

## CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

PAOLO MENGOZZI

apresentadas em 4 de Março de 2010<sup>1</sup>

### I — Introdução

1. Uma indústria milionária relacionada com uma actividade arriscada e culturalmente delicada. Um serviço que, graças aos novos meios de comunicação, atravessa facilmente as fronteiras. Um sector não harmonizado relativamente ao qual existe apenas uma jurisprudência casuística.  
  
2. Todos estes elementos coexistem no sector do jogo. Não surpreende, por isso, que se trate de um sector extremamente conflituoso e que continuará, de certo, a gerar conflitos no futuro. As questões que aqui são analisadas são disso uma prova concreta, assim como muitas outras questões que, presente-mente, estão a ser apreciadas pelo Tribunal de Justiça<sup>2</sup>.  
  
3. A inexistência de direito comunitário derivado é, no caso em apreço, um factor determinante, que obriga os órgãos jurisdicionais a recorrer directamente aos Tratados. Não obstante o aumento apreciável, nos últimos anos, de jurisprudência sobre a matéria, ainda não existe uma base jurisprudencial suficiente para resolver os diferentes casos que, todos os dias, são submetidos aos órgãos jurisdicionais nacionais. É a estes que, em última instância, compete analisar, do ponto de vista do direito comunitário, regulamentações que restringem o acesso ao mercado do jogo nos Estados-Membros. Ao responder às questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça está obrigado a indicar-lhes a via a seguir para que possam realizar essa difícil tarefa.  
  
4. Nos processos aqui em causa, os Verwaltungsgericht (tribunais administrativos) de Gießen e de Stuttgart pedem ao Tribunal de Justiça que se pronuncie, em primeiro lugar, sobre a compatibilidade do monopólio das apostas desportivas e das lotarias existente na Alemanha com o direito comunitário, uma vez que consideram que a política nacional de restrição do jogo padece, alegadamente, de falta de coerência. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça deve pronunciar-se sobre a possibilidade de aplicar o princípio do reconhecimento mútuo às autorizações nacionais para a organização de apostas desportivas.

1 — Língua original: francês.

2 — V. processos Carmen Media Group (C-46/08), Engelman (C-64/08), Sociétés Zeturf Ltd (C-212/08) e Sjöberg e Gerdin (C-447/08 e C-448/08), pendentes no Tribunal de Justiça.

## II — Quadro jurídico

### B — Direito alemão

#### A — Legislação comunitária

5. Actualmente, o sector dos jogos de fortuna e azar não está harmonizado pelo direito comunitário. A Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno<sup>3</sup> exclui, expressamente, esses jogos do seu âmbito de aplicação: «[a] presente directiva não se aplica às seguintes actividades: [...] h) actividades de jogo a dinheiro que impliquem uma aposta com valor monetário em jogos de fortuna ou azar, incluindo lotarias, actividades de jogo em casinos e apostas» (artigo 2.º, n.º 2).

6. Esta inexistência de direito derivado obriga a recorrer ao direito originário, designadamente, no caso em apreço, ao artigo 49.º CE, cujo parágrafo primeiro proíbe «as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade [...] em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação».

7. Na Alemanha, as competências em matéria de jogo estão repartidas entre o Estado federal e os *Länder*. Na maior parte dos *Länder*, existe um monopólio regional para a organização das apostas desportivas e das lotarias, enquanto a exploração das máquinas de jogos e dos casinos está confiada a operadores privados devidamente autorizados.

#### 1. Direito federal

8. O § 284 do Strafgesetzbuch (código penal alemão, a seguir «StGb») dispõe que:

«1) Quem organizar ou explorar publicamente jogos de fortuna e azar sem autorização administrativa ou fornecer as instalações necessárias para esse efeito é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa.

3 — JO L 376, p. 36, a seguir «directiva serviços».

[...]

(3) Quem, nos casos previstos no n.º 1

10. No que respeita à autorização para a organização de apostas relativas às competições hípcas, o § 1 da RWLG dispõe que:

1. Fizer dessa actividade profissão [...]

«Um organismo que pretenda explorar uma empresa de apostas mútuas por ocasião de corridas de cavalos públicas ou outras provas públicas equestres deve, previamente, obter autorização das autoridades competentes de acordo com o direito do *Land*.

[...]

[...]

incorre numa pena de prisão de três meses a cinco anos.

3. A autorização apenas pode ser concedida aos organismos que garantam que as receitas se destinam, exclusivamente, ao desenvolvimento da actividade hípcica no *Land*.»

[...].»

9. A fixação das condições para atribuição das autorizações referidas no § 284 do StGB compete aos *Länder*, à excepção das autorizações para a organização das apostas relativas a competições hípcas oficiais e para a instalação e exploração das máquinas de jogos, as quais são atribuídas pelos *Länder*, mas em aplicação, respectivamente, das condições fixadas pela Rennwett und Lotteriegesezt (lei sobre as apostas e lotarias, a seguir «RWLG») e do Gewerbeordnung (código do comércio e da indústria).

11. O § 2, n.º 1, da RWLG dispõe que:

«Quem, no exercício de uma actividade comercial, pretenda fazer apostas relativas a provas públicas equestres ou servir de intermediário (Bookmakers) em tais apostas, deve, previamente, obter autorização das autoridades competentes de acordo com o direito do *Land*.»

## 2. Direito dos *Länder*

### a) O LottStV

12. Através do Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (Tratado relativo às Lotarias na Alemanha, a seguir «LottStV»), que entrou em vigor em 1 de Julho de 2004, os *Länder* criaram um quadro uniforme para a organização, exploração e localização comercial de jogos de fortuna e azar, com excepção dos casinos.

13. O § 1 do LottStV fixa os objectivos deste Tratado entre os *Länder*. Esses objectivos são:

«1. Canalizar de forma organizada e supervisionada a propensão natural da população para o jogo e, em especial, evitar que incida sobre os jogos de fortuna e azar não autorizados,

2. impedir as incitações excessivas ao jogo,

3. excluir a exploração da propensão para o jogo com o objectivo de obter proveitos particulares ou comerciais,

4. garantir que os jogos de fortuna e azar se realizam de forma regular e que a sua lógica é compreensível, e

5. garantir que uma parte significativa das receitas provenientes dos jogos de fortuna e azar é utilizada para promover objectivos públicos ou que beneficiem de um estatuto fiscal privilegiado, nos termos do código fiscal.»

14. De acordo com o § 5 do LottStV,

«1. No quadro dos objectivos previstos no § 1, os *Länder* devem assegurar uma oferta suficiente de jogos de fortuna e azar.

2. Nos termos da lei, os *Länder* podem desempenhar essa função directamente ou através de pessoas colectivas de direito público ou de sociedades de direito privado nas quais tenham participação determinante, directa ou indirecta, pessoas colectivas de direito público.

3. As pessoas referidas no n.º 2 estão autorizadas a actuar como organizadores ou executantes [...] apenas no *Land* onde desempenham as suas funções nos termos do n.º 2. Apenas podem comercializar, directa ou indirectamente, jogos de fortuna e azar nesse *Land*. Podem organizar ou realizar jogos de

fortuna e azar noutra *Land* apenas com autorização deste último. A obtenção dessa autorização não é um direito adquirido.

b) Legislação do *Land* de Hesse

4. As pessoas que não as referidas no n.º 2 têm apenas o direito de organizar lotarias e sorteios de acordo com o disposto na secção III.»

17. Nos termos do § 1, n.º 1, da Gesetz über staatliche Sportwetten, Zahlenlotterien und Zusatzlotterien in Hessen (lei relativa às apostas desportivas, ao loto e às outras lotarias oficiais do Hessen), apenas o *Land* está autorizado a organizar apostas desportivas no seu território, com excepção das apostas relativas às corridas de cavalos (n.º 1). Contudo, pode confiar a gestão dessas apostas e lotarias a uma pessoa colectiva de direito privado (n.º 4). A negociação comercial das apostas desportivas e das lotarias apenas pode ser efectuada nos postos de recepção de apostas autorizados (n.º 5).

15. O § 6 do LottStV, integrado na secção III, faz depender a organização pública de lotarias não abrangidas pelo § 5, n.º 2, de uma autorização prévia e enumera uma série de condições que devem ser preenchidas para que essa autorização seja concedida. O § 7, n.º 1, do LottStV exclui a possibilidade de conceder essas autorizações se a organização de tais lotarias, tendo em conta o volume geral da oferta de jogos de fortuna e azar existente, incentivar, de forma especial, essa paixão pelo jogo.

c) Legislação do *Land* de Baden-Württemberg

16. No quadro definido pelo LottStV, cada *Land* aprovou a sua própria regulamentação sobre os jogos de fortuna e azar, tomando a seu cargo a organização das lotarias e das apostas desportivas ou confiando-a a sociedades de direito privado por si controladas.

18. Nos termos do § 2 da Gesetz über staatliche Lotterien, Wetten und Ausspielungen (lei relativa às lotarias, apostas e lotos oficiais) do *Land* de Baden-Württemberg, o *Land* organiza o Loto, o Loto desportivo e a lotaria (n.º 1), e pode confiar a exploração dos jogos de fortuna e azar organizados pelo *Land* a uma pessoa colectiva de direito privado na qual detenha, directa ou indirectamente, uma participação determinante (n.º 4).

3. Acórdão do Bundesverfassungsgericht de 28 de Março de 2006

19. Em 28 de Março de 2006, o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemão) proferiu um acórdão<sup>4</sup> no qual declarou que o monopólio das apostas desportivas existente no *Land* da Baviera era incompatível com o direito fundamental da liberdade de empresa — consagrado no § 12 da Lei fundamental — na medida em que a sua estrutura jurídica, as suas modalidades de comercialização e a sua apresentação não tinham como finalidade contribuir, de forma consequente e activa, para o objectivo de reduzir a paixão pelo jogo e lutar contra o vício do jogo.

20. O acórdão, que dizia respeito ao *Land* da Baviera, pode, no entanto, ser extensível aos monopólios de apostas desportivas que existem noutros *Länder* e que apresentam as mesmas características.

21. O Bundesverfassungsgericht concedeu aos legisladores competentes um período transitório, que se estendia até 31 de Dezembro de 2007, para reestruturarem o monopólio em causa, de forma a tornar-se minimamente coerente com o objectivo de lutar contra o vício do jogo<sup>5</sup>.

4 — BVerfG, 1 BvR 1054/01.

5 — BVerfG, 1 BvR 1054/01, n.ºs 148 e segs., nos quais o Bundesverfassungsgericht especifica quais são as condições necessárias para adaptar — legislativa e administrativamente — o monopólio das apostas à Lei fundamental.

22. Com esse objectivo, os *Länder* celebraram um novo Tratado, o Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Tratado dos *Länder* relativo aos jogos de fortuna e azar na Alemanha), que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2008<sup>6</sup>.

### III — Litígios nos processos principais e questões prejudiciais

23. Os recorrentes nos seis litígios nos processos principais<sup>7</sup> dispõem de estabelecimentos comerciais, situados nos *Länder* Hessen e Baden-Württemberg, nos quais exercem a actividade de intermediários em apostas desportivas<sup>8</sup> por conta de organizadores de jogos de fortuna e azar estabelecidos noutros Estados-Membros. Esses organizadores são duas empresas austríacas — Happybet Sprtvetten GmbH<sup>9</sup> e web.coin Handelsges.m.b.H<sup>10</sup> —, uma empresa sediada em Malta — Fa. Tipico Co. Ltd<sup>11</sup> — e duas sociedades britânicas, uma

6 — O processo Carmen Media Group, já referido, aborda a questão da compatibilidade deste novo quadro jurídico, que não estava em vigor no momento dos factos em causa no caso em apreço, com o direito comunitário.

7 — Markus Stoß, Kulpa Automatenservice Asperg GmbH, SOBO Sport & Entertainment GmbH, Andreas Kunert, Avalon Service-Online-Dienste GmbH e Olaf Amadeus Wilhelm Happel.

8 — Todavia, no processo C-358/07, a recorrente, Kulpa Automatenservice Asperg GmbH, é proprietária do local que arrenda à empresa Allegro GmbH, que explora o negócio do jogo.

9 — Processos C-316/07 e C-409/07.

10 — Processo C-359/07.

11 — Processo C-360/07.

registada em Gibraltar — Fa. Digibet Ltd<sup>12</sup> — e outra em Londres — Happy Bet Ltd<sup>13</sup>. Todas estas sociedades foram autorizadas pelas autoridades locais competentes do local onde estão sedeadas a exercer actividade no sector das apostas desportivas.

24. Em 2005, 2006 e 2007, as autoridades competentes dos Länder Hessen e Baden-Württemberg (respectivamente, o Landrat de Wetterau e o Regierungspräsidium Karlsruhe) adoptaram uma série de decisões que proibiam os recorrentes de organizar apostas desportivas nos referidos *Länder*.

25. Essas decisões administrativas foram impugnadas nos Verwaltungsgericht (tribunais administrativos) de Gießen e de Stuttgart, com base em dois fundamentos: por um lado, porque os monopólios das apostas desportivas existentes nos *Länder* em causa violam a liberdade de estabelecimento (artigo 43.º CE) e a livre prestação de serviços (artigo 49.º CE) e, por outro lado, porque as empresas por conta das quais os recorrentes actuam dispõem de autorizações emitidas por outros Estados-Membros para organizar jogos de fortuna e azar, o que deveria ser suficiente para poderem exercer a mesma actividade na Alemanha.

26. Nos seus despachos de reenvio, os referidos tribunais manifestam dúvidas importantes quanto à compatibilidade da legislação alemã relativa ao jogo com o direito comunitário e apresentam ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais<sup>14</sup>, com base no artigo 234.º CE:

- «1. Os artigos 43.º e 49.º do Tratado CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a um monopólio nacional relativo a determinados jogos de fortuna e azar, como por exemplo as apostas desportivas, quando o Estado-Membro em questão carece, de uma maneira geral, de uma política coerente e sistemática de restrição dos jogos de fortuna e azar, em particular porque os organizadores nacionais autorizados incentivam a participação noutros jogos de fortuna e azar, como lotarias oficiais e jogos de casino, e ainda porque os prestadores de serviços privados podem propor outros jogos com um potencial perigo de viciação igual ou superior — como as apostas relativas a determinados eventos desportivos (por exemplo, corridas de cavalos) e as máquinas de jogos?
2. Os artigos 43.º e 49.º do Tratado CE devem ser interpretados no sentido de que através das autorizações de organização de apostas desportivas emitidas pelas autoridades nacionais competentes dos Estados-Membros, autorizações que não

12 — Processo C-358/07.

13 — Processo C-410/07.

14 — Para efeitos de simplificação, uniformizámos a redacção das duas questões prejudiciais apresentadas pelos órgãos jurisdicionais de reenvio.

são limitadas ao respectivo território nacional, o titular de uma autorização, bem como um terceiro por ele mandatado, tem o direito de, também no território de outros Estados-Membros, fazer propostas para a celebração de contratos e dar-lhes execução sem necessidade de autorizações nacionais adicionais?»

29. Na audiência, que teve lugar em 8 de Dezembro de 2009, compareceram para apresentar oralmente as suas observações os representantes dos recorrentes nos processos principais, do Wetteraukreis, do Land Baden-Württemberg, dos Governos alemão, belga, grego, italiano, português e norueguês e da Comissão.

#### IV — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

27. Os pedidos prejudiciais foram registados na secretaria do Tribunal de Justiça em 9 de Julho de 2007 (processo C-316/07), 2 de Agosto de 2007 (C-358/07, C-359/07 e C-360/07) e 3 de Setembro de 2007 (C-409/07 e C-410/07).

28. A Markus Stoß, a Kulpa Automaten-service Asperg GmbH, a SOBO Sport & Entertainment GmbH, o Wetteraukreis, os Governos alemão, belga, dinamarquês, espanhol, francês, italiano, lituano, neerlandês, austríaco, português, esloveno, finlandês e norueguês e a Comissão das Comunidades Europeias apresentaram observações escritas.

#### V — Quanto à primeira questão prejudicial

##### *A — Princípios fundamentais da jurisprudência em matéria de jogo*

30. A questão da relação entre as liberdades comunitárias e as diferentes políticas dos Estados-Membros em matéria de jogo foi tratada pelo Tribunal de Justiça numa jurisprudência muito rica que, desde o acórdão Schindler<sup>15</sup>, incidiu sobre a possibilidade de justificar medidas que restrinjam a livre prestação de serviços (artigo 49.º CE) ou a liberdade de estabelecimento (artigo 43.º CE) na União.

15 — Acórdão de 24 de Março de 1994 (C-275/92, Colect., p. I-1039).

31. A este propósito, essa jurisprudência dedica especial atenção à especificidade dos jogos de fortuna e azar, sector no qual não é possível abstrair «das considerações de ordem moral, religiosa ou cultural» e que comporta «riscos elevados de delito e de fraude» e favorece «uma incitação à despesa que pode ter consequências individuais e sociais nefastas»<sup>16</sup>. Tendo em conta este factor, e não existindo harmonização comunitária nesta matéria, o Tribunal de Justiça reconhece aos Estados-Membros um poder de apreciação suficiente para determinarem, de acordo com as respectivas escalas de valores, as condições necessárias à protecção dos jogadores, bem como, de forma mais geral, à protecção da ordem social<sup>17</sup>.

32. Assim, a jurisprudência, ainda que reconheça que a legislação nacional que proíbe determinados jogos de fortuna e azar<sup>18</sup> ou que restringe a sua exploração a um número limitado de concessionários, públicos ou

privados<sup>19</sup>, cria entraves, de forma discriminatória ou não, à livre prestação de serviços, autoriza tais restrições quando prossigam um objectivo de interesse geral<sup>20</sup>, como a redução das ocasiões de jogo ou a luta contra a fraude e a criminalidade<sup>21</sup>.

33. Os Estados-Membros são, por isso, livres de «fixar os objectivos da sua política em matéria de jogos de fortuna e azar» e de «definir com precisão o nível de protecção pretendido»<sup>22</sup>. Contudo, não é suficiente invocar, formalmente, esses objectivos: desde o acórdão Zenatti, já referido, o Tribunal de Justiça refere a necessidade de apreciar a coerência da legislação em questão relativamente aos objectivos invocados, bem como a sua proporcionalidade. Desde o acórdão Gambelli e o., igualmente já referido, este Tribunal exige, mais detalhadamente, que as restrições à livre prestação de serviços ou à liberdade de estabelecimento: 1) sejam aplicadas de maneira não discriminatória, 2) se justifiquem por razões imperiosas de interesse geral, 3) sejam aptas a garantir a realização

16 — Acórdãos Schindler, já referido, n.º 59 e 60; de 21 de Setembro de 1999, Läära e o. (C-124/97, Colect., p. I-6067, n.º 13); de 21 de Outubro de 1999, Zenatti (C-67/98, Colect., p. I-7289, n.º 14); de 6 de Novembro de 2003, Gambelli e o. (C-243/01, Colect., p. I-13031, n.º 63); de 6 de Março de 2007, Placanica e o. (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Colect., p. I-1891, n.º 47), e de 8 de Setembro de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International (C-42/07, Colect., p. I-7633, n.º 57).

17 — Acórdãos, já referidos, Schindler, n.º 32 e 61, Zenatti, n.º 15, Gambelli e o., n.º 63, Läära e o., n.º 14, Placanica e o., n.º 47, e Liga Portuguesa de Futebol e Bwin International, n.º 57.

18 — Por exemplo, as lotarias, como no acórdão Schindler, já referido.

19 — Ou mesmo a um único organismo público, como nos acórdãos Läära e o., já referido, de 11 de Setembro de 2003, Anomar e o. (C-6/01, Colect., p. I-8621), e Liga Portuguesa de Futebol e Bwin International, já referido, ou mesmo no caso em apreço.

20 — Acórdãos de 17 de Dezembro de 1981, Webb (279/80, Recueil, p. 3305, n.º 17); de 25 de Julho de 1991, Säger (C-76/90, Colect., p. I-4221, n.º 15), e Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Colect., p. I-4007, n.º 13).

21 — Acórdão Placanica e o., já referido, n.º 52.

22 — *Ibidem*, n.º 48.

desse objectivo, e 4) não ultrapassem o que é necessário para o atingir<sup>23</sup>.

34. No que respeita à terceira condição, há que recordar que «uma legislação nacional só é apta a garantir a realização do objectivo invocado, se responder verdadeiramente à intenção de o alcançar de uma forma coerente e sistemática»<sup>24</sup>. Consequentemente, um monopólio nacional no sector dos jogos de fortuna e azar como o que se afigura no caso em apreço está em conformidade com os artigos 43.º CE e 49.º CE desde que não seja discriminatório e que seja proporcionado e adequado (coerente, de acordo com a terminologia utilizada pela jurisprudência em matéria de jogo) relativamente ao objectivo de interesse geral prosseguido, que foi invocado como justificação.

*B — Reformulação da primeira questão prejudicial*

35. Na primeira questão prejudicial, os Verwaltungsgericht de Gießen e de Stuttgart

23 — Acórdãos Gambelli e o., já referido, n.º 65; de 13 de Novembro de 2003, Lindman (C-42/02, Colect., p. I-13519, n.º 29); Placanica e o., já referido, n.º 49, e Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, já referido, n.º 60. Em geral, relativamente ao teste clássico da compatibilidade com o Tratado, v. acórdãos de 31 de Março 1993, Kraus (C-19/92, Colect., p. I-1663, n.º 32), e de 30 de Novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.º 37).

24 — Acórdão Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, já referido, n.º 61.

colocam a questão da eventual incompatibilidade do monopólio relativo às apostas desportivas e das lotarias na Alemanha com os artigos 43.º CE e 49.º CE, uma vez que estimam que a política nacional de restrição do jogo padece de presumível falta de coerência.

36. Contudo, na minha opinião, esta formulação não é adequada, sob dois pontos de vista.

37. Em primeiro lugar, a redacção da questão não está correcta na medida em que parte de um diagnóstico prévio no sentido de que a legislação em questão é inadequada, apontando como sintomas a incitação pública à participação em jogos confiados a um monopólio e a abertura às empresas privadas de outros jogos com um potencial perigo de viciação provavelmente igual ou superior. Ora, em conformidade com a jurisprudência referida, a invocação desta incoerência é, em si mesma, suficiente para invalidar uma eventual justificação das restrições à livre prestação de serviços.

38. Por conseguinte, uma vez que os tribunais de Gießen e de Stuttgart pretendem saber se a configuração do monopólio das lotarias e das apostas desportivas respeita o Tratado, não há que partir da premissa da falta de coerência da legislação alemã relativa ao jogo, mas há que questionar se as circunstâncias referidas (abertura parcial de outros jogos e ampla publicidade) conduzem a uma incoerência desse tipo e, consequentemente,

originam uma incompatibilidade com o direito da União.

39. Em segundo lugar, entendo que esta análise da legislação alemã deve ser efectuada exclusivamente à luz das disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços (artigo 49.º CE). A liberdade de estabelecimento (artigo 43.º CE), que é, igualmente, invocada pelos órgãos jurisdicionais administrativos alemães, não é pertinente nos processos em apreço.

40. Todas os recorrentes nos processos em apreço são pessoas singulares ou colectivas alemãs que pretendem exercer uma actividade de intermediário em apostas desportivas por conta de sociedades sedeadas noutros Estados-Membros, sem que possa concluir-se que tenham tido a intenção de se instalar na Alemanha. Por isso, no caso em apreço não está em questão a liberdade de estabelecimento, mas apenas a livre prestação de serviços.

41. Tendo em conta as considerações antecedentes, a primeira questão prejudicial deve ser colocada nos seguintes termos, ou em termos semelhantes:

«O artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a um monopólio

nacional relativo a determinados jogos de fortuna e azar, como, por exemplo, as apostas desportivas, quando os organizadores a quem foram concedidas as autorizações nacionais incentivam a participação nesses jogos<sup>25</sup> e quando, além disso os prestadores de serviços privados podem propor outros jogos com um potencial perigo de viciação igual ou superior (por exemplo, as apostas relativas a determinados eventos desportivos, como as corridas de cavalos, e as máquinas de jogos). Deve considerar-se que tais circunstâncias impedem que a política em matéria de jogo seja coerente e sistemática na aceção da jurisprudência?»

42. Através desta primeira questão, os órgãos jurisdicionais de reenvio pedem ao Tribunal de Justiça que especifique a forma e os critérios de acordo com os quais há que apreciar a legislação nacional em matéria de jogo para que esta possa ser considerada «coerente», uma vez que tal é necessário para que a legislação seja aceitável para efeitos do Tratado. Os órgãos jurisdicionais de reenvio colocam, designadamente, a questão de saber se esta apreciação deve ser efectuada de forma global, relativamente à política de jogo em geral, ou antes jogo a jogo, de forma individualizada, de modo a que as decisões normativas ou os actos adoptados relativamente a um jogo não afectem a apreciação da legislação respeitante a outro jogo.

25 — Os dois órgãos jurisdicionais administrativos utilizam nesta questão a expressão “outros jogos” para, em seguida, apresentarem como exemplo as apostas desportivas e as lotarias (no caso do Verwaltungsgericht Stuttgart) e as lotarias e os casinos (no caso do Verwaltungsgericht Gießen). Penso que esta referência aos casinos, bem como a utilização do adjetivo “outros”, é incorrecta, uma vez que a argumentação dos órgãos jurisdicionais de reenvio está centrada na existência de uma ampla publicidade dos jogos que são objecto de monopólio por parte dos organizadores a quem foram concedidas as autorizações nacionais, e não na eventual incitação a participar em jogos abertos a operadores privados (como os casinos).

43. Atendendo à quantidade e à diversidade dos argumentos apresentados por todos os intervenientes e pelos autores da questão principal, considero que só é possível dar uma resposta útil a esta questão após a análise de três aspectos da legislação alemã aqui em causa: São eles: a sua natureza discriminatória ou não (C); o objectivo de interesse geral que prossegue (D), e a sua coerência ou a sua adequação a esse objectivo (E).

estão estabelecidos<sup>27</sup>. Pode considerar-se que os monopólios alemães relativos às apostas apresentam tal natureza, uma vez que atingem indistintamente todas as sociedades de jogo privadas, independentemente da sua nacionalidade e de estarem ou não estabelecidas em solo alemão.

#### C — Natureza não discriminatória

44. De acordo com jurisprudência uniforme, o artigo 49.º CE proíbe toda a discriminação do prestador em razão da sua nacionalidade ou com fundamento no facto de se encontrar estabelecido num Estado-Membro diferente daquele em que a prestação é efectuada<sup>26</sup>.

45. No sector específico dos jogos de fortuna e azar, o Tribunal de Justiça declarou que uma legislação nacional que proíba a qualquer pessoa, para além do organismo público autorizado, a exploração de um determinado jogo, não acarreta uma discriminação desde que atinja indistintamente todos os operadores interessados em tal actividade, independentemente da sua qualidade de nacionais do Estado-Membro em questão e do local onde

#### D — Objectivo de interesse geral

46. A etapa seguinte na apreciação de uma política restritiva dos jogos de fortuna e azar consiste em determinar o seu objectivo de interesse geral, uma vez que o Tribunal de Justiça só pode determinar se a legislação em causa é coerente com o seu objectivo se este for claro.

47. Parece resultar do § 1 do LottStV que, no caso da legislação alemã, este objectivo é múltiplo e inclui a prevenção da fraude e da incitação excessiva ao jogo, que, de acordo com o que o Tribunal de Justiça já afirmou, constitui uma razão imperiosa de interesse geral que pode, em certas condições, justificar limitações às actividades de jogo<sup>28</sup>.

26 — Acórdão *Collective Antennevoorziening Gouda*, já referido, n.º 10.

27 — Acórdão *Läärä e o.*, já referido, n.º 28.

28 — Acórdão *Placanica e o.*, já referido, n.º 52.

48. O referido parágrafo do LottStV refere, igualmente, a necessidade de «garantir que uma parte significativa das receitas provenientes dos jogos de fortuna e azar é utilizada para promover objectivos públicos ou que beneficiem de um estatuto fiscal privilegiado, nos termos do código fiscal» (§ 1, n.º 5, do LottStV). De acordo com a jurisprudência, nada impede a prossecução de tal finalidade, quando o objectivo de financiamento de actividades sociais, filantrópicas ou de interesse geral constitui apenas «uma consequência benéfica acessória, e não a justificação real, da política restritiva adoptada»<sup>29</sup>.

49. Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar se é isso o que se verifica na Alemanha ou se, de facto, como alegaram alguns recorrentes nos litígios nos processos principais, o objectivo de gerar receitas constitui a única finalidade do monopólio em questão no presente caso. Contudo, esta apreciação está directamente relacionada com o «teste da coerência» da política do jogo.

*E — Teste da adequação e da proporcionalidade da legislação*

50. Uma vez esclarecidos os dois aspectos anteriores, há que submeter as medidas

controvertidas ao teste designado por «hypocrisy test»<sup>30</sup>, que constitui o cerne da primeira questão prejudicial. Trata-se, mais concretamente, do teste clássico da adequação e da proporcionalidade da legislação em causa, que é realizado de forma conjunta pela jurisprudência em matéria de jogos.

51. Nos seus despachos de reenvio, os Verwaltungsgericht de Gießen e de Stuttgart invocam um conjunto de circunstâncias e de características da legislação alemã susceptíveis de pôr em causa a sua coerência e a sua proporcionalidade e, conseqüentemente, a sua compatibilidade com o Tratado.

52. Dois desses factores revestem, contudo, uma importância especial, na medida em que são os únicos que constam do dispositivo da questão prejudicial: em primeiro lugar, o desenvolvimento de uma actividade publicitária intensa para incitar à participação nos jogos que são objecto do monopólio, e, em segundo lugar, a abertura aos operadores privados de jogos que apresentam um perigo de viciação de superior.

29 — Acórdãos, já referidos, Schindler, n.º 60; Zenatti, n.º 36, e Gambelli e o., n.º 62.

30 — Spapens, T., Littler, A. e Fijnaut, C., *Crime, Addiction and the Regulation of Gambling*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 86, e Straetmans, G., *Common Market Law Review*, vol. 41 (2004), n.º 5, p. 1424.

1. Publicidade aos jogos em regime de monopólio

53. Os recorrentes nos litígios nos processos principais e os órgãos jurisdicionais de reenvio consideram que a política do jogo na Alemanha padece de incoerência porque o Estado desenvolve «uma actividade publicitária significativa» aos seus serviços (apostas desportivas e lotarias)<sup>31</sup>.

54. O Tribunal de Justiça já se debruçou sobre esta questão delicada no acórdão Gambelli e o., prevenindo as autoridades para o risco de se contradizerem sempre que tentem evitar um prejuízo que resulte de um comportamento que elas próprias incitaram: «sempre que as autoridades de um Estado-Membro incitem e encorajem os consumidores a participar nas lotarias, nos jogos de fortuna ou azar ou nos jogos de apostas a fim de que o Tesouro Público daí retire dividendos no plano financeiro, [...] não podem invocar [...] a necessidade de reduzir as ocasiões de jogo para justificar» medidas que limitam a livre prestação de serviços<sup>32</sup>.

55. Este argumento foi repetido e aprofundado no acórdão Placanica e o., quando o

Tribunal de Justiça observou que, de acordo com a jurisprudência da Corte suprema di cassazione, «o legislador italiano prossegue uma política expansiva no sector dos jogos de fortuna e azar com a finalidade de aumentar as receitas fiscais» e, conseqüentemente, a sua legislação não poderia encontrar qualquer justificação «nos objectivos da limitação da propensão para o jogo dos consumidores ou da limitação da oferta de jogos»<sup>33</sup>.

56. Contudo, o Tribunal de Justiça introduziu um esclarecimento importante: após ter recordado que tanto a Corte suprema di cassazione como o Governo italiano identificaram «como constituindo a finalidade real da legislação italiana em causa [...] [o facto de] prevenir a exploração das actividades de jogos de fortuna e azar com fins criminosos ou fraudulentos, canalizando-os para circuitos controláveis», afirmou que «[n]esta perspectiva, uma política de expansão controlada no sector dos jogos de fortuna e azar pode ser cabalmente coerente com o objectivo de atrair os jogadores que exercem actividades de jogos e apostas clandestinas, e como tais proibidas, para actividades autorizadas e regulamentadas»<sup>34</sup>. Contudo, para atingir este objectivo, «os operadores autorizados devem constituir uma alternativa fiável, mas simultaneamente atraente, a uma actividade proibida, o que pode, em si mesmo, implicar a oferta de uma extensa gama de jogos, uma publicidade de uma certa envergadura e o recurso a novas técnicas de distribuição»<sup>35</sup>.

31 — O Verwaltungsgericht Stuttgart, por exemplo, refere a divulgação intensa do «jackpot», criado para determinados sorteios, o qual, de acordo com esse órgão jurisdicional, «suscita no público a impressão — pouco realista — de que pode ganhar o jackpot» (despacho de reenvio da questão prejudicial no processo C-358/07, p. 9).

32 — Acórdão já referido, n.º 69.

33 — Acórdão já referido, n.º 54.

34 — No mesmo sentido, v. acórdão Läära e o., já referido, n.º 37.

35 — Acórdão Placanica e o., já referido, n.º 55.

57. Assim, o Tribunal de Justiça considerou justificada a actividade publicitária dos titulares dos direitos exclusivos no sector do jogo em Itália, na medida em que a restrição ao artigo 49.º CE se destinava a lutar contra a criminalidade.

58. Consequentemente, o acórdão Placanica e o., demonstrou, sem reservas, a coerência de uma legislação que visa prevenir condutas fraudulentas e criminosas neste domínio, permitindo, ao mesmo tempo, ao operador que beneficia do monopólio utilizar instrumentos de publicidade.

59. Mas, como será quando o objectivo da legislação nacional for combater o vício do jogo e limitar as ocasiões de jogo? Uma primeira leitura do n.º 69 do acórdão Gambelli e o. e do n.º 54 do acórdão Placanica e o. poderia levar a pensar que a jurisprudência exclui totalmente a adequação de uma norma que visa limitar o acesso aos jogos de fortuna e azar sempre que o operador que beneficia do monopólio faça publicidade dos seus serviços. Contudo, uma análise mais aprofundada das decisões já referidas realça as medidas de prudência ou as condições de que o Tribunal de Justiça rodeou esta tese inicial. Com efeito, incluiu, igualmente, como factor determinante da incoerência anteriormente referida o facto de a actividade publicitária dos jogos de fortuna e azar ser realizada «a fim de que o

Tesouro Público daí retire dividendos no plano financeiro»<sup>36</sup>.

60. O Tribunal da Associação Europeia de Comércio Livre tem o mesmo entendimento. No acórdão Ladbrokes/Noruega, utilizou o argumento da canalização da procura dos jogos no quadro da luta contra o vício. Baseando-se no acórdão Placanica e o., considera adequado utilizar medidas publicitárias para «dissuadir os jogadores dos jogos muito viciantes oferecidos através da Internet ou de outros canais que dificilmente podem ser suprimidos»<sup>37</sup>.

61. O simples exercício de uma actividade publicitária não é suficiente para impedir a realização do objectivo de limitar as ocasiões de jogo, desde que essa publicidade seja realizada de forma comedida e se destine, realmente, a concentrar o jogo em torno de uma oferta regulamentada e controlada, e não a aumentar as receitas fiscais que o Estado-Membro recebe através deste sistema. Apoiar a existência de monopólios ou de organizadores a quem foram concedidas autorizações nacionais e não lhes permitir promover os seus serviços não seria, na minha opinião, muito realista. Por isso, proponho que o Tribunal de Justiça estenda a tese que já sustentou no processo

36 — Acórdão Gambelli e o., já referido, n.º 69: «Ora, na medida em que as autoridades de um Estado-Membro incitem e encorajem os consumidores a participar em lotarias, jogos de azar ou jogos de apostas a fim de que o Tesouro Público daí retire benefícios no plano financeiro, as autoridades desse Estado não podem invocar a ordem pública social ligada à necessidade de reduzir as ocasiões de jogo para justificar medidas como as que estão em causa no processo principal». No mesmo sentido, o acórdão Placanica e o., já referido, n.º 54, refere que «o legislador italiano prossegue uma política expansiva no sector dos jogos de fortuna e azar com a finalidade de aumentar as receitas fiscais».

37 — Acórdão de 30 de Maio de 2007, E-3/06, n.º 54, tradução livre.

Placanica e o. ao objectivo de limitação das ocasiões de jogo, mas apenas no quadro restrito que acaba de ser definido.

escala que apresenta o jogo como forma de divertimento socialmente aceitável ou mesmo positivo<sup>41</sup>.

62. O controlo das condições compete ao juiz nacional. Contudo, no caso em apreço, o acórdão do Bundesverfassungsgericht de 28 Março de 2006 apresenta já uma análise da legislação e das práticas do sector do jogo na Alemanha<sup>38</sup>.

64. Da leitura do acórdão comentado, parece indiscutível que o monopólio em questão não reunia, no momento dos factos invocados nos processos principais, as condições necessárias para ser considerado coerente e sistemático. De acordo com o órgão jurisdicional superior alemão, a publicidade que era feita não era suficientemente moderada e não se destinava a limitar as ocasiões de jogo e a lutar contra o vício do jogo, mas sim a obter receitas fiscais para os cofres públicos.

63. Assim, a referida decisão declarava que «as apostas organizadas pelo Land Bayern não se destinam, de modo nenhum, a combater o vício do jogo e os comportamentos de vício do jogo»; pelo contrário, «a organização do sistema de apostas desportivas ODDSET prossegue, claramente, um objectivo fiscal, entre outros»<sup>39</sup>. O tribunal de Karlsruhe verificou esta situação, designadamente, no que respeita à comercialização do ODDSET, cuja situação actual, de acordo com aquele órgão jurisdicional, «é comparável à comercialização economicamente eficaz de uma actividade recreativa que é, fundamentalmente, inofensiva»<sup>40</sup>. Nesse sentido, refere a existência de uma campanha publicitária em larga

65. É certo que, desde 2006, verificaram-se várias alterações, tanto em termos de legislação como em termos de organização. Através destas alterações, os *Länder* pretendem ir ao encontro das condições impostas pelo Bundesverwaltungsgericht. O novo tratado dos *Länder* relativo aos jogos de fortuna e azar na Alemanha, em vigor desde 1 de Janeiro de 2008, bem como uma série de medidas, algumas das quais afectam directamente a actividade publicitária<sup>42</sup>, prosseguem este objectivo. Contudo, compete aos juízes nacionais verificar se esta nova situação deve ser tida em consideração para responder às questões da Markus Stoß e dos outros recorrentes e, em caso afirmativo, se a «metamorfose» que é

38 — A decisão dizia respeito à legislação do Land Bayern, mas é extensível a outros *Länder* que tenham monopólios semelhantes em matéria de apostas desportivas.

39 — BVerfG, I BvR 1054/01, n.ºs 132 e 133.

40 — *Ibidem*, n.º 134, tradução livre.

41 — *Ibidem*, n.º 136.

42 — De acordo com o Governo alemão, a publicidade das apostas desportivas «ODDSET» foi reduzida, tanto quantitativa como qualitativamente, após o acórdão. A partir dessa data, ficou limitada a conteúdos puramente informativos e desapareceu dos estádios, por exemplo.

suposto ter acontecido no sector é suficiente para se considerar que as condições já referidas se encontram reunidas.

## 2. Abertura de outros jogos aos operadores privados

66. Em segundo lugar, os Verwaltungsgericht de Gießen e de Stuttgart alertam para a incoerência que, alegadamente, se verificaria quando, por um lado, se implementa monopólio relativo à exploração das lotarias e das apostas desportivas para lutar contra o vício do jogo e a criminalidade e, por outro lado, se permite que, paralelamente, operadores privados proponham outros jogos com um potencial perigo de viciação provavelmente igual ou superior, como as apostas relativas a competições hípcas e as máquinas de jogos.

67. Na base deste argumento está a questão de saber se a análise da compatibilidade dos sistemas legais de jogo dos Estados-Membros como o direito da União deve ser efectuada de forma global ou numa perspectiva sectorial, jogo a jogo.

68. Os recorrentes nos litígios no processo principal consideram que a legislação relativa aos jogos de fortuna e azar de um Estado-Membro deve manter uma coerência de conjunto e não

apenas individualmente, relativamente a cada restrição. Invocam, neste sentido, o acórdão Gambelli e o., do qual retiram que o Tribunal de Justiça efectuou uma análise global da política italiana em matéria de jogo para se poder pronunciar sobre a legalidade de uma medida restritiva concreta.

69. Esta primeira impressão relativamente ao acórdão Gambelli e o. está errada. A alusão que é feita, no seu n.º 69, à publicidade a jogos diferentes dos que são abrangidos pela restrição em causa significa que a incitação excessiva à participação num determinado jogo (apostas, lotarias ou outro) impediria o Estado de utilizar o argumento da luta contra o vício quanto a esse jogo, e de justificar a limitação da concorrência nesse domínio específico.

70. No acórdão Placanica e o., que se seguiu, o Tribunal de Justiça pronunciou-se mais claramente a favor de uma análise diferenciada, explicando que há que «examinar separadamente [a coerência e a proporcionalidade de] cada uma das restrições impostas pela legislação nacional»<sup>43</sup>. O facto de, desde os primeiros acórdãos nesta matéria, o Tribunal de Justiça ter analisado exclusivamente a restrição controvertida, sem efectuar uma apreciação global da legislação relativa a todos os jogos de fortuna e azar no Estado-Membro em causa confirma esta ideia. No acórdão Schindler, por exemplo, considerou que a interdição das lotarias que consta da legislação britânica estava em conformidade com o Tratado, sem analisar a legislação relativa às apostas

43 — Acórdão já referido, n.º 49.

desportivas que existe nesse país, a qual é, reconhecidamente, uma das mais liberais da União Europeia.

Justiça nunca sustentou que havia que liberalizar «tudo ou nada»; as palavras utilizadas nos acórdãos indicam, claramente, que se trata de uma matéria na qual há que resolver os problemas caso a caso.

71. No mesmo sentido, pode referir-se o acórdão de 13 de Julho de 2004, Comissão/França<sup>44</sup>, que dizia, igualmente, respeito a uma restrição ao artigo 49.º CE, se bem que esta era justificada por razões de protecção da saúde pública: «no que respeita ao argumento de que o regime francês de publicidade televisiva é incoerente, pois só se aplica a bebidas alcoólicas com um teor de álcool superior a 1,2º, que apenas diz respeito à publicidade televisiva e que não se aplica à publicidade ao tabaco, basta responder que compete aos Estados-Membros decidir do nível a que pretendem assegurar a protecção da saúde pública, e o modo como esse nível deve ser alcançado» (acórdão já referido, n.º 33).

73. Esta interpretação está muito mais em conformidade com a ideia que constitui o fundamento da jurisprudência em matéria de jogos de fortuna e azar, de acordo com a qual há que reconhecer aos Estados-Membros um poder de apreciação para determinar as condições necessárias para assegurar a protecção dos jogadores e a ordem social, segundo a sua própria escala de valores<sup>46</sup>. Por razões de ordem moral ou cultural, os Estados-Membros não têm a mesma percepção dos diferentes jogos de fortuna e azar, o que explica que, independentemente do potencial perigo de viciação, e sem pôr em causa a vontade sincera das autoridades públicas de velar pelos interesses dos cidadãos, a participação em determinados jogos seja mais livre nuns países do que noutros.

72. De acordo com as decisões já referidas, considero que a legislação relativa aos diferentes jogos de fortuna e azar num Estado-Membro não pode ser tratada como um todo, e que há que analisar, separadamente, cada restrição e cada jogo<sup>45</sup>. O Tribunal de

74. De qualquer modo, e à margem da discussão relativa à questão de saber se há que analisar a adequação das medidas restritivas num quadro sectorial ou não, entendo que a opção legislativa que consiste em instituir um monopólio relativo a determinados jogos deixando outros nas mãos de privados não é, *a priori*, incoerente com o objectivo de lutar contra a fraude, nem com o objectivo de limitar as ocasiões de jogo num Estado-Membro, desde que as autoridades públicas assegurem um certo controlo sobre os operadores, e que

44 — C-262/02, Colect., p. I-6569.

45 — Quanto a este ponto, estou de acordo com a opinião expressa pela Comissão no n.º 35 das suas observações.

46 — Acórdãos, já referidos, Schindler, n.º 61; Zenatti, n.º 15; Gambelli e o., n.º 63; Läärrä e o., n.º 14; Placanica e o., n.º 47, e Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, n.º 57.

a oferta dos jogos abrangidos pelo monopólio seja inferior à que poderia existir com um prestador privado<sup>47</sup>.

75. Por outro lado, o potencial de viciação de certos jogos de fortuna e azar não constitui, na minha opinião, o único critério para avaliar o perigo que representam relativamente aos objectivos da política em matéria de jogo. Ainda que muitos estudos indiquem que as máquinas de jogos e os casinos originam viciação no jogo mais frequentemente do que as lotarias e as apostas desportivas, tal não significa que as duas primeiras representem um perigo maior para a realização dos objectivos da luta contra a criminalidade (isso depende do sector que, em cada país, é mais susceptível de actividades fraudulentas), nem para o objectivo que consiste em reduzir as ocasiões de jogo. Como o Governo dinamarquês refere pertinentemente, a diferença entre os dois grupos de jogos está no facto de o casino e as máquinas de jogos exigirem a presença física do jogador, a qual não é necessária para participar nas lotarias e nas apostas desportivas. Por essa razão, mesmo no caso de haver várias empresas concessionárias da exploração de casinos (ou de máquinas de jogos), cada uma actua num território

delimitado: o aumento da oferta em relação a uma eventual situação de monopólio é limitado. Pelo contrário, o aumento do número de prestadores de jogos que beneficiam de difusão nacional, como as lotarias ou as apostas desportivas (as quais, além disso, podem ser feitas através da Internet), geraria um crescimento significativo da concorrência e, muito provavelmente, um aumento considerável das ocasiões de jogo.

76. Tendo em conta as considerações que antecedem, também não há que proceder a uma análise comparativa da política em matéria de jogos com um potencial perigo de viciação semelhante. A compatibilidade de um monopólio relativo a um jogo com o artigo 49.º CE deve ser analisada separadamente e considerando a sua adequação ou a sua coerência relativamente ao objectivo visado.

### 3. Outros factores

47 — Nesse sentido, há que referir o acórdão de 5 de Junho de 2007 (Rosengren e o., C-170/04, Colect., p. I-4071, n.º 47), relativo ao monopólio de distribuição de bebidas alcoólicas na Suécia, no qual o Tribunal de Justiça declarou que um monopólio nacional que não limita a oferta de um produto perigoso é inadequado para a prossecução do objectivo de lutar contra o vício. Contudo, o Governo alemão considera que esta condição se verifica no caso em apreço, na medida em que a Staatliche Toto-Lotto-GmbH apenas permite apostar no resultado final dos encontros ou dos eventos desportivos programados e que a possibilidade, geralmente oferecida pelas empresas privadas, de apostar nas circunstâncias do seu desenvolvimento, como, por exemplo, o número de golos, de pontapés de canto ou de cartões (n.ºs 28 e 61 das observações do Governo alemão), não existe no caso em apreço.

77. Os órgãos jurisdicionais de reenvio e as partes nos litígios nos processos principais suscitaram, igualmente, outros elementos ou

factores susceptíveis de pôr em risco a coerência do regime do jogo na Alemanha. Em seguida, procederei a uma análise sucinta desses elementos e circunstâncias.

disposições podem destinar-se a diminuir o jogo na Internet, dado o elevado perigo de viciação a este associado.

a) A Internet permite contornar o monopólio

b) Não existe um estudo prévio sobre a coerência e a proporcionalidade das medidas

78. De acordo com o Verwaltungsgericht Stuttgart, é possível evitar a restrição que o monopólio alemão relativo às apostas desportivas representa recorrendo aos serviços que operadores autorizados noutros Estados-Membros oferecem através da Internet, o que «evidencia os limites e as inevitáveis deficiências de que as medidas nacionais sofrem».

80. De acordo com os órgãos jurisdicionais de reenvio, a coerência e a proporcionalidade da legislação alemã não foram demonstradas por uma análise prévia dos potenciais perigos de viciação no jogo e das alternativas para evitá-los, como tem vindo a exigir o Tribunal de Justiça, desde o acórdão Lindman<sup>48</sup>.

79. Tal como o Governo francês refere nas suas observações, as dificuldades que um Estado pode encontrar na sua missão de fazer respeitar a legislação nacional não são pertinentes para apreciar a compatibilidade desta com o direito da União. A limitação estabelecida pela legislação nacional será, em si mesma, compatível ou incompatível com o Tratado, e a facilidade que possa existir em desenvolver um comportamento contrário a estas regras nacionais não releva a este propósito, até porque, como o Governo finlandês recorda nas suas observações, essas

81. O acórdão referido considerou que o artigo 49.º CE se opunha à legislação fiscal finlandesa que isentava do imposto sobre o rendimento os prémios de lotarias organizadas na Finlândia e tributava os prémios de jogos organizados noutros Estados-Membros, afirmando, designadamente, que «as razões justificativas susceptíveis de ser invocadas por um Estado-Membro devem ser acompanhadas da análise da oportunidade e da proporcionalidade da medida restritiva adoptada por esse Estado», o que não acontecera no caso em apreço, uma vez que os autos remetidos ao Tribunal de Justiça «não revelam qualquer elemento de natureza estatística ou

<sup>48</sup> — Acórdão já referido.

outro que permita concluir pela gravidade dos riscos ligados à prática de jogos de fortuna e azar nem, *a fortiori*, pela existência de uma conexão particular entre tais riscos e a participação de nacionais do Estado-Membro em causa em lotarias organizadas noutros Estados-Membros»<sup>49</sup>.

82. Deste acórdão resulta, tão-só, que o ónus da prova da proporcionalidade e da coerência das restrições à livre prestação de serviços recai, exclusivamente, sobre o Estado-Membro, sem que o Tribunal de Justiça tenha alguma vez pretendido impor que esta defesa seja tornada pública antes da adopção da legislação controvertida, ou que tenha de se materializar em estudos estatísticos como sugere uma das recorrentes<sup>50</sup>.

83. O n.º 50 do acórdão Placanica e o., já referido, não põe em causa a afirmação anterior: a existência de um estudo ou de um inquérito prévio que sirva de base à justificação apresentada por um Estado-Membro, como foi o caso no processo italiano, é uma vantagem mas não constitui uma condição *sine qua non*.<sup>o</sup> Tal como salienta, pertinentemente, a Comissão, a mera inexistência de um controlo prévio relativamente ao respeito pelas liberdades fundamentais do Tratado não implica que seja impossível justificar uma disposição nacional restritiva.

c) Outros *Länder* admitem excepções ao regime de monopólio

84. Os recorrentes nos litígios nos processos principais salientam igualmente, como elementos susceptíveis de comprometer a coerência do sistema, certas excepções injustificadas ao regime de monopólio, como a manutenção de quatro autorizações de jogo concedidas, à época, a empresas privadas pela República Democrática Alemã, ou o regime de concessão a particulares actualmente em vigor no *Land* da Renânia-Palatinado<sup>51</sup>.

85. Se se confirmarem, será difícil declarar que tais especificidades são compatíveis com um sistema que defende a limitação do número de operadores como um meio para reduzir as ocasiões de jogo e lutar contra a criminalidade<sup>52</sup>. Caberá, contudo, aos órgãos jurisdicionais alemães realizar essa análise tendo em conta os argumentos das partes.

49 — N.ºs 25 e 26 do acórdão.

50 — Em concreto, Markus Stoß.

51 — Os recorrentes informaram ainda, na audiência, que o próprio *Land* de Schleswig-Holstein admitiu, no passado, a possibilidade de se retirar do tratado entre os *Länder* para, assim, liberalizar totalmente o sector dos jogos de fortuna e azar.

52 — O facto de se tratar de regulamentações implementadas noutros *Länder* não torna essas alegações desprovidas de fundamento. Tal como exponho, desenvolvidamente, nas minhas conclusões no processo Carmen Media Group, já referido, a regulamentação e a organização de cada jogo deve ser analisada de forma independente, mas sempre numa perspectiva nacional; no caso em apreço, tendo em conta todo o Estado federal Alemão.

F — *Corolário*

86. Tendo em conta as considerações antecedentes, considero que o artigo 49.º CE é compatível com um monopólio público sobre determinados jogos de fortuna e azar que não seja gerador de discriminações em razão da nacionalidade ou do país de estabelecimento, que prossiga um ou mais objectivos de interesse geral e que seja proporcional e coerente ou adequado relativamente a esses objectivos.

87. A apreciação destas condições compete ao juiz nacional. Contudo, no que respeita à análise da incoerência, há que ter em conta as circunstâncias a seguir referidas.

88. Por um lado, o facto de os monopolistas incitarem à participação nos jogos de fortuna e azar não é suficiente para considerar que a legislação em causa é incoerente ou inadequada quando a actividade publicitária seja comedida e se destine, realmente, a lutar contra a criminalidade ou a canalizar o desejo de jogar para uma oferta regulamentada e controlada, e não a aumentar as receitas do Tesouro Público.

89. Por outro lado, o facto de se admitir que operadores privados proponham jogos com um potencial perigo de viciação provavelmente igual ou superior ao dos jogos submetidos ao regime de monopólio também não

é, só por si, incoerente ou inadequado relativamente aos objectivos de interesse público e não torna desproporcionada a decisão de submeter as apostas e as lotarias a um monopólio de Estado, desde que as autoridades públicas assegurem um controlo suficiente sobre os operadores privados e que a oferta dos jogos submetidos ao regime de monopólio seja inferior à que poderia existir com um prestador privado.

VI — **Segunda questão prejudicial**

90. Na segunda questão prejudicial, os Verwaltungsgericht de Gießen e de Stuttgart questionam o Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de se aplicar o princípio do reconhecimento mútuo às autorizações para organização de apostas desportivas.

91. Trata-se, afinal, de saber se os artigos 43.º CE e 49.º CE devem ser interpretados no sentido de que as autorizações concedidas por um Estado-Membro e que não estejam limitadas ao seu território permitem que os seus titulares exerçam a mesma actividade noutro Estado-Membro, sem que seja necessário obterem uma nova autorização.

92. Três factores levam-me a responder negativamente a esta segunda questão: 1) a jurisprudência relativa aos monopólios e outras restrições ao artigo 49.º CE, que é inequívoca; 2) o insucesso das tentativas de harmonização do sector do jogo e 3) a generalização das técnicas contrárias à confiança.

1. Aceitação jurisprudencial dos monopólios e outras restrições ao artigo 49.º CE no sector do jogo

93. Tal como já expus, desenvolvidamente, no título V das presentes conclusões, o Tribunal de Justiça admite abertamente e sem ambiguidades, se bem que sob determinadas condições, os monopólios e outras restrições que incidam sobre o número de operadores no sector dos jogos de fortuna e azar: o acórdão Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, já referido, constitui uma clara confirmação desta tendência.

94. Uma vez admitida esta possibilidade, o funcionamento homogéneo — para toda a União Europeia — de um sistema de reconhecimento mútuo de autorizações em matéria de jogos deixa, pura e simplesmente, de ter cabimento. Se um Estado-Membro no qual exista um monopólio sobre os jogos (sistema que, aliás, respeita as exigências do Tratado) tivesse de ter em conta as autorizações concedidas nos outros Estados-Membros da União, a jurisprudência referida seria impraticável e desprovida de sentido.

95. Tal como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Säger<sup>53</sup>, as restrições à livre

prestação de serviços podem ser justificadas por razões de interesse geral desde que «tal interesse não esteja salvaguardado por normas a que o prestador esteja sujeito no Estado-Membro onde estiver estabelecido». Se, tendo em conta os critérios estabelecidos pela jurisprudência, se verificar que uma legislação nacional que tenha optado por um regime de monopólio com base num fundamento específico de interesse público é legítima e respeita o Tratado, parece impossível afirmar que outro país que demonstre uma maior abertura do mercado oferece aos seus cidadãos o mesmo nível de protecção relativamente a esse interesse público (*a fortiori*, se se tiver em conta as diferenças de ordem cultural e até mesmo moral que presidem às concepções que os Estados têm nesta matéria). Se assim não fosse, a solução do monopólio seria desproporcionada e, conseqüentemente, ilegítima. O reconhecimento mútuo, ainda que com as precauções do acórdão Säger é, conseqüentemente, incompatível com a jurisprudência actual.

96. Apenas em teoria poderá defender-se o reconhecimento mútuo das autorizações entre Estados que tenham um nível equivalente de abertura no sector do jogo e regimes de autorização semelhantes com a mesma finalidade. Contudo, a realidade do sector e a ausência de harmonização que o caracteriza opõem-se à viabilidade deste reconhecimento mútuo parcial<sup>54</sup>.

54 — V., neste sentido, Korte, S., «Das Gambelli-Urteil des EuGH: Meilenstein oder Rückschritt in der Glücksspierechtsprechung?», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 23. Jahrg., (2004), Heft 12, p. 1452. Mesmo sem monopólio, a diferença entre os níveis de exigência relativamente aos operadores privados originaria um indesejável «nivelamento por baixo» («race to the bottom»), uma redução progressiva da regulamentação do sector em determinados Estados com a finalidade de atrair empresas para o seu território (Littler, A., «Regulatory perspectives on the future of interactive gambling in the internal market», *European Law Review*, vol. 33, 2008, n.º 2, p. 226).

53 — Acórdão já referido, n.º 15.

## 2. Inexistência de harmonização

97. Em segundo lugar, o reconhecimento mútuo não parece ser possível sem uma harmonização comunitária do sector do jogo, o que não parece que venha a acontecer num futuro próximo. Os n.ºs 144 a 148 das conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer no processo Placanica e o. são o reflexo fiel de tal desiderato, o qual, à época, era ainda realista — apesar da frustração de várias tentativas anteriores — graças ao conteúdo da chamada proposta «Bolkenstein»<sup>55</sup> da directiva serviços.

98. Contudo, a versão final da directiva serviços não incluiu no seu âmbito de aplicação os jogos de fortuna e azar<sup>56</sup>, «tendo em conta a especificidade dessas actividades, que implicam a aplicação pelos Estados-Membros de políticas relacionadas com a ordem pública e a defesa dos consumidores»<sup>57</sup>.

99. Esta exclusão dos jogos de fortuna e azar não altera em nada a aplicação da liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços neste sector<sup>58</sup> e não atribui aos Estados-Membros

uma margem de actuação mais ampla do que a que lhes foi reconhecida, até agora, pelo Tribunal de Justiça sempre que interpretou os Tratados. Contudo, após esta expressão clara da vontade do legislador comunitário, não há que manter a esperança, pelo menos a curto prazo, numa harmonização do sector. Ora, sem esta harmonização, é difícil assegurar o reconhecimento mútuo das autorizações em matéria de jogo.

100. É que o princípio do reconhecimento mútuo, ainda que seja atraente, está longe de ser uma «solução milagrosa»<sup>59</sup>. Em determinados sectores, as enormes diferenças entre as legislações dos Estados-Membros tornam impossível a aplicação do princípio que, apesar do seu potencial muito forte como instrumento de realização do mercado interno, é, pela sua própria natureza, um instrumento que tem limitações<sup>60</sup>.

101. Consequentemente, sem harmonização, existirão sempre limitações à aplicação da livre circulação. O trabalho da jurisprudência consiste em delimitar as restrições que, nesse domínio não harmonizado, respeitem as disposições do Tratado.

55 — Do nome do Comissário que a apresentou.

56 — Artigo 2.º, n.º 2, alínea h), da directiva serviços.

57 — Considerando vigésimo quinto da directiva serviços.

58 — Os jogos de fortuna e azar continuam a ser consideradas serviços para efeitos do Tratado (acórdão Schindler, já referido, n.º 25).

59 — V., neste sentido, Barnard, C., *The substantive Law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, 2ª Ed., 2007, p. 591.

60 — V., igualmente, Hotzopoulos, V., *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle et de libre prestation de services*, Dissertação de doutoramento em Direito, apresentada e defendida publicamente em 6 de Dezembro de 1997, na Universidade Robert Schuman de Estrasburgo, p. 158.

102. A directiva serviços demonstra que, se se pretender que as autoridades do Estado em que o serviço será oferecido validem os controlos realizados no país de estabelecimento do prestador do serviço, haverá que fornecer-lhes os instrumentos para que o façam com as melhores garantias possíveis. Para esse efeito, todo o capítulo VI (artigos 28.º a 36.º) da directiva é dedicado à regulação da cooperação administrativa entre Estados-Membros, o que inclui a obrigação de intercâmbio de informações sobre os prestadores de serviços, uma clara repartição de competências entre os Estados envolvidos, bem como um mecanismo de alerta.

103. Este grau de colaboração não existe, no momento actual, no sector do jogo, no qual, pelo contrário, proliferaram certas práticas que são contrárias à confiança mútua.

### 3. Práticas contrárias à confiança mútua

104. Em terceiro lugar, os processos que, presentemente, correm os seus termos no Tribunal de Justiça realçam a existência de práticas nacionais que são, elas próprias, susceptíveis de destruir a confiança mútua (artigo 10.º CE) sobre a qual deve fundar-se uma eventual harmonização do sector ou, pelo menos, o

sistema de reconhecimento mútuo das autorizações em matéria de jogo<sup>61</sup>. Refiro-me à técnica que consiste em atribuir autorizações extraterritoriais ou «off-shore», que é utilizada pelas autoridades de Malta ou de Gibraltar, por exemplo. A questão coloca-se, especialmente, no processo Carmen Media Group, já referido, e aí procedo à sua análise mais pormenorizada quanto a este aspecto. Contudo, esta realidade constitui, no caso em apreço, um argumento suplementar quanto à necessidade de excluir um reconhecimento mútuo que não pode resultar de uma situação de violação da confiança mútua entre os Estados-Membros.

### 4. Corolário

105. Para concluir, a inexistência de harmonização, a generalização das autorizações «off-shore» e a aceitação jurisprudencial dos monopólios e outras restrições neste domínio levam-me, no estado actual do direito da União e da jurisprudência, a negar a viabilidade de um sistema de reconhecimento mútuo no sector dos jogos de fortuna e azar.

## VII — Conclusão

106. Tendo em conta as considerações que antecedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais colocadas pelos Verwaltungsgericht de Gießen e de Stuttgart da seguinte forma:

61 — V. n.º 128 das conclusões apresentadas no processo Placanica e o., já referido.

«1) O artigo 49.º CE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à existência de um monopólio de Estado relativo a determinados jogos de fortuna e azar (como, por exemplo, as apostas desportivas),

— ainda que os organizadores a quem foram concedidas autorizações nacionais incentivem a participação nesses jogos, quando a actividade publicitária for comedida e realmente se destine a lutar contra a criminalidade ou a concentrar o jogo em torno de uma oferta regulamentada e controlada, e não a aumentar as receitas do Tesouro Público;

— e ainda que os prestadores de serviços privados estejam autorizados a propor jogos com um potencial perigo de viciação provavelmente igual ou superior (como as apostas relativas a corridas de cavalos e as máquinas de jogos), desde que as autoridades públicas assegurem um certo controlo sobre esses operadores privados e que a oferta de jogos abrangidos pelo monopólio seja inferior à que poderia existir com um prestador privado.

Se estas condições se verificarem, as circunstâncias indicadas não impedem que uma política de jogo seja coerente e sistemática na acepção da jurisprudência. O seu controlo compete ao juiz nacional.

2) Os artigos 43.º CE e 49.º CE devem ser interpretados no sentido de que as autorizações de organização de apostas desportivas emitidas pelas autoridades nacionais competentes dos Estados-Membros, que não sejam limitadas ao respectivo território nacional, não permitem que o titular da autorização, ou terceiros por este mandatados, façam propostas e celebrem contratos no território de outros Estados-Membros.»