

O REGIME DE CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE FORTUNA EM CASINO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DE MACAU

João Pacheco de Amorim

Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Porto, Portugal

Resumo: O tema que me proponho aqui tratar é de magna importância para Macau: com efeito, toda a economia do território assenta essencialmente nesta atividade económica (jogos de fortuna e azar de base territorial), sendo a Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) líder mundial desde que, em 2006, a receita bruta gerada pelos casinos macaenses ultrapassou a dos casinos de Las Vegas.

Acresce que se aproxima o termo do prazo de 20 anos das três atuais concessões: a concessão da SJM (Sociedade de Jogos de Macau) terminará em 2010, e as das sociedades Wynn Resorts e Galaxy Casino em 2022. Se não houver lugar entretanto a quaisquer prorrogações extraordinárias até um máximo de (mais) 5 anos, nos termos no n.º 3 do art.º 13.º da Lei n.º 16/2001, de 24 de setembro da RAEM (Regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar em casino), serão nesses anos abertos procedimentos concursais para a seleção dos próximos concessionários.

Procedendo a um primeiro ensaio de identificação da figura em causa, constitui a atividade de exploração de jogos de fortuna e azar um domínio reservado ao Estado desde tempos remotos, sendo que esta reserva pública não se funda, como por norma sucede as demais atividades reservadas aos poderes públicos, numa sua correspondência com atividades de prestação de serviços públicos essenciais. Diferentemente, prosseguem os poderes públicos com a instituição de tal reserva o primacial objetivo de, retirando tal atividade do mercado – sem todavia a proibir de todo, antes chamando-a a si (ou concessionando-a), melhor protegerem os consumidores dos riscos «morais» associados ao jogo a dinheiro, através da redução e disciplina mínima das «ocasiões de jogo».

Note-se todavia que na Região Administrativa Especial de Macau, constituindo como constitui a atividade em causa a base da economia do território, a reserva da indústria dos jogos de fortuna e azar a favor da Região apresenta uma outra justificação que reforça este estatuto de monopólio legal público e que poderá ter influência no seu regime jurídico, como melhor veremos: o tratar-se também de um setor estratégico ou chave da economia regional.

Para terminar esta entrada no tema, esclareça-se que, apresentando todo o regime das concessões de jogo obviamente interesse, face à iminência de abertura de novos procedimentos concursais ganha uma relevância acrescida a disciplina concursal que antecede a celebração dos contratos concessórios.

Pois bem, dado o tempo limitado de que disponho, vou por essa razão dedicar a minha intervenção essencialmente à disciplina do procedimento pré-contratual plasmada nos artigos 8.º a 16.º da Lei n.º 16/2001 da RAEM e no Regulamento Administrativo n.º 26/2001 para a seleção das (hoje no máximo) três concessionárias (art.º 7.º/2).

Não queria todavia deixar de tecer, antes da abordagem ao regime jurídico, algumas considerações prévias e de teor mais genérico sobre a atividade regulada dos jogos de fortuna.

Palavras-chave: Contratação pública em geral; concessão de exploração de jogos de fortuna e azar em casino; tipos de procedimentos; critérios de adjudicação; resgate; rescisão por razões de interesse público; cessão da posição contratual; subconcessão.

1. Breve reflexão prévia

Segundo n.º 1 do art.º 2.º da Lei n.º 16/2001 da RAEM, é o caráter aleatório que diferencia os jogos de fortuna ou azar, definindo-os este normativo tais jogos como sendo todos “aqueles em que o resultado é contingente por depender exclusiva ou principalmente da sorte do jogador”.

Inexiste no direito positivo português uma definição de jogo de fortuna e azar, tendo-se abstido o legislador português de o fazer no local próprio, ou seja, no artigo 1245.º do Código Civil. Mas os contratos de jogo de fortuna e azar apresentam determinadas notas típicas, para além da aleatoriedade, que a doutrina (e na sua esteira a jurisprudência – cf. Ac. do Tribunal Constitucional português n.º 633/2006, relatado pela Conselheira Fernanda Palma) tem identificado com bastante concisão: segundo Carlos Mota Pinto, A. Pinto Monteiro e João Calvão da



Silva estamos perante contratos *consensuais, sinalagmáticos, onerosos e aleatórios* (Mota Pinto/A. Pinto Monteiro/, *Jogo e Apostas. Subsídios de fundamentação ética e histórica-jurídica*, Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, Lisboa, 1982, p. 8).

Note-se que no jogo de fortuna e azar não preexiste o risco que as partes nele (jogo) assumem, como acontece com outros contratos aleatórios, sendo antes por elas criado. Ora, é precisamente o não ser o risco neste contrato uma necessidade mas um fator que se procura por si mesmo, que faz o jogador incorrer no perigo de cair numa situação de dependência ou vício, ou seja, de desenvolver uma paixão ou obsessão pelo jogo, o que suscita fundadas preocupações de caráter ético.

De um ponto de vista moral, e a título de exemplo, ensina a Igreja Católica que “[s] jogos de azar (jogos de carta etc.) ou apostas não são, em si mesmos, contrários à justiça”, apenas se tornando “moralmente inaceitáveis quando privam a pessoa daquilo que lhe é necessário para suprir as suas necessidades e as de outrem” (familiares a seu cargo, empregados, etc.) – o que tende a acontecer quando a paixão pelo jogo se transforma numa dependência grave (cf. *Catecismo da Igreja Católica*, Coimbra, Portugal, 1992, ponto 2413).

A esta problemática não é – e não pode ser – pois estranho o pensamento jurídico; e a doutrina tem-se posicionado nesta matéria a partir de um juízo de “condenação” de princípio do contrato de jogo de fortuna e azar, pelos riscos que envolve para o jogador e para o seu património (ver por todos neste ponto Maria Isabel Namorado Clímaco, *Os jogos de fortuna e azar. O lazer tolerado ou o “vício” legalizado?*, em AAVV, «Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto», Coimbra, 2006, pp. 469 e seguintes).

Por essa razão aliás é a atividade de exploração de jogos de fortuna e azar com fins lucrativos proibida pelo direito penal, apenas sendo lícita (não criminosa) quando, a partir de um pressuposto de reserva da atividade estabelecida pelo Estado em seu benefício, é ela (atividade) objeto de concessão a privados, com atribuição de exclusivos de caráter territorial que a tornam permitida apenas nas zonas de jogo criadas por lei.

Destarte, e de novo nas palavras de Carlos Mota Pinto, A. Pinto Monteiro e João Calvão da Silva (ob. cit., pp. 30 e seguintes), quando a lei permite que os poderes públicos autorizem em determinadas circunstâncias certos jogos de fortuna e azar, regulamentando e fiscalizando a sua prática, pretende-se com isso alcançar dois objetivos.

Desde logo, presidem a tal opção legislativa considerações de escolha do mal menor: a ideia é assegurar a satisfação de uma tendência inata do homem, mas com a segurança de se saber de antemão que, em vez de ser a dita atividade desenvolvida (toda ela) à margem da lei, pelo menos no jogo praticado neste âmbito legal ou legalizado haverá lugar à observância de exigências mínimas de ordem pública e saúde pública por eles (poderes públicos) impostas, com atenuação por



consequente dos efeitos mais deletérios do jogo.

Em suma, crê-se que constituem estas proibição e repressão severas, por regra, da exploração de jogos de fortuna e azar, por uma banda, mas com salvaguarda de uma «válvula de escape» para as pulsões inatas nesse sentido dos consumidores, por outra banda, em termos de políticas públicas, a fórmula mais realista para se reduzirem as «ocasiões de jogo», maximizando-se a proteção dos ditos consumidores face aos riscos «morais» associados ao jogo a dinheiro através da redução das «ocasiões de jogo» e da garantia de tais ocasiões serem objeto de uma regulação pública mínima.

Enfim, visa-se também a obtenção de relevantes receitas fiscais das quais uma parte substancial é normalmente afeta a fins de ordem social e ao incremento da atividade do turismo: e assim se «sossega a consciência», com esta transformação, em alguma medida, de um «mal» num «bem»...

Para concluir esta breve e prévia reflexão, não pretendo obviamente formular aqui qualquer juízo moral ou ético definitivo sobre aquela que é aliás nos nossos dias uma opção legislativa e de políticas públicas generalizada.

Quero tão só chamar a atenção dos juristas para que nunca esqueçam este ponto de partida ético e crítico nos seus trabalhos de análise, interpretação e investigação sobre a matéria em causa: o direito positivo deve ser, o mais possível, um direito justo... aliás, a própria Lei n.º 16/2001 da RAEM utiliza conceitos que fazem apelo aos valores, quando postula no seu artigo 1.º, n.º 2, al. 3.ª a exigência genérica de serem a exploração e a operação dos jogos de fortuna ou azar realizadas de forma “justa” e “honesta”.

O objetivo último visado, reitere-se, e do ponto de vista dos valores constitucionais, é o de melhor se proteger os consumidores dos riscos «morais» associados ao jogo a dinheiro, através da redução e disciplina mínima das «ocasiões de jogo».

Mas se assim é (como não pode deixar de ser), pergunto-me se não será de todo questionável a legitimidade das atividades, permitidas e legalmente enquadradas, de promoção do jogo e de concessão de crédito para jogo ou para aposta em casino.

Os conceitos legais relativos a esta atividade de promoção do jogo são bem elucidativos, dispensando comentários adicionais.

Senão vejamos: o art.º 2.º do Regulamento Administrativo n.º 6/2002, que regula a atividade de promoção de jogos de fortuna ou azar em casino (e com pequenas mas significativas alterações de redação relativamente ao conceito de «promotores de jogo» do al. b) do art.º 2.º da Lei n.º 16/2001 da RAEM), define-a como “*a atividade que visa promover jogos de fortuna ou azar em casino, junto de jogadores, através da atribuição de facilidades, nomeadamente no que respeita a transportes, alojamento alimentação e entretenimento, em contrapartida de uma*



comissão ou outra remuneração paga por uma concessionária”.

Por sua vez, habilita a Lei n.º 5/2004 da RAEM («Regime jurídico da concessão de crédito para jogo ou para aposta em casino») os ditos «promotores», que não são instituições de crédito, a conceder a esses jogadores aliciados para a prática do jogo, *crédito para o efeito*, entregando-lhes fichas de jogo “*sem que haja lugar ao pagamento imediato, em dinheiro, dessa transmissão*” – ressalvando significativamente o último artigo deste *regime legal de exceção* que os factos praticados no exercício de tal atividade de concessão de crédito “*não se consideram usura para jogo, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 13.º da Lei n.º 8/96/M, de 22 de julho*” («Regime do jogo ilícito»)!!

3. As fontes do direito da contratação pública em geral, e do regime de concessão de exploração de jogos de fortuna e azar em casino em particular

Passo a expor, agora sim, e em traços muito sintéticos, o regime de concessão de exploração de jogos de fortuna e azar em casino no ordenamento macaense, em especial respetiva disciplina pré-contratual, começando pelas fontes.

Começo por relembrar aqui que, por um lado, inexiste uma disciplina comum que apresente um mínimo de densidade relativa aos procedimentos concursais de contratação pública e que seja a esse título subsidiariamente aplicável à normação pública especial que neste território regula o procedimento pré-contratual conducente à celebração dos contratos de concessão de exploração de jogos de fortuna e azar. E que, por outro lado, inexiste também no direito macaense quer um regime substantivo geral desenvolvido dos contratos administrativos: como acontecia antes de 2008 no direito português, os aspetos quer procedimentais, quer substantivos, dos contratos administrativos estão regulados numa dúzia de

1 É a seguinte a redação deste preceito:

“CAPÍTULO IV
“Empréstimos ilícitos

“Artigo 13.º
“(Usura para jogo)

“1. Quem, com intenção de alcançar um benefício patrimonial para si ou para terceiro, facultar a uma pessoa dinheiro ou qualquer outro meio para jogar, é punido com pena correspondente à do crime de usura.

“2. Presume-se concedido para jogo de fortuna ou azar a usura ou mútuo efetuado nos casinos, entendendo-se como tais para este efeito, todas as dependências especialmente destinadas à exploração de jogos de fortuna ou azar, bem como outras adjacentes onde se exerçam atividades de carácter artístico, cultural, recreativo, comercial ou ligadas à indústria hoteleira.

“3. A conduta do mutuário não é punível.”



normativos basilares – mais precisamente nos últimos doze artigos do Código de Procedimento Administrativo.

Já, em contrapartida, os mais importantes contratos públicos com natureza administrativa são objeto de regimes legais substantivos com um mínimo de densidade. É desde logo o caso dos contratos de empreitadas de obras públicas, sendo que neste caso que os aspetos procedimentais quer aspetos substantivos são regulados desenvididamente pelo DL n.º 74/99/M (Regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas).

Quanto às demais modalidades de concessão – mais precisamente ao regime de concessão de exploração e utilização de terras («Lei de Terras» – Lei n.º 10/2013, de 2 de setembro, da RAEM) e ao regime das concessões de obras públicas e de serviços públicos (Lei n.º 3/90/M, de 14 de maio, da RAEM) – assinale-se que cuidam estes diplomas quase exclusivamente do regime substantivo dos contratos em causa, limitando-se a confirmar a regra da obrigatoriedade de concurso público para a escolha do concessionário e as exceções a essa regra que estão já plasmadas no art.º 169.º do CPA.

Em contrapartida no que respeita aos mais importantes contratos públicos que no atual direito macaense não são legalmente qualificados como contratos administrativos (contrato de aquisição de serviços e de aquisição e locação de bens móveis), acontece precisamente: o contrário o DL n.º 122/84/M (Regime das despesas com obras e aquisição de bens e serviços) limita-se a regular os aspetos procedimentais, remetendo implicitamente para o direito privados o respetivo regime substantivo.

Mas voltemos àquele que, de entre os diplomas que acabo de referir, é apesar de tudo o mais próximo mais próximo e por isso potencialmente mais interessante do ponto de vista da sua aplicação subsidiária ao regime de concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino, que é o que regula as concessões de obras e serviços.

Trata-se como vimos da Lei n.º 3/90/M, da RAEM, que “estabelece os princípios gerais a observar nas concessões de obras públicas e de serviços públicos” da responsabilidade do Governo. Como indica o seu transrito n.º 1.º («*Ambito*»), estamos perante uma lei de bases reguladora sobretudo das traves mestras do regime substantivo daquelas concessões, passível por isso, reitere-se, de em alguma medida ser subsidiariamente aplicável à específica e detalhada regulação desta particular modalidade de concessão ora objeto da nossa análise operada pela Lei n.º 16/2001 da RAEM.

No que as estas concessões se refere, pois, é o direito macaense similar ao direito administrativo português – visto que este último ordenamento administrativo, desde 2008, e para além de um regime substantivo geral comum a todos os contratos administrativos (e em parte a todos os contratos públicos,

mesmo ao ditos de direito privado), conta ainda com um regime substantivo especial aplicável às concessões de obras e serviços (um e outro recolhidos e sistematizados no Código dos Contratos Públicos).

Isto posto, cumpre todavia referir que não é fácil sustentar o serem quer o CPA, quer a própria Lei n.º 3/90/M, da RAEM, subsidiariamente aplicáveis ao regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar em casino plasmado na Lei n.º 16/2001 da RAEM e no Regulamento Administrativo n.º 26/2001 [desenvolve a disciplina procedural do concurso público para a atribuição de concessões cujas traves mestras constam da Secção I - «Do concurso» do Capítulo II - «Do regime das Concessões» da Lei n.º 16/2001].

Com efeito, determina o art.º 53.º da Lei n.º 16/2001 o não ser aplicável a estas específicas concessões o disposto nos artigos 168.º («Formação do contrato»), 169.º («Escolha do cocontratante»), 170.º («Obrigatoriedade de concurso público»), 172.º («Regime de invalidade dos contratos»), 173.º («Atos opinativos») e 174.º («Execução forçada das prestações»), todos do CPA.

Restam os artigos 171.º (que estabelece a regra da forma escrita), 175.º («Arbitragem voluntária») e 176.º («Legislação subsidiária»). Mas mesmo estes preceitos pouco relevante apresentam. Com efeito, o art.º 171.º é redundante, na medida em que a Lei n.º 16/2001 já consagra a obrigatoriedade, mais do que da forma escrita, de ser o contrato de concessão celebrado por escritura pública.

Também a previsão do recurso à arbitragem voluntária está afastada pela obrigação que impende sobre os concorrentes de, em específico documento de habilitação, renunciarem a foro especial e se submeterem à lei vigente na Região (art.º 54.º, 1.º, al. 10º), devendo tal renúncia e submissão constar do próprio clausulado contratual (art.º 90.º, al. 18.º).

Enfim, a aplicação subsidiária da Lei n.º 3/90/M, da RAEM ao regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar em casino está também excluída por natureza em tudo o que coincide com os expressamente afastados normativos do CPA, tendo em conta sobretudo o seu art.º 26.º («Outras concessões») – que limita tal aplicabilidade às concessões “que não se encontrem regulamentadas por lei especial”. Nem por isso todavia deixaremos de a convocar na nossa análise, sempre que se revele pertinente.

Já as disposições legais que regulam as despesas públicas e das normas reguladoras de outras formas específicas de contratação pública que não as concessões – *maxime*, e respetivamente, do DL n.º 122/84/M (Regime das despesas com obras e aquisição de bens e serviços) e do DL n.º 74/99/M (regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas) – sai prejudicada não apenas (e designadamente, no que às empreitadas respeita) pela escassa afinidade de objetos e regimes, mas também e ainda pelo necessário afastamento dos normativos destes regimes que acolham os princípios constantes dos supracitados preceitos do CPA

«riscados» pelo art.^º 53.^º da Lei n.^º 16/2001 da RAEM.

Resta todavia, por força da primeira parte do referido art.^º 176.^º do CPA, e com importância crucial para a integração do regime ora objeto da nossa análise, a aplicabilidade aos contratos administrativos (quer à sua formação, quer à sua execução) dos princípios gerais da atividade administrativa com incidência em matéria de contratação pública, mais precisamente dos princípios da *legalidade*, da *prosecução do interesse público* e da *imparcialidade* (art.^ºs 4.^º e 7.^º do CPA), em conjugação com um *princípio da defesa da concorrência* inequivocamente consagrado no art.^º 21.^º da Lei n.^º 16/2001 (para além de subjazer do mesmo modo, e conjuntamente com os *princípios da transparéncia* e da *não discriminação*, à disciplina dos procedimentais conducentes à celebração dos contratos de empreitada de obras públicas e aquisição de serviços e de fornecimentos).

4. Os órgãos do procedimento

Comece por se referir que o órgão decisório máximo do procedimento (utilizando a nomenclatura direito português, o órgão adjudicante) é o próprio Chefe do Executivo macaense, a quem cabem importantes poderes decisórios, desde a responsabilidade pela elaboração das peças do concurso até à prática dos atos adjudicatórios (art.^º 82.^º do RA n.^º 26/2001) e à celebração dos contratos de concessão (art.^º 91.º/1 do RA n.^º 26/2001).

Abaixo do Chefe do Executivo temos a Comissão do Concurso, cujos membros são por aquello nomeados (cf. artigo 44.^º do RA n.^º 26/2001): trata-se da entidade encarregue em geral da instrução do procedimento, e em particular da avaliação dos concorrentes e das propostas, e que tem o seu equivalente, no direito português, na figura do *júri do concurso*.

A Comissão do Concurso dispõe também de importantes poderes de decisão em primeira mão que na disciplina lusa da contratação pública estão na esfera do órgão adjudicante – como são os casos da decisão (i) sobre a habilitação das concorrentes admitidas às fases subsequentes do concurso, (ii) sobre a admissão das propostas de adjudicação e (iii) sobre a admissão ou exclusão de qualquer das concorrentes em qualquer das fases do concurso (art.^º 44.^º n.^º 3, alíneas 4, 5 e 9 do RA n.^º 26/2001, respetivamente).

5. As peças do procedimento

As peças do procedimento são, essencialmente, (i) o *ato de abertura do concurso* (art.^º 9.^º), publicitado nos termos do art.^º 43.^º do RA n.^º 26/2001, (ii) o *programa do concurso* e (iii) um documento equivalente ao caderno de encargos dos normais procedimentos de contratação pública, onde o Executivo macaense



(iii) reproduz as exigências legais e (iiib) estipula, com desenvolvimento e densificação do regime legal, as condições por si delineadas a que se terão que subordinar globalmente as propostas dos concorrentes.

Designa o art.º 9.º, n.º 4, da Lei n.º 16/2001 da RAEM este último documento, genericamente, por «regime da concessão». Também o art.º 48.º do RA n.º 26/2001 – «Regime das concessões» – refere o integrar o «Regime das concessões» o clausulado contratual que acolhe quer as ditas condições, quer os resultados das negociações a que possa ter havido lugar.

6. Os tipos de procedimentos

Quanto à tipologia e fases do procedimento concursal, prevê o art.º 8.º da Lei n.º 16/2001 da RAEM o ser a atribuição das concessões para exploração de jogos de fortuna ou azar em casino precedida de concurso público, podendo este ser um *concurso público comum* (unifásico ou com uma só fase, de admissão, avaliação e ordenação das propostas dos concorrentes) ou um *concurso limitado com prévia qualificação* (ou bifásico, integrando uma primeira fase de seleção dos concorrentes e de uma segunda fase de avaliação e ordenação das propostas dos concorrentes selecionados).

Note-se que o concurso público comum (sem fase de prévia qualificação) não é, como acontece na disciplina portuguesa da contratação pública, um concurso *universal*, no sentido de a ele poderem concorrer todas as entidades que preencham (os) requisitos legalmente exigidos: com efeito, cabe ao Chefe do Executivo a definição de requisitos de admissão ao concurso suplementares aos requisitos legais (art.º 9.º, al. 5.ª, e art.º 30.º do RA n.º 26/2001).

7. Os requisitos de admissão ao procedimento

Apenas são admitidas a concurso sociedades anónimas constituídas na Região e cujo objeto social seja em exclusivo a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino (art.º 10.º), como é de resto norma nas concessões.

A lei é especialmente exigente no que se refere aos requisitos de *idoneidade* (art.º 14.º), que qualquer concorrente tem à partida que preencher (assim como as entidades a ela «estreitamente associadas», como as futuras subconcessionárias – as «sociedades gestoras» –, as suas sócias dominantes, administradores e principais empregados). O conceito de idoneidade é um macro conceito, que inclui as vertentes das respetivas *experiência*, a qual releva para efeitos de capacidade técnica, e *reputação* (respetivamente art.º 14.º/4/al. 1 e art.º 14.º/4/al. 2).

Para além do requisito da idoneidade, têm todos os concorrentes que

preencher requisitos de *capacidade financeira* (art.º 15.º), que são aferidos em razão (i) quer da sua situação económica e financeira, quer da das respetivas acionistas (mas precisamente de todas as que detenham uma percentagem do seu capital social superior a 5%), e (ii) das características do investimento que se propõe realizar, mais precisamente da natureza e tipo de casinos que cada concorrente pretende explorar e das infraestruturas que se lhes propõe associar.

O procedimento concursal inclui subprocedimentos de averiguação quer da idoneidade (art.º 14.º/2), quer da capacidade financeira (art.º 15.º/2), que são objeto de uma minuciosa regulamentação nos artigos 8.º a 13.º, e 19.º a 24.º, respetivamente, do Regulamento Administrativo n.º 26/2001.

8. Os critérios de adjudicação

Segundo o art.º 78.º/1 do RA n.º 26/2001, as concessões serão adjudicadas às concorrentes que apresentem as condições mais vantajosas para a Região.

Mais precisa o n.º 2 do mesmo artigo a utilização, designadamente, dos critérios (al. 1) do *valor global* proposto, e, nos termos do art.º 22.º/7 e 8 da Lei n.º 16/2001 da RAEM, (al. 2) do valor das contribuições anuais de até 2% das suas receitas brutas de exploração de jogo que as concessionárias estão obrigadas a efetuar para uma fundação pública com fins de interesse público e (al. 3) do valor das contribuições anuais de até 3% das suas receitas brutas de exploração de jogo que as concessionárias estão obrigadas a efetuar para a RAEM e especificamente afetas a fins públicos de desenvolvimento urbanístico, promoção turística e segurança social.

Ainda nos termos das alíneas 4 e 5 do mesmo art.º 78.º/1, será tida em conta também (al. 4) a experiência na exploração e operação de jogos de fortuna ou azar em casino e em atividades correlacionadas e (al. 5) a existência e natureza das propostas de investimento de relevante interesse público para a Região, em especial quando realizadas de raiz.

E são ainda levadas em consideração, acrescenta o art.º 78.º/3, (al. 1) a valorização dos locais e recintos onde funcionam os casinos, designadamente quando contribuam para a diversificação do produto turístico oferecido, e (al. 2) os contributos das propostas para o desenvolvimento do emprego na indústria de jogo, bem como a formação profissional dos respetivos profissionais.

9. A marcha do procedimento e as suas vicissitudes: as alterações às peças do procedimento e as negociações

Quanto à marcha do procedimento, cumpre assinalar a possibilidade aberta pelo artigo 32.º do RA n.º 26/2001 de quer as regras que compõem o



programa do concurso, quer as condições que *ab initio* a entidade adjudicante coloca aos concorrentes (e a que se terão que subordinar globalmente as propostas por estes apresentadas), serem alteradas no decurso do procedimento por motivos de interesse público, previsão normativa que de algum modo colide com os princípios da legalidade, da concorrência e da imparcialidade, e com o princípio que constitui um desdobramento daqueles da *imodificabilidade das peças do procedimento* – não bastando para afastar o juízo de invalidade a ressalva final do “*sem prejuízo do direito à igualdade de tratamento das concorrentes admitidas à fase em que se proceda às alterações*”. Isto com a agravante de se tratar de uma norma regulamentar que, por força do *princípio da legalidade*, não pode contrariar princípios gerais de direito – os quais, como é sabido, têm uma força e um valor jurídicos idênticos aos da lei (da regra legal).

Também as negociações entre a entidade adjudicante e os concorrentes a que, segundo o art.º 11.º/3 da Lei n.º 16/2001, pode haver lugar em ambos os procedimentos (concurso público comum e concurso limitado com prévia qualificação), não estão, nos termos regulamentados no artigo 77.º do RA n.º 26/2001, circunscritas a uma «reta final» do procedimento, podendo-se antes desenvolver livremente («informalmente» ou não) ao longo daquele (“em qualquer das fases do concurso”).

O que, por identidade de razão relativamente à possibilidade de alteração a todo o momento das peças do procedimento, afronta também a meu ver os princípios da concorrência e da imparcialidade e, neste caso, do subprincípio da *intangibilidade das propostas* – com a mesma agravante de serem igualmente neste caso normas regulamentares administrativas (as do RA n.º 26/2001) a pôr em causa princípios gerais de direito.

10. A responsabilidade da entidade adjudicante por atos causadores de danos praticados seja no procedimento, seja no âmbito da execução do contrato

Proponho-me agora abordar as matérias de eventual responsabilidade da Administração – no caso, da RAEM – por decisões tomadas seja no procedimento, seja no âmbito da execução do contrato, causadoras de danos às concorrentes ou concessionárias e a que estas não hajam dado causa.

No que respeita ao procedimento, uma primeira situação de eventual responsabilidade é a da decisão de não adjudicação por causas não imputáveis à(s) concorrente(s), seja ao abrigo da cláusula geral do n.º 1 do art.º 79º do RA (faculdade do Chefe do Executivo de, “*sempre que o entenda conveniente aos interesses da Região, decidir pela não adjudicação de todas ou algumas das concessões postas a concurso*”), seja ao abrigo do mesmo art.º 79.º, n.º 2, alíneas

1) e 3), respetivamente, (i) por adiamento da adjudicação e (ii) por ocorrência de circunstâncias supervenientes relevantes que obriguem a uma alteração dos termos e condições da concessão ou do concurso. Note-se que norma idêntica consta da Lei n.º 3/90/M (Bases do regimes das concessões de obras públicas e serviços públicos»): dispõe o art.º 5.º/3 o ser “reservado ao concedente o direito de declarar sem efeito o concurso ou de não adjudicar a concessão a qualquer dos concorrentes após a sua abertura, atendendo a razões de interesse público”.

Estes normativos não preveem o pagamento de qualquer indemnização por danos emergentes, mas precisamente de uma compensação pelos custos em que os concorrentes hajam comprovadamente incorrido com a elaboração da proposta e com a participação no procedimento concursal – diferentemente de outras situações equiparáveis em que essa indemnização está expressamente prevista, como a do art.º 88.º, n.º 4 do mesmo RA n.º 26/2001.

Mas não tenho qualquer dúvida de que uma tal obrigação se gera na esfera da entidade adjudicante também nessa hipótese, por força do direito dos lesados à obtenção de reparações e correspondente princípio da responsabilidade da Região pelos danos áqueles causados, um e outro consagrados respetivamente nos n.ºs 1 e 2 do artigo 36.º da Lei Básica da RAEM.

Refira-se, ainda, e a propósito da indemnização contemplada no já referido art.º 88.º, n.º 4, na hipótese de o Governo não promover a celebração do contrato de concessão e a adjudicatária fizer uso da faculdade que aquele normativo lhe confere de se recusar a outorgá-lo posteriormente, que não basta o previsto reembolso dos encargos com as cauções e com os custos dos processos de verificação da idoneidade e da capacidade financeira: terá ainda no meu entender a RAEM que indemnizar a adjudicatária pelos demais custos em que haja comprovadamente incorrido com a elaboração da proposta e a participação no procedimento.

11. Alguns apontamentos sobre a execução do contrato de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino

11.1. Em torno das figuras sobrepostas do resgate e da rescisão por razões de interesse público

Enfim, agora no que respeita já à execução do contrato, uma observação a propósito das figuras do resgate e da rescisão por interesse público do contrato de concessão consagradas respetivamente nos artigos 46.º e 48.º da Lei n.º 16/2001 da RAEM – e também nos art.ºs 20.º e 21.º da Lei n.º 3/90/M, da RAEM.

Não posso deixar de manifestar a minha surpresa face a esta bizarra duplicação: com efeito, o regate é a figura que nos contratos de concessão substitui a figura genérica constante do regime comum dos demais contratos administrativos, que tal regime designa por... rescisão por razões de interesse

público!

E a perplexidade aumenta na medida em que – e agora em sede de responsabilidade contratual – enquanto na hipótese de rescisão por razões de interesse público quer o art.º 48.º/2 da Lei n.º 16/2001, quer o 21.º/2 da Lei n.º 3/90/M, da RAEM, consagram o direito da concessionária ao recebimento de uma indemnização justa, calculada em razão do tempo em falta para o termo da concessão e dos investimentos realizados por aquela (concessionária), já na hipótese do resgate os referidos diplomas (o art.º 46.º/2 e 3 da Lei n.º 16/2001 e o art.º 20.º/2 e 3 da Lei n.º 3/90/M) limitam-se a prever, laconicamente, “*o direito ao recebimento de uma indemnização*”, em razão de “*critérios a observar para o cálculo do valor da indemnização*” a fixar em regulamento administrativo a elaborar para o efeito.

11.2 A cessão da posição contratual e a subconcessão

O regime ora em análise não prevê expressamente nem regula de modo específico as figuras (i) da *cessão da posição contratual* (de concessionário) ou outras operações atos de efeito equivalente e (ii) do *subcontrato* (no caso, da *subconcessão*). Isto, note-se, e entre parênteses, diferentemente do regime da concessão de obras e serviços (Lei n.º 3/90/M), cujo art.º 14.º prevê expressamente as possibilidades da cessão parcial ou total da posição contratual («*trespasso*») e da subconcessão parcial ou total, desde previstas no contrato e que respeitem as condições nele estabelecidas para o efeito.

Mas extraem-se tais possibilidades, *a contrario*, do disposto respetivamente nos n.ºs 9 e 11 do art.º 17.º da Lei n.º 16/2001 da RAEM, onde se requer prévia autorização do Governo, sob pena de nulidade de tais atos ou contratos, (i) para a transferência ou cessão a terceiros, a qualquer título, da propriedade ou outro direito real sobre ações a concessionária e bem assim a realização de quaisquer atos que envolvam a atribuição de direito de voto ou outros direitos sociais a pessoa diferente do seu titular e (ii) para a transferência ou partilha de poderes, direitos e faculdades («*poderes de gestão*») emergentes do contrato de concessão pela concessionária em benefício de outra empresa comercial (nomeadamente uma «*sociedade gestora*»).

Confirmando essa conclusão extraída *a contrario* dos citados preceitos, ou seja, a da possibilidade da existência de cessionários e de subconcessionários (designados uns e outros neste regime por «*sociedades gestoras*»), os art.ºs 18.º («*Proibição de acumulação de funções em órgãos sociais*»), 30.º («*Contabilidade e controlo interno*»), 31.º («*Publicações obrigatórias*»), 32.º («*Prestação de informações*»), 33.º («*Ações de fiscalização e inspeções*») e 34.º («*Auditória externa das contas anuais*») estendem as obrigações que nestes domínios recaem sobre as concessionárias às ditas «*sociedades gestoras*».

Sublinhe-se ainda que, a meu ver, e porque não há lugar a uma aplicação subsidiária da Lei n.º 3/90/M, não é obrigatório que nesta modalidade concessória tal possibilidade esteja prevista no contrato de concessão.

E refira-se por fim que, tanto quanto me é dado saber, apenas existem neste momento «sociedades gestoras» subconcessionárias, sendo mais precisamente três (e parciais) as subconcessões (uma por cada concessão) – donde resulta que são seis os operadores atualmente em atividade em Macau (três concessionários e três subconcessionários).

11.3 O regime de contrapartidas pelo uso de bens da Região e de reversão dos bens afetos à concessão findo o contrato

Segundo o art.º 39.º da Lei n.º 16/2001 da RAEM “[a]s concessionárias devem remunerar a Região pela utilização de bens desta, ou pela utilização dos bens cuja gestão, uso e desenvolvimento lhe pertencem, nos termos do respetivo contrato de concessão”.

Nos termos do art.º 40.º, por seu turno, uma vez “[e]xtinta uma concessão revertem para a Região os respetivos casinos, com todo o seu equipamento e utensilagem, sem prejuízo de outros bens ou direitos que devam reverter em virtude de cláusula contratual” (n.º 1) – não conferindo “o direito ao pagamento de uma compensação, salvo disposição contratual em contrário”.

E também “[a]s benfeitorias que, a qualquer título, sejam feitas em bens afetos às concessões”, assim como “em bens revertíveis para Região, não conferem à concessionária direito a qualquer indemnização” (art.º 42.º).

Um regime draconiano, mas que, quanto à reversão, reproduz também ele *ipsis verbis* o disposto na Lei n.º 3/90/M sobre a matéria (artigo 22.º), alinhando-se com o que é norma no direito comparado (por exemplo, no direito português), e que bem se percebe e se justifica, à luz do interesse público.

12. Um último apontamento sobre o regime de contencioso pré-contratual do contrato de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino: a problemática da irrecorribilidade judicial de todos os atos anteriores ao ato de adjudicação

E, para terminar a minha intervenção, escolho (escolhi) a problemática emergente do regime ora em apreciação que mais me interessou, e que tem a ver não com a *disciplina procedural*, nem com o *regime substantivo*, mas com o *regime processual*: refiro-me, mais precisamente, à questão da enfática irrecorribilidade judicial dos atos relativos à pré-qualificação do concurso.

Segundo o art.º 12.º da Lei n.º 16/2001 da RAEM, “[os] atos anteriores ao ato de adjudicação, nomeadamente os relativos à pré-qualificação do



concurso, não são suscetíveis de impugnação contenciosa, não cabendo deles recurso contencioso ou pedido de suspensão da sua eficácia, nem outra ação ou providência”.

Esta previsão abrange duas categorias de atos.

A primeira delas é a dos *atos preparatórios* ou *instrutórios* do procedimento, que por força do princípio da *impugnação unitária* (decorrente de um princípio de economia processual) não são autonomamente impugnáveis, só podendo ser atacados na medida em que possam influenciar (ter influenciado) a decisão final do procedimento (do ato de adjudicação). E só podem ser postos em causa através precisamente da impugnação judicial da decisão final, que nesse caso «responderá» pela ilegalidade do ato preparatório ou instrutório em crise que a contaminou (que a pode ter contaminado). Quanto a estes atos, nenhuma observação há naturalmente a fazer ao preceito legal ora em análise.

Já a segunda categoria é a dos chamados *atos destacáveis*: trata-se agora de atos também horizontalmente não definitivos (como os instrutórios), porquanto não põem termo ao procedimento concursal (não são o *ato principal ou final desse procedimento*), mas que têm caráter lesivo, sendo materialmente definitivos para os seus destinatários. É o caso paradigmático dos atos de *não admissão* (ao concurso ou a uma fase subsequente do concurso – como sucede com os atos que decidem a qualificação dos concorrentes no concurso limitado com prévia qualificação) ou de *exclusão* de concorrentes ou propostas.

Pois bem, nestes casos ou se admite a legitimidade do concorrente não admitido ou excluído para impugnar o ato final (no caso, o ato adjudicatório), por se entender ter ele sido (necessariamente) inquinado ou prejudicado pelo ato de exclusão (o que levanta dificuldades de diversa ordem, sobretudo no caso das decisões de pré-qualificação), ou a norma legal que determina a inimpugnabilidade judicial do ato de exclusão ou não admissão do concorrente, assim interpretada, viola a meu ver Lei Básica da RAEM, mais precisamente a já citada norma do seu art.º 36.º que consagra “*o direito de intentar ações judiciais contra atos dos serviços do órgãos executivo e do seu pessoal*”.

Ressalte-se enfim que destes atos cabem também, como sucede relativamente aos demais atos procedimentais, *impugnações graciosas*, a saber, *reclamação* (para o autor do ato) e *recurso administrativo para o Chefe do Executivo* (quer recurso direto do ato do órgão infraordenado, quer recurso da decisão desfavorável deste sobre reclamação previamente apresentada), nos termos dos artigos 34.º a 36.º e 73.º do RA n.º 26/2001

Não queria todavia deixar de considerar uma hipótese alternativa no que respeita especificamente às decisões de pré-qualificação do chamado concurso limitado com prévia qualificação.

E é ela a possibilidade de esse procedimento não ser um verdadeiro



procedimento concorrencial de cariz concursal, mas um procedimento de escolha discricionária, essencialmente baseado num sistema de convites a contratar, em que o chamamento público (o anúncio público dirigido a destinatários incertos) assume um caráter supletivo e não constitutivo de direitos procedimentais na esfera dos operadores económicos que respondam ao apelo – destinando-se tão só a ampliar, no exclusivo interesse da Região, o leque dos possíveis convidados a contratar.

Aponta nesse sentido o estatuído quer no art.º 50.º, n.º 3 do RA n.º 26/2001, de que “[m]esmo tratando-se de um concurso limitado, o Governo pode convidar sociedades de reconhecida reputação e idoneidade a apresentar propostas de adjudicação, independentemente da sua submissão a uma fase de pré-qualificação”, quer no art.º 95.º, n.º 1, onde se prevê a possibilidade de o Chefe do Executivo dirigir convites específicos a entidades por si livremente selecionadas para apresentação de candidatura à fase de pré-qualificação, isto independentemente de tais entidades reunirem ou não os requisitos formais exigidos pelo programa de concurso para os demais concorrentes.

Também reforça esta hipótese a perentória exclusão como vimos do recurso à arbitragem, ao invés do que sucede com o regime das concessões de obras e serviços (Lei n.º 3/90/M), cujo art.º 25.º inclusive impõe tal mecanismo de resolução alternativa de conflitos.

Note-se que a consideração desta hipótese exclui a possibilidade de qualificação dos atos relativos à pré-qualificação, enquanto atos contenciosamente inimpugnáveis, como atos administrativos: com efeito, mesmo os atos administrativos discricionários não deixam de ser... *atos administrativos* eles também, pelo que, independentemente da sua maior resistência a um controlo jurisdicional efetivo, são eles também e por definição (enquanto verdadeiros atos administrativos – definitivos ou lesivos) *contenciosamente impugnáveis*.

Sá resta, pois, como hipótese de legitimação da sua inimpugnabilidade judicial (e porventura com consequências também no plano da responsabilidade que acima abordámos) a respetiva qualificação como *atos políticos*.

Milita nesse sentido a competência dos atos em causa, atribuída por lei como vimos ao Chefe do Executivo (seja em primeira mão, seja na qualidade de instância de recurso) – sendo que, note-se, o argumento perde alguma força se tivermos presente que também as concessões de obras e serviços são da competência do líder do governo.

Mas decisiva será sobretudo para a sustentabilidade de tal tese a importância de primeiro plano que apresenta para a RAEM este específico procedimento concursal: com efeito, e como comecei por sublinhar no início da minha intervenção, *nele se tomam decisões e se fazem escolhas fundamentais para a vida da comunidade política macaense*. Também aponta nessa direção o já referido



expresso afastamento pela Lei n.º 16/2001 da RAEM das normas do CPA que mais importância teriam na conformação do procedimento.

E com estas últimas considerações dou por terminada a minha intervenção, agradecendo a paciência com que me ouviram.

