

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
JÁN MAZÁK
apresentadas em 17 de abril de 2012 (1)

Processo C-176/11

**HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica,
HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd
contra
Bundesminister für Finanzen**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgerichtshof (Áustria)]

«Livre prestação de serviços — Jogos de fortuna e azar — Legislação de um Estado-Membro que proíbe, no seu território, a publicidade que visa promover casinos situados noutros Estados, quando o nível de proteção legal dos jogadores nesses Estados não é considerado equivalente ao nível de proteção nacional»

1. O Verwaltungsgerichtshof (Áustria) submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial relativa à livre prestação de serviços:

«É compatível com a livre prestação de serviços o regime de um Estado-Membro nos termos do qual a publicidade que visa promover os estabelecimentos de casinos situados no estrangeiro só é autorizada quando as disposições legais em matéria de proteção dos jogadores, aplicáveis a esses estabelecimentos, estiverem em conformidade com as disposições nacionais?»

2. O órgão jurisdicional de reenvio considera que a resposta do Tribunal de Justiça à referida questão é necessária para lhe permitir decidir o recurso interposto por duas sociedades anónimas estabelecidas na Eslovénia, a saber a HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica e a HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd (a seguir «recorrentes no processo principal»), das decisões adotadas pelo Bundesminister für Finanzen (Ministro federal das Finanças), que recusam os pedidos das recorrentes no processo principal para lhes ser concedida uma autorização de fazerem publicidade na Áustria aos seus estabelecimentos de jogos de fortuna e azar situados na Eslovénia.

3. As decisões impugnadas do Ministro federal das Finanças baseiam-se no facto de as recorrentes no processo principal, que dispõem de concessões para organizar determinados jogos de fortuna e azar na Eslovénia, não terem provado que as disposições legais da República de Eslovénia em matéria de proteção dos jogadores são, pelo menos, análogas às disposições legais austríacas, o que constitui uma

das condições para a concessão de uma autorização para fazer publicidade na Áustria aos casinos estrangeiros.

Legislação nacional

4. Na Áustria, os jogos de fortuna e azar são regulados pela Lei federal relativa aos jogos de fortuna e azar (Glücksspielgesetz, BGBl. 620/1989, a seguir «GSpG»).

5. O § 3 da GSpG institui um monopólio do Estado em matéria de jogos de fortuna e azar, prevendo que o direito de organizar e de explorar esses jogos é, em princípio, reservado ao Estado, salvo disposição em contrário desta lei.

6. Por força do disposto no § 21, n.º 1, da GSpG, o Ministro federal das Finanças está autorizado a outorgar o direito de organizar e de explorar jogos de fortuna e azar, emitindo concessões de exploração de casinos.

7. A publicidade a casinos é regulada pelo § 56 da GSpG. A atual versão deste artigo resulta de uma alteração à GSpG introduzida pela Lei de 26 de agosto de 2008 (BGBl. I, 126/2008). A referida alteração foi adotada na sequência de um processo de infração iniciado pela Comissão das Comunidades Europeias (2) contra a República da Áustria relativamente à anterior versão do § 56 da GSpG, que proibia os casinos estrangeiros de fazerem publicidade. Assim, a versão atual do § 56 da GSpG tem a seguinte redação:

«(1) Os concessionários e titulares de autorizações nos termos da presente lei devem realizar a sua promoção publicitária de maneira responsável. A observância desta exigência é controlada exclusivamente pelo Ministro federal das Finanças e não pode dar lugar a uma ação nos termos dos artigos 1.º e seguintes da Lei federal contra a concorrência desleal. A obrigação prevista no primeiro período do presente número não constitui uma norma de proteção, na aceção do § 1311 do Código Civil.

(2) Em conformidade com os princípios estabelecidos no número 1, os casinos dos Estados-Membros da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu podem incitar os clientes austríacos, por via publicitária, a visitar os seus estabelecimentos no estrangeiro, situados em Estados-Membros da União Europeia ou em Estados do Espaço Económico Europeu, desde que o Ministro federal das Finanças tenha concedido ao operador do casino uma autorização para esse efeito. Esta autorização será concedida quando o operador do casino demonstrar ao Ministro federal das Finanças que:

1. a concessão atribuída para a exploração do casino está em conformidade com o disposto no § 21 da presente lei e é explorada no Estado que a atribuiu, que deverá ser um Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, e

2. as disposições legais adotadas por este Estado-Membro em matéria de proteção dos jogadores são, pelo menos, equivalentes às disposições legais austríacas.

Se as medidas publicitárias não preencherem os requisitos do n.º 1, o Ministro federal das Finanças pode proibir o operador do casino estrangeiro de realizar qualquer publicidade.»

Apreciação

8. É a terceira vez que as disposições da GSpG inspiraram os juízes austríacos a submeter questões prejudiciais destinadas a clarificar as regras relativas à livre prestação de serviços ou, eventualmente, à liberdade de estabelecimento. No primeiro caso, estava em causa, designadamente, a obrigação de os titulares de concessões de casinos terem a sua sede em território nacional (3). No segundo caso, tratava-se, nomeadamente, de um monopólio para a organização de jogos de casino comercializados através da Internet a favor de um operador único (4).

9. No âmbito do presente processo prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio chama a atenção do Tribunal de Justiça para uma norma austríaca que só autoriza a publicidade que visa promover os casinos estrangeiros quando as disposições legais adotadas pelo Estado-Membro de estabelecimento do casino em matéria de proteção de jogadores sejam equivalentes às disposições legais austríacas. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se as regras relativas à livre prestação de serviços constituem um obstáculo a esta norma.

10. À primeira vista, poderia parecer que a questão prejudicial nos conduz a analisar e, depois, a comparar o nível de proteção dos jogadores na Áustria e na Eslovénia. Na realidade, não é o que sucede. Essa tarefa compete ao órgão jurisdicional de reenvio. Os critérios a que se deve atender para proceder a uma comparação entre os níveis de proteção dos jogadores nas diferentes ordens jurídicas não constituem o objeto da minha reflexão expressa nas presentes conclusões. Devo, no entanto, sublinhar as minhas dúvidas quanto à possibilidade de proceder a esta comparação de uma forma útil, tendo em conta a inexistência de harmonização em matéria de atividades de jogo a dinheiro e de jogos de fortuna e azar (5), e a variedade da legislação dos Estados-Membros neste domínio.

11. Para responder à questão prejudicial, importa ter em conta dois elementos. Em primeiro lugar, resulta de jurisprudência assente que o conceito de «serviços», na aceção do artigo 56.º TFUE, abrange não apenas as atividades que consistem em permitir que os utilizadores participem, contra remuneração, num jogo a dinheiro, mas também a atividade de promoção de jogos a dinheiro, que está em causa no presente caso, pois esta atividade apenas constitui uma modalidade concreta de organização e de funcionamento dos jogos a que está ligada (6). Daqui decorre que a atividade de promoção de jogos a dinheiro beneficia da proibição de restrições à livre prestação de serviços, consagrada pelo artigo 56.º TFUE. Contudo, poderão ser admitidas restrições, como medidas excecionais expressamente previstas nos artigos 51.º e 52.º TFUE, aplicáveis a esta matéria por força do artigo 62.º TFUE, ou justificadas por razões imperiosas de interesse geral, desde que respeitem as exigências decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça (7).

12. Em segundo lugar, como observou o órgão jurisdicional de reenvio, apoiado neste ponto por todas as partes que apresentaram observações escritas ao Tribunal de Justiça (8), é incontestável, no caso vertente, que a legislação austríaca que faz depender a autorização para fazer publicidade que visa promover os casinos estrangeiros da condição de as disposições legais adotadas pelo Estado-Membro de estabelecimento do casino em matéria de proteção de jogadores serem equivalentes às disposições legais austríacas constitui um entrave à livre prestação de serviços.

13. Resulta claramente dos dois elementos acima mencionados, que o objeto da questão prejudicial se limita à questão de saber se o obstáculo assim colocado à livre prestação de serviços é, ou não, justificado.

14. Por conseguinte, há que analisar em que medida uma norma, como a prevista na legislação austríaca em causa, que faz depender a autorização para fazer publicidade que visa promover os casinos estrangeiros da condição de as disposições legais adotadas pelo Estado-Membro de estabelecimento do casino em matéria de proteção de jogadores serem equivalentes às disposições legais nacionais aplicáveis na matéria, pode ser justificada por razões de «ordem pública, segurança pública e saúde pública», em conformidade com a enumeração do artigo 52.º TFUE (9), aplicável a esta matéria por força do artigo 62.º TFUE, ou ainda por razões imperiosas de interesse geral, admitidas por força da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

15. Entre estas razões figuram, nomeadamente, os objetivos de proteção dos consumidores e a prevenção da fraude e da incitação dos cidadãos a uma despesa excessiva ligada ao jogo, bem como a prevenção das perturbações da ordem social em geral (10). Além disso, o Tribunal de Justiça reconhece que, no domínio dos jogos e das apostas, cujo excesso tem consequências sociais negativas, as legislações nacionais destinadas a evitar que se estimule a procura, limitando, pelo contrário, a exploração da paixão dos seres humanos pelo jogo, podiam ser justificadas (11).

16. A este respeito, há também que recordar a jurisprudência assente segundo a qual as particularidades de ordem moral, religiosa ou cultural e as consequências moral e financeiramente

prejudiciais para o indivíduo e para a sociedade que envolvem os jogos e as apostas podem ser suscetíveis de justificar a existência de um poder suficiente de apreciação das autoridades nacionais para determinarem, segundo a sua própria escala de valores, as exigências da proteção do consumidor e da ordem social. Por conseguinte, os Estados-Membros têm, em princípio, a faculdade de fixar os objetivos da sua política em matéria de jogos de fortuna e azar e, eventualmente, de definir com precisão o nível de proteção pretendido (12).

17. No que se refere ao entrave à livre prestação de serviços em causa, ou seja uma norma que faz depender a autorização para fazer publicidade que visa promover os casinos estrangeiros da condição de as disposições legais adotadas pelo Estado-Membro de estabelecimento do casino em matéria de proteção de jogadores serem equivalentes às disposições legais nacionais aplicáveis, parece, efetivamente, que o referido entrave prossegue um objetivo de proteção dos consumidores. A este respeito, o Governo austríaco alegou que a regulamentação da publicidade dos casinos estrangeiros visava, designadamente, proteger os consumidores, bem como, em especial, lutar contra a ludopatia, impedindo os casinos de incitarem os cidadãos a jogar de forma excessiva. Competirá, naturalmente, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a legislação nacional prossegue realmente os objetivos referidos (13).

18. Seja como for, não podemos esquecer as restantes condições decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça, relativas à justificação de um entrave à livre prestação de serviços. Segundo esta jurisprudência, a restrição deve ser adequada para garantir a realização do objetivo que prossegue e não ultrapassar o que é necessário para o atingir. Além disso, deve ser aplicada de maneira não discriminatória (14).

19. Neste estágio da minha reflexão, parece útil identificar novamente a restrição à livre prestação de serviços no presente caso. Trata-se de «uma norma que faz depender a publicidade que visa promover os casinos estrangeiros da condição de as disposições legais adotadas pelo Estado-Membro de estabelecimento do casino em matéria de proteção de jogadores serem equivalentes às disposições legais do Estado-Membro em cujo território a referida publicidade deva ser difundida». Esta norma equivale a um sistema de autorização prévia para as atividades de publicidade que visem promover casinos estrangeiros.

20. É certo que, no processo que deu origem ao acórdão Sjöberg e Gerdin (15), o Tribunal de Justiça entendeu que a proibição da publicidade, destinada aos residentes desse Estado-Membro, de jogos de fortuna e azar organizados noutros Estados-Membros, com fins lucrativos, por operadores privados, constituía uma restrição justificada à livre prestação dos serviços. No entanto, importa não esquecer que a legislação sueca que estava na base das questões prejudiciais nesse processo visava um objetivo diferente do prosseguido pela legislação austríaca em causa no caso em apreço, a saber, o objetivo de instaurar uma limitação estrita ao caráter lucrativo da exploração dos jogos de fortuna e azar. Por este motivo, não se pode concluir, com base no argumento *a majori ad minus*, que se a proibição total da publicidade era justificada, o mesmo deverá suceder quanto a um regime de autorização prévia da publicidade.

21. Com efeito, não excluo a possibilidade de esse regime, enquanto tal, contribuir para alcançar o objetivo da proteção dos consumidores e, portanto, ser considerado necessário para atingir este objetivo. Assim, este regime, ainda que constitua uma restrição à livre prestação dos serviços, poderá ser utilizado como uma medida de proteção dos consumidores.

22. No entanto, a avaliação de um regime concreto de autorização prévia depende das condições definidas para a obtenção de uma autorização. No caso em apreço, a concessão da autorização depende da obrigação de o operador do casino provar que o nível de proteção legal dos jogadores no Estado-Membro de estabelecimento do referido casino é equivalente ao do Estado-Membro em cujo território a publicidade deve ser feita.

23. Considero que um regime de autorização prévia com esta orientação ultrapassa o que é necessário para atingir o objetivo de proteção dos consumidores, por duas ordens de razões.

24. Em primeiro lugar, o regime de autorização prévia em causa pode consistir numa proibição total «oculta» da publicidade que visa promover os casinos estrangeiros. Será o caso, se as autoridades do Estado-Membro em questão considerarem, de forma sistemática, que o nível de proteção legal dos jogadores em todos os outros Estados-Membros é inferior ao que existe no seu próprio Estado (16). A este respeito, quero novamente recordar as minhas dúvidas quanto à possibilidade de proceder a uma comparação entre os níveis de proteção dos jogadores que existem nas diferentes ordens jurídicas, dada a inexistência de harmonização em matéria de atividades de jogo a dinheiro e de jogos de fortuna e azar, e a variedade da legislação dos Estados-Membros neste domínio.

25. Em segundo lugar, e seja como for, o regime de autorização prévia em causa acaba por conduzir a uma discriminação em razão da origem do requerente, dado que os operadores de casino que requeiram uma autorização ao abrigo do § 56, n.º 2, da GSpG são avaliados em função do Estado-Membro de estabelecimento do casino e, em especial, da sua ordem jurídica. Na aplicação do § 56 da GSpG, as autoridades austríacas acabarão por elaborar uma lista dos Estados-Membros cuja ordem jurídica não cumpre a condição do nível equivalente em matéria de proteção dos jogadores e, por conseguinte, os requerentes subsequentes serão avaliados apenas com base neste facto, a saber, o de Estado-Membro em que está estabelecido o casino em causa.

26. Acresce que a concessão de uma autorização depende exclusivamente do teor da legislação do Estado-Membro, sem que o real grau de proteção dos jogadores garantido pelo operador do casino seja tomado em consideração. Como foi corretamente observado pelo órgão jurisdicional de reenvio no seu pedido de decisão prejudicial, os operadores do casino não têm qualquer influência nesta questão.

27. Para concluir, atendendo ao que precede, considero que a proteção dos consumidores contra a publicidade que visa promover casinos situados no estrangeiro pode ser realizada através de medidas menos restritivas do que um regime de autorização prévia que faz depender a concessão de uma autorização da obrigação de o operador do casino provar que o nível de proteção legal dos jogadores no Estado-Membro de estabelecimento do casino é equivalente ao do Estado-Membro em cujo território a publicidade deve ser feita.

Conclusão

28. Tendo em conta as considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial colocada pelo Verwaltungsgerichtshof da seguinte forma:

«O artigo 56.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe ao regime de um Estado-Membro que faz depender a autorização para uma publicidade que visa promover casinos situados no estrangeiro da obrigação de o operador do casino provar que o nível de proteção legal dos jogadores no Estado-Membro de estabelecimento do referido casino é equivalente ao do Estado-Membro onde a publicidade deve ser feita.»

1 – Língua original: francês.

2 – A Comissão decidiu arquivar o procedimento por infração n.º 2006/4265 iniciado contra a República da Áustria, na sequência da alteração do § 56 da GSpG, introduzida pela Lei de 26 de agosto de 2008 (v. Comunicado de Imprensa IP/09/1479 da Comissão).

3 – Acórdão de 9 de setembro de 2010, Engelmann (C-64/08, Colet., p. I-8219).

[4](#) – Acórdão de 15 de setembro de 2011, Dickinger e Ömer (C-347/09, Colet., p. I-8185).

[5](#) – Nos termos do vigésimo quinto considerando da Diretiva n.º 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno (JO L 376, p. 36), as atividades de jogo a dinheiro são igualmente excluídas do seu âmbito de aplicação, tendo em conta a especificidade dessas atividades.

[6](#) – V., neste sentido, acórdãos de 24 de março de 1994, Schindler (C-275/92, Colet., p. I-1039, n.º 22); de 8 de setembro de 2010, Winner Wetten (C-409/06, Colet., p. I-8015, n.º 43), e 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.º 56).

[7](#) – V., neste sentido, acórdão de 16 de fevereiro de 2012, Costa e Cifone (C-72/10 e C-77/10, n.º 71).

[8](#) – Apresentaram observações escritas as recorrentes no processo principal, os Governos belga, helénico, espanhol, austríaco e português, bem como a Comissão.

[9](#) – Parece-me que, no presente caso, não será necessário configurar a aplicação de uma exceção à livre prestação de serviços, ao abrigo do artigo 51.º TFUE. Com efeito, é pacífico que as atividades em causa, que se enquadram no domínio dos jogos de fortuna e azar, não podem ser qualificadas de atividades abrangidas, ainda que a título ocasional, pelo exercício da autoridade pública.

[10](#) – V., neste sentido, acórdãos de 6 de março de 2007, Placanica e o. (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Colet., p. I-1891, n.º 48); de 8 de julho de 2010, Sjöberg e Gerdin (C-447/08 e C-448/08, Colet., p. I-6917, n.º 36), bem como Costa e Cifone (referido na nota 7, n.º 71).

[11](#) – Acórdão Stoß e o. (referido na nota 6, n.º 75 e jurisprudência referida).

[12](#) – V., neste sentido, acórdão de 30 de junho de 2011, Zeturf (C-212/08, Colet., p. I-5633, n.ºs 39, 40 e jurisprudência referida).

[13](#) – V., neste sentido, acórdão Dickinger e Ömer (referido na nota 4, n.º 51).

[14](#) – V., neste sentido, acórdão de 6 de novembro de 2003, Gambelli e o. (C-243/01, Colet., p. I-13031, n.º 24).

[15](#) – Referido na nota 10.

[16](#) – O facto, confirmado pelo Governo austríaco na audiência, de até este momento ainda não ter sido concedida qualquer autorização ao abrigo do § 56, n.º 2, da GSpG, pende igualmente nesse sentido.