

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

F. G. JACOBS

apresentadas em 16 de Dezembro de 2004¹

1. A questão suscitada nos presentes autos diz respeito à obrigação que incumbe a um Estado-Membro, nos termos da directiva relativa às regulamentações técnicas², de notificar à Comissão (e, através dela, aos outros Estados-Membros) as regulamentações técnicas projectadas. Especificamente, existe esta obrigação no caso de uma alteração à lei interna que implica a proibição da organização de jogos num determinado tipo de máquina de jogo?

A directiva

2. O objectivo da directiva, como enunciado no seu preâmbulo³, consiste em impedir a

adopção de regulamentações ou normas técnicas internas que possam criar entraves às trocas, salvo quando sejam necessárias para cumprir exigências imperativas e visem a prossecução de um fim de interesse geral do qual constituam a garantia essencial. Portanto, quando um Estado-Membro preveja adoptar uma medida deste tipo, a Comissão e os outros Estados-Membros devem ser informados e poder dispor do prazo necessário para propor alterações, com o objectivo de eliminar ou reduzir os entraves à livre circulação das mercadorias que dela podem resultar, ou, no caso da Comissão, para poder propor ou adoptar uma directiva comunitária que regule essa matéria. O Tribunal de Justiça descreveu este objectivo como sendo o de «proteger, graças a um controlo preventivo, a livre circulação de mercadorias, que constitui um dos fundamentos da Comunidade»⁴.

3. O artigo 1.º da directiva fornece um certo número de definições relevantes.

1 — Língua original: inglês.

2 — No momento relevante para os presentes autos, ou seja, o momento que respeita às disposições adoptadas em 1996, a versão aplicável era a constante da Directiva 83/189/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1983, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (JO L 109, p. 8, EE 13 F14 p. 34), com a redacção que lhe foi dada pelas Directivas 88/182/CE, de 22 de Março de 1988 (JO L 81, p. 75), e 94/10/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Março de 1994 (JO L 100, p. 30) (a seguir «directiva»).

3 — V. os considerandos segundo a sétimo.

4 — V., por exemplo, acórdão de 20 de Março de 1997, Bic Benelux (C-13/96, p. I-1753, n.º 19), ou de 6 de Junho de 2002, Sapod Audic (C-159/00, p. I-5031, n.º 34).

4. Nos termos do ponto 9 do artigo 1.º da directiva, na versão aplicável no momento relevante, a «regra técnica» inclui três tipos de medidas.

5. Em primeiro lugar, inclui as «especificações técnicas», cujo respeito é obrigatório, *de jure* ou *de facto*, para a comercialização ou para a utilização de um produto num Estado-Membro ou numa parte importante deste Estado. Nos termos do ponto 2 do artigo 1.º, a «especificação técnica» é a «que define as características exigidas de um produto, tais como os níveis de qualidade ou de propriedade de utilização, a segurança, as dimensões, incluindo as prescrições aplicáveis ao produto no que respeita à denominação de venda, à terminologia, aos símbolos, aos ensaios e métodos de ensaio, à embalagem, à marcação e à rotulagem, bem como aos procedimentos de avaliação da conformidade».

6. Em segundo lugar, abrange as «outras exigências», que incluem as disposições administrativas, e cujo respeito é igualmente obrigatório. Ao abrigo do ponto 3 do artigo 1.º da directiva, a expressão «outras exigências» significa «uma exigência, distinta de uma especificação técnica, imposta a um produto por motivos de defesa, nomeadamente dos consumidores, ou do ambiente, e que vise o seu ciclo de vida após a colocação no mercado, como sejam condições de utilização, de reciclagem, de reutilização ou de eliminação, sempre que essas condições possam influenciar significativamente a composição ou a natureza do produto ou a sua comercialização».

7. Em terceiro lugar, abrange as «disposições legislativas, regulamentares e administrativas [...] destinadas a proibir o fabrico, a importação, a comercialização ou a utilização de um produto».

8. Para efeitos destas definições, o «produto» consiste em «qualquer produto de fabrico industrial e qualquer produto agrícola» (ponto 1 do artigo 1.º).

9. Por último, um «projecto de regra técnica» consiste essencialmente no texto de uma regra técnica que se encontre numa fase de preparação que permita ainda a introdução de alterações substanciais (ponto 10 do artigo 1.º).

10. O ponto 1 do artigo 8.º impõe aos Estados-Membros a obrigação de comunicar à Comissão os projectos de regras técnicas abrangidas pelo âmbito de aplicação da directiva, excepto se se tratar da mera transposição integral de uma norma internacional ou europeia, bastando neste caso uma simples informação relativamente a essa norma. Se, após a respectiva notificação, o projecto for alterado de tal modo que, em especial, seja significativamente alterado o seu âmbito de aplicação, sejam aditadas especificações ou sejam estas tornadas mais rigorosas, deve ser notificado novamente.

11. Nos termos do artigo 9.º, os Estados-Membros devem adiar a adopção de tal projecto por um certo número de meses para permitir à Comissão verificar a respectiva compatibilidade com o direito comunitário ou propor uma directiva nessa matéria.

12. O artigo 10.º enuncia um certo número de excepções circunscritas ao alcance de uma ou de ambas destas obrigações. Em particular, os artigos 8.º e 9.º não se aplicam, essencialmente, às disposições que se limitam a fazer com que o direito interno respeite o direito comunitário (ponto 1 do artigo 10.º) e o artigo 9.º não se aplica, designadamente, às disposições que visem a proibição de fabrico, na medida em que não entrem a livre circulação dos produtos (ponto 2 do artigo 10.º).

13. Note-se que essa versão da directiva foi entretanto revogada e que a matéria é presentemente regulada pela Directiva 98/34/CE⁵. Esta última foi quase imediatamente alterada pela Directiva 98/48/CE⁶, que estendeu o respectivo âmbito de aplicação para abranger os «serviços da sociedade da informação», nomeadamente, «qualquer serviço prestado normalmente mediante

remuneração, à distância, por via electrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços»⁷.

14. O Tribunal de Justiça declarou que a inobservância da obrigação de notificação implica a inaplicabilidade das regras técnicas em questão, de modo que não podem ser opostas aos particulares; os tribunais nacionais devem recusar a aplicação de uma regra técnica nacional que não tenha sido notificada em conformidade com a directiva⁸.

O processo nacional e as regras em questão

15. Foi movido a S. Lindberg procedimento criminal por organização de jogos ilícitos em máquinas automáticas destinados ao público, na Suécia, entre Janeiro de 1997 e Abril de 1998. No recurso interposto para o Högsta Domstolen (Tribunal Supremo) é necessário decidir se a proibição de organização de jogos destinados ao público em máquinas do tipo daquela em causa não pode ser aplicada por constituir uma regra técnica que não foi notificada nos termos da directiva.

5 — Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (JO L 204, p. 37).

6 — Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho de 1998 (JO L 217, p. 18).

7 — V. Directiva 98/48, artigo 1.º, ponto 2.

8 — V. acórdão de 30 de Abril de 1996, CIA Security International (C-194/94, Colect., p. I-2201, n.ºs 54 e 55), e n.º 2 da parte decisória.

16. As máquinas em causa são de um tipo comum, nas quais o jogador pode ganhar um prémio se certas imagens forem alinhadas pela máquina, um resultado que depende amplamente da sorte. A característica específica que as distingue de outras máquinas desse tipo, para efeitos do presente caso, é que o pagamento dos prémios não é feito de forma alguma pela máquina. Os eventuais prémios devem ser entregues manualmente pela pessoa encarregada da operação das máquinas.

17. Nos termos do Código Penal sueco, constitui crime a organização de jogos destinados ao público cujo resultado dependa do acaso e o montante dos ganhos para o organizador seja economicamente importante, salvo, essencialmente, quando o tipo de jogo em questão i) não seja proibido pela lei das lotarias ou ii) possa ser objecto de autorização nos termos dessa lei e o organizador tenha obtido uma autorização.

18. Antes de 1 de Janeiro de 1995, a operação das máquinas de jogo automáticas era totalmente proibida, excepto a bordo de navios que se encontrassem em águas internacionais. A partir dessa data, uma nova lei das lotarias, adoptada em 1994 (a seguir «lei de 1994»), passou a permitir que a operação de alguns tipos dessas máquinas seja autorizada no território sueco.

19. A lei de 1994 proíbe a organização, sem autorização, de lotarias destinadas ao público em geral. A definição de lotaria também abrange «os jogos de bingo, as máquinas de jogo, os jogos de roleta, os jogos de dados, os jogos de cartas, os jogos de cadeia postal e os jogos semelhantes» e, nesses casos, a proibição estende-se a todas as situações em que o jogo seja organizado a título lucrativo, quer se destine ou não ao público em geral.

20. Na primeira versão da lei, as máquinas de jogo eram definidas, exaustivamente, como máquinas em que os prémios são pagos na forma de produtos, dinheiro, bónus, fichas ou títulos semelhantes e em que as possibilidades de ganho dependem essencialmente do acaso, ou como máquinas em que os prémios são pagos em dinheiro e em que as possibilidades de ganho dependem da perícia do jogador.

21. A operação destas máquinas pode ser autorizada no respeito de certas condições, atinentes designadamente ao valor dos ganhos para o organizador e dos prémios.

22. A interpretação destas disposições a respeito das máquinas em que o pagamento dos prémios não é feito de qualquer modo directamente pela máquina originou uma certa discordância. Alguns tribunais de segunda instância interpretaram a lei de 1994 como não sendo de forma alguma

aplicável a esse tipo de máquinas, pela que a respectiva operação não seria proibida nem requeria autorização.

Fevereiro de 2002. Todavia, a notificação e essa nova introdução são posteriores à data dos factos do presente caso, ocorridos entre Janeiro de 1997 e Abril de 1998.

23. Para preencher o que se revelou ser uma lacuna fortuita, a lei de 1994 foi subsequentemente alterada com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1997 (a seguir «alteração de 1996»). A definição da «máquina de jogo» foi estendida a qualquer «máquina de jogo mecânica ou electrónica», mantendo-se, todavia, confinada a possibilidade da respectiva autorização às máquinas do tipo anteriormente enumerado em que o prémio é pago directamente pela máquina. Foi, por conseguinte, proibida a organização de jogos, a título lucrativo e destinados ao público em geral, em máquinas como as do caso em apreço.

26. No processo na causa principal, S. Lindberg invoca que a alteração de 1996, em que assenta o procedimento criminal que lhe é movido, deveria ter sido notificada à Comissão nos termos da directiva e que, não o tendo sido, não lhe pode ser oposta.

24. A alteração de 1996 não foi notificada à Comissão como projecto de regra técnica; o Governo sueco entendeu que se tratava de uma mera clarificação de normas preexistentes que não requeria notificação nos termos da directiva.

27. Este entendimento é partilhado pelo Ministério Público, que nada tem a objectar contra a eventual improcedência da acusação de organização de jogo ilícito.

25. Contudo, algumas autoridades exprimiram dúvidas quanto ao acerto desse entendimento. Portanto e sem alterar a sua posição anterior, o Governo decidiu proceder, apesar de tudo, a essa notificação. Após essa notificação, a alteração foi de novo introduzida com efeitos a partir de 1 de

28. Contudo e antes de se pronunciar, o Högsta Domstolen decidiu pedir uma decisão prejudicial sobre as seguintes questões:

«1) A introdução numa legislação nacional de uma proibição de utilização de um produto pode constituir uma regra técnica que deve ser notificada nos termos da directiva?

- 2) A introdução numa legislação nacional de uma proibição de um serviço que tem influência sobre a utilização do produto pode constituir uma regra técnica que deve ser notificada nos termos da directiva?
29. Foram apresentadas observações escritas por S. Lindberg (que remete para as alegações que apresentou nos tribunais nacionais), pelos Governos português, sueco e do Reino Unido e pela Comissão. Na audiência, foram apresentadas alegações em representação de S. Lindberg, dos Governos francês e português e da Comissão.
- 3) A redefinição numa legislação de um serviço que está ligado à concepção de um produto pode constituir uma regra técnica que deve ser notificada nos termos da directiva se a nova definição tiver influência sobre a utilização do produto?

Apreciação

- 4) Que significado têm para a obrigação de notificação nos termos da directiva determinadas circunstâncias, tais como uma alteração na legislação nacional, passando da exigência de autorização à proibição, o maior ou menor valor do produto/serviço, a dimensão do mercado do produto/serviço ou o efeito de uma nova disposição nacional sobre a utilização, ou seja, se o efeito é uma proibição total de utilização ou se a utilização é proibida ou limitada num ou mais domínios de aplicação possíveis?»
30. Antes de examinar sucessivamente as quatro questões do tribunal nacional, é útil abordar duas questões prévias: o alcance destas questões no que toca a um entrave, efectivo ou potencial, às trocas e ao direito de os Estados-Membros regulamentarem o jogo e a relevância da data da introdução da proibição controvertida no direito interno.

O alcance das questões

31. A questão para a qual o tribunal nacional procura orientação é a de saber se a alteração de 1996 cai na alçada da definição de regra técnica constante da versão da directiva então em vigor.

32. A obrigação de notificação imposta pela directiva depende dessa definição e não da questão de saber se a alteração tem por efeito criar efectiva ou potencialmente um entrave às trocas intracomunitárias.

33. É certo que a finalidade da directiva consiste na protecção da livre circulação das mercadorias.

34. Todavia, o mecanismo que põe em prática é o do controlo preventivo. A obrigação de um Estado-Membro participar nesse controlo não pode depender da verdadeira incompatibilidade ou não da medida em causa com as regras do Tratado relativas à livre circulação.

35. Para apreciar se a medida é compatível com as disposições do Tratado relativas à

livre circulação das mercadorias, é necessário examinar não apenas se há uma restrição às trocas mas ainda se esta restrição se justifica por uma das razões enunciadas no Tratado ou na jurisprudência e é proporcionada relativamente ao fim prosseguido. Não seria, contudo, adequado apreciar estes factores antes de decidir se uma medida deve ser notificada no contexto deste sistema de controlo preventivo. O próprio mecanismo de controlo foi previsto para a apreciação destes factores e ficaria seriamente debilitado se fosse antecipadamente posto em marcha desse modo. Ao que acresce, como já tive oportunidade de salientar⁹, que qualquer necessidade de apreciação prévia do efeito de uma medida dificultará a determinação de quais são as medidas em questão.

36. Também é certo que o ponto 2 do artigo 10.º prevê uma derrogação para as medidas que não entrem a livre circulação das mercadorias.

37. Todavia, esta derrogação só se aplica às medidas que proibem o fabrico de um produto e apenas isenta da obrigação de adiar a adopção da medida, não da obrigação de proceder à respectiva notificação. Não é, pois, relevante nas circunstâncias do caso em apreço.

9 — V. n.º 48 das conclusões que apresentei no processo que deu origem ao acórdão Sapod Audic, já referido na nota 4.

38. Por último, é certo que, ao passo que no seu acórdão CIA Security o Tribunal de Justiça entendeu que «a inobservância da obrigação de notificação constitui um vício processual essencial susceptível de acarretar a inaplicabilidade aos particulares das regras técnicas em causa»¹⁰, declarou posteriormente no seu acórdão van der Burg que era desnecessário apreciar se essa inaplicabilidade se estendia a todos os casos ou apenas àqueles que originam um obstáculo concreto às trocas ou à livre circulação das mercadorias num caso específico. Contudo, o advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer seguiu o entendimento, nas conclusões que apresentou no processo na origem deste último acórdão, que uma regra técnica que não foi notificada só deverá ser inaplicável se for susceptível de entravar a utilização ou a comercialização de determinado produto¹¹, um entendimento que parece ter apoio no que o Tribunal de Justiça considerou no seu acórdão Lemmens¹².

circulação para esse — Estado¹³, pela que a questão que mencionei em último lugar não parece suscitar-se nas circunstâncias do caso em apreço.

40. Por conseguinte, um certo número de observações avançadas pelo Governo português, que respeitam em geral à compatibilidade com as regras do Tratado relativas à livre circulação das mercadorias das medidas tomadas pelos Estados-Membros no exercício do respectivo direito soberano de regulamentar o jogo no interesse público, e que se relacionam com a justificação destas medidas à luz da natureza do jogo, não são directamente relevantes para a decisão da matéria controvertida.

41. Referirei apenas que o Tribunal de Justiça confirmou recentemente que as normas internas que restringem as operações de jogo podem, mesmo quando constituam um entrave às liberdades económicas, ser justificadas por razões imperativas de interesse geral¹⁴.

39. Todavia, as questões do tribunal nacional assentam na premissa de que a norma interna controvertida afecta a utilização de determinadas máquinas de jogo na Suécia e parece evidente que uma medida que afecta a utilização de determinado produto também é susceptível de afectar a comercialização desse produto nesse — e, portanto, a sua

A data da introdução da proibição controvertida

42. As questões do tribunal nacional assentam ainda na premissa de que a proibição da

10 — Já referido na nota 8, n.º 48.

11 — V. acórdão de 8 de Março de 2001 (C-278/99, Colect., p. I-2015, n.ºs 17 e 23), e n.ºs 20 a 24 das conclusões.

12 — V. acórdão de 16 de Junho de 1998 (C-226/97, Colect., p. I-3711, n.º 36).

13 — V. acórdão de 14 de Julho de 1998, Safety Hi-Tech (C-284/95, Colect., p. I-4301, n.ºs 29 a 32).

14 — V. acórdão de 11 de Setembro de 2003, Anomar (C-6/01, Colect., p. I-8621, n.ºs 62 a 75).

organização de jogos em determinadas máquinas foi introduzida pela alteração de 1996 e não constava anteriormente da lei de 1994.

43. Todavia, o Governo sueco sustenta nas suas observações escritas que essa alteração não introduziu qualquer alteração substantiva à lei e que a proibição controvertida já se aplicava a partir de 1995. Portanto, pede que o Tribunal esclareça que não há qualquer obrigação de notificação de uma regra técnica que não altera o estado actual da lei.

44. É manifesto que o Tribunal de Justiça não tem competência para interpretar a legislação sueca. Só o tribunal nacional pode apurar se a proibição controvertida foi introduzida pela lei de 1994 ou pela alteração de 1996. As questões submetidas devem, por conseguinte, ser examinadas com base nessa premissa do tribunal nacional, de que foi a alteração que introduziu a proibição.

45. Portanto, limitar-me-ei a avançar duas observações à hipótese contrária avançada pelo Governo sueco.

46. Em primeiro lugar, parece razoável que uma alteração que afecta unicamente a

redacção de uma regra técnica, mas não altera o estado actual da lei, não requeira notificação nos termos da directiva. Como declarou o Tribunal de Justiça no acórdão Colim¹⁵, «uma medida nacional que reproduz ou substitui, sem aditar especificações novas ou complementares, regras técnicas existentes e, se essas regras tiverem sido adoptadas após a entrada em vigor da [directiva], devidamente notificada à Comissão, não pode ser considerada um 'projecto' de regra técnica [...] nem, por conseguinte, estar sujeita à obrigação de notificação».

47. Contudo, será talvez raro que uma alteração da redacção de uma medida não tenha efeitos quanto à respectiva substância. Havendo a possibilidade de se produzir esse efeito — e parece que as autoridades suecas não acreditaram unanimemente que a alteração de 1996 não modificou a lei existente — será necessário proceder à notificação, em obediência à finalidade de controlo preventivo que constitui a razão de ser do sistema instituído pela directiva. Recorde-se que, nos termos do terceiro parágrafo do ponto 1 do artigo 8.º, os Estados-Membros farão uma nova comunicação do projecto quando lhe introduzirem alterações significativas.

48. Em segundo lugar, se da lei de 1994 já contasse imposto a proibição controvertida a partir do momento da sua adopção original e

15 — V. acórdão de 3 de Junho de 1999 (C-33/97, Colect., p. I-3175, n.º 22).

esta adopção se tivesse verificado após ter entrado em vigor o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu em 1 de Janeiro de 1994, com a Suécia como Estado-Membro, há que notar que — contrariamente ao entendimento que aparentemente defendeu o Ministério Público — a directiva já se aplicaria nesse momento à Suécia¹⁶.

49. Todavia, a versão da directiva aplicável à época exigiria uma análise diferente. O prazo para a transposição das alterações introduzidas pela Directiva 94/10, aplicável à legislação interna adoptada em 1996, expirou apenas em 1 de Julho de 1995. Estas alterações ampliaram significativamente a definição de regra técnica. Ao que acresce que as obrigações do Governo sueco e as consequências de um seu qualquer eventual incumprimento deveriam ser examinadas à luz do estatuto da Suécia em 1994 como Estado-Membro do Espaço Económico Europeu e não da União Europeia, à qual aderiu em 1 de Janeiro de 1995.

A primeira questão

50. Pretende-se com a primeira questão saber se a introdução na lei interna de uma

proibição de utilização de um produto pode constituir uma regra técnica que deve ser notificada nos termos da directiva.

51. Para uma formulação em termos assim tão gerais, a resposta é claramente afirmativa. O artigo 1.º, ponto 9, da directiva especifica que as regras técnicas incluem as «disposições legislativas, regulamentares e administrativas [...] destinadas a proibir [...] a utilização de um produto». Portanto, esta proibição cai na alçada da terceira categoria das regras técnicas, referida no ponto 9 do artigo 1.º da directiva e no n.º 7, *supra*.

52. Contudo, a norma em questão no processo nacional pode proibir não tanto a utilização do produto quanto, de forma mais indirecta, o fornecimento de um serviço que tem repercussões para essa utilização. A jurisprudência¹⁷ esclarece que o fornecimento ao público da oportunidade de utilizar máquinas de jogo constitui um serviço.

53. O tribunal nacional tem em conta essa possibilidade nas suas segunda e terceira questões.

16 — V. artigos 3.º, 7.º, 8.º, 23.º e 12.º, n.º 3, do Acordo sobre o EEE, em conjugação com o ponto 11 do Protocolo 1 e o ponto 1 do capítulo XIX do seu anexo II (JO 1994, L 1, p. 3, e, especialmente, pp. 9 a 11, 30, 38, 263 e 313 a 315).

17 — V., por exemplo, acórdão de 21 de Setembro de 1999, Lääri (C-124/97, Colect., p. I-6067), e acórdão Anomari, já referido na nota 14, especialmente, n.º 56.

A segunda questão

54. Portanto, interroga-se na segunda questão se a introdução na lei interna da proibição do fornecimento de um serviço que afecta a utilização de um produto pode constituir uma regra técnica que deva ser notificada nos termos da directiva.

55. Na versão aplicável da directiva, a obrigação de notificação aplicava-se unicamente às regras técnicas que afectassem os produtos e não às que afectassem os serviços. Foi apenas após a entrada em vigor da Directiva 98/34, com as alterações introduzidas pela Directiva 98/48, que essa obrigação foi estendida a um certo tipo de serviços, embora ainda não ao tipo daquele a que respeita o caso em apreço¹⁸.

56. Todavia, esse facto não é aqui relevante, pois que a questão não diz respeito às trocas de serviços, mas sim ao possível efeito nas trocas de mercadorias da proibição do fornecimento de um determinado serviço. Uma norma que proíbe um serviço que utiliza um determinado produto também proíbe manifestamente a utilização desse produto para o fornecimento desse serviço. Salvo se o produto puder ser utilizado sem

restrições para outros fins, a proibição pode, portanto, ter ainda o efeito ou de proibir totalmente a utilização desse produto ou de exigir que cumpra certos requisitos técnicos para poder ser utilizado para outro fim que seja permitido.

57. A este respeito, o Governo português alega, não obstante, que, de acordo com a máxima *accessorium sequitur principale*, as disposições que proíbem ou restringem um serviço, afectando assim a utilização de um produto que constitui um acessório necessário ao fornecimento desse serviço, não podem constituir regras técnicas que respeitem ao próprio produto.

58. Contudo, o Tribunal de Justiça esclareceu no acórdão Anomar que, apesar da ligação entre as duas, a actividade de exploração de máquinas de jogo cai no âmbito das disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços, ao passo que a sua importação cai no âmbito das disposições relativas à livre circulação de mercadorias¹⁹.

59. Por conseguinte, deve ser possível apreciar uma norma que afecta tanto a operação de máquinas de jogo como a sua utilização

18 — V. n.º 13, *supra*.

19 — Já referido na nota 14, n.º 55.

(que por seu turno afecta o comércio destas máquinas) no contexto tanto da livre prestação de serviços no que toca à primeira como no da livre circulação de mercadorias (incluindo a possibilidade de que possa constituir uma regra técnica) no que respeita à última.

60. Assim, no caso em apreço, uma norma que proíbe a organização de jogos, destinados ao público em geral e/ou a título lucrativo, em máquinas de jogo que não pagam elas próprias os prémios pode vir a ser considerada uma proibição da utilização dessas máquinas ou uma exigência de que estas máquinas sejam concebidas de tal modo que paguem elas próprias os prémios na forma de produtos, dinheiro, títulos de valor, bónus de jogo ou semelhantes.

61. No que respeita à primeira possibilidade, o Governo do Reino Unido alega que, como a legislação sueca meramente restringe, mas não proíbe, a utilização das máquinas controvertidas, não pode, por conseguinte, cair a esse respeito na alçada da definição de regra técnica.

62. Entendo, contudo, que é necessário examinar mais atentamente as possibilidades de utilização que não são abrangidas pela proibição.

63. Em que medida pode uma máquina de jogo servir o fim para que foi concebida se não for objecto de operação a título lucrativo e não for posta à disposição do público em geral? Possivelmente, continuarão a ser permitidos certos tipos de utilização privada, mas tenha-se em mente que a lei das lotarias sueca considera os clubes privados abrangidos pela definição de «público em geral»²⁰.

64. Na prática, uma proibição de utilização de um produto que não chegue ao ponto de proibir a respectiva posse nunca constituirá a proibição de todas as suas utilizações possíveis (uma máquina de jogo poderia ser utilizada como um encosto de porta, embora poucas pessoas haverá que queiram adquirir uma para esse fim).

65. Para apreciar se a proibição de um serviço que afecta a utilização de um produto corresponde à proibição da utilização desse produto, é necessário, em meu entender, não ter em conta as utilizações meramente marginais de que este pode ser objecto, mas que não constituem o fim para que foi concebido²¹. Quando são unicamente essas as que continuam a ser permitidas, haverá que entender estarmos perante uma proibição de utilização, uma vez mais, abrangida pela terceira categoria das regras técnicas, referida no ponto 9 do artigo 1.º da directiva

20 — Segundo parágrafo do § 1 da lei.

21 — V. acórdão Lemmens, já referido na nota 12, n.º 25.

e no n.º 7, *supra*. Se, por outro lado, as restantes utilizações possíveis são meramente restringidas em vez de serem puramente marginais, concordo com o Governo do Reino Unido de que não existe uma proibição de utilização para os fins da directiva.

66. Também concordo com a sugestão do Governo português, avançada na audiência, de que, se o produto em causa é uma máquina que pode ser programada para várias funções e a proibição apenas respeita a uma destas, uma vez mais também não existe uma proibição de utilização para os fins da directiva.

67. No que toca à segunda possibilidade — a de se poder considerar que uma norma que proíbe a organização de jogos em máquinas que não pagam elas próprias os prémios constitui uma exigência de que todas as máquinas de jogos sejam concebidas de tal modo que paguem elas próprias os prémios — são aplicáveis muitas das mesmas considerações. Em especial, não haverá que ter em conta a possibilidade de o produto ser objecto de várias utilizações marginais, mas que não constituem a finalidade da sua concepção.

68. Todavia, em vez de se determinar se a proibição do serviço em questão pode ser

considerada uma proibição total da utilização de determinado produto, haverá que apreciar se corresponde à proibição dessa utilização na medida em que o produto não cumpra certos critérios técnicos (aplicáveis no caso de outras utilizações que são permitidas). Isto equivalerá à exigência de que, para ser utilizado, o produto cumpra esses critérios e poderá, portanto, significar que a proibição constitui uma especificação técnica que estabelece as características que deve ter o produto, abrangida pela primeira categoria de regra técnica referida no ponto 9 do artigo 1.º da directiva e no n.º 5, *supra*, e definida no ponto 2 do artigo 1.º

69. No caso em apreço, creio que a exigência de que as máquinas de jogo sejam concebidas de forma a pagarem os prémios de determinados modos se insere manifestamente no significado normal da expressão «especificação técnica» e nada há no ponto 2 do artigo 1.º da directiva que a tal se oponha.

70. Assim sendo, quando o fornecimento de um serviço que utiliza um determinado produto é proibido, pelo que a utilização desse produto para o fornecimento desse

serviço é igualmente proibida, as questões a serem respondidas são: *A terceira questão*

- Pode esse produto ser de todo utilizado licitamente para qualquer outro fim, ao qual o destina a sua concepção e que não é puramente marginal?

- Na afirmativa, pode ser utilizado para esse fim unicamente se cumprir determinadas especificações técnicas?

71. Se a resposta à primeira questão for negativa, ou a resposta à segunda for afirmativa, a proibição do serviço constitui uma regra técnica que deve ser notificada nos termos da directiva.

72. Trata-se de uma apreciação que incumbe ao tribunal nacional, mas resulta da jurisprudência que previsivelmente a norma nacional controvertida será considerada uma regra técnica que requer notificação nos termos da directiva, salvo quando, de facto, existam meios de as máquinas em causa serem utilizadas para o fim ao qual a sua concepção as destina, designadamente o jogo, que não sejam puramente marginais e que não imponham que sejam concebidas de forma a pagarem elas próprias os prémios.

73. A terceira questão interroga se a redefinição na lei interna de um serviço ligado à concepção de um produto pode constituir uma regra técnica que deve ser notificada se a nova definição afectar a utilização do produto.

74. Seria simples, ou mesmo talvez útil, tentar uma resposta a essa questão assim em termos tão gerais. Deve ser entendida, no seu contexto, como referindo-se à redefinição de um serviço regulamentado (ou seja, um serviço que só é permitido no respeito de certas condições), o qual, uma vez que respeita à concepção de um produto que é utilizado nesse serviço, afecta a utilização do produto.

75. Uma parte significativa da resposta a esta questão decorre da resposta à segunda. Na medida em que um serviço seja restringido ou proibido de um modo tal que se proíba a utilização de um determinado produto, quer inteiramente quer salvo quando o produto cumpra certos critérios técnicos, a introdução da medida de restrição ou proibição constituirá uma regra técnica que deverá ser notificada na fase do respectivo projecto.

76. O elemento adicional na terceira questão é o facto de respeitar à redefinição do serviço e não à introdução da sua proibição.

cação, pode-se concluir *a contrario* que uma medida que realmente introduz especificações novas ou adicionais está sujeita a essa obrigação.

77. Já anteriormente remeti para o acórdão Colim e para o terceiro parágrafo do ponto 1 do artigo 8.º da directiva²² que, como salienta a Comissão, indicam a abordagem correcta para o caso em apreço.

80. Por outras palavras, é o efeito da redefinição e não o facto de se tratar de uma redefinição que determinará se deve ou não ser notificada.

A quarta questão

78. Nos termos da *ratio* do terceiro parágrafo do ponto 1 do artigo 8.º, qualquer redefinição de um serviço que tenha por efeito alterar significativamente o âmbito de uma regra técnica, aditando-lhe especificações ou exigências, ou tornando-as mais rigorosas, deve claramente ser notificada à Comissão e o mesmo deve valer *a fortiori* quando a redefinição introduz efectivamente uma regra técnica na acepção da directiva.

81. Por ultimo, o tribunal nacional pretende saber se:

— a substituição da exigência de autorização por uma proibição,

79. Se uma medida que reproduz ou substitui uma regra técnica existente, sem introduzir especificações novas ou adicionais, não está sujeita à obrigação de notifi-

— o valor do produto ou do serviço em questão,

— a dimensão do mercado do produto ou do serviço, ou

²² — V. n.ºs 46 e 47, *supra*.

- o facto de uma nova disposição relativa à utilização ter o efeito de uma proibição total de utilização ou de ser a utilização proibida ou limitada num de vários domínios de aplicação possíveis sujeitam o exercício de uma actividade a uma autorização prévia não constituem regras técnicas²³.

constituem factores que afectam a obrigação de notificação.

85. Os segundo e terceiro factores referidos parecem suscitar a questão de uma possível excepção *de minimis* à obrigação de notificação.

82. No que respeita aos primeiro e quarto destes factores, a resposta parece claramente decorrer do já anteriormente exposto.

86. Como salienta a Comissão, a directiva não especifica qualquer excepção desse tipo, salvo talvez a excepção territorial que pode resultar do ponto 9 do artigo 1.º: as especificações técnicas e outras exigências cujo cumprimento não é obrigatório pelo menos numa parte importante desse Estado não caiem na alçada da definição de regra técnica. Uma vez que de forma alguma se sugere que a proibição controvertida está de qualquer modo territorialmente circunscrita, esse aspecto não é relevante no caso em apreço.

83. A introdução de uma proibição de utilização de um produto cai na alçada da definição constante do ponto 9 do artigo 1.º da directiva, assim não acontecendo quanto a uma restrição que ainda permite a utilização do produto por outros meios que não sejam puramente marginais.

87. A isto acresce que, independentemente de haver ou não lugar para uma qualquer regra *de minimis* na determinação da existência de uma restrição às trocas — e o Tribunal de Justiça entendeu frequentemente que não há — semelhante abordagem não parece ser adequada no contexto de um sistema de controlo prévio, pois que o sistema foi especialmente concebido para

84. A este respeito, não parece ser relevante a questão de saber se a utilização que acaba de ser proibida era anteriormente autorizada sem restrições ou dependia de uma exigência de autorização, pois que as disposições que

23 — V. acórdão de 22 de Janeiro de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Colect., p. I-607, n.º 45).

permitir a apreciação do efeito potencial ou efectivo sobre as trocas. Em todo o caso, resulta das observações da Comissão que foi apresentado um certo número de denúncias pelos operadores, fabricantes e importadores suecos de máquinas de jogo do tipo em causa, a respeito dos efeitos restritivos da alteração de 1996. Esta situação tende a sugerir que os eventuais efeitos produzidos não são negligenciáveis.

91. Por exemplo, mantenho a minha opinião de que surgem dificuldades quando se segue essa abordagem em determinados processos entre particulares²⁴ e já anteriormente referi o entendimento do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer de que uma regra técnica que não foi notificada só deverá ser inaplicável se for susceptível de entravar a utilização ou a comercialização de determinado produto²⁵.

Observações finais

88. Com base na análise que proponho, parece possível, sem prejuízo de qualquer apuramento adicional da matéria de facto que se venha a revelar necessário, que o tribunal nacional venha a considerar que a alteração de 1996 constitui uma regra técnica na acepção da directiva.

92. Todavia, não parecem ter sido atingidos esses limites no caso em apreço, que se insere claramente na abundante jurisprudência no sentido de que as disposições nacionais incompatíveis com uma directiva que vincula um Estado-Membro não podem ser opostas a um particular, e que respeita a uma norma que indubitavelmente é susceptível de entravar a utilização ou a comercialização de determinado produto.

89. A ser assim, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, uma vez que a alteração não foi notificada à Comissão nos termos da directiva, os tribunais nacionais não a devem aplicar.

93. Nem é o presente caso comparável ao do acórdão Lemmens²⁶, no qual o Tribunal de Justiça declarou que inobservância da obri-

90. Contudo, entendo que devem ser impostos certos limites a essa obrigação de não aplicação dessas medidas.

24 — V. n.º 99 a 102 das conclusões que apresentei no processo que deu origem ao acórdão de 26 de Setembro de 2000, Unilever (C-443/98, Colect., p. I-7535).

25 — Nota 11, *supra*.

26 — Já referido na nota 12.

gação de notificação de uma regulamentação técnica relativa aos alcoolímetros não podia ser utilizada como defesa contra uma acusação criminal movida com base numa disposição diversa, mas assente na prova obtida por meio de um alcoolímetro autorizado em

conformidade com a regulamentação em causa. No caso em apreço, a acusação assenta na infracção à própria regulamentação não notificada e deverá ser possível apresentar como defesa a inobservância da obrigação de notificação.

Conclusão

94. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça dê as seguintes respostas ao Högsta Domstolen:

- «1) A introdução na lei interna de uma proibição de utilização de um produto constitui uma regra técnica que deve ser notificada nos termos da Directiva 83/189/CEE do Conselho.

- 2) A introdução na lei interna de uma proibição de um serviço que afecta a utilização de um produto constitui uma regra técnica que deve ser notificada nos termos da Directiva 83/189 se essa proibição tiver por efeito:

— não poder esse produto ser de todo utilizado licitamente para qualquer fim a que o destine a sua concepção e que não seja puramente marginal,

ou

— o produto poder ser utilizado para esse fim unicamente se cumprir determinadas especificações técnicas.

- 3) A redefinição na lei interna de um serviço ligado à concepção de um produto constitui uma regra técnica que deve ser notificada nos termos da Directiva 83/189, quando a nova definição afecte a utilização do produto por qualquer dos modos acima descritos.
- 4) A substituição na lei interna da exigência de autorização por uma proibição está sujeita à mesma obrigação de notificação que a introdução de uma proibição.
- 5) Factores como o maior ou menor valor do produto ou do serviço em questão, ou como a dimensão do mercado desse produto ou serviço, não têm relevância no que respeita à obrigação de notificação».