

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECIDE: LEGISLAÇÃO PORTUGUESA APLICÁVEL AOS JOGOS SOCIAIS DO ESTADO É COMPATÍVEL COM O DIREITO COMUNITÁRIO

Em Portugal, os jogos de fortuna ou azar estão sujeitos a um princípio geral de proibição, tendo o Estado português reservado para si a possibilidade de autorizar, segundo o regime que considere mais adequado, a exploração de um ou vários jogos directamente, ou de conceder a sua exploração a entidades privadas com fins lucrativos ou não, mediante concurso público realizado nos termos do Código do Procedimento Administrativo.

A legislação portuguesa distingue três categorias de jogos de fortuna ou azar e de jogos a dinheiro, designadamente (i) os jogos de casino, (ii) as rifas, tómbolas e concursos publicitários, e ainda (iii) as lotarias e apostas mútuas.

O direito de exploração dos jogos de casino, regulado pelo Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro (a “Lei do Jogo”), está, em princípio, reservado ao Estado e só o podem exercer, por concessão dada pelo Estado mediante contrato administrativo, empresas constituídas sob a forma de sociedades anónimas. Estes jogos são autorizados unicamente em casinos estabelecidos em zonas de jogo criadas e definidas por acto legislativo.

A categoria de jogos que abrange as rifas, tómbolas, sorteios, concursos publicitários, concursos de conhecimento e passatempos está sujeita a autorização prévia do Governo, concedida caso a caso e acompanhada de condições específicas. Esta categoria de jogos não tem, no entanto, impacto comercial.

As lotarias e apostas mútuas abrangem todos os jogos nos quais os participantes prognostiquem ou prevejam os resultados de uma ou mais competições ou de sorteios de números. Estes jogos são conhecidos em Portugal sob a designação de «jogos sociais» ou de «jogos sociais do Estado», e a sua exploração é regulada pelo Decreto-Lei n.º 84/85, de 28 de Março.

Por força do artigo 1.º n.º 1 do referido Decreto-Lei, o direito de promover lotarias e apostas mútuas é reservado ao Estado, que concede à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (a “Santa Casa da Misericórdia” ou “Santa Casa”) a sua organização e exploração em regime de exclusivo para todo o território nacional.

O Decreto-Lei n.º 282/2003, de 8 de Novembro, veio adaptar o quadro jurídico existente relativo às rifas, lotarias e apostas mútuas em face dos desenvolvimentos tecnológicos que permitem oferecer jogos em suporte electrónico, nomeadamente através da Internet. Este diploma visa, no essencial, por um lado, autorizar a Santa Casa a distribuir os seus produtos por via electrónica e, por outro, estender o seu direito exclusivo de exploração aos jogos oferecidos em suporte electrónico, nomeadamente na Internet, proibindo, assim, a utilização desses meios a qualquer outro operador.



EUROPEU E
CONCORRÊNCIA

«Em Portugal, os jogos de fortuna ou azar estão sujeitos a um princípio geral de proibição, tendo o Estado português reservado para si a possibilidade de autorizar, segundo o regime que considere mais adequado, a exploração de um ou vários jogos directamente, ou de conceder a sua exploração a entidades privadas.»

Neste sentido, o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 282/2003 dispõe que a exploração, em suporte electrónico, dos jogos sociais do Estado «é efectuado em regime de exclusivo, para todo o território nacional, incluindo o espaço radioeléctrico, o espectro hertziano terrestre analógico e digital, a Internet, bem como quaisquer outras redes públicas de telecomunicações, pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa através do seu Departamento de Jogos».

A Bwin International Ltd (a “Bwin”), empresa de apostas online com sede em Gibraltar, oferece um vasto leque de jogos de fortuna ou azar *on line*, incluindo apostas mútuas desportivas, jogos de casino, como a roleta e o póquer, e jogos baseados na realização de sorteios de números e que são semelhantes ao Totoloto explorado pela Santa Casa.

As apostas desportivas propostas referem se quer aos resultados de jogos de futebol quer aos resultados de outras competições desportivas. As variadas possibilidades de jogo incluem as apostas no resultado (vitória, empate ou derrota) dos jogos de futebol do campeonato português, equivalentes aos jogos do Totobola e do Totogolo, cuja exploração foi atribuída à Santa Casa. A Bwin oferece, além disso, apostas mútuas desportivas *on line*, em tempo real, cujas probabilidades são variáveis e vão mudando à medida que decorre o evento desportivo sobre o qual foram feitas essas apostas. Informações como o resultado do jogo, o tempo decorrido, os cartões amarelos e encarnados apresentados, etc., são afixadas, em tempo real, no sítio da Bwin na Internet, permitindo assim aos jogadores colocar apostas, interactivamente, no decurso do evento desportivo.

Em 18 de Agosto de 2005, a Liga Portuguesa de Futebol Profissional (a “Liga”) e a Bwin celebraram um contrato de patrocínio por quatro épocas desportivas, a partir da época de 2005/2006, nos termos do qual a Bwin assumiu a condição de patrocinador institucional da Primeira Divisão de futebol português. Nos termos desse contrato, a Primeira Divisão, anteriormente denominada «Super Liga», mudou de nome para passar, primeiro, a Liga betandwin.com e, posteriormente, a Bwin Liga. Além disso, os logótipos da Bwin foram colocados nos equipamentos utilizados pelos jogadores e afixados nos estádios dos clubes da Primeira Divisão. O sítio da Liga na Internet contém referências e uma ligação ao sítio Internet da Bwin, onde os consumidores localizados em Portugal e noutros países podem usar os serviços de jogo que lhes são assim oferecidos.

Em face do regime de exclusividade previsto legalmente, a Direcção do Departamento de Jogos da Santa Casa, no exercício das competências que lhe são conferidas pelo Decreto-Lei n.º 282/2003, aplicou coimas no valor de 74.500 euros à Bwin e de 75.000 euros à Liga pela prática das contra-ordenações previstas no artigo 11.º n.º 1 alíneas a) e b), ou seja, pela promoção, organização e exploração, na Internet, de jogos sociais concedidos à Santa Casa ou de jogos a estes equiparados, e pela publicitação dos mesmos.

«... uma legislação nacional que proíbe um prestador de serviços como a Bwin, com sede noutra Estado-Membro, de oferecer serviços no território do referido Estado, na Internet, constitui uma restrição à livre prestação de serviços garantida pelo artigo 49.º CE.»

Da decisão coube recurso para o Tribunal de Pequena Instância Criminal do Porto com vista à sua anulação, tendo para o efeito a Liga e a Bwin invocado, entre o mais, a incompatibilidade da legislação nacional aplicável aos jogos de fortuna ou azar com as normas e jurisprudência comunitárias nesta matéria. Perante tais alegações, o Tribunal de Pequena Instância Criminal do Porto decidiu suspender a instância e interrogar o Tribunal de Justiça sobre esta questão. A 8 de Setembro de 2009, o Tribunal proferiu o esperado acórdão¹.

Sem grande novidade, o Tribunal de Justiça começa por precisar que o artigo 49.º do Tratado CE exige «a eliminação de qualquer restrição à livre prestação de serviços, ainda que indistintamente aplicada aos prestadores nacionais e aos de outros Estados-Membros, quando seja susceptível de impedir, entravar ou tornar menos atractivas as actividades dos prestador estabelecido noutra Estado-Membro, onde preste legalmente serviços análogos.» (*cf.*: ponto 51 do acórdão).

Assim, «uma legislação nacional que proíbe um prestador de serviços como a Bwin, com sede noutra Estado-Membro, de oferecer serviços no território do referido Estado, na Internet, constitui uma restrição à livre prestação de serviços garantida pelo artigo 49.º CE» (*cf.*: ponto 52 do acórdão).

No entanto, o Tribunal reconhece que na ausência de uma harmonização sobre esta matéria os Estados-Membros têm a faculdade de fixar os objectivos da sua política em matéria de jogos de fortuna ou azar e de definir com precisão o nível de protecção pretendido, podendo recorrer para o efeito a regimes restritivos desde que estes preencham as condições há muito estabelecidas na jurisprudência do Tribunal de Justiça a respeito da sua proporcionalidade.

Neste contexto, importa analisar se as restrições à oferta dos jogos de fortuna ou azar na Internet, impostas pela legislação portuguesa, são adequadas para garantir a realização do objectivo ou objectivos invocados por Portugal e se não ultrapassam o que é necessário para os atingir. Em todo o caso, estas restrições devem ser aplicadas de maneira não discriminatória, e uma legislação só é apta a garantir a realização do objectivo invocado, se responder verdadeiramente à intenção de o alcançar de uma forma coerente e sistemática (*cf.*: a este propósito, o acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Março de 2009, Hartlauer, C 169/07).

Ora, segundo o Governo português e a Santa Casa, o objectivo principal prosseguido pela legislação nacional é o combate à criminalidade, mais concretamente, a protecção dos consumidores de jogos de fortuna ou azar contra fraudes cometidas pelos operadores, que nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça pode constituir uma razão

¹Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2009, LPFP e Bwin c. Departamento de Jogos da SCML, C-42/07 (o "acórdão").

«... na ausência de uma harmonização sobre esta matéria os Estados- -
Membros têm a faculdade de fixar os objectivos da sua política em matéria de jogos de fortuna ou azar e de definir com precisão o nível de protecção pretendido...»

«... uma autorização limitada dos jogos num quadro de exclusividade tem a vantagem de canalizar a exploração dos jogos para um circuito controlado e de prevenir os riscos de tal exploração com fins fraudulentos e criminosos.»

imperiosa de interesse geral, susceptível de justificar restrições quanto aos operadores autorizados a oferecer serviços neste sector em particular.

Com efeito, a organização e o funcionamento da Santa Casa regem-se por considerações e exigências que visam a prossecução de objectivos de interesse público, tendo inclusive o Departamento de Jogos da Santa Casa recebido poderes de autoridade administrativa para efeitos de abertura, instrução e execução dos processos de contra ordenação por exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar concedidos em exclusivo à Santa Casa.

E, na realidade, como reconheceu o Tribunal, uma autorização limitada dos jogos num quadro de exclusividade tem a vantagem de canalizar a exploração dos jogos para um circuito controlado e de prevenir os riscos de tal exploração com fins fraudulentos e criminosos.

No que respeita ao exame do carácter necessário do regime em causa, o Tribunal sublinha desde logo que o sector dos jogos de fortuna ou azar oferecidos na Internet não é objecto de harmonização comunitária. Por conseguinte, «um Estado-Membro pode entender que o simples facto de um operador como a Bwin oferecer legalmente serviços nesse sector, na Internet, noutra Estado-Membro, onde tem a sede e já está, em princípio, sujeito aos requisitos legais e ao controlo por parte das autoridades competentes desse Estado-Membro, não pode ser considerado como uma garantia suficiente de protecção dos consumidores nacionais contra os riscos de fraude e de criminalidade, à luz das prováveis dificuldades encontradas, nesse contexto, pelas autoridades do Estado-Membro de estabelecimento, em avaliar as qualidades e a integridade profissionais dos operadores.» (cf: ponto 69 do acórdão).

Por outro lado, dada a falta de contacto directo entre o consumidor e o operador, «os jogos de fortuna ou azar acessíveis na Internet comportam riscos de natureza diferente e de uma importância acrescida em relação aos mercados tradicionais desses jogos, no que se refere a eventuais fraudes cometidas pelos operadores contra os consumidores.» (cf: ponto 70 do acórdão).

Nestes termos, o Tribunal de Justiça veio a concluir que o artigo 49.º CE não se opõe a uma legislação nacional, como a portuguesa, que proíbe operadores como a Bwin, com sede em outros Estados-Membros e onde prestam legalmente serviços análogos, oferecerem jogos de fortuna ou azar na Internet, no território do referido Estado-Membro.

Note-se que o acórdão do Tribunal de Justiça refere em particular o regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 282/2003 - o qual estende o direito exclusivo de

«... a jurisprudência do Tribunal parece ir no sentido de admitir como compatível com o direito comunitário uma legislação nacional que proíba a promoção, organização, exploração e publicidade de quaisquer jogos de fortuna ou azar, independentemente da plataforma utilizada, que não seja autorizada ou concessionada pelo Estado-Membro, ainda que essa actividade seja prosseguida por uma entidade estabelecida num outro Estado-Membro.»

exploração atribuído à Santa Casa aos jogos oferecidos em suporte electrónico, nomeadamente na Internet, proibindo, assim, a utilização desses meios a qualquer outro operador -, e reflexamente a questão da concessão em regime de exclusividade dos jogos sociais a esta entidade. Não se pronuncia directamente sobre o regime aplicável em geral aos jogos de fortuna ou azar instituído pelo Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro.

Porém, sem prejuízo de alguns dos fundamentos deste acórdão se mostrarem especificamente influenciados pelo carácter institucional particular da Santa Casa da Misericórdia, as referências que são feitas à legislação nacional aplicável aos jogos de fortuna ou azar, no seu todo, parecem permitir a possibilidade de estender a sua razão de ser à proibição de promoção, organização, exploração e publicidade, na Internet, de todos os jogos, e não apenas dos que foram concessionados em regime de exclusividade à Santa Casa. Impõem-se, no entanto, uma clarificação prévia no sentido de que o regime de exclusividade, através da concessões previsto na actual Lei do Jogo, em particular para os jogos de casino, deva ser aplicado aos jogos similares oferecidos em suporte electrónico, *maxime* na Internet.

De todo o modo, a jurisprudência do Tribunal parece ir no sentido de admitir como compatível com o direito comunitário uma legislação nacional que proíba a promoção, organização, exploração e publicidade de quaisquer jogos de fortuna ou azar, independentemente da plataforma utilizada, que não seja autorizada ou concessionada pelo Estado-Membro, ainda que essa actividade seja prosseguida por uma entidade estabelecida num outro Estado-Membro. Para isso, a legislação nacional terá sempre que se mostrar proporcional, necessária e adequada ao fim que prossegue: a protecção dos consumidores nacionais contra os riscos de fraude e de criminalidade.

Contacto: Joaquim Vieira Peres vieira.peres@mlgts.pt
Mónica Pinto Candeias mpcandeias@mlgts.pt

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

MEMBER
LEX MUNDI
THE WORLD'S LEADING ASSOCIATION OF INDEPENDENT LAW FIRMS

LISBOA

Rua Castilho, 165
1070-050 Lisboa
Tel.: (+351) 213 817 400
Fax: (+351) 213 817 499
mlgtslisboa@mlgts.pt

PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 5.2
Edifício Oceanvs - 4100-137 Porto
Tel.: (+351) 226 166 950 | 226 052 380
Fax: (+351) 226 163 810 | 226 052 399
mlgtsporto@mlgts.pt

MADEIRA

Avenida Arriaga, Edifício Marina Club, 73, 2º
Sala 212 - 9000-060 Funchal
Tel.: (+351) 291 200 040
Fax: (+351) 291 200 049
mlgtsmadeira@mlgts.pt

www.mlgts.pt