Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 142/14.5T9ALQ.L1.L1-5

Relator: LUÍS GOMINHO

Sessão: 08 Março 2014

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: NEGADO PROVIMENTO

JOGOS DE FORTUNA E AZAR

EXPLORAÇÃO ILÍCITA DE JOGOS

Sumário

I - O “vazio legal existente” mencionado no preâmbulo do DL n.º 66/2015, de 29/04, que entre nós veio disciplinar o jogo online, deverá ser entendido como reportando-se primordialmente à regulamentação da exploração e prática dessa modalidade de jogo, e não, como uma manifestação do Legislador concernente a uma eventual não punibilidade de condutas que devessem ser consideradas como típicas à luz do DL n.º 422/89, de 2 de Dezembro.

II - Para a definição de jogo ilícito e ou modalidades afins constante deste último Diploma, não é o facto das instruções que permitiam o funcionamento do jogo não estarem residentes no interior da máquina (mas sim acedíveis via internet a partir de um servidor remoto), que tornam, ou não, ilícita a sua exploração, já que tal circunstância não é elemento do tipo de crime de exploração ou exposição ilícita de jogo.

III - O que temos por decisivo para esse efeito, é saber se o seu “resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte” e qual a natureza (o tema) do respectivo jogo.

IV - Pelo que malgrado tal forma de acesso às respectivas instruções (que assim permite dispensar a sua locação num disco rígido), continuarmos a entender que funcionando a máquina em apreço como uma slot machine, resultando o vantagem do jogador de uma conversão em dinheiro de pontos obtidos de forma absolutamente aleatória, este tipo de condutas continuam a caber no art. 108.º do DL n.º 422/89, de 02/12.

V - Se forem posteriores à entrada em vigor do citado DL n.º 66/2015, e o jogo dever ser considerado online, a moldura da punição passa a ser diferente: a pena de prisão aumenta de dois para cinco anos, desaparece a pena de multa

cumulativa, embora surja de forma adversativa, acrescentada agora para os quinhentos dias.

Texto Integral

Acordam, em conferência, na Secção Criminal (5.ª) da Relação de Lisboa:

I - Relatório:

I - 1.) Na Secção Criminal da Instância Local de Alenquer, Comarca de Lisboa Norte, foi a arguida A, com os demais sinais dos autos, submetida a julgamento em processo comum, com a intervenção de juiz singular, acusada pelo Ministério Público da prática de um crime de exploração ou exposição ilícita de jogo, p. e p. nos artigos 1.º, 3.º, e 108.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro.

Efectuado o julgamento e proferida a respectiva sentença, veio aquela a ser condenada pela sobredita infracção, na pena de 70 (setenta) dias de prisão, que se substituiu por igual tempo de multa, à taxa diária de € 5,00 (cinco euros), e em 70 dias de multa a igual taxa, tudo a perfazer a pena única de 140 (cento e quarenta) dias de multa, em idêntica taxa, ou seja, a multa global de € 700,00 (setecentos euros), ou em alternativa desta, em 93 (noventa e três) dias de prisão.

I - 2.) Inconformado com o assim decidido, **recorreu a arguida mencionada** para esta Relação, sustentando as seguintes conclusões:

1.ª - Se o jogo julgado ilícito estivesse incorporado no software da máquina/computador apreendido e fosse, por esta directamente disponibilizado, teriam aplicação as normas do DL 422/89. Contudo, não é assim. O que resulta da matéria assente, e do exame pericial de Fls. 107 e 265, é que o jogo encontra-se alojado num servidor remoto, a que se acede através da internet, servindo a máquina/computador como interface, o que traduz uma realidade diversa não abrangida pelo DL 422/89, mas pelo DL 66/2015 (como expressamente referiu o legislador no seu preâmbulo);

2.ª - Se o jogo não se encontra instalado no software do equipamento apreendido, mas antes num endereço electrónico, alojado num servidor

remoto, só acessível via internet, estamos perante um caso de jogo online, o qual não é previsto nem punido pelo DL 422/89, mas apenas pelo art. 49º do DL 66/2015, o qual, à data da prática dos factos em julgamento, ainda não se encontrava em vigor;

3.ª - As normas do DL 422/89 foram incorrectamente aplicadas, uma vez que, tratando-se de jogo online, á data dos factos em julgamento, estes, tal como descritos na sentença, ainda não eram previstos nem punidos por tal diploma legal.

Termos em que deve conceder-se provimento ao presente recurso, com as legais consequências.

I - 3.) Respondendo ao recurso interposto, o Digno magistrado do Ministério Público junto do Tribunal de Alenquer concluiu por seu turno:

1.º - Vem a arguida A recorrer da sentença que a condenou pela prática em autoria material de um crime de exploração e exposição ilícita de jogo previsto e punido pelo artigo 108.º n.º 1, com referência aos artigos 1º, 3º e 4º, nº 1, alínea g) do Decreto-Lei 422/89, de 02/12, por entender que o jogo em questão não se encontrava incorporado no *software* da máquina/computador apreendido, mas antes num servidor remoto, acessível através da *internet*, pugnano pela aplicação *in casu* do regime do jogo *online*, que não é punido pelo Decreto-Lei n.º 422/89, mas antes pelo Decreto-Lei 66/2015, que à data da prática dos factos ainda não se encontrava em vigor.

2.º - O facto de o aludido Decreto-Lei 66/2015 e regime dele decorrente não se encontrar em vigor não implica um vazio legal a nível punitivo, sendo antes a conduta sancionada nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 422/89.

3.º - Tendo ficado provado que no dia 27/03/2013, no momento da fiscalização por inspectores da ASAE, a referida máquina se encontrava a ser utilizada por um cliente que ali jogava um jogo denominado Halloween, determinante é que o jogo se encontrava a ser jogado no estabelecimento comercial da arguida, local não autorizado para o efeito, sendo certo ainda que a máquina continha dinheiro no interior do moedeiro, que provinha dos jogadores que a utilizavam.

4.º - A conduta imputada à arguida enquadra-se na previsão típica do crime de exploração e exposição ilícita de jogo, previsto e punido pelo artigo 108.º n.º

1, com referência aos artigos 1º, 3º e 4º, nº 1, alínea g) do Decreto-Lei 422/89, de 02/12.

Termos em que, se *sustenta* a manutenção da sentença recorrida, nos seus exactos termos e fundamentos.

II - Subidos os autos a esta Relação, a Exm.ª Sr.ª Procuradora-Geral Adjunta emitiu parecer defendendo igual sentido decisório.

*

No cumprimento do preceituado no art. 417.º, n.º 2, do Cód. Proc. Penal, nada mais foi aduzido.

*

Seguiram-se os vistos legais.

*

Teve lugar a conferência.

Cumprе apreciar e decidir:

III - 1.) De harmonia com as conclusões apresentadas, o objecto do recurso interposto pela arguida A mostra-se limitado à questão do enquadramento jurídico a conferir ao jogo aqui designado por “Halloween” e da aplicabilidade, ou não, na sua regulamentação, da disciplina legal contida no Decreto-Lei n.º 422/89, de 02/12.

III - 2.) Confirmamos primeiro a factualidade que se mostra definida:

Factos provados:

1. No dia 27.03.2013, pelas 15:00 horas, no restaurante denominado W, sito no ..., Paredes, encontrava-se uma máquina do tipo vídeo com a designação *Internet Kiosk* ligada à corrente eléctrica.

2. Na data referida em 1. a arguida era sócia gerente do estabelecimento ali referido, sendo a única responsável pela sua exploração.

3. No momento fiscalização por inspectores da ASAE, a referida máquina encontrava-se a ser utilizada por um cliente, Carlos Silva, que ali jogava um jogo denominado Halloween.

4. O funcionamento dessa máquina operava-se da seguinte forma:

- Após ligação à corrente eléctrica, esta inicia o arranque normal do sistema operativo Windows XP.

- Em seguida aparece no ecrã um programa que funciona como gestor de

acesso à internet mediante o pagamento de uma quantia pré-determinada.

- Após a introdução de um código, que pode consubstanciar-se numa sequência de toques em sítios específicos do ecrã conjugados com uma validação adicional, dá-se o acesso a jogos de fortuna ou azar.

- Após introdução de determinados caminhos no browser surge a imagem de jogo a qual é estática ou seja, não jogável dado que não permite a selecção, a introdução de créditos nem a realização de apostas uma vez que este tipo de software pressupõe a existência de uma determinada chave de validação associada a cada máquina em concreto e que, cumulativamente esteja conectada ao servidor de jogo (validação adicional) para que seja possível jogar

- A máquina servia de interface ou seja, o jogo bem como as componentes a este associadas estão num servidor remoto que comunica com a máquina para que o jogo possa ser por ela desenvolvido, sistema que dispensa a instalação no disco da máquina de qualquer software específico.

5. O jogo Halloween que estava a ser jogado no momento da abordagem pelos inspectores da ASAE consiste em tentar-se, mediante o arriscar de dinheiro, convertido em créditos, obter aleatoriamente combinações com direito a prémio e desenvolve-se da seguinte forma:

- É um jogo de rolos (*slot machine*).

- No topo do ecrã visionam-se os vocábulos *Crédito* - que assinala os créditos/pontos provenientes de eventuais jogadas premiadas; *Aposta* que regista o número de apostas (créditos/pontos) que o jogador arrisca em cada jogada.

- O menu de jogo é composto por 5 rolos de símbolos (colunas) e 3 linhas, perfazendo 15 quadrados com imagens.

- A ladear estes quadros estão dispostos em coluna números compreendidos entre 1 e 20 que representam as várias linhas de apostas que o jogador poderá efectuar em cada jogada.

- Os rolos são todos iguais possuindo cada um 10 símbolos que se encontram identificados na *tabela de prémios*.

- No cenário de jogo estão apenas visíveis 3 símbolos de cada rolo, num total de 15, que, no desenvolvimento do jogo produzirão combinações aleatórias que poderão ou não coincidir com as combinações premiadas constantes da *tabela de prémios*.

- após a máquina ser dotada de créditos, o jogo tem início com decisão do número de créditos que se quer apostar numa jogada, seguido do accionamento da tecla que exerce a função *jogar* dando origem a que as 5 colunas que se encontram no centro do ecrã comecem a deslizar, de cima para baixo, até ao ponto em que automaticamente se imobilizam ficando em cada um dos quadrados um símbolo.

- Se a combinação aleatória obtida constar da relação de combinações consideradas premiadas, o jogador ganha, perdendo caso não conste.
- O resultado do jogo assim desenvolvido não depende da destreza, perícia ou habilidade do jogador posto que decorre de modo aleatório e incontrolável, mas apenas da álea.
- 6. Como única responsável pela exploração do estabelecimento, era a arguida a única responsável pela exploração lucrativa da máquina referida em 2. e dos jogos nela desenvolvidos.
- 7. O estabelecimento explorado pela arguida não está autorizado a explorar ou a deixar praticar o jogo referido em 3. e 5.
- 8. Nas circunstâncias de tempo e lugar referidas em 1. a máquina tinha no seu interior, no interior do moedeiro, a quantia de € 83, que provinha dos jogadores que a utilizavam incluindo Carlos Silva.
- 9. Foi a arguida quem forneceu a chave que permitiu a abertura da máquina.
- 10. A arguida tinha a aludida máquina no seu estabelecimento comercial com o propósito concretizado de, proporcionando à clientela a prática do jogo acima descrito, auferir os correspondentes ganhos da exploração desse jogo, ou pelo menos parte deles, apesar de conhecer as características e natureza da máquina e do jogo nela desenvolvido e de saber que essa exploração apenas é permitida em casinos ou locais devidamente autorizados
- 11. Agiu de forma livre, deliberada e consciente, bem sabendo que a sua conduta é proibida e punida por lei
- 12. A arguida não tem antecedentes criminais.
- 13. Está desempregada e sem fonte de rendimentos.
- 14. Vive com o filho, a respectiva mulher e o neto de 8 meses de idade.
- 15. O filho é operário fabril e o único sustento do agregado familiar.
- 16. Residem em casa arrendada.

Factos não provados:

Consignou-se inexistirem.

III - 3.1.) A questão acima deixada esboçada, tanto quanto alcançamos, não foi submetida à apreciação do Tribunal recorrido - ou pelo menos assim interpretamos a circunstância de na sentença não lhe ter sido efectuada qualquer referência -, e convoca, sobretudo, as características *on line* da disponibilização do jogo aqui em referência, as quais o fariam incluir no regime do DL n.º 66/2015, de 29 de Abril, que por não estar em vigor à data dos factos, conduziria à não punibilidade da situação dos autos.

Pelo que se alega, tal efeito extrair-se-ia do preâmbulo do referido Diploma, que ao justificar a criação desse novo regime, alude a “um vazio legal” que existiria em torno daquela modalidade de jogo.

Não que, ele próprio, tenha procedido a qualquer revogação do DL n.º 422/89, de 2 de Dezembro.

E se anotarmos no recente acórdão da Rel. de Guimarães, de 02/11/2015, no processo n.º 294/14.4T8VNG.G1 (disponível no endereço electrónico www.dgsi.pt/jtrq), poderemos mesmo ver aí espelhada uma actuação prática desse argumento, posto que em situação e em condicionalismos que julgamos não serem exactamente idênticos aos destes autos.

Na nossa perspectiva, porém, haverá que obtemperar tal referência ao “vazio legal”.

Que a temática relativa à exploração ilícita de jogos, desde há muito tempo, vem entre nós conhecendo uma manifesta “turbulência”, é algo que não precisa de ser encarecido para quem, de perto, tenha que lidar com a respectiva regulamentação.

Basta atentar na disparidade da Jurisprudência que tem sendo produzida a seu respeito, a que nem mesmo uma uniformização como a decorrente do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2010, publicado no Diário da República, I.ª série, n.º 46, de 8 de Março de 2010, foi capaz de estancar.

Basicamente, ficou resolvida a sub-hipótese que aí é contemplada.

Para agravar este panorama, estamos num domínio em que a evolução tecnológica é permanente.

Naturalmente, tal circunstância não deixou de ser anotada pelo Legislador do DL n.º 66/2015. Porém, como o mesmo enfatiza, não foi apenas a “evolução tecnológica dos sistemas e equipamentos de jogo” que justificou a criação daquele novo regime.

Foi “uma nova realidade não abrangida por aquela regulamentação que assumiu, nos últimos anos, uma relevância crescente e incontornável – o jogo *online*”.

Donde, emergir, “assim, a premente necessidade de criar um novo modelo de exploração e prática do jogo *online*, pensado à luz, desta realidade e do vazio legal existente.” (sic)

Ora como decorre literalmente deste enunciado, o vazio refere-se ao modelo

de exploração e prática do mencionado jogo, que não ao de punibilidade pura e simples das condutas que já o fossem anteriormente.

Na realidade passamos a ter uma definição do que deva ser entendido por “«jogos e apostas online», *os jogos de fortuna ou azar, as apostas desportivas à cota e as apostas hípicas, mútuas e à cota, em que são utilizados quaisquer mecanismos, equipamentos ou sistemas que permitam produzir, armazenar ou transmitir documentos, dados e informações, quando praticados à distância, através de suportes eletrónicos, informáticos, telemáticos e interativos, ou quaisquer outros meios*”.

Porém, muito mais do que isso, passamos a dispor de um detalhado sistema regulamentador daquele tipo de jogo.

Novos conceitos, “aposta à cota”, “aposta desportiva”, “aposta hípica”, “aposta mútua”..., modos específicos de interacção e utilização por parte do respectivo jogador, o “registo”, a “conta”, diferente arquitectura de estrutura base e de funcionamento (infra-estruturas de controlo e de entrada, as plataformas de jogo), um regime específico de exploração e licenciamento, a existência de um sítio especial na *internet* para o efeito, obrigações de informação... o estabelecimento de ilícitos de natureza criminal e contra-ordenacional, com regras próprias, por exemplo, em termos de prescrição e processo...

Ora é nesta perspectiva que, quanto a nós, faz sentido falar em “vazio legal” – com efeito, nada disto existia em termos regulamentares, mormente nesta forma estruturada.

III - 3.2.) Concordamos em como a máquina que aqui temos presente, já está ligeiramente fora do tipo de equipamento que a Portaria n.º 1441/95, de 29/11, tinha em mente quando previu as “máquinas automáticas”:

“Aparelhos de funcionamento mecânico, eléctrico, electromecânico ou electrónico que (...) atribuam prémios pagos directa ou indirectamente em fichas, moedas ou outros meios de pagamento, ou que não atribuindo os prémios referidos na alínea anterior, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte.”

A sua nota distintiva, como se consigna na matéria de facto provada, reside na circunstância de “o jogo bem como as componentes a este associadas estarem num servidor remoto que comunica com a máquina para que o jogo possa ser

por ela desenvolvido, sistema que dispensa a instalação no disco da máquina de qualquer software específico”.

Mas não faz apostas (as tais desportivas à cota, hípicas, mútuas, à cota ou quaisquer outras) - o “sistema” não permitir sequer realizá-las.

Aliás, também não autorizava a selecção e introdução de créditos.

É certo que permite um jogo de “fortuna e azar” (a sua modalidade será a agora prevista na al. v) do n.º 1, do art. 5.º), e poder-se-á sempre alegar que a existência daquele interface, ao colocar as respectivas “instruções” fora da máquina, num servidor remoto, implica pelo menos para o seu funcionamento uma transmissão de dados, em termos abrangíveis por aquela definição legal contida na al. o) do art. 4.º do DL n.º 66/2015.

Não é, o entanto, a máquina prototípica em termos estruturais e funcionamento que associamos ao jogo *online*.

Com alguma equidistância, está entre a Portaria n.º 1441/95, de 29/11 (sobretudo em termos físicos), e o DL 66/2015 (sobretudo na forma como disponibiliza o jogo, a partir da comunicação a uma fonte remota).

III - 3.3.) Em todo o caso, como bem o anota o Digo magistrado do Ministério Público na sua resposta, para a definição de jogo ilícito e ou modalidades afins à luz do DL n.º 422/89, de 02/12, não era a circunstância de as instruções que permitiam o funcionamento do jogo estarem ou não residentes no interior da máquina, que tornava ilícita a sua exploração.

Se bem se anotar nos acórdãos por aquele justamente indicados, mais concretamente os de 04/03/2015, da Relação de Coimbra no processo 4/13.3TBSAT.C1, e de 12/11/2014, da Relação do Porto no processo n.º 33/12.EAMD.L.P1, em que também estavam em causa o mesmo jogo Halloween (num dos casos, entre outros), não foi por isso que os respectivos arguidos deixaram de ser condenados.

Esse não é um elemento do tipo.

Sem querer entrar em outras complexidades, o que é decisivo para a incriminação é saber se o “*resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte*” e qual a natureza (o tema) do jogo.

Sendo que a al. n) do art. 4.º do DL n.º 66/2015, acrescenta agora o “implicar o dispêndio de uma quantia em dinheiro”.

Ora tais requisitos, no caso, estão preenchidos. Existe aquela primeira

contingência, o jogo corresponde ao das *slot machines*, para haver créditos tem que se arriscar dinheiro.

Donde, entendermos que este tipo de situações continua a caber no art. 108.º do DL n.º 422/89, de 02/12.

Se for posterior à entrada em vigor do citado DL n.º 66/2015, e o jogo dever ser considerado *online*, a moldura da punição passa a ser diferente: a pena de prisão aumenta de dois para cinco anos, desaparece a pena de multa cumulativa, mas surge de forma adversativa, acrescentada agora para os quinhentos dias.

Nesta conformidade, manteremos a decisão proferida.

Assim

IV - Decisão:

Nos termos e com os fundamentos acima indicados, acorda-se em negar provimento ao recurso interposto pelo arguido A.

Pelo seu decaimento, e independentemente do apoio judiciário de que possa beneficiar, pagará o mesmo 3 (três) UCs de taxa de justiça, de harmonia com o preceituado nos art. 513.º e 514.º do CPP e respectivo Regulamento das Custas Processuais.

Elaborado em computador. Revisto pelo Relator, o 1.º signatário