

ACÓRDÃO Nº 633/2006

Processo nº 579/98

Plenário

Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma

Acordam em Plenário no Tribunal Constitucional

I

O pedido

1. O objecto do pedido

O Provedor de Justiça requer, ao abrigo do artigo 281º, nº 2, alínea *a*), da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma constante do artigo 27º do Decreto-Lei nº 268/92, de 28 de Novembro, que estabelece o regime de exploração das apostas mútuas hípicas.

A norma em causa tem o seguinte teor:

A publicidade das apostas mútuas hípicas beneficia do regime de excepção previsto no nº 2 do artigo 21º do Decreto-Lei nº 330/90, de 23 de Outubro.

2. Fundamentos do pedido

Fundamentando o seu pedido, o Provedor de Justiça alegou, designadamente, o seguinte:

O Decreto-Lei nº 330/90, de 23 de Outubro, aprovou o Código da Publicidade, consagrando o regime da actividade publicitária.

O referido diploma enuncia as restrições ao objecto da publicidade, entre as quais se conta a restrição à publicidade de jogos de fortuna e azar, com excepção dos jogos promovidos pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.

O Decreto-Lei nº 268/92, de 28 de Novembro, estabelece o regime jurídico das apostas mútuas hípicas, sendo, por força do artigo 27º, concedido à publicidade destas regime de excepção idêntico ao dos jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, afastando-se, deste modo, a aplicação do regime geral restritivo da publicidade de jogos de fortuna ou azar.

Subsistem, assim, em paralelo, dois regimes diferenciados de publicidade de jogos de fortuna e azar: o regime geral, restritivo, que impõe que tais jogos não possam surgir como objecto essencial da mensagem publicitária, e o posterior regime, específico das apostas mútuas hípicas, que isenta a publicitação daquele jogo de fortuna e azar das restrições quanto ao objecto publicitado.

A Constituição associa, no artigo 60º, nºs 1 e 2, os direitos do consumidor à actividade publicitária, facto que pode justificar, por parte do legislador, restrições ao objecto publicitado, tais como a restrição ou proibição à

publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e jogos de fortuna e azar.

Aliás, o preâmbulo do Código da Publicidade sublinha a importância dessa actividade como motor do mercado, mas não sem prever a definição de regras mínimas, cuja inexistência permitiria, na prática, desvirtuar o próprio e intrínseco mérito da actividade publicitária, o que, numa perspectiva de direito do consumidor, se deverá entender como a necessidade de acautelar um eventual papel negativo da publicidade, através da informação que veicula, na formação da vontade do consumidor.

No caso do regime de restrições ao objecto de publicidade dos jogos de fortuna e azar, consagrado pelo artigo 21º do Código da Publicidade, o intuito do legislador foi limitar o estímulo à sua prática gerado pela divulgação publicitária, considerando os danos económicos e sociais decorrentes da prática compulsiva e reiterada dos jogos de fortuna e azar, e cercear as tentativas irreflectidas de ganhos rápidos através de apostas consideráveis em tais jogos.

As apostas mútuas hípcas constituem um jogo de fortuna e azar, conforme resulta do regime do Decreto-Lei nº 422/89, de 2 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei nº 10/95, de 19 de Janeiro, e o seu regime é semelhante ao regime geral dos jogos de fortuna e azar, nomeadamente quanto à concessão de exploração, inspecção e fiscalização do Estado e às obrigações de investimento.

O preâmbulo do Decreto-Lei nº 268/92 enuncia as razões que presidiram à criação do regime de exploração das apostas mútuas hípcas, designadamente, os efeitos benéficos para a economia em geral que resultam das corridas de cavalos em termos de fomento de exportações, de emprego e de melhoria de oferta turística, considerando ser a sua organização economicamente inviável sem o apoio financeiro proporcionado pela exploração da aposta mútua.

Assim, o objectivo da norma do artigo 27º do Decreto-Lei nº 268/92 parece ser o de fomentar uma ampla divulgação das apostas mútuas hípcas através da publicidade, com o objectivo de incentivar o consumidor a apostar nas corridas hípcas, de forma a aumentar as receitas do jogo, que reverterão, em parte, a favor da realização dos objectivos mencionados.

Porém, as razões económicas, de incremento do emprego e do turismo, não podem constituir fundamento material bastante para a diferenciação legal entre o regime publicitário das apostas mútuas hípcas e o dos restantes jogos de fortuna e azar, porquanto tais vantagens decorrem igualmente da exploração destes últimos, nomeadamente dos jogos praticados em casinos, nos termos do artigo 3º, nº 1, do Decreto-Lei nº 422/89.

Tão-pouco o fomento da criação de cavalos, a promoção do desporto equestre e de outras finalidades de interesse social poderão configurar tal justificação, uma vez que todas as entidades que exploram jogos de fortuna e azar estão vinculadas ao cumprimento de obrigações de diversa natureza, como contrapartida da atribuição do direito de exploração do jogo, o que sempre se traduz em benefícios para a comunidade.

Assim sendo, não se vislumbram razões materiais que possam, de forma objectiva e razoável, sustentar um tratamento legal da publicidade das apostas mútuas hípcas diverso e mais favorável do que aquele que é concedido aos restantes jogos de fortuna e azar, já que também não procedem aqui as razões de interesse público que justificam o regime mais benévolo concedido aos jogos promovidos pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.

Conclui o Provedor de Justiça no sentido de a norma constante do artigo 27º do Decreto-Lei nº 268/92 ser inconstitucional, por desconformidade com o disposto no artigo 13º, nº 1, da Constituição.

3. A resposta do órgão autor da norma

Notificado do pedido, veio o Primeiro-Ministro responder, alegando, em suma, o seguinte:

As restrições legais ao objecto da publicidade não são impostas pela Constituição (que directamente apenas proíbe a publicidade oculta, indirecta ou dolosa), mas sim por ela justificadas em defesa de direitos constitucionalmente relevantes como são os direitos do consumidor, havendo aqui uma margem de liberdade para o legislador ordinário.

O legislador ordinário utilizou essa margem de liberdade na proibição de jogos de fortuna ou azar, afastando assim a regra geral que é a da possibilidade de publicidade, mas voltou a essa regra geral em dois casos: os jogos promovidos pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e as apostas mútuas hípicas.

A questão situa-se, pois, no plano dos limites da liberdade do legislador ordinário na regulamentação da publicidade, não por efeito de qualquer obrigação constitucional na matéria concreta em causa, mas pelos limites que o princípio constitucional da igualdade lhe impõe na regulamentação da matéria.

As apostas mútuas hípicas constituem, de entre os jogos de fortuna e azar, e tal como resulta do artigo 26º do Decreto-Lei nº 268/92, um jogo de apostas mútuas, o que faz com que estejam mais próximos, pela sua natureza, dos jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, em que pode haver publicidade, do que daqueles em que essa mesma publicidade é alvo de restrição.

A proximidade das apostas mútuas hípicas com o regime dos jogos de fortuna e azar resulta, aliás, mais da natureza da entidade concessionária do que da natureza do jogo, de onde não se retira nenhuma conclusão quanto à razoabilidade ou impossibilidade de fazer publicidade.

O preâmbulo do Decreto-Lei nº 268/92 silencia quaisquer fundamentos no que respeita ao regime da publicidade, mas justifica a criação do regime de exploração das apostas mútuas hípicas como forma de sustentar a organização das corridas e ainda como meio de obter receitas para o fomento da criação de cavalos, do desporto equestre e de outras finalidades de interesse social. Deste modo, se a instituição das apostas mútuas serve estes interesses, a respectiva publicidade visa tornar mais efectiva a sua promoção, aumentando também o interesse pela organização das próprias apostas.

O legislador entendeu, assim, que as apostas mútuas hípicas e a sua publicidade se justificam como forma de promover uma actividade relevante para a economia nacional que são as corridas de cavalos, o que as diferencia de actividades que possam ser promovidas por outros jogos de fortuna e azar, por si não relevantes para a economia nacional em termos semelhantes, já que os casinos são basicamente locais de jogo.

É, pois, legítimo, na contraposição entre o interesse dos consumidores em que se proíba a publicidade a jogos de fortuna e azar e o interesse de promoção das corridas de cavalos, que o legislador, neste caso limitado, permita a publicidade, tal como o fez para os jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, aqui por razões do interesse social do destino das receitas.

Além disso, as corridas de cavalos e respectivas apostas mútuas são novas em Portugal, pelo que o seu desenvolvimento necessita de ser publicitado, sob pena de não se verificarem as vantagens que se visam para efeitos de promoção da economia nacional coisa que, de forma nenhuma, sucede com os restantes jogos de fortuna e azar.

O órgão autor da norma conclui que o artigo 27º do Decreto-Lei nº 268/92 não viola o princípio constitucional da igualdade, já que se limita a permitir um regime de publicidade para as apostas mútuas hípicas em defesa de um interesse relevante também do ponto de vista constitucional.

Fixada, em sessão plenária, a orientação do Tribunal, cumpre agora formular e fundamentar a decisão.

II Fundamentação

4. Não há, no Direito português, uma definição em sentido próprio do jogo.

O legislador português omite, no artigo 1245º do Código Civil, na verdade, qualquer definição. Todavia, a doutrina não deixa de enunciar as características jurídicas do jogo e da aposta, concluindo tratar-se de contratos consensuais, sinalagmáticos, onerosos e aleatórios (cf. MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO e CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Aposta*, 1982, p. 8).

No jogo e aposta, o risco assumido pelas partes não preexiste como noutros contratos aleatórios mas é criado pelas partes.

É precisamente o facto de o risco não ser uma necessidade mas algo que se procura por si mesmo, desenvolvendo, por vezes, paixões e obsessões lesivas das pessoas que se dedicam excessivamente ao jogo, que tem levado a uma consciência crítica, manifestada na Cultura e no próprio pensamento jurídico, a uma certa condenação do contrato de jogo (cf. MARIA ISABEL NAMORADO CLÍMACO, Os Jogos de Fortuna e Azar, em SALDANHA SANCHES e outro (org.), *Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*, 2006, p. 469 e ss.).

É assim, por isso, que os chamados jogos de fortuna e azar são normalmente ilícitos (cf. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.^a edição revista e actualizada, 1997, p. 926 e ss.), sendo, porém, lícitos quando autorizados segundo MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO e CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 30 e ss. ao autorizar certos jogos de fortuna e azar, regulamentando e fiscalizando a sua prática, o Estado assegura *a satisfação de uma tendência natural do homem, sabendo que serão observadas as condições por ele (Estado) impostas, as quais contribuem para atenuar os efeitos negativos do jogo*. Por outro lado, *obtem importantes receitas fiscais, incentiva o turismo e canaliza parte considerável das receitas do jogo para fins de ordem social*.

No actual quadro jurídico, a exploração e prática de jogos de fortuna e azar é permitida nas zonas de jogo criadas por lei.

No que concerne à publicidade dos referidos jogos, está ela sujeita ao regime geral da publicidade, hoje contido no Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei nº 330/90, de 23 de Outubro.

Para além de proibir a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança dos consumidores, o Código da Publicidade estabelece diversas restrições à publicidade, quanto ao seu conteúdo e ao seu objecto. E é assim que ele proíbe ou limita a publicidade a bebidas alcoólicas (artigo 17º), tabaco (artigo 18º), tratamentos e medicamentos (artigo 19º), cursos (artigo 22º), veículos automóveis (artigo 22º-A), produtos e serviços milagrosos (artigo 22º-B), e jogos de fortuna e azar (artigo 21º).

No que a estes últimos respeita, a proibição legal incide sobre a publicidade que tenha por *objecto essencial da mensagem* os jogos de fortuna e azar (artigo 21º, nº 1). Tal proibição não abrange, porém, os *jogos promovidos pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa* (nº 2 do mesmo artigo). Deste regime de excepção vêm mais tarde a beneficiar as *apostas mútuas hípicas* por força da norma do artigo 27º do Decreto-Lei nº 268/92, cuja constitucionalidade agora se questiona.

4. Regime constitucional da publicidade

A Constituição não define o conceito de publicidade. Recorrendo ao Código da Publicidade (na redacção do Decreto-Lei nº 275/98, de 9 de Setembro, com as últimas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 224/2004, de 4 de Dezembro), a publicidade é considerada como *qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de: a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições* (artigo 3º).

Não obstante a referida falta de definição constitucional, a Constituição não remete, no artigo 60º, nº 2, a disciplina da publicidade inteiramente para a lei, mas estabelece, desde logo, a proibição de *todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa*, situações estas em que a natureza publicitária da mensagem não é identificável pelo consumidor ou em que a publicidade não é verdadeira (cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição revista, p. 324).

O artigo 60º da Constituição tem como epígrafe Direitos dos consumidores e integra-se no capítulo referente aos Direitos e deveres económicos. Com efeito, e como se afirmou no Acórdão nº 348/03 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 56º Vol., p. 639 e ss.), existe, no texto constitucional uma articulação entre direitos do consumidor e publicidade, entendida esta como *meio potente de promover o consumo e influenciar o consumidor*. E é considerando este efeito potenciador do consumo e de condicionamento das decisões dos destinatários da mensagem publicitária que a Constituição tutela através de uma reserva de lei e da proibição de certas formas de publicidade os direitos dos consumidores. Para além deste efeito de condicionamento, *a publicidade é muitas vezes criticada como instrumento da criação artificial de necessidades e sobrevalorização de produtos e serviços* (cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, 1982, p. 78).

Todas estas razões explicam, no que respeita à publicidade comercial, que o artigo 60º, nº 2, da Constituição, seja interpretado como âncora constitucional para a previsão de restrições legais quer ao conteúdo, quer ao objecto da publicidade (cf., nesse sentido, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 324). Tais restrições são destinadas à protecção dos consumidores, impedindo o consumo acrítico de produtos nocivos à saúde e segurança das pessoas e as possibilidades de abuso de confiança dos destinatários da mensagem publicitária (cf., sobre tais restrições, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *La publicité et le consommateur rapport général*, in *La publicité propagande (Journées portugaises)*, 1981, p. 19).

Podendo discutir-se se a Constituição consagra, ou não, uma liberdade de publicidade ou um direito à expressão publicitária (cf., em sentido negativo, a Informação-parecer nº 178/92 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, em *Pareceres*, Vol. III, Procuradoria-Geral da República, 1997, pp. 85-87), a publicidade não deixa de constituir uma realidade complexa, em que convergem vários outros direitos fundamentais previstos na Constituição. Estes não poderão deixar de ser considerados na apreciação de eventuais restrições à actividade publicitária.

O Tribunal Constitucional admitiu já, no Acórdão nº 348/03 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 56º Vol., p. 639 e ss.) que a publicidade pode englobar-se no direito de informar e este constitui uma das dimensões do direito de informação consagrado no artigo 37º da Constituição. No mesmo aresto, o Tribunal afirmou ainda que a publicidade traduz *igualmente o exercício de um outro direito fundamental a liberdade de iniciativa económica privada*.

De qualquer modo, a apreciação da conformidade constitucional do regime jurídico da publicidade tem de considerar a sua relação com a liberdade de expressão e informação (artigo 37º), a liberdade de imprensa e meios de comunicação social (artigo 38º), a liberdade de criação cultural (artigo 42º), a liberdade de escolha de profissão (artigo 47º), o direito de propriedade (artigo 62º) e a liberdade individual em geral (artigo 25º, nº 1).

Torna-se, pois, necessário, no caso em apreço, fazer uma ponderação entre os direitos constitucionais potencialmente afectados pelas restrições legais à publicidade ao

jogo e os valores ou direitos constitucionais que o legislador visa proteger com essas mesmas restrições.

6. A publicidade aos jogos de fortuna e azar e a protecção dos direitos dos consumidores

A defesa dos consumidores constitui uma das *incumbências prioritárias do Estado* e encontra-se prevista na Constituição desde a sua redacção originária [artigo 81º, alínea m), actual alínea i)].

Com a revisão de 1982, essa incumbência ganhou destaque, passando a ser regulada num Título específico (Título VI Comércio e protecção do consumidor) da Parte II da Constituição (organização económica), onde também se consagrou um elenco de direitos dos consumidores (artigo 110º, nº 1). A revisão de 1989 consagrou a protecção dos consumidores como um dos objectivos da política comercial [artigo 102º, alínea e), actual artigo 99º, mesma alínea] e transferiu o elenco dos direitos dos consumidores para a Parte I da Constituição, passando a ser regulados entre os direitos fundamentais, no artigo 60º.

A consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais radica na necessidade de proteger as pessoas (enquanto consumidoras de bens e serviços), em face da especial vulnerabilidade a que estão sujeitas no relacionamento com os operadores económicos (produtores, fornecedores, prestadores), num contexto de produção, distribuição e consumo massificados. Essa vulnerabilidade resulta, designadamente, de o consumidor não poder determinar o conteúdo dos contratos que celebra e de não estar em condições de avaliar cabalmente a qualidade dos bens e serviços (cf., neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXVIII, 2002, pp. 46 e 47, e PINTO MONTEIRO, Sobre o direito do consumidor em Portugal, *Sub Judice justiça e sociedade*, nº 24, 2003, p. 9, e Quadro jurídico da protecção do consumidor, *Forum Iustitiae Direito & Sociedade*, Ano 1º, nº 1, 1999, p. 45).

No artigo 60º, nº 1, a Constituição reconhece aos consumidores um conjunto de direitos: à qualidade de bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos e à reparação de danos.

O legislador ordinário procedeu à concretização e ao desenvolvimento do regime constitucional de protecção dos consumidores através da Lei nº 29/81, de 22 de Agosto, e posteriormente, da Lei nº 24/96, de 31 de Julho (que substituiu a primeira).

Sensível à ideia de que a publicidade constitui um instrumento de promoção do consumo e de influência sobre os consumidores, o legislador constitucional viu-se já apesar de ter remetido para a lei a disciplina jurídica da publicidade, proibiu directamente e desde logo todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa (artigo 60º, nº 2 da CRP).

Deste quadro constitucional resulta, assim, claro que a publicidade aos jogos de fortuna e azar não é, em si mesma, e directamente, proibida pela Constituição.

É ao legislador ordinário que compete estabelecer o regime da publicidade em geral. Mas terá de fazê-lo, compatibilizando todos os valores em jogo, designadamente, o direito dos consumidores a serem informados (artigo 60º, nº 1) o direito dos produtores e intermediários a prestar informação (artigo 37º, nº 1), a concorrência equilibrada entre as empresas [artigo 81º, alínea f)] e a liberdade de consumo (quanto a esta cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2005, p. 618, e ainda MARIA DA ASSUNÇÃO ESTEVES, Direitos dos consumidores, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano VIII, Tomo III, 2000, p. 7).

Certo é que, no que concerne ao regime da publicidade aos jogos de fortuna e azar, o legislador ordinário optou, no âmbito da sua liberdade de conformação, por uma regra geral de proibição.

A referida liberdade de conformação outorgada ao legislador ordinário, no âmbito da qual se optou pela regra da proibição da publicidade aos jogos de fortuna e azar, não

significa, no entanto, uma ausência de limites na modelação do regime adoptado, designadamente na previsão de excepções àquela regra, como é o caso da publicidade às apostas mútuas hípcas, que o requerente questiona por violação do princípio da igualdade.

7. A publicidade aos jogos de fortuna e azar e a proibição de discriminação infundada

O problema suscitado pelo requerente é, neste contexto, o de saber se o regime de publicidade das apostas mútuas hípcas, enquanto excepção ao regime geral de proibição legal da publicidade aos jogos de fortuna e azar, configura uma violação do princípio da igualdade.

Sublinhe-se, desde já, que o problema de constitucionalidade *sub iudice* é colocado numa perspectiva comparativa, relativamente ao regime contido noutra norma legal, não abrangida no pedido (o artigo 21º, nº 1, do Código da Publicidade). Tal circunstância não constitui um obstáculo à apreciação da questão de constitucionalidade, tendo o mesmo sucedido em diversos casos anteriormente decididos pelo Tribunal, designadamente os constantes dos Acórdãos nº 563/96, nº 695/98, nº 135/99, nº 247/05 e nº 351/05 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 33º Vol., p. 47 e ss, 41º Vol., p. 603 e ss., 42º Vol., p. 629 e ss., e *Diário da República*, II Série, de 27 e de 20 de Outubro de 2005, respectivamente).

Por outro lado, o Tribunal Constitucional tem pacificamente evidenciado que o princípio da igualdade se apresenta como um limite à liberdade de conformação do legislador (cfr. Acórdão nº 187/01, de 2 de Maio) o que justifica a pertinência do apelo ao parâmetro da igualdade neste contexto.

O princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição, é um princípio estruturante do Estado de Direito democrático, postulando que se dê tratamento igual a situações essencialmente iguais e tratamento desigual a situações desiguais, proibindo-se, conseqüentemente, o tratamento desigual de situações iguais e o tratamento igual de situações desiguais. Neste sentido, impede-se a discriminação e o privilégio.

Enquanto princípio estruturante informa toda a ordem jurídico-constitucional, impondo-se desde logo ao legislador e não apenas à actuação dos poderes públicos ou aos Tribunais.

Assim, o princípio constitucional em questão vincula o legislador, numa dupla perspectiva: proíbe as discriminações ilegítimas por via da lei e obriga à concretização das imposições constitucionais de eliminação de desigualdades.

É, aliás, a primeira vertente do princípio da igualdade que o requerente sustenta ser violada pela norma questionada, entendendo ser ilegítimo o regime excepcional de permissão de publicidade às apostas mútuas hípcas face ao regime geral de proibição da publicidade aos jogos de fortuna e azar.

Como é sabido, a proibição de discriminação que deriva do princípio da igualdade não retira ao legislador liberdade de conformação no estabelecimento de diferenciações de tratamento, quando diversas forem as situações a regular. O princípio da igualdade funciona antes como limite objectivo da discricionariedade legislativa, exigindo que as diferenciações efectuadas pelo legislador ordinário sejam razoável, racional e objectivamente fundadas. Numa expressão sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na ideia geral de proibição do arbítrio (neste sentido, citem-se, entre muitos outros, os Acórdãos nºs. 251/92, 688/98, 287/00, 319/00, 378/00 e 232/03 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 22º Vol., p. 717 e ss., 41º Vol., p. 567 e ss., 47º Vol., p. 447 e ss., p. 497º e ss. e p. 791 e ss., 56º Vol., p. 7 e ss., respectivamente).

Considerando, neste quadro, o problema proposto importa, então, comparar o regime geral de publicidade dos jogos de fortuna e azar (contido no artigo 21º, nº 1, do Código da Publicidade) e o regime excepcional de publicidade das apostas mútuas hípcas (contido na norma questionada artigo 27º do Decreto-Lei nº 268/92), atentando

especialmente nas razões que terão determinado a diferença desses regimes (proibição no primeiro caso a regra geral e autorização no segundo a excepção).

Quanto ao regime geral de proibição da publicidade aos jogos de fortuna e azar, consagrada no artigo 21º, nº 1, do Código da Publicidade, o legislador não deixou documentação dos interesses que terão presidido a tal opção (as disposições preambulares do Código da Publicidade e os trabalhos preparatórios a que se teve acesso são omissos relativamente a esta matéria).

São, contudo, apreensíveis as razões de tal opção, numa perspectiva de o Estado, sem proibir o jogo, limitar a possibilidade da sua promoção (cf., no sentido de uma explicação da opção legislativa, PAZ FERREIRA, A Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e o Monopólio Público do Jogo, in *Estudos de Direito Público*, 2003, p. 141).

Uma das formas que o Estado adoptou para controlar, ou não promover o jogo, foi, precisamente, a de proibir a publicidade que o tenha por objecto. O jogo aparece, assim, como uma actividade tolerada, numa sociedade aberta, mas cuja promoção o Estado não permite, em atenção às razões de protecção das suas consequências, salvo se razões de interesse público alterarem a ponderação de valores cujo resultado lhe é, em geral, desfavorável.

Já quanto às apostas mútuas hípcas aqui em causa, o legislador considerou que as corridas de cavalos têm efeitos benéficos na *criação equídea* e na *economia em geral, em termos de fomento de exportações, de emprego e de melhoria da oferta turística* (1º parágrafo do preâmbulo do Decreto-Lei nº 268/92). Entendeu-se, todavia, que a organização de corridas de cavalos em Portugal seria *economicamente inviável sem o apoio financeiro proporcionado pela exploração da aposta mútua* (2º parágrafo). A autorização de tais apostas surge como *forma de sustentar a organização destas (corridas) e ainda de obter receitas para o fomento da criação de cavalos, do desporto equestre e de outras finalidades de interesse social* (4º parágrafo).

Permitir a publicidade, neste contexto, pode constituir, interpretando o pensamento do legislador, um instrumento de fomento das apostas mútuas hípcas e, conseqüentemente, de cumprimento dos objectivos das corridas de cavalos. Todos os benefícios em princípio decorrentes das corridas de cavalos nomeadamente, o estímulo à criação equídea e ao desporto equestre, bem como os benefícios para a economia, criação de emprego, melhoria da oferta turística e aumento das exportações são, assim, considerados como efeitos, ainda que indirectos, das apostas mútuas hípcas. E o sucesso da exploração das apostas mútuas seria, deste modo, potenciado pela permissão de publicidade [sobre a matéria, cf. o Relatório do Grupo de Trabalho criado para a definição de uma política nacional de jogos, publicado no *D.R.*, II Série, nº 50, de 11 de Março de 2005, p. 4004-(2)].

Este entendimento é, aliás, sufragado pelo autor da norma questionada quando afirma, na resposta, que *se a instituição das apostas mútuas hípcas serve aqueles interesses, a respectiva publicidade visa tornar mais efectiva a sua promoção, aumentando também o interesse pela organização das próprias apostas*.

Ora, é, desde logo, manifesto que a criação de emprego, a melhoria da oferta turística, o estímulo à criação equídea e ao desporto equestre objectivos que se podem, aliás, integrar em tarefas e deveres do Estado com respaldo constitucional [cfr. artigos 9º, alínea *d*), 58º, nº 2, alínea *a*), 81º, alíneas *a*) e *c*) e 93º, nº 1, alíneas *a*) e *b*) da Constituição] são fundamentos objectivos e racionais para justificar o tratamento diferenciado que o artigo 27º do Decreto-Lei nº 268/92 dá à publicidade das apostas mútuas hípcas face ao regime-regra da publicidade dos jogos de fortuna e azar.

Em suma, o regime instituído pelo artigo 27º do Decreto-Lei nº 268/92, enquanto estabelece a referida diferenciação, não se mostra racionalmente infundado ou arbitrário sem violação, pois, do princípio da igualdade sendo, para o efeito, irrelevante qualquer valoração axiológica comparativa entre os interesses agora em causa e os que justificarão a aplicação do mesmo regime à publicidade dos jogos promovidos pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.

Decisão

Pelo exposto e em conclusão, o Tribunal Constitucional decide não declarar a inconstitucionalidade da norma ínsita no artigo 27º do Decreto-Lei nº 268/92, de 28 de Novembro.

Lisboa, 21 de Novembro de 2006
Maria Fernanda Palma
Rui Manuel Moura Ramos
Maria dos Prazeres Pizarro Beleza
Paulo Mota Pinto
Bravo Serra
Benjamim Rodrigues
Gil Galvão
Maria João Antunes
Vitor Gomes
Mário José de Araújo Torres
Carlos Pamplona de Oliveira
Maria Helena Brito
Artur Maurício