

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 14/21.7T9LOU.P1

Relator: EDUARDA LOBO

Sessão: 07 Julho 2021

Número: RP2021070714/21.7T9LOU.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: CONFERÊNCIA

Decisão: NEGADO PROVIMENTO

CRIME DE EXPLORAÇÃO ILÍCITA DE JOGO

JOGOS DE FORTUNA OU AZAR

PRESSUPOSTOS

Sumário

I - Partindo da conjugação do disposto nos art^ºs. 1^º, 4^º e 159^º da Lei do Jogo, Conde Fernandes, citado na sentença recorrida, esclareceu que "(...) «a esperança de ganho» caracteriza especificadamente as «modalidades afins» (artigo 159^º), que radica no desconhecimento, pelo utilizador do bem que irá receber após a operação ou se algo irá receber («esperança»). Na diferença de valor dos bens distribuídos, pois pelo menos um deles terá de ter um valor superior ao da aposta paga («... de ganho»)". É precisamente na diferença (para mais) de valor de alguns dos bens (prémios) distribuídos relativamente ao valor da aposta que reside a esperança de ganho de quem se dispõe a introduzir a moeda na máquina.

II - No caso em apreço, mediante a introdução de uma moeda de € 1,00 e após ser rodado um manípulo é emitido um talão, sendo a grande maioria deles em branco, que corresponde a uma pastilha elástica (de valor naturalmente inferior à aposta), sendo as restantes cores correspondentes a outros prémios, alguns dos quais bebidas alcoólicas, e entre estes, o de maior valor corresponde a uma garrafa de Chivas Regal. É precisamente nesta diferença desproporcional entre o valor dos prémios que reside «a esperança de ganho» do jogador e a natural compulsão para voltar a jogar (introduzir moedas de € 1,00), na esperança de que saia uma garrafa de Chivas Regal ou, pelo menos, uma das outras garrafas de valor bastante superior à aposta.

III - Ainda que o consumidor insira uma única moeda de € 1,00, é óbvio que existe um prejuízo económico, se sair um papel branco, que corresponde a

uma pastilha elástica, de valor naturalmente inferior a € 1,00. Sendo certo ainda que, como se refere no relatório de exame de fls. 7 a 8 vº, a grande maioria dos papéis emitidos são de cor branca, caso em que o "apostador" perde sempre.

IVI - Não é necessário apurar o concreto valor comercial de uma garrafa de Chivas Regal para se saber que é muito superior a € 1,00. É precisamente neste factor, na desproporção entre o prémio de menor valor e o de maior valor, que reside a esperança de ganho do apostador (que introduz a moeda na máquina) e a compulsão para voltar a introduzir moedas na esperança de que lhe saia a garrafa de maior valor do cartaz.

V - Tratando-se, como se viu, de uma aparelho/máquina que desenvolve uma modalidade afim de jogo de fortuna ou azar, por se tratar de uma operação oferecida ao público em que a esperança de ganho reside somente na sorte e que atribui como prémios coisas com valor económico predeterminado à partida (artº 159º da Lei do Jogo), a sua exploração estava dependente de autorização do presidente da respetiva câmara municipal (artº 160º), constituindo a sua violação contraordenação punível com coima de € 750,00 a € 3 740,98, no caso de pessoas singulares (artº 163º da mesma lei).

Texto Integral

Processo nº 14/21.7T9LOU.P1

1ª secção

Acordam, em conferência, na 1ª secção do Tribunal da Relação do Porto

I - RELATÓRIO

Nos autos de Recurso de Contraordenação que correm termos no Juízo Local Criminal de Penafiel - Juiz 2, Comarca do Porto Este, com o nº 14/21.7T9LOU, em que é recorrente B... e entidade administrativa recorrida a Guarda Nacional Republicana, foi proferida decisão em 30.04.2021 que julgou improcedente o recurso de impugnação interposto pela arguida, mantendo a respetiva condenação na coima de € 750,00 pela prática da contraordenação de exploração de modalidade afim de jogo de fortuna ou azar sem autorização p. e p. nos artºs. 160º nº 1 e 161º nº 3 do Dec-Lei nº 422/89 de 02.12, em conjugação com o artº 159º nº 1 do mesmo diploma.

Inconformada, a arguida interpôs tempestivamente recurso para este Tribunal da Relação do Porto, extraíndo das respetivas motivações as seguintes conclusões:

1. Não obstante a perícia não ter sido prova obtida no procedimento

contraordenacional, mas sim em processo externo ao procedimento administrativo (desconhecendo-se o valor extra-processual dessa perícia, por omissão explicativa da sentença recorrida), ainda assim não se lhe retira a ilegalidade da obtenção dessa prova por violação do artº 154º do CPP.

2. De acordo com a decisão de facto, a máquina em causa permite a atribuição sempre de um produto, sendo que os produtos são de valor equiparado e não dispare, sendo que o valor despendido e o valor dos produtos a atribuir são igualmente equiparados, sendo que os produtos a atribuir são previamente conhecidos do consumidor que utiliza a máquina. Não há álea e tal resulta da decisão de facto. De entre muitas decisões jurisprudenciais, o Acórdão TRG 308/08.7TBVNC.G1, de 12.10.2009 que sumaria: "Não há jogo de fortuna e azar quando, como contrapartida da introdução de uma moeda numa máquina, esta atribui sempre um prémio que não anda longe do dinheiro despendido", disponível em www.dgsi.pt elenca/enuncia a posição da recorrente neste recurso e nos presentes.

3. A sentença recorrida é nula porque viola o nº 2 do artº 374º do CPP e ao artº 205º da CRP. Viola igualmente o artº 159º do DL 422/89 e o artº 163º do mesmo diploma legal.

4. A decisão de facto da sentença recorrida entra em contradição com a decisão de direito, pois dá como provada que pela introdução de uma moeda existe sempre a atribuição de um produto (sai sempre) e depois conclui que existe um jogo dependente da sorte e do azar, concluindo ser obrigatória a existência de licença para explorar esse jogo, quando as condições objetivas de punibilidade exigem a verificação (na decisão de facto) de uma perda face ao dispêndio por parte do consumidor, o que *in casu* não se verifica.

*

Na 1ª instância o Ministério Público respondeu às motivações de recurso, concluindo que o mesmo deve ser julgado totalmente improcedente.

*

Neste Tribunal da Relação do Porto o Sr. Procurador-Geral Adjunto emitiu parecer em sentido concordante com a resposta do Mº Pº na 1ª instância.

*

Cumprido o disposto no artº 417º nº 2 do C.P.Penal, a arguida veio responder ao parecer, reiterando o que já alegara nas motivações de recurso.

*

Efetuada exame preliminar e colhidos os vistos legais, foram os autos submetidos à conferência.

*

*

II - FUNDAMENTAÇÃO

A sentença sob recurso é do seguinte teor: transcrição

«... Da invalidade da decisão administrativa por falta de notificação da arguida para qualquer perícia.

Invoca a recorrente a invalidade da decisão administrativa por não ter sido notificada para qualquer perícia nos termos do artigo 154º do Código de Processo Penal aplicável por força do art. 41 ° do RGCO.

Apreciando.

Dispõe-se no artigo 154º do Código de Processo Penal aplicável por remissão do artigo 41º do RGCO que:

"1 - A perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo a indicação do objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder, bem como a indicação da instituição, laboratório ou o nome dos peritos que realizarão a perícia.

2 - A autoridade judiciária deve transmitir à instituição, ao laboratório ou aos peritos, consoante os casos, toda a informação relevante à realização da perícia, bem como a sua atualização superveniente, sempre que eventuais alterações processuais modifiquem a pertinência do pedido ou o objeto da perícia, aplicando-se neste último caso o disposto no número anterior quanto à formulação de quesitos.

3 - Quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.

4 - O despacho é notificado ao Ministério Público, quando este não for o seu autor, ao arguido, ao assistente e às partes civis, com a antecedência mínima de três dias sobre a data indicada para a realização da perícia.

5 - Ressalvam-se do disposto no número anterior os casos:

a) Em que a perícia tiver lugar no decurso do inquérito e a autoridade judiciária que a ordenar tiver razões para crer que o conhecimento dela ou dos seus resultados, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis, poderia prejudicar as finalidades do inquérito;

b) De urgência ou de perigo na demora."

Devidamente compulsados os autos verifica-se que efetivamente a arguida não foi notificada da realização de qualquer perícia no âmbito do procedimento administrativo porquanto a mesma não foi aqui ordenada.

Pelo que, a alegação de falta de cumprimento de notificação para a realização da perícia, pois foi isso que quis dizer quando refere que "não foi notificada ... para qualquer perícia", assenta num facto inexistente.

Aliás, como bem sabe a impugnante, a referida perícia foi realizada no âmbito do processo de inquérito nº 104/19.6GFPNF, pois que ali assumiu a qualidade de arguida, e foi na sequência do despacho de arquivamento ali proferido que veio a ser determinada a remessa de certidão, na qual se incluiu o relatório da perícia, para instauração do competente processo de contraordenação (cfr. fls. 5 e 6).

Assim, não podia haver lugar a qualquer notificação para a realização da perícia por a mesma não ter tido lugar no âmbito do processo contraordenacional.

Na hipótese de a arguida não ter sido notificada no âmbito daquele inquérito da realização da perícia era naqueles autos que devia ter invocado tal falta e aqui, caso entendesse, suscitar a realização de nova perícia, o que não fez. Tem, por isso, de improceder a invocada invalidade.

Mas ainda que, por hipótese, a arguida se refira à falta de notificação da existência nos autos do referido relatório pericial, tal invalidade igualmente não se verifica por constar da nota de notificação para audição a sua existência (cfr. fls. 13 e 14).

Pelo que, também por tal fundamento, a sua pretensão teria de soçobrar. Por último, cumpre referir que ainda que existisse qualquer irregularidade por falta de notificação para a realização ou da realização da perícia, a mesma sempre estaria sanada.

Com efeito, tratando-se tal falta de mera irregularidade, a mesma deveria ter sido invocada no prazo de 3 dias contados da data em que foi notificação para apresentar defesa realizada em 05.06.2020, o que não sucedeu, tendo a arguida apenas invocado tal invalidade na sua impugnação apresentada em 23.12.2020 (cfr. fls. 28 a 30).

Com efeito, dispõe-se no artigo 123º, nº1 do Código de Processo Penal que:

"1. Qualquer irregularidade do processo só determina a invalidade do ato a que se refere e dos termos subsequentes que possa afetar quando tiver sido arguida pelos interessados no próprio ato ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum ato nele praticado."

Neste sentido veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de 15.09.2011, p.

1154/07.0POLSB.LI-9, in www.dsgi.pt, no qual, entre outras coisa, se decidiu:

"IV A realização de perícias, não precedidas de despacho do Ministério Público a ordená-las e sem notificação ao arguido para nelas participar, não determina a nulidade dessa prova, constituindo mera irregularidade."

Pelo que, também por esta via não procede o alegado.

Em suma, carece de qualquer fundamento de facto e de direito a alegação de que se verifica uma irregularidade e que a mesma pudesse ter a virtualidade

de afetar a decisão proferida.

Decisão:

Termos em que se indefere a invalidade arguida.

Da violação das regras da competência decisória

Diz ainda a recorrente existir a violação das regras da competência decisória por o SRIJ não se ter limitado a proceder à explicação do funcionamento da máquina, tendo procedido à classificação e qualificação legal da máquina.

Apreciando.

Vista a decisão final proferida no procedimento contraordenacional verifica-se que a mesma foi proferida por quem tem competência para tanto - a Guarda Nacional Republicana - nos termos do artigo 164º nº 2 da Lei do Jogo.

A circunstância de se ter procedido no relatório pericial ao enquadramento legal da máquina não viola qualquer regra de competência decisória por não ter sido a entidade perita que proferiu a decisão.

A consideração ou não do ali vertido na decisão final, ainda que se trate de matéria de direito, igualmente não afeta a referida regra.

Diversamente, se recorrente discorda do entendimento jurídico adotado apenas lhe cumpre impugnar o mesmo em sede de impugnação, como o fez, mas não implica a violação de qualquer regra de competência enquanto vício formal da decisão.

Carece, pois, de fundamento e razão o alegado.

Decisão:

Termos em que se indefere a violação das regras de competência arguida.

*

Não existem outras nulidades ou questões prévias que cumpra conhecer.

*

Procedeu-se a julgamento com a observância do legal formalismo. *

III. FUNDAMENTAÇÃO

Discutida a causa, e de relevante para a decisão da mesma, provaram-se os seguintes factos:

1 - No dia 06 de maio de 2019, pelas 16h00, no "C...", explorado pela recorrente, estava instalado, para disponibilização aos clientes, em cima do balcão de atendimento, em funcionamento, uma máquina de pequenas dimensões, tipo máquina de chocolates/bolas com um cartaz associado onde são descritos prémios desde pastilhas elásticas até whisky.

2 - A referida máquina tem um mecanismo de emissão de senhas electrónico. Cada moeda de €1,00 gera a emissão de um talão. Quando é introduzida uma moeda e rodado o manípulo é emitido um talão sem qualquer intervenção humana. O jogo consiste na atribuição aleatória de um produto referenciado em cores. De acordo com as mensagens que vão surgindo no visor, cada

recarga de jogo tem no total 1300 senhas para emitir e o custo de cada talão é de €1,00. A cor do talão que sai é mencionada no visor quando o mesmo é emitido. O talão branco, atento o cartaz, corresponde à pastilha elástica. O produto de menor valor é uma pastilha elástica e o de maior valor garrafa de Chivas Regal.

3 - A recorrente não dispõe de autorização do membro responsável pela administração interna, para a exploração de modalidades afins de jogo de fortuna ou azar.

4 - A recorrente detinha, em pleno funcionamento, a referida máquina, a qual sabia que dependia de autorização.

5 - A arguida agiu consciente da ilicitude dos seus atos.

*

Fundamentação da Decisão de Facto

A convicção do Tribunal relativamente aos factos provados decorreu da circunstância dos factos não terem sido impugnados pela recorrente.

Ademais, a própria impugnante prescindiu da testemunha que havia indicado no recurso que apresentou.

Pelo que, se entende que inexistente lugar a qualquer motivação (a propósito da desnecessidade de fundamentação da convicção em hipótese semelhante à dos autos veja-se António Beça Pereira, "Regime Geral das Contraordenações e Coimas anotado, Almedina, 7a, ed., pago 135, n. 7).

Com efeito, devidamente analisada a impugnação em conjugação com o auto de notícia e o relatório pericial junto, verifica-se que inexistente dissídio relativamente aos factos, apenas quando ao seu enquadramento.

Concretamente, quer da decisão, quer do relatório pericial resulta que é sempre atribuído um brinde, que consiste na questão central suscitada pela recorrente.

Nessa decorrência, o Tribunal não podia deixar de considerar como provados os factos alegados na decisão administrativa (ainda que constassem em diversas partes da mesma que não exclusivamente nas destinadas aos "factos"), nos termos supra transpostos após terem sido devidamente expurgados das considerações de direito e conclusivas.

*

De Direito

A recorrente foi condenada pela prática de uma contraordenação de exploração de modalidade afim do jogo de fortuna ou azar sem autorização dos arts. 160º, nº1 e 161º, nº3 do Decreto-Lei n.º 422/89, de 02-12, em conjugação com o art. 159º, nº1 do mesmo diploma.

A recorrente alega que a máquina de detinha no seu estabelecimento não correspondente, todavia, a um jogo afim dos jogos de fortuna ou azar por

inexistir álea na medida em que sai sempre um brinde.

Vejam, pois, em primeiro lugar, o quadro legal em que se insere a referida contraordenação.

Define-se no artigo 159º da Lei do Jogo, sob a epígrafe de Modalidades afins do jogo de fortuna ou azar e outras formas de jogo que:

"1 - Modalidades afins dos jogos de fortuna ou azar são as operações oferecidas ao público em que a esperança de ganho reside conjuntamente na sorte e perícia do jogador, ou somente na sorte, e que atribuem como prémios coisas com valor económico predeterminado à partida.

2 - São abrangidos pelo disposto no número anterior, nomeadamente, rifas, tómbolas, sorteios, concursos publicitários, concursos de conhecimentos e passatempos.

3 - Sempre que qualquer modalidade afim do jogo de fortuna ou azar ou outras formas de jogo atinjam tal incremento público que ponham em perigo os bons costumes, ou esteja em causa a honestidade dos respetivos resultados, o membro do Governo responsável pela área governativa da administração interna ou o presidente da câmara municipal do município em cujo território se realize e quando a este se circunscreva tomará as medidas convenientes à proteção dos interesses ofendidos, reprimindo ou restringindo a exploração e prática de tais modalidades. "

Após terem sido proferidas diversas decisões pelos Tribunais superiores sobre a diferença entre jogos de fortuna e azar e jogos afins àqueles, veio a ser proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça o acórdão de uniformização de jurisprudência nº 4/2010 (in Diário da República n.º 46/2010, Série I de 2010-03-08) no qual se definiu que:

"Constitui modalidade afim, e não jogo de fortuna ou azar, nos termos dos artigos 159º nº 1, 161º, 162º e 163º do Decreto-Lei nº 422/89 de 2 de Dezembro, na redação do Decreto-Lei nº 10/95 de 19 de Janeiro, o jogo desenvolvido em máquina automática na qual o jogador introduz uma moeda e, rodando um manípulo, faz sair de forma aleatória uma cápsula contendo uma senha que dá direito a um prémio pecuniário no caso de o número nela inscrito coincidir com algum dos números constantes de um cartaz exposto ao público."

Assim, modalidade afim de jogo de fortuna ou azar corresponde ao desenvolvimento de um jogo em que a esperança de ganho depende da sorte ou da sorte e da perícia do jogador e em que são atribuídos prémios com valor económico predeterminado à partida, mas não fichas, nem créditos convertíveis em dinheiro, nem que correspondam ao desenvolvimento de temas próprios de sorte ou azar (cfr. artigos 1º, 4º e 159º da Lei do Jogo). Como refere Conde Fernandes, Comentário das Leis Penais Extravagantes

organizado por Pinto de Albuquerque e José Branco, Vol. II, p. 361, a pp. 369, "(...) a «esperança de ganho» caracteriza especificadamente as «modalidades afins» (artigo 159.º). que radica no desconhecimento, pelo utilizador do bem que irá receber após a operação ou se algo irá receber («esperança ...»). Na diferença de valor dos bens distribuídos, pois pelo menos um deles terá de ter um valor superior ao da aposta paga («... de ganho»).

Não se desconhecendo a jurisprudência que entende que nem sequer se trata de modalidade afim de jogo de sorte ou azar os jogos em que é atribuído sempre um prémio de forma constante e continuamente, apenas variando a qualidade e natureza do mesmo (v.g. ac. do TRG de 12-10-2009, p. 308/08.7TBVNC.G1, acs. do TRC de 21-03-2007, p. 3/05.9FACTB.C1, de 09-04-2008, p. 24/05.1FANZR.C1 e 16-05-2007, Proc. nº 19/05.5FDCBR.Cl, todos in www.dgsi.pt) entende-se que a mesma não se enquadra no caso dos presentes autos.

Senão vejamos.

Conforme resulta dos factos dados como provados, o jogo desenvolvido na máquina disponibilizada pela recorrente aos clientes era acionado mediante a introdução de uma moeda de 1,00 € e os prémios que eram atribuídos variavam entre uma pastilha elástica, prémio mais baixo, e uma garrafa de whisky, prémio de valor mais elevado.

Ora, desde logo, se verifica que o referido jogo depende sempre da sorte, pois que o prémio atribuído não é sempre o mesmo e depende unicamente do talão que é expelido pela máquina.

Por outro lado, verifica-se existir a esperança de ganho pois que não se verifica o conhecimento exato do prémio que vai ser atribuído (esperança) e alguns dos prémios atribuídos têm valor superior ao da aposta (ganho). Apenas assim não seria na hipótese de o valor dos prémios ser igual ou de valor inferior ao da aposta, por neste caso não se verificar o requisito do ganho.

Com efeito, como se refere no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.07.2014, p. 514/13.2EAPRT.P1, in www.dgsi.pt:

"1 - Deve ser qualificado como de modalidade afim dos jogos de fortuna ou azar o jogo que se configura como uma tómbola mecânica ou eletrónica em que o valor arriscado pelo jogador é diminuto ou de pequena dimensão e o prémio a que se habilitava estava logo à partida predeterminado.

II - A exploração de uma máquina com tais características constitui não um crime de Exploração ilícita de jogo, mas a contraordenação prevista pelos art. 159º, 160º nº 1, 161º nº 3 e 163º nº 1, da Lei do Jogo."

E, a propósito de uma situação semelhante à dos autos, veja-se ainda o entendimento acolhido, com o qual concordamos, no acórdão do Tribunal da

Relação de Guimarães de 13.10.2008, p. 1826/08-2, in www.dgsi.pt. que tem o seguinte sumário:

"I - O D.L. n.º 422/89, de 02-12, alterado pelo D.L. n.º 10/95, de 19-01, passou a enunciar no seu art. 4.º, os tipos de jogos de fortuna ou azar, entre os quais os constantes na sua alínea j) e g), respetivamente, a saber: jogos em máquinas pagando diretamente prémios em fichas ou moedas; jogos em máquinas que, não pagando diretamente 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.

II - Assim, o funcionamento de uma máquina, enquanto jogo de fortuna ou azar, deverá corresponder a um ato de jogar fundamentalmente dependente da sorte, existindo uma total indefinição e desproporção entre aquilo que se arrisca e o resultado que se pode vir a obter (prémio).

III - Tal não sucede com uma máquina que, mediante a introdução de uma moeda de 0,50 €, dá sempre a atribuição de chocolates cujo valor oscila entre 0,10 € a 2,00 €, previamente fixados em catálogo e mediante indicação, por número, constante nas senhas existentes nos invólucros proporcionados por esse aparelho, não existindo, pois, desproporção nem total indefinição entre aquilo que se arrisca e o resultado que pode surgir, isto é, o prémio, uma vez que ao cliente sai sempre um prémio, perfeitamente conhecido e aceite pelo utilizador.

IV - Trata-se, pois, de um jogo que não explora temas próprios dos jogos de fortuna ou azar reservados para os casinos, não se integrando em qualquer tipo de jogo descrito no art.º 4º do DL 422/89, de 2.12, mas sim nas modalidades afins de jogos de fortuna ou azar a que se refere o art.º 159º do mesmo diploma."

Pelo que, entendemos que a máquina disponibilizada pela recorrente no estabelecimento que explorava corresponde a uma máquina de jogo de modalidade afim dos jogos de fortuna ou azar.

Aliás, sempre se diga que, ainda que se considerasse que a máquina em causa correspondia a uma mera máquina de venda de produtos, não deixaria de se verificar a prática de uma contraordenação.

É que, nos termos do art. 161º, n.º 2 da Lei do Jogo "os aparelhos destinados à venda de produtos, nos quais a importância despendida deve corresponder ao valor comercial desses produtos, não podem, por qualquer processo e com ou sem acréscimo de preço, atribuir prémios em dinheiro, fichas ou coisas com valor económico" constituindo a sua violação na prática da contraordenação prevista no art. 163º, n.º 1 do mesmo diploma legal.

Vejamos agora da possibilidade de exploração das máquinas de modalidade afim do jogo de fortuna ou azar.

A exploração desse tipo de máquinas é permitida mas encontra-se sujeita a autorização.

Nos termos do disposto art. 160º da Lei do Jogo:

"1 - A exploração de modalidades afins do jogo de fortuna ou azar e outras formas de jogo referidas no artigo anterior fica dependente de autorização:

a) Do presidente da respetiva câmara municipal, quando circunscritos à área territorial do município;

b) Do presidente da câmara municipal da situação da residência ou da sede da entidade que procede à exploração das modalidades afins de jogos de fortuna ou azar e outras formas de jogo, quando não circunscritos à área territorial do município.

2 - Quando haja emissão de bilhetes, a autorização será sempre condicionada à aplicação do correspondente lucro líquido a fins de assistência ou outros de interesse público, bem como à proibição das respectivas operações em estabelecimentos onde se vendam bilhetes das lotarias ou se aceitem boletins de apostas mútuas da Misericórdia de Lisboa.

3 - O presidente da câmara fixa as condições que tiver por convenientes para a exploração da modalidade afim de jogo de fortuna ou azar, as quais devem constar da autorização concedida, e determina o respetivo regime de auditoria. "

A exploração sem autorização corresponde à prática de uma contraordenação punível com coima de 750,00 € a 3 740,98 €, nos termos do artigo 163º, nº 1 da Lei do Jogo.

No caso dos autos, resultando da matéria de facto dada como provada que a arguida, por via da máquina ali melhor descrita na qual se desenvolvia um jogo de modalidade afim aos jogos de fortuna e azar, sem que tivesse a competente autorização e sabendo que necessitava de a ter, verifica-se o preenchimento dos elementos objetivos e subjetivos da contraordenação em apreço.

Resultando ainda que a arguida agiu consciente da ilicitude dos seus atos, conclui-se que atuou com culpa censurável por ser manifestamente contrário ao Direito vigente.

Conclui-se, por isso, que se encontram reunidos todos os elementos para o preenchimento da previsão legal, não se verificando qualquer cláusula de exclusão da ilicitude ou da culpa, e, em consequência, que a recorrente praticou a contraordenação em causa, devendo manter-se a condenação proferida pela autoridade administrativa.

No que se refere à medida da coima, que foi fixada no mínimo pese embora a recorrente ter atuado com dolo, considerando que nada veio alegar quanto neste conspecto e que não é possível a sanção ser modificada em prejuízo do

recorrente nos termos do artigo 72º-A do RGCO, deve a mesma manter-se. Assim, tem de soçobrar a pretensão da recorrente, por o recurso ser improcedente. ...»

*

*

III - O DIREITO

O âmbito do recurso é delimitado pelas conclusões extraídas pelo recorrente da respetiva motivação, sendo apenas as questões aí sumariadas as que o tribunal de recurso tem de apreciar[1], sem prejuízo das de conhecimento oficioso, designadamente os vícios indicados no art. 410º nº 2 do C.P.P.[2]. Como resulta das motivações do recurso e das respetivas conclusões, o recorrente delimita o objeto do recurso às seguintes questões:

- se a sentença recorrida se alicerçou em prova ilegalmente obtida por violação do disposto no artº 154º do C.P.Penal;
- se a sentença padece de contradição entre a decisão de facto e a decisão de direito por concluir ser obrigatória a licença de exploração do jogo quando não existe perda face ao dispêndio por parte do consumidor.

a) Alega a recorrente que não foi notificada para estar presente na perícia ao equipamento apreendido nos autos, em violação do artº 154º do C.P.P., aplicável ex vi artº 41º do RGCO, o que constitui uma violação ao princípio do contraditório e dá origem à nulidade da sentença por violação do nº 2 do artº 374º do CPP e do artº 205º da CRP.

Vejamos:

O Código de Processo Penal estabelece no seu artigo 151.º que *“A prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”*, sendo a mesma realizada por instituições (estabelecimentos, laboratório, serviço público), peritos ou técnicos com conhecimentos especializados em relação à matéria em causa (152.º, 159.º, 160.º, 160.º-A), a quem cabe a elaboração do relatório dessa mesma perícia, o qual será devidamente fundamentado, podendo ainda o mesmo ser sujeito a esclarecimentos (157.º, 158.º). O valor da prova pericial é acrescido em relação aos outros meios, porquanto *“O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador”* (163.º, n.º 1). Assim, acrescenta-se no n.º 2 deste mesmo artigo 163.º, que *“Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a sua divergência”*.

No entanto e como tem sido jurisprudência corrente a presunção de validade do juízo pericial cinge-se às razões técnicas, científicas ou artísticas que a suportam e não propriamente em relação aos demais juízos que possam incidir

sobre a respetiva factualidade, como sejam os juízos comuns de probabilidade ou os juízos de ponderação do direito (Ac. STJ 1995/Mai./09, 1995/Set./02, 1995/Out./25, 1996/Jul./03, CJ (STJ) II/189, III/191, III/211, II/214, respetivamente). Por sua vez, não comporta um juízo técnico-científico quando um relatório, ainda que elaborado por técnicos, se limita a expor uma narrativa dos factos observados, sem que para o efeito sejam exigíveis conhecimentos especializados, como sucede com a maior parte dos relatórios sociais (Ac. STJ 1999/Abr./14, BMJ 486/111).

No caso *sub judice*, como se pode constatar do relatório elaborado pelo Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos constante de fls. 7 a 8 vº, o mesmo para além de identificar a máquina em causa, descreve as suas características exteriores, bem como o modo do seu funcionamento.

Ora, para esse efeito não são exigíveis específicos conhecimentos técnicos, pelo que tal exame não pode ser considerado como pericial. E muito menos seria a conclusão de que *“a ação descrita mais não é do que um sorteio de atribuição imediata de um produto (prémio), sendo que é desproporcional a diferença entre o produto de menor valor pastilha e o de maior valor garrafa de Chivas Regal”*, pelo que *“o jogo desenvolvido pelo material examinado constitui uma modalidade afim de jogos de fortuna ou azar”*.

Não havendo qualquer disposição que, tal como acontece com a prova pericial, imponha a prévia notificação do Ministério Público e dos restantes sujeitos processuais (artº 154º nº 4 do C.P.Penal) com a antecedência mínima de três dias visando dar-lhes a possibilidade de designarem o seu consultor técnico (já que o artº 172º nº 2 do C.P.Penal apenas remete para o nº 3 do artº 154º e os nºs 6 e 7 do artº 156º), a realização de exame não tem de ser notificada aos sujeitos processuais, já que nele não têm qualquer intervenção, ainda que através de consultor técnico.

Por outro lado, ainda que se entendesse que a prova junta a fls. 7 e 8vº constitui prova pericial, a omissão de notificação da arguida nos termos do artº 154º nº 3 do C.P.Penal, jamais determinaria a nulidade arguida, e muito menos a nulidade da sentença.

Com efeito, as nulidades da sentença são as previstas no artº 379º do C.P.Penal e entre elas não se inclui a omissão de notificação da realização da perícia ao arguido ou a qualquer outro sujeito processual.

Por outro lado, inexistente qualquer disposição que atribua consequências à referida omissão, pelo que apenas restaria o recurso ao regime geral das nulidades.

É sabido que a violação ou inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do ato quando esta for expressamente cominada na lei. E nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o ato ilegal

é irregular, art.º 118º nº 1 do C.P.Penal.

Percorrido o apertado catálogo dos artºs 119º e 120º do C.P.Penal, constata-se que a omissão em causa não configura nulidade. Daí que a omissão de notificação da arguida prevista no art.º 154º n.º 4 do C.P.Penal constituiria mera irregularidade, (art.º 118º nº 1 do C.P.Penal). Ora, qualquer irregularidade do processo só determina a invalidade do ato a que se refere e dos termos subsequentes que possa afetar quando tiver sido arguida pelo interessado no próprio ato ou, se a este não tiver assistido, nos três dias seguintes em que tiver sido notificado para qualquer termo do processo. Assim, no caso, pelo menos aquando da notificação efetuada em 05.06.2020 para exercício do direito de defesa, a arguida teve conhecimento que o exame havia sido efetuado sem para tal ter sido notificada, não tendo suscitado tempestivamente a irregularidade do ato.

Mostra-se assim ultrapassada e sanada qualquer irregularidade que pudesse ter ocorrido.

Razão por que improcede este fundamento do recurso.

*

b) Alega a recorrente que a sentença padece de contradição entre a decisão de facto e a decisão de direito por concluir ser obrigatória a licença de exploração do jogo quando não existe perda face ao dispêndio por parte do consumidor.

Ao invocar a alegada contradição, o que verdadeiramente a recorrente impugna é a qualificação jurídica efetuada na decisão recorrida quanto à natureza do jogo desenvolvido pela máquina que foi apreendida no estabelecimento comercial por si explorado.

Como resulta da matéria de facto provada a aludida máquina dispõe de um mecanismo de emissão de senhas electrónico. Introduzida uma moeda de € 1,00 e depois de rodado o manípulo, é emitido um talão, cuja cor é mencionada no visor. De acordo com o cartaz associado, onde estão descritos os prémios, o talão branco corresponde a uma pastilha elástica (produto de menor valor), sendo o prémio de maior valor uma garrafa de Chivas Regal. Como foi definido no Acórdão do STJ de Fixação de Jurisprudência nº 4/2010 [3] "Constitui modalidade afim ... nos termos dos artigos 159º nº 1, 161º, 162º e 163º do Decreto-Lei nº 422/89 de 2 de Dezembro, na redação do Decreto-Lei nº 10/95 de 19 de Janeiro, o jogo desenvolvido em máquina automática na qual o jogador introduz uma moeda e, rodando um manípulo, faz sair de forma aleatória uma cápsula contendo uma senha que dá direito a um prémio pecuniário no caso de o número nela inscrito coincidir com algum dos números constantes de um cartaz exposto ao público".

A jurisprudência assim fixada tinha em vista estabelecer a diferença entre os

jogos de fortuna ou azar e as modalidades afins, então discutida na jurisprudência. Não se pronunciou, porém, sobre todo o tipo de máquinas que atribuem prémios, sendo que a realidade tem demonstrado que máquinas existem que, apesar de atribuírem prémios, não integram nem a categoria de máquinas de jogo de fortuna ou azar, nem a de modalidades afins dos jogos de fortuna ou azar.

Com efeito, partindo da conjugação do disposto nos artºs. 1º, 4º e 159º da Lei do Jogo, Conde Fernandes[4], citado na sentença recorrida, esclareceu que "(...) «a esperança de ganho» caracteriza especificadamente as «modalidades afins» (artigo 159º), que radica no desconhecimento, pelo utilizador do bem que irá receber após a operação ou se algo irá receber («esperança»). Na diferença de valor dos bens distribuídos, pois pelo menos um deles terá de ter um valor superior ao da aposta paga («... de ganho»)".

É precisamente na diferença (para mais) de valor de alguns dos bens (prémios) distribuídos relativamente ao valor da aposta que reside a esperança de ganho de quem se dispõe a introduzir a moeda na máquina. No caso em apreço, mediante a introdução de uma moeda de € 1,00 e após ser rodado um manípulo é emitido um talão, sendo a grande maioria deles em branco, que corresponde a uma pastilha elástica (de valor naturalmente inferior à aposta), sendo as restantes cores correspondentes a outros prémios, alguns dos quais bebidas alcoólicas, e entre estes, o de maior valor corresponde a uma garrafa de Chivas Regal.

Ora, é precisamente nesta diferença desproporcional entre o valor dos prémios que reside «a esperança de ganho» do jogador e a natural compulsão para voltar a jogar (introduzir moedas de € 1,00), na esperança de que saia uma garrafa de Chivas Regal ou, pelo menos, uma das outras garrafas de valor bastante superior à aposta.

Não é correto, por isso, dizer-se, como faz a recorrente que não estamos perante uma modalidade afim de jogo de fortuna ou azar, sujeita obrigatoriamente a licença de exploração, por não existir perda por parte do consumidor.

Ainda que o consumidor insira uma única moeda de € 1,00, é óbvio que existe um prejuízo económico, se sair um papel branco, que corresponde a uma pastilha elástica, de valor naturalmente inferior a € 1,00. Sendo certo ainda que, como se refere no relatório de exame de fls. 7 a 8 vº, a grande maioria dos papéis emitidos são de cor branca, caso em que o "apostador" perde sempre.

Contrariamente à situação verificada no Ac. Rel. Guimarães de 12.10.2009 citado pela recorrente, em que, como contrapartida da introdução da moeda na máquina, saía sempre um prémio cujo valor não andava longe do dinheiro

despendido, na situação em apreço, os prémios constantes do cartaz associado, poderiam ir desde uma pastilha elástica até garrafas de bebidas alcoólicas, a mais cara das quais correspondia a Chivas Regal. Ora, não é necessário apurar o concreto valor comercial de uma garrafa de Chivas Regal para se saber que é muito superior a € 1,00. É precisamente neste factor, na desproporção entre o prémio de menor valor e o de maior valor, que reside a esperança de ganho do apostador (que introduz a moeda na máquina) e a compulsão para voltar a introduzir moedas na esperança de que lhe saia a garrafa de maior valor do cartaz.

Tratando-se, como se viu, de uma aparelho/máquina que desenvolve uma modalidade afim de jogo de fortuna ou azar, por se tratar de uma operação oferecida ao público em que a esperança de ganho reside somente na sorte e que atribui como prémios coisas com valor económico predeterminado à partida (artº 159º da Lei do Jogo), a sua exploração estava dependente de autorização do presidente da respetiva câmara municipal (artº 160º), constituindo a sua violação contraordenação punível com coima de € 750,00 a € 3 740,98, no caso de pessoas singulares (artº 163º da mesma lei).

Não se verifica, por isso, qualquer contradição entre a decisão de facto e a decisão de direito, mostrando-se a sentença recorrida muito bem fundamentada, não sendo merecedora de qualquer censura.

*

*

IV - DECISÃO

Pelo exposto, acordam os juízes deste Tribunal da Relação do Porto em negar provimento ao recurso interposto pela arguida B..., confirmando consequentemente a douta sentença recorrida.

Custas pela recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 4 U'sC - artº 8º nº 9 do RCP e tabela III anexa.

*

Porto, 07 de julho de 2021

(Elaborado pela relatora e revisto por ambos os signatários)

Eduarda Lobo

Castela Rio

[1] Cfr. Prof. Germano Marques da Silva, "Curso de Processo Penal" III, 3ª ed., pág. 347 e jurisprudência uniforme do STJ (cfr. Ac. STJ de 28.04.99, CJ/STJ, ano de 1999, p. 196 e jurisprudência ali citada).

[2] Ac. STJ para fixação de jurisprudência nº 7/95, de 19/10/95, publicado no DR, série I-A de 28/12/95.

[3] Publicado no DR. nº 46/2010, Série I, de 08.03.2010.

[4] In Comentário das Leis Penais Extravagantes, Vol. II, pág. 369.