



## Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL  
ELEANOR SHARPSTON  
apresentadas em 14 de novembro de 2013<sup>1</sup>

**Processo C-390/12**

**Robert Pflieger**  
**Autoart a.s.**  
**Mladen Vucicevic**  
**Maroxx Software GmbH**  
**Ing. Hans-Jörg Zehetner**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes  
Oberösterreich (Áustria)]

«Artigo 56.º TFUE — Livre prestação de serviços — Jogos de fortuna ou azar — Legislação que proíbe a disponibilização de máquinas de jogo sem licença — Número reduzido de licenças — Sanções penais — Proporcionalidade — Carta dos Direitos Fundamentais»

1. A legislação austríaca restringe a organização de jogos de fortuna ou azar em máquinas de jogo a operadores licenciados. O número de licenças disponíveis é reduzido. As máquinas de jogo sem licença que sejam colocadas à disposição do público são confiscadas e destruídas. Aplicam-se sanções administrativas ou penais a quem estiver envolvido na organização de jogos de fortuna ou azar não licenciados.

2. O Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Tribunal Administrativo Independente do Land Oberösterreich) pretende saber se o artigo 56.º TFUE e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>2</sup> (a seguir «Carta») se opõem a essas restrições e/ou às sanções aplicadas em caso de infração.

### Quadro jurídico

#### *Direito da União*

#### Carta dos Direitos Fundamentais

3. Nos termos do artigo 15.º, n.º 2, da Carta, todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro. Nos termos do artigo 16.º, é reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais. O artigo 17.º garante o direito de fruir da propriedade dos bens

1 — Língua original: inglês.

2 — JO C 83, p. 389.

legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte, só podendo estes ser confiscados por razões de utilidade pública e conforme previsto por lei, mediante justa indemnização; estipula que a utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral.

4. O artigo 47.º prevê que toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados deve ter direito a uma ação perante um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. O artigo 50.º dispõe que ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.

5. O artigo 51.º, n.º 1, refere que as disposições da Carta têm por destinatários os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União.

#### Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

6. O artigo 56.º TFUE proíbe as restrições à livre prestação de serviços na União em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação.

7. Poder-se-á admitir uma restrição deste tipo com base na derrogação expressamente prevista no artigo 52.º, n.º 1, TFUE, que é aplicável à prestação de serviços por força do artigo 62.º TFUE.

#### *Direito nacional*

8. O § 2 da Glücksspielgesetz (Lei sobre os jogos de fortuna ou azar, a seguir «a GSpG»), na versão em vigor<sup>3</sup>, define «lotarias» como, essencialmente, jogos de fortuna ou azar disponibilizados ao público por um operador, em que são pagas apostas e obtidos prémios. Para esse efeito, entende-se por «operador» a pessoa que exerça por conta própria uma atividade duradoura de organização de jogos de fortuna ou azar com a finalidade de obtenção de receitas, ainda que a atividade não se destine à atribuição de prémios. Quando várias pessoas decidem organizar esses jogos são todas consideradas operadores, mesmo que não tencionem obter receitas ou só participem na disponibilização do jogo ao público. As lotarias em relação às quais não tenha sido emitida licença ou autorização são ilegais.

9. O § 3 da GSpG reserva o direito de organizar jogos de fortuna ou azar ao Estado Austríaco, com exceção das máquinas de jogo reguladas pelas leis dos Bundesländer (estados federados) por força dos §§ 4 ou 5 da mesma lei.

10. O § 4 da GSpG prevê que os jogos de fortuna ou azar regionais em máquinas de jogo, na aceção do § 5, não estão sujeitos ao monopólio do Estado sobre jogos de fortuna ou azar.

11. O § 5 da GSpG prevê que cada um dos nove Estados federados austríacos pode, nos termos do § 5 da GSpG, atribuir até três concessões para a organização em pequena escala de jogos de fortuna ou azar em máquinas de jogo. As licenças são concedidas por um período máximo de 15 anos, desde que preencham determinadas condições relativas à ordem pública e à proteção dos jogadores. Tais jogos podem ser oferecidos numa sala com 10 a 50 máquinas, com um limite máximo das apostas de 10 euros e um limite máximo dos prémios de 10 000 euros por jogo, ou mediante a disponibilização de um máximo de três máquinas individuais com um limite máximo de apostas de 1 euro e um limite máximo de prémios de 1 000 euros por jogo.

3 — No seu despacho de reenvio, o órgão jurisdicional de reenvio descreveu as disposições da lei nacional atualmente em vigor. No entanto, parece que os factos que deram origem a algumas das infrações alegadas ocorreram antes de entrar em vigor esta versão da lei. Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar qual a versão da lei em vigor à data dos factos.

12. Nos termos dos §§ 14, 15 e 17 da GSpG, lidos conjuntamente, o Estado Austríaco pode, em determinadas condições, atribuir o direito exclusivo de organizar diferentes tipos de lotarias, concedendo uma licença por um período máximo de 15 anos, mediante o pagamento de uma taxa.

13. Nos termos do § 21 da GSpG, o Estado Austríaco pode conceder um máximo de 15 licenças para organizar jogos de fortuna ou azar através de um estabelecimento de jogo (casino) por um período máximo de 15 anos. É paga uma taxa de 10 000 euros por cada pedido de licença e uma taxa adicional de 100 000 euros por cada licença concedida. Os jogos disponibilizados ao abrigo destas licenças estão sujeitos a taxas anuais compreendidas entre 16 e 40% (§§ 17, 28, 57 e 59, alínea a, ponto 1, da GSpG).

14. O § 52 da GSpG prevê que uma pessoa que, enquanto «operador», organize ou participe na organização de jogos de fortuna e azar sem licença incorre numa contraordenação punível com coima até 22 000 euros. Contudo, quando a aposta seja superior a 10 euros por jogo, a ofensa é punível nos termos do § 168, n.º 1, do Código Penal austríaco (Strafgesetzbuch, a seguir «StGB»), que se aplica em lugar da GSpG. O Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal) já decidiu que os «jogos em série», em que a aposta individual é inferior a 10 euros, mas a aposta acumulada é superior a esse valor, também são puníveis nos termos do § 168, n.º 1, do StGB.

15. Nos termos do § 53 da GSpG, uma máquina de jogo pode ser objeto de apreensão preventiva no caso de suspeita de esta ser utilizada em violação das disposições da GSpG.

16. O § 54 da GSpG prevê que os objetos utilizados como um meio de violação das disposições do § 52, n.º 1, devem ser confiscados; todos os titulares de direitos sobre o objeto devem ser notificados. Os objetos confiscados são destruídos pela administração.

17. Nos termos do § 56 a), um estabelecimento que proporciona jogos de fortuna e azar em violação da lei pode ser encerrado.

18. A organização, com fins lucrativos, de jogos de fortuna ou azar por uma pessoa que não seja titular de uma licença de exploração constitui uma infração penal. Comete uma infração, nos termos do § 168, n.º 1, do StGB, «quem organizar um jogo formalmente proibido ou cujo resultado favorável ou desfavorável dependa exclusiva ou principalmente da sorte, ou quem promover uma reunião com vista à organização desses jogos, a fim de obter uma vantagem pecuniária dessa organização ou dessa reunião ou proporcionar essa vantagem a um terceiro». Os jogos de fortuna ou azar explorados sem licença estão abrangidos pela definição de jogos proibidos por força do § 52, n.º 1, ponto 1, lido em conjugação com o § 2, n.º 4, da GSpG. As penas previstas são a prisão até seis meses ou multa até trezentos e sessenta dias. O § 168.º, n.º 2, do StGB prevê a aplicação de sanção idêntica a quem participar nesse jogo de fortuna ou azar enquanto «operador», na aceção do § 2 da GSpG.

### **Quadro factual, tramitação processual e questões prejudiciais**

19. O pedido de decisão prejudicial tem por objeto quatro processos relativos a diversos estabelecimentos em Oberösterreich (o órgão jurisdicional de reenvio refere que está pendente um número significativo de processos semelhantes). No processo nacional, R. Pflger, a Autoart a.s. Prague (a seguir «Autoart»), M. Vucicevic, a Maroxx Software GmbH (a seguir «Maroxx») e H. Zehetner interpuseram recurso de decisões administrativas relativas a máquinas de jogo que, sem uma licença oficial, foram instaladas prontas a utilizar em diversos estabelecimentos comerciais situados em Oberösterreich.

20. No primeiro processo, a Autoridade Fiscal apreendeu preventivamente seis máquinas num estabelecimento, em Perg, que disponibilizava jogos de fortuna ou azar não autorizados. Verificou-se que R. Pfleger era o organizador e que a Autoart, uma sociedade registada na República Checa, era presumivelmente a proprietária dessas máquinas. A autoridade local competente confirmou a apreensão. Nos seus recursos, R. Pfleger sustenta que não é proprietário ou titular das máquinas, nem organizador de jogos de fortuna ou azar e que não forneceu as máquinas ao proprietário do estabelecimento, por sua vez, a Autoart sustenta que não tem nenhuma ligação jurídica com as máquinas: não é proprietária, e não emprestou, arrendou, distribuiu ou deteve e não «gere» as mesmas.

21. No segundo processo, a Autoridade Fiscal apreendeu preventivamente oito máquinas de jogo num estabelecimento situado em Wels, que constatou terem sido colocadas à disposição do público sem a competente licença. O proprietário das máquinas era M. Vucicevic. A autoridade local competente confirmou a apreensão. No seu recurso, M. Vucicevic admite que adquiriu o estabelecimento em questão, mas nega que se tenha tornado simultaneamente proprietário das máquinas.

22. No terceiro processo, a Autoridade Fiscal apreendeu preventivamente duas máquinas de jogo que se encontravam à disposição do público sem a competente licença numa estação de serviço situada em Regau e explorada por Jacqueline Baumeister, uma nacional alemã. A apreensão foi confirmada pela autoridade local competente; o recurso interposto por J. Baumeister contra a apreensão foi declarado extemporâneo. O confisco foi depois confirmado, e notificado à Maroxx, a empresa registada na Áustria como proprietária das máquinas, que interpôs recurso.

23. No quarto processo, a Autoridade Fiscal apreendeu três máquinas de jogo colocadas à disposição do público sem a competente licença, numa estação de serviço em Enns, que era explorada por H. Zehetner. A autoridade competente averiguou que as máquinas eram propriedade da Maroxx e adotou uma decisão que confirmava a apreensão. H. Zehetner foi condenado numa multa de 1 000 euros (ou, em alternativa, no caso de não pagamento, numa pena de 15 horas de prisão). A Maroxx foi condenada numa multa de 10 000 euros (ou, em alternativa, numa pena de 152 horas de prisão).<sup>4</sup>

24. No seu recurso, H. Zehetner alegou que o direito nacional não respeitava o direito da União, em especial o artigo 56.º TFUE e determinadas disposições da Carta.

25. Considerando que o resultado dos litígios que lhe foram submetidos implica a interpretação do direito da União Europeia, o órgão jurisdicional de reenvio solicita uma decisão prejudicial sobre as seguintes questões:

«1) O princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 56.º TFUE e nos artigos 15.º a 17.º da [Carta] opõe-se a uma legislação nacional como as disposições relevantes nos processos principais, §§ 3 a 5 e §§ 14 e 21 da GSpG, que sujeita a autorização da organização de jogos de fortuna e azar com máquinas automáticas à condição de ter sido atribuída uma licença prévia — sob pena de aplicação de sanções penais ou de intervenção direta —, apenas disponível em número reduzido, apesar de, até à data — tanto quanto se sabe — o Estado não ter provado em nenhum processo judicial ou procedimento administrativo que a criminalidade e/ou a dependência dos jogos de fortuna ou azar associadas aos mesmos constituem efetivamente um problema grave que não pode ser resolvido através de uma expansão controlada das atividades de jogo de fortuna ou azar permitidas a muitos operadores individuais, mas apenas através de uma expansão controlada, associada a uma publicidade moderada, por parte de um monopolista (ou de um pequeno número de oligopolistas)?

4 — Não entendo como é possível decretar (ainda que a título subsidiário) uma pena de prisão a uma pessoa coletiva; porém, são estes os factos que constam do despacho de reenvio.

- 2) Em caso de resposta negativa à primeira questão: o princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 56.º TFUE e nos artigos 15.º a 17.º da [Carta] opõe-se a uma legislação nacional como a dos §§ 52 a 54 e 56a da GSpG e § 168 do StGB, nos termos da qual, em virtude de definições legais imprecisas, se prevê uma criminalização quase completa, (incluindo de várias categorias de pessoas (que podem ter domicílio noutros Estados-Membros da União Europeia) cuja participação é muito indireta (como meros distribuidores, proprietários ou locadores de máquinas de jogo)?
- 3) Caso a resposta à segunda questão também seja negativa: as exigências decorrentes da democracia e do Estado de direito, nas quais o artigo 16.º da [Carta] manifestamente se baseia, e/ou o princípio da equidade e da efetividade do acesso à justiça previsto no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais e/ou o dever de transparência previsto no artigo 56.º TFUE e/ou a proibição de ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito prevista no artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais, opõem-se a uma legislação nacional como a dos §§ 52 a 54 e 56a da GSpG e § 168 do StGB, cuja delimitação, na falta de uma disposição legal inequívoca, é dificilmente previsível e expectável *ex ante* para os cidadãos, e só pode, em cada caso específico, ser efetuada por meio de um processo formal dispendioso, ao qual se associam, porém, importantes diferenças relativas à competência (autoridade administrativa ou tribunal), ao poder de intervenção, à estigmatização associada ao mesmo e à posição processual (por exemplo, inversão do ónus da prova)?
- 4) Em caso de resposta afirmativa a uma destas três primeiras questões: o artigo 56.º TFUE e/ou os artigos 15.º a 17.º da [Carta] e/ou o artigo 50.º da [Carta] opõem-se a que seja aplicada uma sanção a pessoas que apresentem uma relação direta com uma máquina de jogo nos termos descritos no § 2, n.º 1, ponto 1, e § 2, n.º 2, da GSpG e/ou a uma apreensão ou a um confisco destas máquinas e/ou a um encerramento total da empresa dessas pessoas?»

26. Foram apresentadas observações escritas por M. Vucicevic, pela Maroxx, H. Zehetner, pelos Governos austríaco, belga, holandês, polaco e português, e pela Comissão. Na audiência realizada em 17 de junho de 2013, M. Vucicevic, a Maroxx, H. Zehetner, os Governos austríaco e belga, e a Comissão apresentaram observações orais.

## **Análise**

### *Admissibilidade*

27. O Governo austríaco sustenta que o presente pedido de decisão prejudicial é inadmissível porque os factos descritos e as questões submetidas não são suficientemente precisos para permitir ao Tribunal de Justiça responder de forma útil. Este Governo também considera que não é evidente que o processo apresente um elemento transfronteiriço que acarrete a aplicação da livre prestação de serviços.

28. A Comissão considera que as questões são admissíveis. Alega que não se pode excluir que entidades de outros Estados-Membros possam querer disponibilizar jogos de fortuna ou azar na Áustria e estar sujeitas ao direito nacional em questão.

29. Esta questão não foi abordada por nenhuma das outras partes que submeteram observações.

30. É jurisprudência constante que compete ao tribunal nacional, que é chamado a conhecer do litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão judicial a proferir, apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial, para poder proferir a sua decisão, como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça. Consequentemente,

quando as questões tenham por objeto a interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se<sup>5</sup>.

31. Não penso que a base factual das questões em apreço e que as próprias questões sejam insuficientemente claras para que o Tribunal de Justiça se possa pronunciar. Em especial, o despacho de reenvio descreve com suficiente pormenor a legislação nacional em questão no processo principal para permitir ao Tribunal de Justiça responder de forma útil às questões de interpretação do direito da União que são relevantes para a sua análise.

32. No que diz respeito à objeção de que o elemento transfronteiriço não é claro, o Tribunal de Justiça já considerou que quando uma regulamentação nacional é indistintamente aplicável aos nacionais de todos os Estados-Membros da União, é suscetível de ser abrangida pelas disposições relativas às liberdades fundamentais, quanto mais não seja na medida em que é aplicável a situações que tenham um nexó com as trocas comerciais entre os Estados-Membros<sup>6</sup>. No acórdão Garkalns, o Tribunal de Justiça julgou admissível o pedido de decisão prejudicial submetido nesse processo, muito embora todos os elementos do processo principal estivessem confinados ao interior de um único Estado-Membro.

33. Os factos do presente processo demonstram que operadores de outros Estados-Membros estão interessados em explorar jogos de fortuna ou azar com máquinas de jogo com moedas na Áustria. Um dos recursos pendentes no órgão jurisdicional nacional foi interposto por uma nacional alemã, J. Baumeister, que explorava uma estação de serviço onde foi encontrada uma máquina de jogo com moedas não licenciada; e uma das máquinas de jogo com moedas confiscada teria sido fornecida por uma empresa registada na República Checa, a Autoart. Entendo, portanto, que o pedido de decisão prejudicial é admissível.

#### *Aplicabilidade da Carta*

34. Todas as questões prejudiciais pedem interpretações das disposições da Carta. Levanta-se a questão preliminar de saber se a Carta é aplicável quando um órgão jurisdicional nacional fiscaliza uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que derroga direitos conferidos pelo direito da União Europeia.

35. Esta questão foi abordada por H. Zehetner, pelos Governos austríaco, holandês, polaco e português e pela Comissão. Todos os quatro Governos que submeteram observações sobre esta questão consideram que a Carta não se aplica ao direito nacional em questão no processo principal. H. Zehetner e a Comissão defendem a tese contrária.

36. Considero que a Carta é aplicável em relação a uma legislação nacional que derroga uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado.

37. O âmbito de aplicação da Carta está definido no seu artigo 51.º, n.º 1, que prevê que esta é aplicável aos Estados-Membros «apenas quando apliquem o direito da União».

38. A utilização da expressão «quando apliquem» [*implementing*] no artigo 51.º da Carta limita a aplicabilidade desta aos casos em que um Estado-Membro está obrigado a adotar uma ação positiva específica (por exemplo, transpor uma diretiva)<sup>7</sup> para dar cumprimento ao direito da União?

5 — Acórdãos de 19 de julho de 2012, Garkalns (C-470/11, n.º 17) e de 10 de março de 2009, Hartlauer (C-169/07, Colet., p. I-1721, n.º 24).

6 — Acórdão Garkalns, já referido na nota 5, *supra*, n.º 40, e jurisprudência aí referida.

7 — Faça uma distinção clara entre «*transposition*» (transposição) e «*implementation*» (aplicação), sendo esta última consideravelmente mais ampla do que a primeira.

39. Penso que não.

40. Noto (como era previsível) que existe um grau de variação linguística nos textos da Carta em diferentes línguas que fazem igualmente fé. Assim, enquanto a versão inglesa se refere a «implementing», a alemã refere «bei der Durchführung des Rechts der Union» e a francesa «lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union». As versões espanhola e portuguesa (por exemplo) são mais amplas («cuando apliquen el Derecho de la Unión» e «quando apliquem o direito da União», respetivamente). Neste contexto, recorre-se naturalmente às anotações relativas à Carta<sup>8</sup>, que devem, em conformidade com os artigos 6.º, n.º 1, terceiro parágrafo, TUE e 52.º, n.º 7, da própria Carta, ser tomadas em consideração para a interpretação da Carta<sup>9</sup>. Estas dão a seguinte orientação em relação ao artigo 51.º, n.º 1:

«[n]o que respeita aos Estados-Membros, resulta sem ambiguidade da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a obrigação de respeitar os direitos fundamentais definidos no quadro da União se impõe aos Estados-Membros quando estes agem no âmbito do direito da União».

São a seguir referidos quatro acórdãos do Tribunal de Justiça: os acórdãos Wachauf, ERT, Annibaldi e Karlsson e o.<sup>10</sup>

41. Em acórdãos posteriores à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Tribunal de Justiça já confirmou que uma regulamentação nacional *que se enquadra no âmbito de aplicação* do direito da União deve respeitar a Carta e que «a aplicabilidade do direito da União implica a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta»<sup>11</sup>. O Tribunal de Justiça já indicou portanto, claramente, que o critério é se se trata de uma situação à qual *é aplicável* o direito da União (i. é, uma situação que se enquadra «no âmbito de aplicação do direito da União») e não (talvez em sentido mais estrito) a de saber se o Estado-Membro está a «aplicar» (*implementing*) o direito da União mediante a adoção de uma ação positiva específica<sup>12</sup>.

42. A jurisprudência referida na anotação ao artigo 51.º, n.º 1, da Carta é útil para compreender o significado da expressão «no âmbito do direito da União». Os acórdãos Wachauf e Karlsson e o. diziam respeito a regras nacionais que matizavam a aplicação de regulamentos da União relativos ao funcionamento do regime de imposição suplementar sobre o leite. Algumas regras nacionais eram claramente necessárias para complementar as regras da União e, concretizando-as, torná-las completamente operacionais. Essas regras nacionais tinham portanto de respeitar os direitos fundamentais reconhecidos pelo direito da União. Em contrapartida, no acórdão Annibaldi, a legislação nacional em questão (uma lei regional que cria um parque natural e arqueológico) não tinha manifestamente qualquer relação com a transposição (e nem sequer com o funcionamento) de qualquer legislação comunitária relativa à organização comum dos mercados agrícolas, ao ambiente ou à cultura; também não havia qualquer outro elemento de ligação ao direito comunitário.

43. Para efeitos do presente processo, o acórdão ERT é especialmente pertinente. O referido processo tinha por objeto uma lei nacional que concedia a um único operador o monopólio da televisão na totalidade do território de um Estado-Membro para a realização de transmissões televisivas de qualquer tipo. Levantava-se a questão de saber se a livre prestação de serviços garantida pelo Tratado se opunha a essa lei nacional. O Tribunal de Justiça decidiu que, quando tal monopólio implicasse a

8 — Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (JO C 303, p. 17).

9 — V. acórdão de 22 de janeiro de 2013, Sky Österreich (C-283/11, n.º 42), e de 22 de dezembro de 2010, DEB (C-279/09, Colet., p. I-13849 n.º 32).

10 — Acórdãos de 13 de julho de 1989, Wachauf (5/88, Colet., p. 2609); de 18 de junho de 1991, ERT (C-260/89, Colet., p. I-2925); de 18 de dezembro de 1997, Annibaldi (C-309/96, Colet., p. I-7493); e de 13 de abril de 2000, Karlsson e o. (C-292/97, Colet., p. I-2737).

11 — Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, n.º 21; sublinhado meu), e de 26 de setembro de 2013, TEXTDATA Software (C-418/11, n.º 73; sublinhado meu).

12 — A potencial divergência de significado é atenuada se se considerar «transposing» (transposição) e «implementing» (aplicação) como sinónimos: v. nota 6, *supra*.

existência de efeitos discriminatórios em detrimento das emissões provenientes de outros Estados-Membros, era proibido pelo artigo 59.º CEE (atual artigo 56.º TFUE), salvo se essa regulamentação se justificasse por uma das razões referidas no artigo 56.º CEE (atual artigo 52.º, n.º 1, TFUE), para o qual remetia o artigo 66.º CEE (atual artigo 62.º TFUE)<sup>13</sup>. Assim, o acórdão ERT tinha por objeto uma situação em que a legislação de um Estado-Membro derogava o princípio fundamental da livre prestação de serviços.

44. No acórdão ERT, levantou-se ainda a questão de saber se a lei nacional respeitava o artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH»). O Tribunal de Justiça declarou que os direitos fundamentais faziam parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito era assegurado pelo Tribunal de Justiça e que não podia admitir medidas incompatíveis com esses direitos<sup>14</sup>. A partir do momento em que uma regulamentação nacional entrava no campo de aplicação do direito da União, o Tribunal de Justiça, tendo-lhe sido submetido um pedido de decisão prejudicial, devia fornecer todos os elementos de interpretação necessários para a apreciação, pelo tribunal nacional, da conformidade de tal regulamentação com os direitos fundamentais cujo respeito era assegurado pelo Tribunal de Justiça<sup>15</sup>. Em especial, o Tribunal de Justiça declarou que no caso de algum Estado-Membro invocar o disposto no artigo 55.º CEE, em conjugação com o artigo 66.º CEE (atuais artigos 52.º, n.º 1, TFUE e 62.º TFUE) para justificar regras nacionais suscetíveis de entravar o exercício da livre prestação de serviços, esta justificação devia ser interpretada à luz dos princípios gerais de direito e dos direitos fundamentais. Para serem permitidas a título de exceção às liberdades de prestação de serviços, as regras nacionais teriam de ser compatíveis com os direitos fundamentais cujo respeito era assegurado pelo Tribunal de Justiça, os quais incluíam o artigo 10.º do CEDH<sup>16</sup>.

45. O acórdão ERT esclarece portanto que, quando um Estado-Membro adota uma medida que derroga uma liberdade fundamental garantida pelo TFUE, essa medida está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União. O poder de derrogar, em determinadas circunstâncias, a liberdade fundamental garantida pelo direito da União é um poder que os Estados-Membros conservam e que o direito da União reconhece; mas o *exercício* desse poder está circunscrito pelo direito da União. Quando um tribunal — quer seja um órgão jurisdicional nacional, quer seja o Tribunal de Justiça — analisa a questão de saber se uma legislação nacional que restringe o exercício dessa liberdade fundamental está abrangida pela derrogação do Tratado (e é, portanto, permitida), essa análise é realizada por referência ao direito da União e tendo em conta os critérios derivados desse direito, e não do direito nacional. Assim, por exemplo, a regra de interpretação segundo a qual tais derrogações devem ser interpretadas estritamente e a aplicação do critério da proporcionalidade a uma derrogação que é, *prima facie*, permitida, derivam do próprio direito da União. Como só é permitida uma medida nacional derogatória que satisfaça esses critérios do direito da União (prevalecendo, em caso contrário, a liberdade garantida pelo Tratado), a própria medida derogatória está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União. Esta parece-me ser a consequência necessária da estrutura familiar do Tratado (direito protegido, derrogação limitada desse direito) e da inclusão do acórdão ERT na anotação ao artigo 51.º da Carta.

46. Por conseguinte, deve considerar-se que um Estado-Membro «[aplica] o direito da União», na aceção do artigo 51.º, quando derroga uma liberdade fundamental. Daí resulta que a Carta é aplicável. Uma vez que a medida nacional em questão no processo principal «aplica» o direito da União porque está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União, deve ser interpretada à luz da Carta.

47. Analisarei agora as questões submetidas.

13 — N.º 26.

14 — N.º 41.

15 — N.º 42.

16 — N.º 43.

### Primeira questão

48. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 56.º TFUE e/ou os artigos 15.º a 17.º da Carta devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que restringe o direito de organizar jogos de fortuna ou azar em máquinas de jogo às pessoas ou empresas que possuam licenças, as quais estão disponíveis em número reduzido. Mais especificamente, pretende saber se o princípio da proporcionalidade é violado em circunstâncias em que não tenha sido demonstrado que a criminalidade e a dependência do jogo constituíram um problema significativo e que esses problemas, a existir, não podiam ter sido resolvidos pela expansão controlada das atividades de jogo autorizadas por um número significativo de operadores individuais, em lugar de uma expansão controlada por um número reduzido de operadores.

49. Analisarei, em primeiro lugar, o artigo 56.º TFUE e, em seguida, a Carta.

### Artigo 56.º TFUE

50. Existe atualmente uma jurisprudência considerável do Tribunal de Justiça relativa aos jogos de fortuna ou azar (incluindo quatro pedidos de decisão prejudicial em processos anteriores respeitantes à GSpG)<sup>17</sup> que fornece os critérios à luz dos quais deve ser examinada a questão de interpretação do artigo 56.º TFUE.

51. Resulta claramente dessa jurisprudência que uma regulamentação, como a que está em causa no processo principal, nos termos da qual só um número reduzido dos titulares de licenças pode organizar jogos de fortuna ou azar e todos os outros operadores, quer estabelecidos na Áustria, quer em qualquer outro Estado-Membro, estão proibidos de oferecer esses serviços, constitui uma restrição à livre prestação de serviços e é, enquanto tal, proibida pelo artigo 56.º TFUE<sup>18</sup>. Tal restrição pode no entanto ser justificada com base nas derrogações expressamente previstas no TFUE ou por razões imperiosas de interesse geral<sup>19</sup>.

52. O Governo austríaco refere que a restrição é justificada porque visa os objetivos de assegurar um elevado nível de proteção dos jogadores e de prevenção da criminalidade. Porém, a Marroix, M. Vucicevic e H. Zehetner alegam que o aumento das receitas fiscais foi o principal objetivo prosseguido por esse Governo.

53. O Tribunal de Justiça já afirmou que as restrições impostas pelos Estados-Membros à prestação de serviços em matéria de jogos de fortuna ou azar podem ser justificadas quando se destinem a garantir a proteção dos consumidores, incluindo a proteção dos jogadores da dependência do jogo<sup>20</sup> e a prevenção da criminalidade<sup>21</sup>. Em contrapartida, o aumento das receitas do Governo do Estado-Membro não é um objetivo suscetível de justificar a restrição à livre prestação de serviços, embora possa constituir um benefício acessório para o Governo em questão<sup>22</sup>.

17 — As disposições da GSpG também suscitaram pedidos de decisão prejudicial que deram origem ao acórdão de 9 de setembro de 2010, Engelmann (C-64/08, Colet., p. I-8219), que tinha por objeto a obrigação imposta aos titulares de concessões de exploração de casas de jogos de terem a sua sede em território nacional; ao acórdão de 15 de setembro de 2011, Dickinger e Ömer (C-347/09, Colet., p. I-8185), que tinha por objeto um monopólio da exploração dos jogos de casino comercializados através da Internet a favor de um operador único; e ao acórdão de 12 de julho de 2012, HIT e HIT LARIX (C-176/11), que tinha por objeto a publicidade aos casinos. O acórdão mais recente sobre esta questão, de 24 de janeiro de 2013, Stanleybet e o. (C-186/11 e C-209/11), que tinha por objeto o monopólio na gestão, organização e funcionamento dos jogos de fortuna ou azar concedido pelo Estado a uma sociedade por ações, foi proferido em 24 de janeiro de 2013, em data posterior à do despacho de reenvio do presente processo.

18 — Acórdão Stanleybet e o., já referido na nota 17, n.º 21.

19 — *Ibid.*, n.º 22; v. também acórdão Garkalns, já referido na nota 5, n.º 35 e a jurisprudência aí referida.

20 — Acórdão de 8 de setembro de 2010, Stoß e o. (C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, Colet., p. I-8069, n.ºs 74 e 75 e jurisprudência aí referida).

21 — Acórdão de 11 de setembro de 2003, Anomar e o. (C-6/01, Colet., p. I-8621, n.ºs 61 a 75).

22 — Acórdão de 30 de junho 2011, Zeturf (C-212/08 Colet., p. I-5633, n.º 52 e jurisprudência aí referida), e acórdão Dickinger e Ömer, já referido na nota 16, n.º 55.

54. A identificação dos objetivos efetivamente prosseguidos pela legislação nacional em causa constitui uma questão de facto que releva da competência do tribunal nacional<sup>23</sup>. Se o Tribunal de Justiça decidir que o verdadeiro objetivo consiste, em primeiro lugar, no aumento das receitas, a restrição deve ser considerada incompatível com o artigo 56.º TFUE.

55. Por outro lado, se o órgão jurisdicional nacional considerar que a restrição prossegue genuinamente os objetivos admitidos de proteção dos consumidores e de prevenção da criminalidade, terá em seguida de averiguar se a restrição é proporcionada. O Tribunal de Justiça deve certificar-se de que a restrição é adequada a garantir a realização do objetivo prosseguido pela legislação em causa ao nível da proteção por ela visada, e se não vai além do necessário para atingir esses objetivos.

56. Tal como um Estado-Membro que procure garantir um nível particularmente elevado de proteção pode, como o Tribunal de Justiça reconheceu na sua jurisprudência, ter razões para considerar que só a concessão de direitos exclusivos a um organismo único, sujeito a um controlo estreito, é suscetível de lhe permitir controlar os riscos do jogo<sup>24</sup>, um Estado-Membro pode igualmente considerar que a manutenção de um sistema de licenças concedidas a um pequeno número de fornecedores é um método adequado para controlar tais riscos. Como referiu o Tribunal de Justiça no acórdão Engelmann<sup>25</sup>, uma limitação do número de concessões de exploração de casas de jogo «permite, pela sua própria natureza, limitar as ocasiões de jogo [...] Uma vez que os consumidores se devem deslocar para se dirigirem às instalações de uma casa para poderem participar nos jogos de fortuna ou azar em causa, uma limitação do número dessas casas tem por consequência reforçar os obstáculos à participação em tais jogos».

57. Parece, portanto, que a limitação do número de estabelecimentos de jogo é um meio proporcionado de realização dos objetivos de proteção dos consumidores e de prevenção da criminalidade. A realização desses objetivos seria menos provavelmente garantida se se permitisse a prestação desses serviços a um maior número de estabelecimentos porque isso aumentaria as oportunidades de jogo. Seria menos provável que uma tal política alcançasse um elevado nível de proteção. Isto, contudo, está sujeito a verificação pelo órgão nacional que, ao analisar os factos e as provas que lhe foram submetidos, também necessitará de ter em conta a natureza, a frequência e a intensidade dos controlos que são aplicados aos estabelecimentos licenciados<sup>26</sup>.

58. O ónus de provar que a restrição é proporcionada pertence às autoridades austríacas, a quem cabe apresentar ao tribunal nacional que vai julgar essa questão todos os elementos que permitam que este conclua que essa medida se destinou, de facto, a prosseguir o objetivo declarado e que podia alcançá-lo<sup>27</sup>. No acórdão Dickinger e Ömer<sup>28</sup>, o Tribunal de Justiça esclareceu que o órgão jurisdicional nacional deve verificar se as atividades criminosas e fraudulentas e a dependência do jogo podiam, à data dos factos do processo principal, constituir um problema na Áustria e se uma expansão das atividades autorizadas e regulamentadas podia solucionar esse problema. O presente processo exige que o órgão jurisdicional nacional realize esse mesmo exercício.

23 — Acórdão Stanleybet e o., já referido na nota 17, n.º 26 e jurisprudência aí referida.

24 — Acórdão Stanleybet e o., já referido na nota 17, *supra*, n.º 29.

25 — Acórdão Engelmann, já referido na nota 17, *supra*, n.º 45.

26 — Essa análise também pode ajudar o órgão jurisdicional nacional a identificar o verdadeiro objetivo dos requisitos de licenciamento: v. n.ºs 54 e 55, *supra*.

27 — V. acórdão Stoß e o., já referido na nota 20, *supra*, n.º 71.

28 — Já referido na nota 17, *supra*, n.º 66.

59. O órgão jurisdicional nacional também deve certificar-se de que a legislação nacional responde verdadeiramente à intenção de alcançar o objetivo de uma maneira coerente e sistemática<sup>29</sup>. Uma vez que as práticas de um número reduzido de titulares de licenças podem determinar se os objetivos podem ou não ser atingidos, as políticas comerciais desses titulares de licenças são relevantes para a apreciação<sup>30</sup>.

60. O órgão jurisdicional de reenvio observa, no seu despacho de reenvio, que a política comercial dos titulares de licenças não se limitou a uma expansão controlada, com uma publicidade reduzida. Refere que, pelo contrário, os titulares de licenças realizaram o que se chama uma «despesa colossal» numa campanha publicitária «agressiva» que promove uma imagem positiva dos jogos de fortuna ou azar e encoraja a participação ativa. Embora o Tribunal de Justiça já tenha reconhecido que a publicidade moderada pode ser compatível com uma política de proteção dos consumidores, isso só acontece quando a publicidade é estritamente limitada ao necessário para canalizar dessa forma os consumidores para as redes de jogo controladas<sup>31</sup>. Uma publicidade que encoraja o jogo, banalizando-o ou dando deste uma imagem positiva ou ainda aumentando o seu poder de atração, tem por objetivo a expansão do mercado global das atividades de jogos, e não a canalização do mercado existente para determinados fornecedores. Uma tal política comercial expansionista é claramente incompatível com o objetivo de alcançar um elevado nível de proteção dos consumidores. Como referiu o Tribunal de Justiça no acórdão Dickinger e Ömer, «um Estado-Membro não pode invocar razões de ordem pública atinentes à necessidade de reduzir as ocasiões de jogo, na medida em que as autoridades públicas desse Estado-Membro incentivem e encorajem os consumidores a participar em jogos de fortuna ou azar para que a Fazenda Pública daí retire benefícios»<sup>32</sup>.

61. Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar o verdadeiro objetivo da legislação nacional em questão no processo principal e, se for um objetivo permitido, a questão de saber se a legislação é, de facto, proporcionada, e coerente e compatível com esse objetivo.

62. Será necessária uma análise adicional do direito nacional em questão no processo principal à luz dos artigos 15.º, 16.º e 17.º da Carta?

Artigos 15.º, 16.º e 17.º da Carta

63. O artigo 15.º, n.º 2, da Carta<sup>33</sup> reconhece a cada cidadão da União a liberdade de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro. As anotações relativas à Carta<sup>34</sup> confirmam que o artigo 15.º, n.º 2, consagra a livre circulação de trabalhadores, a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços garantidas pelos artigos 26.º e 45.º, 49.º e 56.º TFUE. Uma vez que esta liberdade se rege por disposições constantes dos Tratados, o seu âmbito e interpretação são determinados pelo artigo 52.º, n.º 2, da Carta, que refere que essas liberdades «são exercid[a]s de acordo com as condições e limites por eles definidos». A anotação relativa ao artigo 52.º, n.º 2, também confirma que «a Carta não modifica o regime de direitos conferidos pelo Tratado CE e agora retomados pelos Tratados». Assim, no que diz respeito ao presente processo, a observância do artigo 15.º, n.º 2, da Carta coincide com a do artigo 56.º TFUE.

29 — Acórdão Stanleybet e o., já referido na nota 17, *supra*, n.º 27, e acórdão de 8 de setembro de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International (C-42/07, Colet., p. I-7633, n.ºs 49 a 61 e jurisprudência aí referida).

30 — Acórdão Dickinger e Ömer, já referido na nota 17, n.º 58.

31 — Acórdão Dickinger e Ömer, já referido na nota 17, n.º 68.

32 — *Ibid.*, n.º 62.

33 — Para os factos do presente processo só é relevante o n.º 2 do artigo 15.º. O artigo 15.º, n.º 1, tem por objeto o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite, e o artigo 15.º, n.º 3, confere aos nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados-Membros o direito a condições de trabalho equivalentes àquelas de que beneficiam os cidadãos da União.

34 — Já referida na nota 8, *supra*.

64. O artigo 16.º da Carta reconhece a liberdade de empresa, mas refere expressamente que esta deve ser «de acordo com o direito da União e as legislações e práticas nacionais». Como também confirmam as anotações relativas à Carta, esta liberdade pode ser objeto das restrições previstas no n.º 1 do artigo 52.º da Carta. Esse artigo exige que qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e, em observância do princípio da proporcionalidade, deve ser necessária e corresponder efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União Europeia, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

65. No acórdão *Sky Österreich*<sup>35</sup>, o Tribunal de Justiça confirmou que «a liberdade de empresa pode ser sujeita a um amplo leque de intervenções do poder público suscetíveis de estabelecer, no interesse geral, limitações ao exercício da atividade económica. Ora, esta circunstância reflete-se, nomeadamente, no modo como deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade nos termos do artigo 52.º, n.º 1, da Carta.»

66. Na minha opinião, esta liberdade é respeitada quando as disposições pertinentes do Tratado são cumpridas, tendo em conta, em especial, a exigência de observância do princípio da proporcionalidade quando se restringe a livre prestação de serviços.

67. O artigo 17.º da Carta reconhece o direito de propriedade, cuja utilização pode «ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral». A anotação relativa a este artigo refere que ele corresponde ao artigo 1.º do Protocolo Adicional à CEDH. Em conformidade com o artigo 52.º, n.º 3, da Carta, o seu sentido e âmbito são iguais aos do direito garantido pela CEDH e, embora sejam admitidas limitações desses direitos, estas não podem exceder as admitidas pela CEDH.

68. Também é jurisprudência constante que o direito de propriedade pode estar sujeito a limitações proporcionadas. No acórdão *Križan e o.*, a Grande Secção declarou que «o direito de propriedade não constitui, no entanto, uma prerrogativa absoluta, antes devendo ser tomado em consideração tendo presente a sua função social. Consequentemente, podem ser introduzidas restrições à fruição do direito de propriedade, desde que tais restrições correspondam efetivamente a objetivos de interesse geral e não constituam, à luz do objetivo prosseguido, uma intervenção desproporcionada e intolerável suscetível de afetar a própria essência do direito desse modo garantido»<sup>36</sup>. Daí resulta que uma restrição proporcionada à utilização de máquinas de jogo no interesse do público em geral não viola o artigo 17.º da Carta.

69. Parece-me que uma restrição à utilização de máquinas de jogo que é permitida em conformidade com o artigo 56.º TFUE, que inclui a exigência de observância do princípio da proporcionalidade, também respeita o artigo 17.º da Carta. Uma tal limitação à utilização da propriedade não excede a permitida pelo artigo 1.º do Protocolo Adicional à CEDH, que sujeita o direito de propriedade ao «direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral».

70. Portanto, a meu ver, os artigos 15.º a 17.º da Carta não impõem, para que a restrição à livre prestação de serviços seja permitida, mais obrigações do que as já estabelecidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça em relação ao artigo 56.º TFUE.

71. Por esses motivos, proponho que o Tribunal de Justiça responda à primeira questão que o artigo 56.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional como a do processo principal, nos termos da qual só um número reduzido de titulares de licenças pode organizar jogos de fortuna ou azar, salvo se essa restrição for justificada com base num objetivo

35 — Já referido na nota 9, *supra*, n.ºs 46 e 47.

36 — Acórdão de 15 de janeiro de 2013, *Križan e o.* (C-416/10, n.º 113 e jurisprudência aí referida).

imperioso de interesse geral, como a proteção dos consumidores e/ou a prevenção da criminalidade, prosseguir esse objetivo de uma forma consistente e coerente tendo em conta as políticas comerciais dos titulares de licenças existentes e for proporcionada. Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar se esses critérios são satisfeitos. Os artigos 15.º, 16.º ou 17.º da Carta não se opõem a uma restrição que preencha esses critérios.

### *Segunda questão*

72. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o princípio da proporcionalidade previsto no artigo 56.º TFUE e nos artigos 15.º a 17.º da Carta se opõe a uma legislação nacional, como os §§ 52 a 54 e 56a da GSpG e o § 168 do StGB, que, em virtude de definições legais imprecisas, responsabilizam penalmente pessoas só muito indiretamente envolvidas (como meros distribuidores ou locadores de máquinas de jogo).

73. Esta questão, como a terceira e quarta questões, só é relevante se o órgão jurisdicional nacional decidir que o artigo 56.º TFUE não se opõe à restrição em causa no processo principal. Se essa restrição não é permitida pelo artigo 56.º TFUE, o direito da União também se opõe a que seja punida criminalmente a sua violação<sup>37</sup>.

74. Se o direito da União permite aos Estados-Membros derrogar o artigo 56.º TFUE e impor restrições à prestação de serviços de jogo, também lhe permite impor sanções penais para fazer respeitar essas restrições, desde que essas sanções sejam proporcionadas e respeitem os direitos fundamentais.

75. Parece-me que, para ser proporcionado, o âmbito de aplicação pessoal da responsabilidade criminal pela violação do direito nacional que impõe a restrição não deve abranger outras pessoas além das pessoas direta ou indiretamente responsáveis pela violação, e que sabiam ou deviam saber que as suas ações contribuiriam para a violação.

76. No contexto da livre circulação de bens, o Tribunal de Justiça já reconheceu que os cúmplices de uma infração podem ser responsabilizados penalmente<sup>38</sup>. Tais pessoas não são diretamente responsáveis pela violação do direito penal — não disponibilizam elas próprias ao público a máquina de jogo sem licença — mas permitem que a infração ocorra.

77. Em meu entender, responsabilizar penalmente pessoas indiretamente responsáveis pela violação da restrição, quando sabiam ou deviam saber que as suas ações contribuía para a violação, contribui para fazer respeitar a restrição e, assim, alcançar o desejado nível elevado de proteção. Seria, no entanto, desproporcionado responsabilizar penalmente pessoas que não tinham, nem podiam ter conhecimento da violação, porque essas pessoas não podiam optar por não contribuir para a violação.

78. O órgão jurisdicional nacional está obrigado a interpretar a legislação nacional em conformidade com o direito da União, na medida do possível tomando em consideração todo o direito interno e aplicando os métodos de interpretação por este reconhecidos, a fim de garantir a eficácia do direito da União<sup>39</sup>.

37 — Acórdão Dickinger e Ömer, já referido na nota 17, *supra*, n.ºs 32 e 43 e jurisprudência aí referida.

38 — Acórdão de 21 de junho de 2012, Donner (C-5/11).

39 — Acórdão de 5 de setembro de 2012, Lopes Da Silva Jorge (C-42/11n.ºs 54 a 56 e jurisprudência aí referida).

79. Entendo, portanto, que o artigo 56.º TFUE e os artigos 15.º, 16.º e 17.º da Carta não se opõem a uma disposição que responsabiliza penalmente pessoas direta e indiretamente responsáveis pela violação de uma restrição à prestação de serviços de jogo, desde que o âmbito de aplicação pessoal da responsabilidade criminal se limite às pessoas que sabiam, ou deviam saber, que as suas ações contribuíam para a violação.

#### *Terceira questão*

80. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 56.º TFUE e/ou os artigos 16.º, 47.º e 50.º da Carta e/ou os princípios gerais do direito da União se opõem a disposições de direito nacional que aplicam sanções penais ou administrativas por violações da lei, mas não permitem ao agente saber antecipadamente quais as disposições ao abrigo das quais será acusado.

81. A meu ver, o artigo 50.º da Carta não se opõe a tais disposições. Conforme resulta dos documentos dos autos, não parece que a sugestão da existência do risco de uma infração ser julgada duas vezes seja procedente. A infração é apreciada através dos tribunais administrativos ou através dos tribunais penais. Parece que o StGB é aplicável aos jogos de fortuna ou azar com apostas iguais ou superiores a 10 euros e aos «jogos em série» com apostas individuais inferiores que, cumulativamente, ultrapassam os 10 euros. Nos outros casos, a infração é apreciada como uma contraordenação ao abrigo das disposições da GSpG.

82. Só depois de serem conhecidos os factos relativos a um processo individual será possível determinar se dão origem a uma contraordenação (jogos de fortuna ou azar ilegais que envolvem apostas inferiores a 10 euros e que não são jogos em série) ou a uma infração penal (jogos de fortuna ou azar ilegais que envolvem apostas superiores a 10 EUR ou apostas inferiores integradas em jogos em série). Assim, a eventual incerteza jurídica resulta do simples facto de diferentes disposições se aplicarem a diferentes circunstâncias de facto.

83. O artigo 47.º da Carta, que reconhece o direito à ação e a um tribunal imparcial, não é violado em circunstâncias em que a pessoa acusada de uma infração tem acesso a um tribunal, independentemente de este ser administrativo ou penal.

84. Portanto, nem o artigo 56.º TFUE, nem os artigos 16.º, 47.º ou 50.º da Carta se opõem a uma lei nacional, como a do processo principal, que prevê a aplicação de sanções penais à prestação de serviços de jogo ilegais com apostas de 10 euros e com apostas individuais inferiores em jogos em série que, cumulativamente, ultrapassam os 10 euros, enquanto as sanções administrativas se aplicam à prestação de serviços de jogo ilegais com apostas inferiores a 10 euros.

#### *Quarta questão*

85. Com a sua quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 56.º TFUE e/ou os artigos 15.º a 17.º e 50.º da Carta se opõem a sanções, como as previstas nos termos dos §§ 53, 54 e 56a da GSpG, que incluem a apreensão e a destruição das máquinas de jogo e o encerramento do estabelecimento.

86. Como já indiquei<sup>40</sup>, se um Estado-Membro impõe uma restrição que é justificada por razões imperiosas de interesse geral, e à qual, portanto, o artigo 56.º TFUE não se opõe, esse Estado-Membro também pode fazer respeitar essa restrição aplicando sanções sempre que esta seja violada. Essas sanções devem porém respeitar o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais.

40 — V. n.º 74, *supra*.

87. Conforme parece resultar dos factos e da legislação descritos no despacho de reenvio, no caso de terem sido organizados jogos de fortuna ou azar em máquinas de jogo sem licença, a máquina de jogo é automaticamente confiscada e posteriormente destruída. As disposições com base nas quais estas medidas são tomadas não parecem permitir qualquer ação alternativa em função do grau de culpa do proprietário da máquina ou de qualquer outra pessoa com um interesse na máquina, ou da gravidade da violação da lei. Qualquer defesa relativa à prática da infração ou quaisquer circunstâncias atenuantes que a pessoa com um interesse na máquina possa desejar invocar não poderão, aparentemente, conduzir a um resultado alternativo.

88. Se de facto for verdade que a sanção não pode ser ajustada para refletir elementos como o grau de culpa, isso seria uma sanção desproporcionada à qual se opõe o próprio artigo 56.º TFUE, assim como os artigos 15.º, 16.º e 17.º da Carta. Contudo, cabe ao órgão jurisdicional nacional averiguar se isso é assim (entendo que o artigo 50.º da Carta não tem qualquer relação com esta questão).

89. Em contrapartida, o § 56a da GSpG parece conferir um poder discricionário para a adoção da decisão de encerramento do estabelecimento. Dada a flexibilidade na aplicação desse poder, a decisão de encerrar um estabelecimento pode ser tomada em circunstâncias em que a sanção é proporcionada. Não considero, portanto, que o artigo 56.º TFUE se oponha ao § 56a da GSpG. Cabe ao órgão jurisdicional nacional averiguar se, na prática, o poder é efetivamente exercido tendo em devida consideração as circunstâncias envolventes e, portanto, com a necessária flexibilidade, de modo a satisfazer o critério da proporcionalidade.

## Conclusão

90. À luz das considerações que precedem, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões submetidas pelo Unabhangiger Verwaltungssenat des Landes Oberosterreich (ustria) do seguinte modo:

- «1) O artigo 56.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional como a do processo principal, nos termos da qual só um número reduzido de titulares de licenças pode organizar jogos de fortuna ou azar, salvo se essa restrição for justificada com base num objetivo imperioso de interesse geral, como a proteção dos consumidores e/ou a prevenção da criminalidade, prosseguir esse objetivo de uma forma consistente e coerente tendo em conta as políticas comerciais dos titulares de licenças existentes e for proporcionada. Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar se esses critérios são satisfeitos. Os artigos 15.º, 16.º ou 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir ‘Carta’) não se opõem a uma restrição que preencha esses critérios.
- 2) O artigo 56.º TFUE e os artigos 15.º, 16.º e 17.º da Carta não se opõem a uma disposição que responsabiliza penalmente pessoas direta ou indiretamente responsáveis pela violação de uma restrição à prestação de serviços de jogo, desde que o âmbito de aplicação pessoal da responsabilidade criminal se limite às pessoas que sabiam, ou deviam saber, que as suas ações contribuíam para a violação.
- 3) Nem o artigo 56.º TFUE, nem os artigos 16.º, 47.º ou 50.º da Carta se opõem a uma lei nacional, como a do processo principal, que prevê a aplicação de sanções penais à prestação de serviços de jogo ilegais com apostas de 10 euros e com apostas individuais inferiores em jogos em série que, cumulativamente, ultrapassam os 10 euros, enquanto as sanções administrativas se aplicam à prestação de serviços de jogo ilegais com apostas inferiores a 10 euros.
- 4) O artigo 56.º TFUE e os artigos 15.º, 16.º e 17.º da Carta opõem-se a uma legislação nacional nos termos da qual as máquinas que são utilizadas em jogos de fortuna ou azar não licenciados são automaticamente confiscadas e destruídas sem a possibilidade de um resultado alternativo tendo

em conta o grau de culpa do proprietário da máquina de jogo e/ou a extensão da infração. O artigo 56.º TFUE e os artigos 15.º, 16.º e 17.º da Carta não se opõem, contudo, a uma legislação nacional nos termos da qual um Estado-Membro possui o poder discricionário de encerrar um estabelecimento onde foram disponibilizadas ao público máquinas de jogo não licenciadas.»