistos, cumpre decidir a questão de saber se a norma do *artigo 3.°* do *Decreto-Lei n.° 22/85, de 17 de Janeiro,* dando nova redacção ao artigo 56.° do Decreto-Lei n.° 48 912, de 18 de Março de 1969, é (ou não) inconstitucional.

É a essa norma que o recorrente restringiu o objecto do recurso: escreveu, de facto, na sua alegação: «O presente recurso restringe-se [...] ao juízo de constitucionalidade da redacção dada ao artigo 56.° do Decreto-Lei n.° 48 912 pelo artigo 3.° do Decreto-Lei n.° 22/85, de 17 de Janeiro» (cf. artigo 1.° da alegação). E é também nesse sentido que correm as conclusões por si formuladas na alegação (cf. conclusão 5.ª), em consonância, de resto, com o que escreveu no requerimento de interposição de recurso, onde disse: «não se conformando com o douto acórdão proferido nestes autos, na parte em que julga constitucional a redacção dada ao artigo 56.° do Decreto-Lei n.° 48 912 pelo Decreto-Lei n.° 22/85, de 17 de Janeiro [...]».

Vejamos.

II *Fundamentos*

4 O *Decreto-Lei n. ° 48 912,* de *18 de Março de 1969,* veio regular os jogos de fortuna ou azar, preceituando, no artigo 2.°, que a sua prática «só é permitida nos casinos existentes nas zonas de jogo e nas épocas estabelecidas para o seu funcionamento». No artigo 4.°, enumera os jogos de fortuna ou de azar cuja exploração é autorizada nos casinos existentes nas zonas de jogo. E, no artigo 56.°, estabelece a punição em que incorrem aqueles que, fora dos casinos existentes nas zonas de jogo ou fora das épocas estabelecidas para o seu funcionamento, explorarem jogos de fortuna ou de azar ou exerçam a sua actividade nessa exploração.

Dispõem, de facto, o artigo 4.° (na parte que importa):

> *Artigo 4. °* Nos casinos das zonas de jogo é autorizada a exploração dos seguintes de jogos de fortuna ou azar:
>
> 1) []
> 2) [...]
> 3) Máquinas automáticas (pagando directamente fichas ou moedas).
> 4) Máquinas automáticas, mecânicas, eléctricas ou electrónicas que, não pagando directamente prémios em dinheiro, fichas ou coisas com valor económico, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte *(número aditado pelo artigo 1. ° do Decreto-Lei n. ° 22/85, de 17 de Janeiro)*
>
> § 1.° [...]
> § 2.° [...]
> § 3.° [...]

De sua parte, o artigo 56.° do mesmo Decreto-Lei n.° 48 912, de 18 de Março de 1969, dispõe como segue, no que aqui interessa:

> Art. 56.° Aqueles que infringirem o disposto no artigo 2.°, quer explorando jogos de fortuna ou azar, incluindo máquinas automáticas referidas no n.° 4) do artigo 4.°, quer exercendo a sua actividade na respectiva exploração, bem como os que infringirem o preceituado no artigo 6.°, serão punidos com prisão de 6 meses a 2 anos. *(Redacção introduzida pelo artigo 3. ° do Decreto-Lei n. ° 22/85, de 17 de Janeiro.)*
>
> § 1.° []
>
> § 2.° [...]
>
> § 3.° [...] *(A redacção deste parágrafo foi introduzida pelo Decreto-Lei nº 82/83, de 11 de Fevereiro.)*

A redacção inicial do corpo do artigo 56.° acabado de transcrever era a seguinte:

> Art. 56.° Aqueles que infringirem o disposto no artigo 2.°, quer explorando jogos de fortuna ou de azar, incluindo máquinas automáticas de fichas ou moedas, quer exercendo a sua actividade na respectiva exploração, bem como os que infringirem o preceituado no artigo 6.°, serão punidos com prisão de seis meses a dois anos e demissão dos seus cargos se forem funcionários do Estado ou dos corpos administrativos.

6 O artigo 56.° do Decreto-Lei n.° 48 912, de 18 de Março de 1969, punia, pois, a exploração (feita fora dos casinos existentes nas zonas de jogo ou fora das épocas estabelecidas para o funcionamento dos mesmos) de jogos de fortuna ou de azar, utilizando *máquinas automáticas, mas apenas quando elas fossem de fichas ou moedas* [cf. artigo 4.°, n.° 3]. Com o aditamento do n.° 4) ao artigo 4.° do mesmo Decreto-Lei n.° 48 912, feito pelo artigo 1.° do Decreto-Lei n.° 22/85, de 17 de Janeiro, e consequente nova redacção daquele artigo 56.°, introduzida pelo artigo 3.° deste Decreto-Lei n.° 22/85, *a exploração* de jogos de fortuna ou de azar com utilização dessas máquinas passou a ser punida, *mesmo quando elas não sejam de fichas ou moedas.* Basta que tais máquinas «desenvolvam temas próprios de jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusivamente ou fundamentalmente da sorte» [cf. artigo 4.°, n.° 4), citado].

Por conseguinte, o legislador, ao editar o artigo 3.° do Decreto-Lei n.° 22/85, de 17 de Janeiro com o que deu nova redacção ao artigo 56.° do Decreto-Lei n.° 48 912, de 18 de Março de 1969 *criou um «novo tipo» de ilícito criminal:* exploração de máquinas automáticas referidas no n.° 4) do artigo 4.° fora dos casos em que essa exploração é permitida nos termos do artigo 2.°, cominando para tal infracção a pena de prisão de seis meses a dois anos.

Dito de outro modo: o legislador, ao editar o artigo 3.° do Decreto--Lei n.° 22/85, de 17 de Janeiro, emitiu uma norma cujo objecto é a *definição de um crime* e a da *respectiva pena* o que só podia ser feito pelo Governo estando munido de autorização legislativa, por se tratar de matéria que se inscreve na reserva parlamentar.

O artigo 168.°, n.° l, alínea c), da Constituição prescreve, com efeito:

/

> Art. 168.° l E da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo:
>
> .
>
> c) Definição dos crimes, penas [...]

7 Pois bem: o mencionado Decreto-Lei n.° 22/85, de 17 de Fevereiro, em que se insere o artigo 3.° *sub iudicio,* foi justamente editado ao abrigo da autorização legislativa concedida ao Governo pela Lei n.° 25/84, de 13 de Julho, que no que aqui importa reza assim:

> Art. 1.° É concedida autorização legislativa ao Governo para:
>
> *a)* Definir ilícitos criminais ou contravencionais consistentes na violação de normas constantes de diplomas aprovados no exercício da competência do Governo;
>
> *b)* Definir as correspondentes penas.
>
> c) []

> Art. 2.° As penas previstas no artigo anterior não podem exceder o máximo de 3 anos de prisão [...].
>
> Art. 3.° Da competência penal prevista nos artigos anteriores é excluída a modificação de crimes, contravenções e penas previstas no Código Penal.
>
> Art. 4.° [...]
>
> Art. 5.° A presente autorização legislativa caduca se não for utilizada no prazo de 180 dias.
>
> Art. 6.° A presente lei entra em vigor no dia imediato ao da sua publicação.

O referido Decreto-Lei n.° 22/85 foi aprovado em Conselho de Ministros no dia 29 de Novembro de 1984, promulgado no dia 3 de Janeiro de 1985, referendado no dia 4 de Janeiro de 1985 e publicado no *Diário da República* no dia 17 de Janeiro de 1985.

A autorização legislativa ao abrigo da qual o referido decreto-lei foi editado valia por 180 dias e constava de lei que entrou em vigor em 14 de Julho de 1984.

Assim sendo, ocorreram dentro do prazo de validade da autorização legislativa concedida (e invocada) a aprovação do diploma legal em Conselho de Ministros, a sua promulgação pelo Presidente da República, e bem assim a referenda do Primeiro-Ministro. *Fora desse prazo, situou-se apenas a publicação no Diário da República».*

8 Importará isso inconstitucionalidade orgânica, como pretende o recorrente?

Decididamente se responde que não.

Seja qual for a resposta que deva dar-se à questão de saber qual o momento relevante para se poder concluir que a autorização legislativa foi atempadamente utilizada se o da aprovação em Conselho de Ministros do diploma autorizado, se antes o do seu envio para promulgação pelo Presidente da República, se o da data em que a promulgação teve lugar, se, ainda, o da referenda , a verdade é que a *publicação não é,* seguramente, *elemento constitutivo do acto legislativo.* Este ficou perfeito nalgum dos momentos atrás indicados (cf., neste sentido, o Acórdão deste Tribunal n.° 80/84, publicado em *Acórdãos do Tribunal Constitucional,* 4.° vol., pp. 217 e seguintes; e na doutrina: J. J. Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* Coimbra, 1985, 2.° vol., p. 205; Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado,* apontamentos de lições, policopiado, Lisboa, 1986, p. 281, nota 1; António Nadais, António Vitorino, Vitalino Canas, *Constituição da República Portuguesa, Textos e Comentários à Lei n. ° 1/82,* Lisboa, 1982, p. 196; e António Vitorino, *As Autorizações Legislativas na Constituição Portuguesa,* Lisboa, p. 259).

O entendimento de que a *publicação* não é elemento constitutivo do acto legislativo pode hoje considerar-se pacífico, uma vez que o artigo 122.°, n.° 2, da Constituição revista prescreve que a falta de publicidade dos actos normativos apenas «implica a sua ineficácia jurídica» (não a sua inexistência).

Aliás, mesmo em face do texto original da Constituição, cujo artigo 122.°, n.° 4, prescrevia que «a falta de publicidade implica a inexistência jurídica do acto» depois de alguma hesitação inicial (cf. acórdãos da Comissão Constitucional n.os 4, 5, 6 e 8 *(Apêndice ao Diário da República,* de 6 de Junho de 1977), n.os 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16 e 17 *(Apêndice,* citado, de 25 de Outubro de 1977) e n.° 165 *(Apêndice* citado, de 16 de Abril de 1981) , a Comissão Constitucional passou a entender que a inexistência aí estabelecida para a falta de publicidade não significava que a publicação fosse elemento constitutivo do acto legislativo, sim e tão-só que, antes dela, nenhuma obediência lhe era devida [cf. acórdão n.° 122 *(Apêndice ao Diário da República* de 16 de Abril de 1981); e n.os 293, 401 e 402 *(Apêndice ao Diário da República* de 22 de Dezembro de 1981, o primeiro, e de 18 de Janeiro de 1983, os outros dois); pareceres n.os 23/80 e 4/81 da referida Comissão *(Pareceres da Comissão Constitucional,* vols. 13.°, e 14.°, pp. 99 e 205, respectivamente)].

Também este Tribunal perfilhou este último entendimento [cf., para além do já citado Acórdão n.° 80/84, os acórdãos n.os 37/84, 59/84 e 60/84 *(Acórdãos do Tribunal Constitucional,* 3.° vol., pp. 69, 309 e 317, respectivamente)].

Na doutrina, também J. Oliveira Ascensão (O *Direito, Introdução e Teoria, Geral,* Lisboa, 1977, p. 374) considerava que a publicação não era elemento constitutivo do acto legislativo.

III *Decisão*

Isto posto, nega-se provimento ao recurso e, em consequência, confirma-se o acórdão recorrido quanto ao julgamento da questão de inconstitucionalidade.

Lisboa, 18 de Maio de 1989.
Messias Bento
José Magalhães Godinho
José Manuel Cardoso da Costa
Mário de Brito

Luís Nunes de Almeida
Armando Manuel Marques Guedes.

[1] Acórdão publicado no *Diário da República,* 2.ª série, de 14 de Setembro de 1989.