

PROCEDIMENTO DE ADJUDICAÇÃO DE JOGOS DE FORTUNA E AZAR: CONCORRÊNCIA E MODIFICAÇÃO NA EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E EUROPEIA

Licínio Lopes Martins

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

Investigador do Instituto Jurídico da FDUC

Resumo: O presente artigo tem por objecto nuclear a análise do regime legal vigente em Portugal, relativo aos jogos de fortuna e azar. A análise subdivide-se em dois segmentos essenciais: o regime procedimental de adjudicação das concessões; e o regime de execução dos contratos, incluindo, neste segmento, a referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Palavras-chave: Jogos de fortuna e azar; procedimentos de adjudicação; concorrência; execução dos contratos; modificação; jurisprudência.

1. Introdução: evolução e apreciação geral do regime dos jogos de fortuna e azar em Portugal

Numa noção universalmente generalizada, também em Portugal os jogos de fortuna ou azar são assim designados por o resultado ser contingente, por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte¹.

A “Lei do Jogo” actualmente vigente no direito português tem a sua origem mais imediata no Decreto n.º 14.643, de 3 de Dezembro de 1927, que autorizou, pela primeira vez, a exploração de jogos de fortuna e azar, através de concessões exclusivas, em determinadas zonas, qualificadas como zonas de jogo. O regime

1 Artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, alterado, por último, pela Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, intitulada por Lei do Jogo.

de 1927, ao conceder um enquadramento legal ao jogo de fortuna e azar, revogou o (anterior) regime penal que o sancionava. Simultaneamente institui também um regime tributário específico para este tipo de jogo.

Mais tarde, através do Decreto n.º 36.889, de 29 de Maio de 1948, viriam a ser agravados os condicionamentos aos jogos de fortuna e azar, incluindo a nível fiscal, renunciando o Estado ao apuramento do lucro real. Sob a justificação de razões morais inerentes ao carácter especial do imposto de jogo, com esta medida o Estado libertou-se da “situação desairosa de ser interessado nos rendimentos do jogo ou nas vicissitudes dos jogadores”².

Actualmente, a disciplina geral dos jogos de fortuna e azar consta do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, mas já com diversas alterações³. Nos termos do texto preambular deste diploma legal, a reformulação do quadro legal dos jogos de fortuna e azar surgiu com a necessidade de adaptar o regime jurídico às alterações de natureza socioeconómica que se verificaram nos anos mais recentes, dando-se igualmente enfoque à importância destes jogos para o turismo, constituindo um factor favorável à criação e ao desenvolvimento de áreas turísticas.

As principais linhas inovadoras do novo regime podem sintetizar-se do seguinte modo:

- i) Atribuição de uma maior responsabilidade às entidades concessionárias pela legalidade e regularidade da exploração e prática do jogo concessionado;
- ii) Melhoria das condicionantes que proporcionem uma exploração rentável;
- iii) Estes dois pressupostos permitiriam concretizar um dos principais objectivos do novo quadro legal, precisamente a criação e desenvolvimento de áreas turísticas.

Mas a legislação dos jogos de fortuna e azar não se esgota no diploma mencionado. Pelo contrário, assiste-se a uma dispersão de regimes jurídicos em função de cada tipo de jogo. No regime português poderemos, em termos simples, assinalar os seguintes e distintos grupos ou tipos de jogos:

2 Sobre o tema, Sérgio VASQUES, *Os Impostos Do Pecado: O Álcool, o Tabaco, o Jogo e o Fisco*, Almedina, Coimbra, 1999, e também o mais recente e aprofundado estudo de Paula Cristina AZAMBUJA RAMA, *Os Jogos de Sorte e Azar em Portugal: O caso concreto dos Jogos Online e a sua Regulação*, Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2016, sob a orientação de Licínio Lopes Martins.

3 A última alteração consta da Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro (Lei do Jogo).



- i) Os jogos de fortuna e azar praticados em casinos e a estes concedidos em regime de exclusivo, ao abrigo de contratos de concessão;
- ii) Os jogos de fortuna e azar concedidos por lei e em regime de exclusivo à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, designados por “jogos sociais”;
- iii) O bingo;
- iiii) E, mais recentemente, a modalidade de jogos *online*.

Relativamente aos designados “jogos sociais” (lotarias, totobola, totoloto, Joker) a exploração está legalmente e atribuída à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (SCML), que, em regime de exclusivo ou monopólio a nível nacional, é responsável pela respectiva gestão, fazendo-o em substituição do Estado⁴. O regime destes jogos consta de diversos diplomas legais⁵, constatando-se uma predominante finalidade social na repartição e afectação das receitas deles provenientes⁶. Como estes jogos não são explorados sob o regime de concessão, ao contrário do que sucede com os jogos dos Casinos, não há uma tributação sobre a concessionária. A tributação incide sobre os prémios, que são tributados através do legalmente designado Imposto de Selo (Código do Imposto de Selo).

Por sua vez, o bingo, qualificado como um jogo de fortuna e azar não bancado, teve a sua primeira disciplina legal em 1982, através do Decreto-Lei n.º 277/82, de 16 de Julho. Este tipo de jogo, até então praticado de forma clandestina, pode ser autorizado em locais a definir por meio de regulamentação própria ou em casinos. Mais recentemente, este tipo de jogo de fortuna e azar veio a ser objecto

4 Com a designação referida no texto de “jogos sociais” pretende-se aludir a uma categoria de jogos de fortuna ou azar que, tradicionalmente, são distinguidos de outros jogos igualmente de monopólio do Estado. Contudo, esta distinção tem vindo a atenuar-se. Sobre o tema, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Aposta — Subsídios de Fundamentação Ética e Histórico Jurídica*, Santa casa da Misericórdia de Lisboa, Lisboa, 1982.

5 Em 18 de Novembro de 1783 foi atribuída à SCML a primeira Lotaria. Em 1926, através do Decreto 12 790, foi atribuída à SCML a exclusividade das Lotarias. Em 1961 foi-lhe atribuída a concessão do Totobola. Mais tarde o jogo designado por Totoloto, através do Decreto-Lei n.º 84/85, de 28 de Março, e, depois, a Lotaria Popular em 1987. Posteriormente, o jogo intitulado por Joker (em 1994) e a Lotaria Instantânea (em 1995). Em 2004, o “loto Europeu”, também designado por “Euromilhões” e em 2013 a “Raspadinha Online”.

6 Assim consta do Decreto-Lei n.º 56/2006 de 15 de Março (alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 106/2011, de 21 de Outubro), nos termos do qual se assinala um “*aperfeiçoamento da distribuição das verbas relativas ao apoio social a idosos, aos mais carenciados, às pessoas portadoras de deficiência, às famílias e à comunidade em geral, às crianças e jovens, bem como uma maior promoção e valorização da cultura, uma melhoria na qualidade educativa e um incremento dos apoios às atividades desportivas, o que permite o desenvolvimento de uma rede equilibrada e equitativa de apoios educativos, culturais e eminentemente sociais*”.

de uma nova disciplina legal. Primeiro, através do Decreto-Lei n.º 31/2011, de 4 de Março, com o objectivo de adequar a realidade existente no jogo do bingo fora dos casinos à actual situação económica, cultural e social em Portugal, pretendendo-se tornar esta actividade mais atractiva. Depois, através do Decreto-Lei n.º 65/2015, de 29 de Abril, que veio introduzir importantes inovações, designadamente com o bingo electrónico, mas mantendo o bingo tradicional.

À semelhança do que sucede com os jogos de fortuna e azar dos Casinos, também o jogo do bingo é objecto de autorização através de concessões, constando a disciplina destas da regulamentação específica deste tipo de jogo: o seu regime jurídico constava inicialmente do Decreto-Lei L n.º 31/2011, de 4 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 65/2015, de 29 de Abril, e este, por sua vez, já alterado pela Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro. Estes diplomas legais estabelecem também o regime geral aplicável à prática do jogo do bingo (incluindo a organização e gestão das salas, as actividades e programas de animação que podem ou não integrar a actividade do bingo). A exploração das salas de jogo do bingo é atribuída, por concessão, a pessoas colectivas públicas ou privadas, mediante concurso público. As regras do concurso público são as que constam do Parte II do Código dos Contratos Públicos. À Comissão de Jogos e ao Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos do Instituto do Turismo de Portugal, I.P., cabem as funções de controlo, inspecção e regulação do jogo do bingo⁷.

Por último, os jogos *online* emergiram como uma actividade concorrente aos jogos de fortuna e azar territoriais. Nos jogos de fortuna e azar territoriais há

7 Relativamente ao regime fiscal e à afectação das receitas do jogo do bingo, impõe-se ter em conta três realidades: a reserva para prémios, as receitas das concessionárias e as receitas do sector público. Para os prémios é reservada uma percentagem da receita bruta que resulte da venda de cartões de bingo, variando esta percentagem conforme se trate de bingo electrónico ou bingo tradicional e, neste, varia conforme o bingo se encontre dentro ou fora de um casino. No caso do bingo electrónico a percentagem reservada para prémios é de 60% (e sempre que o bingo electrónico esteja a ser jogado em várias salas em simultâneo, deve haver um percentil mínimo de 30% destinado a prémios próprios de cada sala). Quanto ao bingo tradicional, é reservado para prémio uma percentagem de 55% nos casos em que o jogo do bingo é instalado fora do casino e 60% nos casos em que o jogo do bingo está instalado no casino. As receitas das concessionárias também divergem conforme a instalação do jogo do bingo em casino ou em instalações próprias. Se o jogo do bingo se encontra instalado no casino considera-se receita da concessionária “a parte da receita bruta resultante da venda de cartões de bingo tradicional e de bingo electrónico não destinada a prémios”. Quando o jogo do bingo tenha instalações próprias são consideradas receitas das concessionárias: no caso do bingo tradicional “as verbas correspondentes a 35% da receita bruta resultante da venda de cartões de bingo”; no caso do bingo electrónico “as verbas correspondentes a 32% da receita bruta resultante da venda de cartões de bingo electrónico em todos os terminais de jogo”. Por sua vez, a tributação dos beneficiários dos prémios do jogo do bingo é objecto da disciplina prevista no regime do Imposto de Selo que, com base na Tabela Geral do Imposto de Selo, se traduz numa tributação de 25% sobre o valor ilíquido do prémio, acrescendo 10% quando atribuído em espécie.



uma presença física do jogador, bem como da entidade promotora e organizadora do jogo, sendo esta actividade dotada de regras de funcionamento próprias. O mesmo não acontece, por definição, com os jogos *online*, em que impera o “secretismo tecnológico”. Mas trata-se de uma actividade económica crescente, estimando-se que, já em 2008, gerava receitas anuais superiores a 6,16 milhares de milhões de euros, no âmbito do espaço europeu, sendo certo que, na Europa, na margem dos 85% é possível jogar e apostar *online* através de plataformas electrónicas sem qualquer licença/autorização pública.

Constando esta realidade, a Comissão Europeia, em 2011, lançou um Livro Verde sobre a temática, estabelecendo princípios basilares sobre a regulação em cada Estado-Membro da actividade do jogo *online*. O Livro Verde, para além de salvaguardar princípios fundamentais do direito da União Europeia, como a livre circulação de pessoas e bens, a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços, desenvolve alguns princípios específicos e orientadores da actividade inerente ao jogo *online*, designadamente: a protecção do consumidor (relativamente ao jogo compulsivo, à dependência do jogo, a protecção de menores e pessoas mais vulneráveis; a protecção da ordem pública; a prevenção de fraude no domínio do recebimento de prémios por parte do jogador e também nos casos de usurpação de identidade e manipulação de resultados; e a prevenção do branqueamento de capitais. Os operadores devem exercer uma efectiva vigilância relativamente aos clientes, ao controlo de pagamentos e controlos operacionais.

O cumprimento daqueles princípios apela ainda à indispensável colaboração dos Estados-Membros da União Europeia, salvaguardando o respeito daqueles princípios, o que implica a instituição de autoridades de tutela do jogo *online* e de cooperação administrativa entre os mesmo Estado.

A emergente necessidade de regulação dos jogos *online*, demonstrada no Livre Verde da Comissão Europeia, diversos Estados adoptaram regimes legais próprios para o jogo *online*⁸.

Mas o tema não tem sido pacífico, como se constata pelos diversos litígios judiciais entre operadores de jogos *online*, que deram origem a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), constituindo disso exemplo o litígio que, por via de um pedido de decisão prejudicial, foi analisado por aquele Tribunal e que opunha a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e a Bwin International Ltd à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa⁹.

8 Foi o que sucedeu com a Dinamarca, a Espanha (região de Madrid), Estónia, França Itália, Letónia, Malta, Reino Unido e em Portugal. O regime jurídico dos jogos e apostas *online* em Portugal consta do Decreto-Lei n.º 65/2015, de 29 de Abril, alterado pela Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro.

9 São vários os acórdãos do TJUE, tendo como base não só o jogo *online*, mas também os jogos de sorte e azar físicos, fazendo-se, a título de exemplo, referência aos seguintes Acórdãos: Schindler

2. As concessões de jogo de fortuna e azar: a regra geral da exploração e prática de jogos de fortuna e azar em Casinos

No direito português vigora a regra geral de que a exploração e a prática de jogos de fortuna e azar devem ocorrer apenas nos Casinos. Consequentemente, a autorização e a prática de jogos de fortuna e azar não bancados fora dos casinos só excepcionalmente são admitidas (é o que acontece com o bingo). Mas, como se verá de seguida, *os jogos bancados são os únicos jogos de fortuna ou azar cuja exploração e prática no território nacional de Portugal é objecto de reserva absoluta aos Casinos.*

A disciplina geral dos jogos de fortuna e azar praticados nos Casinos consta do já referido Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro (alterado, por último, pela Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, intitulada por Lei do Jogo e, doravante, assim a designaremos). O legislador realça, no preâmbulo desta Lei, a importância do jogo, salientando que este é chamado a desempenhar um papel fulcral ao nível do desenvolvimento turístico e cultural da zona onde se encontra, havendo assim uma maior responsabilidade por parte dos concessionários na prossecução destes fins.

Actualmente, em Portugal existem 11 Casinos¹⁰. Por definição legal, os Casinos são estabelecimentos que o Estado afecta à prática e exploração de jogos de fortuna ou azar e actividades complementares, em regime de concessão, nas condições estabelecidas no presente diploma, e que visam, fundamentalmente, assegurar a honestidade do jogo, a concentração e comodidade dos jogadores e proporcionar uma oferta turística de alta qualidade¹¹. Os casinos são geridos

(Processo C-275/92), Läärä (Processo C-124/97), Zenatti (Processo C-67/98), Anomar (Processo C-6/01), Gambelli (Processo C-243/01), Lindman (Processo C-42/02), Marcus Stoss (Processo C-359 E 360/07 E 409 E 410/07), Carmen Media Gropu (Processo C-46/08), Engelmann (Processo C- 64/08), Société Zeturf (Processo 212/08) e Sjöberg (Processo C-447/08 E C-448/08). Neste último foi aplicada uma sanção pecuniária de 75 000 € à Liga Portuguesa de Futebol e uma outra de 74 500 € à Bwin International Ltd, por infracção da legislação portuguesa aplicável à oferta de jogos de fortuna e azar *online*. Sendo os jogos sociais confiados à SCML em regime de exclusividade, e tendo em conta que em 2003 os jogos sociais disponíveis se estenderam à internet, entende esta entidade que, estando a Bwin a oferecer via internet jogos de totoloto semelhantes aos explorados pela Santa Casa, infringia a legislação portuguesa. É ainda parte neste processo a Liga Portuguesa de Futebol Profissional, na medida em que, contratou com a Bwin um patrocínio desta última em relação à primeira, por um período de 4 épocas desportivas a partir da época de 2005/2006, sendo assim a Bwin patrocinador institucional da 1.ª Liga de Futebol Profissional em Portugal.

10 Situados em Vilamoura, Portimão, Espinho, Figueira da Foz, Madeira, Estoril, Póvoa do Varzim, Tróia, Chaves, Monte Gordo e Lisboa.

11 Artigo 27.º da Lei do Jogo.



por uma direcção constituída por, pelo menos, dois dos administradores da concessionária, um dos quais presidirá¹².

Nos termos do artigo 4.º da Lei do Jogo, a estes Casinos pode ser autorizada a exploração de diversos tipos de jogos de fortuna ou azar, designadamente:

- i) Jogos bancados em bancas simples ou duplas: bacará ponto e banca, banca francesa, boule, cussec, écarté bancado, roleta francesa e roleta americana com um zero;
- ii) Jogos bancados em bancas simples: black jack/21, chukluck e trinta e quarenta;
- ii) Jogos bancados em bancas duplas: bacará de banca limitada e craps;
- iiii) Jogo bancado: keno;
- v) Jogos não bancados: bacará chemin de fer, bacará de banca aberta, écarté e bingo;
- vi) Jogos em máquinas pagando directamente prémios em fichas ou moedas;
- vii) Jogos em máquinas que, não pagando directamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte.

Trata-se de uma “*norma aberta*”, no sentido de que os concessionários podem requerer ao Governo a autorização para explorar novos tipos de jogos de fortuna ou azar, devendo a autorização ser precedida de parecer (não vinculativo) da Inspeção-Geral de Jogos.

No entanto, a exploração e a prática de jogos de fortuna e azar nos Casinos pressupõem a – prévia – *delimitação territorial de zonas de jogo*, isto é, só são permitidas nos Casinos existentes em zonas de jogo permanente ou temporário. Embora a Lei do Jogo remeta para Decreto-Lei do Governo a concreta delimitação dessas zonas, a verdade é que a mesma Lei procede, desde logo, à identificação das zonas geográficas do País em que será admissível a exploração e prática de jogos de fortuna ou azar¹³. Excepcionalmente, pode o membro do Governo da tutela autorizar a exploração e a prática fora dos casinos de jogos não bancados, mas só nas situações expressamente previstas (isto é, só nos casos expressamente

12 Artigo 72.º da Lei do Jogo, sobre a “Direcção do casino”.

13 É o que faz no artigo 3.º, n.º 2, estabelecendo que haverá zonas de jogo nos Açores, no Algarve, em Espinho, no Estoril, na Figueira da Foz, no Funchal, em Porto Santo, na Póvoa de Varzim, em Tróia e em Vidago-Pedras Salgadas.

excepcionados nos artigos 6.º a 8.º da Lei do Jogo)¹⁴. Refira-se que as salas de jogo criadas fora dos Casinos estão sujeitas a todas as restrições aplicáveis às salas de máquinas dos Casinos podendo, ainda, ser sujeitas a outros condicionamentos especiais estabelecidos pelo Governo, incluindo quanto ao número limite de máquinas admissíveis em cada sala de jogo fora dos Casinos.

Em síntese, da Lei do Jogo resulta que *os jogos bancados são os únicos jogos de fortuna ou azar cuja exploração e prática no território nacional de Portugal é objecto de reserva absoluta aos Casinos*. Ao que acresce o facto de a Lei do Jogo, na sua redacção actual, não conter qualquer prescrição expressa e directa sobre um limite ao número de máquinas de fortuna ou azar a instalar fora de Casinos, em estabelecimentos hoteleiros ou complementares em localidades em que a actividade turística seja predominante, nomeadamente, por referência ao número de máquinas instaladas no interior de Casino explorado pela específica concessionária à qual também seja autorizada a exploração de máquinas fora de Casino.

2.1. Aspectos procedimentais: procedimentos de adjudicação das concessões de exploração de jogos de fortuna ou azar

A titularidade do direito de explorar jogos de fortuna ou azar é reservado ao Estado, constitui um monopólio legal do Estado. Este apenas transmite para terceiras entidades o direito de exploração daqueles jogos, mas mantendo sempre a plena titularidade do direito, isto é, do monopólio dos jogos. E como apenas tramite para outros sujeitos o direito de exploração, a lei elege como figura jurídica adequada para este efeito o *contrato administrativo de concessão*. Ou seja, *a exploração de jogos de fortuna e azar pelos Casinos tem sempre por base um contrato de concessão, podendo a mesma concessão compreender a exploração de vários casinos*¹⁵.

Em termos procedimentais, a concessão da exploração de jogos de fortuna ou azar nos Casinos das zonas de jogo é atribuída mediante *concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação*, nos termos estabelecidos na própria

14 Nos termos do artigo 4.º da Lei do Jogo, a exploração e a prática de jogos de fortuna ou azar é admissível fora de Casinos existentes em zonas de jogo permanente ou temporário apenas em quatro categorias de casos: *a)* A exploração e prática de quaisquer jogos de fortuna ou azar abordo de aeronaves ou navios registados em Portugal, quando fora do território nacional (artigo 6.º da Lei do Jogo); *b)* A exploração e prática de jogos não bancados por ocasião de manifestações de relevante interesse turístico (artigo 7.º, n.º 1, da Lei do Jogo); *c)* A exploração e prática de jogo em máquinas de fortuna ou azar em estabelecimentos hoteleiros de localidades em que a actividade turística for predominante (artigo 7.º, n.º 2, da Lei do Jogo); *d)* A exploração e a prática do jogo do bingo em salas próprias fora das áreas dos municípios em que se localizem os casinos e dos que com estes confinam (artigo 8.º da Lei do Jogo).

15 Artigo 72.º da Lei do Jogo.

Lei do Jogo e, supletivamente, nos termos da Parte II do Código dos Contratos Públicos (artigo 10.º da Lei do Jogo)¹⁶. Ou seja, a disciplina do procedimento de formação dos contratos de concessão reparte-se entre a “Lei do Jogo” e o Código dos Contratos Públicos. Mas, dada a escassa regulamentação que consta daquela Lei, impõe-se recorrer amplamente a este Código, designadamente às *regras sobre o programa do concurso público* e sobre a sequência deste procedimento, incluindo a audiência prévia dos concorrentes e a faculdade de negociação das propostas (artigos 132.º a 161.º do Código) e às regras do concurso limitado por prévia qualificação, constantes dos artigos 162.º a 192.º do Código, em especial as regras sobre o *programa deste concurso*, sobre os *critérios de qualificação dos candidatos* (critérios financeiros e critérios técnicos) e sobre o *convite à apresentação de propostas aos candidatos que tenham sido seleccionados/qualificados*. Impõe-se igualmente o recurso às regras que disciplinam o “estatuto” dos júris dos concursos, o seu modo de funcionamento, competências e garantias de imparcialidade (artigos 67.º a 69.º do Código).

A *distinção entre o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação* reside essencialmente no seguinte: esta segunda modalidade contempla uma primeira grande fase destinada à qualificação dos interessados, aqui designados por candidatos, que poderão ser qualificados em função dos critérios financeiros e/ou técnicos que sejam estabelecidos no programa do concurso. Sendo qualificados pela entidade adjudicante (o Estado), então transitam para uma segunda grande fase – a fase de apresentação de propostas, que, após a análise pelo júri do concurso, serão submetidas a adjudicação, sendo certo que apenas uma delas será adjudicada. No concurso público apenas existe esta segunda grande fase.

Quanto à *competência*, nos termos da Lei do Jogo, cabe ao membro do Governo responsável pela área do turismo tomar as decisões de contratar, de aprovação das peças do procedimento (programa dos concursos e caderno de encargos), de qualificação dos candidatos, de adjudicação e de aprovação da minuta dos contratos de concessão e a outorga destes contratos. Contudo, a decisão de aprovação das peças do procedimento é sempre precedida de parecer (embora não vinculativo) do Ministro das Finanças. *Outras competências* no âmbito do procedimento de formação dos contratos de concessão podem ser *delegadas* na comissão de jogos do Instituto de Turismo de Portugal¹⁷.

Não obstante a já referida necessidade de recurso ao Código dos Contratos Públicos, a Lei do Jogo estabelece, porém, algumas regras vinculativas que devem ser incluídas nos programas dos concursos e no caderno de encargos. Por força

16 O Código dos Contratos Públicos foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro e objecto de revisão em 2017, através do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto.

17 Artigo 11.º da “Lei do Jogo”.

do artigo 11.º da Lei do Jogo, estas peças dos procedimentos de adjudicação das concessões devem definir:

- i) O prazo da concessão e a possibilidade da sua prorrogação;
- ii) O critério de qualificação dos candidatos, quando aplicável;
- ii) A localização do Casino onde se exerce a actividade do jogo e o conjunto dos bens afectos à concessão;
- iv) O critério de adjudicação das propostas;
- v) As contrapartidas financeiras mínimas e ou de natureza não pecuniária devidas como contraprestação pela concessão da exploração de jogos de fortuna ou azar;
- vi) O modo de pagamento das prestações anteriormente referidas;
- vii) O montante das cauções a prestar pelos concorrentes e o modo de prestação das mesmas.

Refira-se que, hoje, por força do Código dos Contratos Públicos, quanto ao *critério de adjudicação*, vigora o *critério da proposta economicamente mais vantajosa* na perspectiva da entidade adjudicante, podendo consistir apenas no mais baixo preço (ou custo) ou em critérios múltiplos (preço, prazo, qualidade do serviço, contrapartidas para o Estado, etc.). Por regra, as concessões de jogos de fortuna e azar em Casinos são atribuídas com base critérios de adjudicação que utilizam factores múltiplos de avaliação das propostas dos concorrentes.

Por outro lado, a Lei do Jogo, ao impor a adopção do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação para a adjudicação das concessões, faz apelo à *máxima aplicação do princípio de transparência e, portanto, a um amplo grau de concorrência*, na medida em que se trata de concursos abertos, *permitindo que qualquer operador económico ou qualquer entidade possa concorrer ou candidatar-se a esses concursos*. Para além disso, a actual Lei do Jogo, ao remeter para a disciplina do Código dos Contratos Públicos, tal remissão significa que os anúncios dos concursos devem ser publicitados no Jornal Oficial da União Europeia, desde logo pela razão do valor económico.

Mas este último aspecto já é directamente resolvido pela própria Lei do Jogo, ao estabelecer que a *exploração de jogos de fortuna ou azar pode ser atribuída mediante concessão a pessoas colectivas privadas, constituídas sob a forma de sociedades anónimas, ou equivalente, com sede num Estado-Membro da União Europeia*. O que, desde logo, implica a publicitação do anúncio dos concursos no Jornal Oficial da União Europeia.

Aliás, a Lei do Jogo vai ainda mais longe na aplicação do *princípio da concorrência*, permitindo – aliás, em observância da disciplina da contratação pública da União Europeia – que qualquer entidade privada, desde que constituída



sob a forma de sociedades anónimas, ou equivalente, concorra ou apresenta candidatura aos concursos, desde que tenha *sede num Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu* que esteja vinculado à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e do combate à fraude e ao branqueamento de capitais. Apenas se exige, no caso de *sociedades estrangeiras*, que tenham *sucursal em Portugal* (artigo 9.º da Lei do Jogo).

Das peças do procedimento (programa do concurso e caderno de encargos) deve ainda constar o *capital social mínimo da sociedade*, cujo montante poderá variar para cada tipo de concessão. Mas, por directa imposição da Lei do Jogo, os capitais próprios das sociedades concessionárias não podem ser inferiores a 30% do activo total líquido, devendo elevar-se a 40% deste a partir do sexto ano posterior à celebração do contrato de concessão. Para além disso, pelo menos *60% do capital social é representado por acções* que permitam ao emitente, a todo o tempo, conhecer a identidade dos respectivos titulares, sendo obrigatória a comunicação à entidade de controlo, inspecção e regulação, pelas sociedades concessionárias, de todos os actos ou negócios que impliquem a aquisição, transmissão ou oneração destas acções. As peças do procedimento podem ainda impedir ou limitar a participação, directa ou indirecta, no capital social de uma concessionária por parte de outra concessionária ou concessionárias, sendo *nulas as aquisições que violem* o estatuído nas peças (programa do concurso e caderno de encargos) ¹⁸.

Registe-se ainda a importância conferida ao *princípio da transparência/publicidade na fase pós-adjudicatória*, ao impor-se que o contrato de concessão e a sua prorrogação sejam publicitados em Diário da República (artigo 12.º da Lei do Jogo).

Por último, refira-se que *as concessões de jogos de fortuna e azar ainda vigentes foram atribuídas/adjudicadas ao abrigo do regime originário do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro*. Nos termos deste regime, a concessão da exploração de jogos de fortuna ou azar nos Casinos das zonas de jogo era apenas feita por *concurso público*. No entanto, o Governo, em casos especiais devidamente justificados, poderia adjudicar a concessão independentemente de concurso público, estabelecendo em decreto-lei as obrigações da concessionária. Isto é, poderia adjudicar por *ajuste directo* ¹⁹.

18 Artigo 17.º da Lei do Jogo.

19 Artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro. Assim sucedeu com a atribuição, sem concurso público, da concessão do exclusivo da exploração de jogos de fortuna ou azar na península de Tróia, através do Decreto-Lei n.º 229/2000, de 23 de Setembro.

2.2. Aspectos substantivos: regime, vicissitudes dos contratos de concessão e direitos e poderes do Estado

Quanto aos *aspectos substantivos do contrato*, dada a escassez de regime da Lei do Jogo, aos contratos de concessão de jogo de fortuna e azar em Casinos aplica-se o clausulado clássico dos contratos de concessão e dos contratos administrativos em geral, constante do Código dos Contratos Públicos (da parte geral do Código relativa aos contratos em geral, constantes dos artigos 278.º a 335.º, entre outros aspectos, sobre o regime de execução do contrato, os poderes do contraente público sobre o concessionário, incluindo as penalizações, o incumprimento, a invalidade e a eficácia do contrato, a resolução sancionatória e a extinção do contrato).

E aplica-se ainda o regime especialmente previsto para as concessões (artigos 407.º a 425.º). No âmbito deste regime destacamos o relativo à viabilidade económico-financeira do projecto, nos termos do qual *o contrato só pode atribuir ao concessionário o direito a prestações económico-financeiras desde que as mesmas não violem as regras comunitárias e nacionais da concorrência*, sejam essenciais à viabilidade económico-financeira da concessão e não eliminem a efectiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário²⁰. O regime sobre a partilha de riscos, na medida em que o contrato deve implicar uma significativa e efectiva transferência para o concessionário do risco de exploração, que se traduz no risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos, considerando-se que o concessionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efectuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objecto da concessão, ou a parte do risco transferido para o concessionário envolva uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, o que implica que quaisquer perdas potenciais por ele incorridas não sejam meramente nominais ou insignificantes²¹. Merecem também destaque os direitos do concedente (Estado), a exercer nos termos e condições do contrato, designadamente quanto às contrapartidas financeiras a receber do concessionário, o sequestro e o resgate da concessão, a partilha equitativa do acréscimo de benefícios financeiros que, eventualmente, resultem para o concessionário e a resolução da concessão pelo concedente (Estado)²².

20 Artigo 416.º do Código.

21 Artigo 413.º do Código.

22 Sobre o sequestro da concessão dispõe o artigo 421.º do Código - (*“Em caso de incumprimento grave pelo concessionário de obrigações contratuais, ou estando o mesmo iminente, o concedente pode, mediante sequestro, tomar a seu cargo o desenvolvimento das actividades concedidas”*) – e sobre o resgate dispõe o artigo 422.º (*“O concedente pode resgatar a concessão, por razões de interesse público, após o decurso do prazo fixado no contrato ou, na sua falta, decorrido*

Das raras normas da Lei do Jogo referentes ao conteúdo dos contratos de concessão, salienta-se a relativa ao *regime dos bens da concessão*, implicando a adjudicação do contrato a transferência temporária para a concessionária da fruição de todos os bens propriedade do Estado afectos à concessão, devendo as concessionárias assegurar a perfeita conservação ou substituição desses bens, que reverterem para o Estado finda a concessão²³. Releva ainda o regime das contrapartidas pelo uso de bens do Estado, devendo as *concessionárias remunerar o Estado pela utilização daqueles bens*, nos termos do respectivo contrato. Os valores pecuniários das remunerações são objecto de actualização anual, de acordo com o índice médio de preços no consumidor para o continente, excluída a habitação, publicado pelo Instituto Nacional de Estatística. Por sua vez, as remunerações relativas a bens do Estado, que passam a ter utilização diversa da contratada, devem ser revistas por acordo entre o membro do Governo da tutela e a concessionária. O *pagamento das contrapartidas pecuniárias* é efectuado pela concessionária em prestações semestrais, até ao dia 15 dos meses de Janeiro e de Julho de cada ano²⁴. Mas, note-se, que a vinculação das concessionárias ao cumprimento de obrigações e, portanto, de *vinculação a contrapartidas a favor do Estado pode variar de concessão para concessão, não havendo um modelo único e uniforme de obrigações contratuais*²⁵.

As contrapartidas antes referidas são autónomas relativamente ao regime da prestação de cauções. As concessionárias prestam as seguintes cauções:

De montante igual aos valores mensais prováveis do imposto especial sobre o jogo e da participação nos encargos com o funcionamento da Inspeção-Geral de Jogos;

um terço do prazo de vigência do contrato”. O artigo 423.º do mesmo Código dispõe sobre a resolução da concessão pelo concedente.

23 Artigos 19.º e 23.º da Lei do Jogo.

24 Artigo 26.º.

25 Tomamos, a título de exemplo, a concessão do Casino de Tróia, na qual a concessionária, para além da obrigação de construir o Casino e de prestar, em cada ano, uma contrapartida correspondente a 10% das receitas brutas declaradas dos jogos (que pode ser superior caso as receitas viessem a ser superiores), assumiu ainda a obrigação de construir um centro de congressos e um hotel de 5 estrelas, a obrigação de promover a salvaguarda e a valorização do património arqueológico das ruínas romanas de Tróia, contribuindo financeiramente para esse fim, durante o prazo mínimo de seis anos, e executar obras de recuperação de infra-estruturas existentes em Tróia. Já na concessão do Casino de Lisboa, atribuída à Sociedade Estoril-Sol pelo Decreto-Lei nº 15/2003, de 30 de Janeiro (enquanto concessionária da zona de jogo do Estoril, em cuja área de protecção se inclui a cidade de Lisboa, garantindo-lhe a exclusividade daquela exploração), a Estoril-Sol obrigou-se a pagar ao Estado 30 milhões de euros a título de contrapartida inicial pela autorização de exploração do Casino, para além de uma contrapartida anual, à semelhança do Casino Estoril, de 50% sobre as receitas brutas.



De montante igual a 50% do valor dos investimentos previstos, a título de contrapartida, para cada ano da concessão (estas cauções são prestadas até final do ano anterior àquele a que respeitam, sendo a relativa ao primeiro ano da concessão apresentada no acto da assinatura do contrato);

No penúltimo ano do termo da concessão, de montante a fixar pelo Ministério das Finanças, para garantir a entrega ao Estado, em perfeito estado de conservação, dos edifícios e seus anexos propriedade deste ou para ele reversíveis e respectivo mobiliário, equipamento e utensilagem²⁶.

A concessão implica ainda para os concessionários *obrigações de natureza turística*, designadamente a execução regular no Casino de programas de animação de bom nível artístico, assim como promover e organizar manifestações turísticas, culturais e desportivas, colaborar nas iniciativas oficiais de idêntica natureza que tiverem por objecto fomentar o turismo na respectiva zona de jogo e subsidiar ou realizar a promoção da zona de jogo no estrangeiro. Para cumprimento destas obrigações, a concessionária deverá afectar uma verba não inferior a 3% das receitas brutas do jogo apuradas no ano anterior ou, no primeiro ano das concessões, no ano em causa, não podendo a verba afecta ao cumprimento daquelas obrigações ser inferior a 1% de tais receitas²⁷. O contrato de concessão e outras normas legais ou regulamentares aplicáveis podem estabelecer um leque mais vasto de obrigações para os concessionários.

Registe-se ainda a extensa e criteriosa disciplina que a Lei do Jogo dedica às instalações e à forma de funcionamento dos Casinos, desde a respectiva direcção/administração, à matéria laboral do pessoal afecto aos Casinos e salas de jogo, assim como aos poderes de fiscalização do Estado e à matéria fiscal, incluindo a isenção de taxas por alvará e licenças municipais e de aquisições de prédios afectos à concessão (artigos 27.º a 107.º da Lei do Jogo).

Especial tratamento merecem também os poderes contratuais e legais de fiscalização do Estado, na medida em que as normas relativas à exploração e prática do jogo de fortuna e azar são de interesse e ordem pública. Pelo que esta exploração e prática, assim como a execução das obrigações das concessionárias ficam sujeitas à inspecção do Estado, que é exercida pela Inspecção-Geral de Jogos, que aprova os regulamentos necessários à boa execução das concessões. No entanto, a emissão destes regulamentos é sempre precedida de consulta às concessionárias (*direito de audiência prévia das concessionárias*)²⁸.

Por último, apenas uma nota sobre a *protecção concorrencial entre Casinos*

26 Artigo 105.º da Lei do Jogo.

27 Artigo 16º da Lei do Jogo.

28 Artigo 95.º da Lei do Jogo.



de zonas de jogo, que confere um direito territorial negativo contra a abertura de determinadas formas de concorrência de exploração de jogos de fortuna ou azar na distância mínima que venha a ser determinada no diploma regulamentar relativo às condições específicas da concessão, proibindo-se a atribuição de qualquer direito de exploração de jogos de fortuna ou azar fora dos Casinos na área abrangida pelas distâncias mínimas estabelecidas naquele diploma. Esta protecção concorrencial refere-se apenas à exploração em “Casinos de zonas de jogo”, não abrangendo a exploração e prática de jogos de fortuna ou azar legalmente admissível fora de Casinos existentes em zonas de jogo permanente ou temporário²⁹.

2.2.1. Prazo das concessões e prorrogação

A generalidade das concessões ainda vigentes foi atribuída ao abrigo do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro. Regra geral, o prazo inicial de vigência das concessões varia entre os 20 e os 25 anos. Em todo caso, à semelhança do que sucede com a actual Lei do Jogo, aquele diploma legal também previa um regime de *prorrogação das concessões*, podendo o prazo inicial ser prorrogado, com fundamento em razões de interesse público, por iniciativa do Governo ou a pedido fundamentado das concessionárias que tenham cumprido as suas obrigações, estabelecendo-se as condições da prorrogação em decreto-lei.

E, efectivamente, assim sucedeu. Associação Portuguesa de Casinos requereu a prorrogação das respectivas concessões de jogo e o Governo português, através do Decreto-Lei n.º 275/2001, de 17 de Outubro, autorizou a prorrogação dos prazos dos actuais contratos de concessão de exploração dos jogos de fortuna e azar nos Casinos da zona do Algarve, de Espinho, do Estoril, da Figueira da Foz e da Póvoa do Varzim³⁰. Considerando esta prorrogação, *as concessões actualmente vigentes terão o seu termo em 2020 e, a maioria, em 2023*.

29 Artigo 3.º, n.º 3 da Lei do Jogo. Sobre o tema da protecção concorrencial, o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 19/2014, de 10 de Julho de 2014.

30 O contrato de concessão nos Casinos de Vilamoura, do Sotavento e do Barlavento Algarvios, de 28 de Fevereiro de 1996, foi prorrogado por seis anos, tendo o seu termo em 31 de Dezembro de 2023, mediante o pagamento de contrapartidas estabelecidas naquele Decreto-Lei. O contrato de concessão do Casino de Espinho, de 14 de Fevereiro de 1989, foi prorrogado por 15 anos, tendo o seu termo em 31 de Dezembro de 2023, mediante o pagamento de contrapartidas estabelecidas no mesmo diploma legal. O contrato de concessão na zona de jogo permanente da Póvoa do Varzim, de 14 de Fevereiro de 1989, é prorrogado por 15 anos, tendo o seu termo em 31 de Dezembro de 2023. O contrato de concessão do exclusivo de exploração dos jogos de fortuna ou azar na zona de jogo permanente da Figueira da Foz, de 25 de Julho de 1981, foi prorrogado por 15 anos, com termo em 31 de Dezembro de 2020. Por fim, o contrato de concessão do exclusivo de exploração dos jogos de fortuna ou azar na zona de jogo permanente do Estoril, de 28 de Agosto de 1985, foi prorrogado por 15 anos, tendo o seu termo em 31 de Dezembro de 2020.

2.2.2. A perspectiva de lançamento de novos concursos de atribuição de concessões de jogos de fortuna e azar em Portugal

Do que se vem dizendo já resultará que, naquelas datas, haverá, em princípio, a *abertura de concursos* (concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação) para a *adjudicação de novas concessões* (isto, excepto se não ocorrerem novas prorrogações, o que não se antevê).

Consequentemente, a disciplina destas novas concessões será, no essencial, a que consta da actual Lei do Jogo e do Código dos Contratos Públicos.

Relativamente ao prazo inicial das concessões, na ausência de um prazo expressamente previsto na Lei do Jogo, valerá o que seja estabelecido nos próprios contratos. No entanto sempre haverá que ter em conta a regra geral estabelecida no artigo 410.º daquele Código, nos termos do qual o *prazo de vigência das concessões* é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital *investido pelo concessionário*. Adiantando-se que, na falta de estipulação contratual, o prazo é de 30 anos, nele se incluindo a duração de qualquer prorrogação contratualmente prevista³¹. Mas, o mesmo artigo do Código permite que o prazo inicial das concessões possa ser prorrogado com fundamento na necessidade de assegurar a amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário. Esta autorização de prorrogação do prazo tem de ser conjugada com o regime previsto no artigo 282.º do mesmo Código, relativo à reposição do equilíbrio financeiro dos contratos em geral, incluindo as concessões. Aspecto que aludiremos no ponto seguinte.

2.2.3. Modificação dos contratos de concessão e equilíbrio económico-financeiro das concessões

A modificação das concessões de exploração de Casinos pode ser de natureza subjectiva ou objectiva.

Quanto às *alterações subjectivas*, a Lei do Jogo é particularmente cuidadosa. Desde logo, relativamente à *cessão da posição contratual*, estabelece que a transferência para terceiros da exploração do jogo e das demais actividades que constituem obrigações contratuais só pode ser permitida mediante *autorização do Conselho de Ministros*, quanto à exploração do jogo; ou do membro do Governo responsável pela área do turismo, quanto às demais actividades que constituem obrigações contratuais. A *cessão da posição contratual sem observância destas*

31 Sem prejuízo de lei especial que fixe prazo supletivo diferente, ou prazo máximo, mas que, no caso das Concessões dos Casinos, não existe esse prazo especialmente previsto em lei.



*condições é nula*³².

Por sua vez, as *modificações societárias* também estão sujeitas a condições expressamente estabelecidas na Lei do Jogo. A aquisição, a qualquer título, da propriedade ou posse de acções que representem mais de 10% do capital ou de que resulte, directa ou indirectamente, alteração do domínio das concessionárias por outrem, pessoa singular ou colectiva, *carece de autorização do membro do Governo* responsável pela área do turismo, sob pena de os respectivos adquirentes não poderem exercer os respectivos direitos sociais³³. E, com base no artigo 323.º do Código dos Contratos Públicos, o contrato de concessão pode ainda *sujeitar a autorização do Estado* qualquer alteração do contrato constitutivo da sociedade, bem como a alienação ou oneração das participações no respectivo capital social.

Relativamente às *modificações de natureza objectiva*, impõe-se, desde logo, ter em conta o regime da Lei do Jogo, sobre a *alteração de circunstâncias*, ao estabelecer que, caso alguma das obrigações contratuais das concessionárias não possa ser cumprida ou seja aconselhável para o desenvolvimento turístico a execução de realizações não previstas, pode o Governo impor ou admitir a respectiva substituição ou alteração, em termos de equivalência de valor. As alterações dos contratos de concessão, quando impostas pelo Governo, não podem agravar nem reduzir os valores das obrigações inicialmente assumidas pelas concessionárias e, quando pedidos por estas, não podem reduzi-los³⁴.

E, neste âmbito, impõe-se ainda ter em conta o regime do artigo 420.º-A do Código dos Contratos Públicos, sobre as modificações dos contratos de concessão, no qual se estabelece que o concedente (no caso, o Estado) apenas pode ampliar a quantidade de obras ou serviços abrangidos pelo contrato, com fundamento em circunstâncias não previstas e observando-se os seguintes requisitos cumulativos: i) sem inconvenientes graves ou que impliquem um aumento considerável de custos para concedente (o Estado); ii) o valor das obras ou serviços não exceder 10 % do valor do contrato; iii) e se a modificação do contrato se fundar em circunstâncias imprevisíveis, o valor da modificação não pode ultrapassar 50 % do valor do contrato.

Mas, *relativamente ao concessionário*, deve entender-se que lhe assistem os direitos conferidos pelo artigo 282.º daquele Código, sobre o *equilíbrio económico-financeiro dos contratos*, admitindo-se o *direito a esta reposição a favor dos concessionários* quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito *altere os pressupostos*

32 Artigo 13.º da Lei do Jogo.

33 Artigo 17.º da Lei do Jogo.

34 Artigo 14.º da Lei do Jogo.

nos quais o concessionário tenha determinado o valor das prestações a que se obrigou. Aliás, nos tempos mais recentes, as divergências entre os concessionários de Casinos e o Estado situaram-se neste âmbito, designadamente por o Estado ter autorizado o jogo *online*, tendo retirado aos Casinos, segundo se alegou, uma fatia substancial de clientela, alterando os pressupostos iniciais das concessões.

2.3. A recente evolução e influência do Direito da União Europeia: a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Por força da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e das mais recentes Directivas da União Europeia (TJUE), sobre os contratos públicos e as concessões³⁵, o regime dos contratos de concessão veio a ser profundamente alterado.

Quanto às *modificações objectivas* (isto é, do regime) dos contratos, na linha da jurisprudência do TJUE, os *limites à modificação*, incluindo a prorrogação das concessões (assim como dos outros contratos), viriam a concretizar-se numa espécie de *princípio da tendencial imodificabilidade ou inalterabilidade dos contratos*. Tal princípio pode extrair-se do *Livro Verde sobre Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões*³⁶, no qual se admitia a faculdade de as partes introduzirem modificações aos contratos *mesmo que não previstas nas peças procedimentais*, mas tendo, para o efeito, de se demonstrar a sua necessidade e *desde que fossem devidas a um “problema imprevisível”, ou quando “justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública”*. Contudo, logo de seguida, estabelecia um *limite inultrapassável* àquela faculdade, que expressou do seguinte modo: *“qualquer modificação substancial que abranja o objecto do contrato deve ser equiparada à celebração de um novo contrato, implicando um novo concurso”*. Nestes termos, uma modificação substancial envolve uma espécie de *novação objectiva do contrato*, correspondente a uma (nova) adjudicação.

Mas, a elaboração mais precisa dos limites à modificação, caberia à jurisprudência do TJUE, assumida, desde logo, pelo Tribunal de Contas de Portugal³⁷. Referimo-nos essencialmente à jurisprudência firmada no Acórdão de

35 A Directiva 2014/24/UE, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos (revoga a Directiva 2004/18/CE) e a Directiva 2014/23/UE, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão.

36 Comissão Europeia, 30 de Abril de 2004 [COM (2004) 327 final].

37 Acórdão n.º 20/10, de 1 de Junho, Proc. n.º 108/2010, que mereceu a anotação de Tiago DUARTE, *Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação dos contratos*, in *Revista de Contratos Públicos - RCP, CEDIPRE*, Coimbra Editora, n.º 3, 2011,

14 de Outubro de 1999, caso *Succhi di Frutta* (do Tribunal de Pequena Instância - TPI)³⁸, no Acórdão de 5 de Outubro de 2000, *Comissão/França*³⁹, no Acórdão de 29 de Abril de 2004, *Comissão/CAS Succhi di Frutta*⁴⁰, no Acórdão de 19 de Junho de 2008, *Pressetext*⁴¹. Jurisprudência reiterada, entretanto, no Acórdão de 13 de Abril de 2010, *Wall AG c. Stadt Frankfurt am Main*⁴², no Acórdão de 29 de Abril de 2010, *Comissão c. Alemanha*⁴³ e no Acórdão *Acoset*, de 15 de Outubro de 2009⁴⁴.

No essencial, considera esta jurisprudência que as alterações ao contrato administrativo, incluindo as concessões, quando sejam substanciais, poderão constituir materialmente uma nova adjudicação, salvo se as mesmas houverem sido *previstas em termos precisos nas (respectivas) peças procedimentais*. Sinteticamente, a este propósito, no Acórdão *Comissão/CAS Succhi di Frutta*, o TJUE declarou que *no caso de a entidade adjudicante desejar que, por motivos precisos, certas condições do concurso possam ser modificadas depois da escolha do adjudicatário, é obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação*, pois, se assim não o fizer, “*não pode modificar, seja em que fase do processo for, as condições do concurso, sob pena de violar o princípio da igualdade de todos os proponentes, bem como o da transparência*”. Por sua vez, no Acórdão *Pressetext* o Tribunal adiantou que, com vista a assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos proponentes, *as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato, quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, consequentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato*.

Portanto, *a protecção da concorrência surge como um novo e autónomo*

pp 27 e ss.

38 Proc. n.º T-191/96 e Proc. T-106/97, em que o Tribunal, no contexto da execução de um contrato, concluiu pela ilegalidade de modificações que lhe foram introduzidas pela Comissão. Os fundamentos essenciais residiram na violação das regras do anúncio do concurso e dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento.

39 TJUE, Proc. C-337/98.

40 TJUE, Proc. C-496/99.

41 TJUE, Proc. C-454/06. Acórdão que teve a anotação de Pedro Costa GONÇALVES, *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato*, in *Cadernos de Justiça Administrativa - CJA*, n.º 73, 2009, pp 3 e ss.

42 TJUE, Proc. C-91/08.

43 TJUE, Proc. 160/08.

44 TJUE, Proc. C-196/08.

critério de limitação da modificação dos contratos, pelo que qualquer modificação que não se enquadre no “fim da concorrência” prosseguido pela celebração do contrato original corresponde, de facto, à adjudicação de um contrato novo, sendo, nesta perspectiva – a perspectiva da protecção do interesse da concorrência - indiferente que o contrato seja modificado por acordo ou por acto unilateral. Esta jurisprudência encontra, hoje, expresso acolhimento no direito positivo (legal) no artigo 72.º das Directivas da União Europeia sobre contratos públicos e concessões.

E, relativamente, às *alterações subjectivas*, designadamente o regime da cessão da posição contratual e da subcontratação, incluindo as *subconcessões*, veio igualmente a ser sujeito a alterações significativas. *Em termos gerais*, na falta de estipulação contratual ou quando outra coisa não resultar da natureza do contrato, *são admitidas a cessão da posição contratual e a subcontratação, incluindo as subconcessões*, desde que observado o regime previsto no Código dos Contratos Públicos⁴⁵, que transpõe para o direito português aquelas Directivas⁴⁶.

Em *primeiro lugar*, a cessão da posição contratual e a subcontratação/subconcessão são sempre proibidas quando existam fortes indícios de que delas resultem de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência⁴⁷.

Em *segundo lugar*, *devem constar expressamente do contrato, em cláusulas de revisão ou opção inequívoca*, salvo quando haja a transmissão universal ou parcial da posição do concessionário, na sequência de reestruturação societária, nomeadamente, oferta pública de aquisição, aquisição ou fusão, a favor de subconcessionária que satisfaça os requisitos mínimos de habilitação e de capacidade técnica e de capacidade económica e financeira exigidos ao concessionário. Mas a autorização da cessão da posição contratual, incluindo a subconcessão, depende ainda de requisitos mais exigentes e expressamente previstos no Código, por força daquelas Directivas da União Europeia⁴⁸. No entanto, desde que observados os limites e requisitos referidos, o Estado apenas pode recusar a subconcessão no contrato ou negar a sua autorização na fase de

45 Artigo 316.º do Código dos Contratos Públicos.

46 Mas, como as Directivas são de aplicação universal a todos os Estado-Membros da União Europeia, regime equivalente vamos encontrar nesses outros Estado.

47 Artigos 317.º, 318.º e 319.º do Código.

48 Desde logo: i) da prévia apresentação dos documentos de habilitação relativos à potencial subconcessionária que sejam exigidos ao concessionário na fase de formação do contrato em causa; ii) do preenchimento, por parte da potencial subconcessionária, dos requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira exigidos ao concessionário, para efeitos de qualificação, quando esta tenha tido lugar na fase de formação do contrato em causa.

execução quando haja fundado receio de que aquela envolva um aumento de risco de incumprimento das obrigações emergentes do contrato⁴⁹.

Contudo, a *influência do direito da União Europeia sobre a regulação dos jogos de fortuna e azar, especialmente em Casinos, tem ido mais longe*.

Como se salientou, os jogos de fortuna e azar estão sujeitos a um sistema de monopólio de Estado. A questão que se coloca consiste em saber se este exclusivo de Estado é conforme ao direito da União Europeia, designadamente em relação à livre prestação de serviços prevista no artigo 56º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Em termos gerais, uma legislação que reserve para o Estado a exclusividade de exploração de uma determinada actividade viola a livre prestação de serviços. Esta temática tem sido objecto de diversos litígios judiciais no TJUE, havendo inúmeros acórdãos deste Tribunal. Contudo, o Acórdão *Anomar*, do TJUE, por envolver o Estado Português, é a ele que, sinteticamente nos referiremos⁵⁰. A Anomar (Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas) propôs uma acção contra o Estado Português, pedindo a demonstração da desconformidade do referido monopólio de Estado com o direito da União Europeia, pretendendo que fosse reconhecido o direito de exploração e prática de jogos de fortuna e azar fora das áreas circunscritas de jogo, *extinguindo-se o monopólio dos Casinos*.

No âmbito do processo, foi pedido ao TJUE que tomasse uma decisão a título prejudicial. Este Tribunal, tal como havia considerado no Acórdão Schindler (Processo C-275/92) e no acórdão Läära (Processo 124/97), qualificou o jogo de fortuna e azar como uma actividade económica, por envolver o fornecimento de um serviço, mediante uma remuneração, tendo uma perspectiva de lucro. Contudo, concluiu o TJUE que, a legislação portuguesa, não obstante restringir a livre prestação de serviços, mas fazia-o por *razões de interesse geral, designadamente como modo de protecção do consumidor, prevenção da fraude e da delinquência e financiamento de actividades de interesse geral*. Não considerou, portanto, *ilegal a atribuição, em regime de exclusivo, da exploração dos jogos aos Casinos*. A mesma jurisprudência foi firmada nos já referidos Acórdãos Schindler (Processo C-275/92), Läära (Processo C-124/97) e Zenatti (Processo C-67/98), realçando-se que as razões de interesse geral, desde que conformes ao princípio da proporcionalidade, são susceptíveis de justificar restrições à livre prestação de serviços. Pelo que, esta matéria deve caber à soberania de cada Estado-Membro, dado que, compete às autoridades nacionais apreciar a necessidade da proibição total

49 Artigo 320.º do Código.

50 Emitido no Processo C-6/01, que opôs a Anomar (Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas) ao Estado Português.

ou parcial de actividades desta natureza, bem como adoptar as modalidades de organização e controlo em relação ao jogo de fortuna e azar⁵¹.

51 Iguais litígios colocaram-se nos Acórdãos Gambelli (Processo C-243/01), Lindman (Processo C-42/02), Marcus Stoss (Processo C-359 E 360/07 E 409 E 410/07), Carmen Media Gropu (Processo C-46/08), Engelmann (Processo C- 64/08), Société Zeturf (Processo 212/08) e Sjöberg (Processo C-447/08 E C-448/08).

