

Se, por um lado, verificamos que o reenvio prejudicial, mecanismo de cooperação judiciária entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais, previsto no art. 234º do Tratado das Comunidades, investe o juiz nacional do poder de intervir na aplicação judicial do Direito da União Europeia, nomeadamente através da desaplicação de “normas nacionais desconformes com o Direito da União”, da interpretação do “direito nacional à luz do Direito da União”, da adopção de “providências cautelares tendentes a suspender a aplicação de leis, ainda que o ordenamento nacional não o permita”¹, por outro lado, é uma realidade que os tribunais portugueses a ele não recorrem como seria desejável, sendo mesmo uns dos que menos reenviam de todos os Estados-Membros. O acórdão que estará sob análise é um dos cerca de sessenta que os nossos tribunais reenviaram num período de vinte anos, o acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Setembro de 2003, no processo C-6/01.

De acordo com o ponto 11 da nota informativa do Tribunal de Justiça relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais, “Qualquer órgão jurisdicional dispõe do **poder** de submeter ao Tribunal de Justiça uma questão de interpretação de uma norma de direito comunitário quando o considere necessário para resolver um litígio que lhe tenha sido submetido.”, o que, de facto, aconteceu no caso concreto, uma vez que, um tribunal português de primeira instância (o Tribunal Cível da Comarca de Lisboa) suspendeu a instância para se esclarecer junto do Tribunal de Justiça. Já anteriormente, um tribunal superior (o Tribunal da Relação de Lisboa) tinha-se debruçado sobre o caso, mas só quanto a questões de legitimidade e falta de interesse processual das partes, revogando a decisão da primeira instância e voltando a esta para que se pronunciasse sobre o mérito da causa.

Efectivamente, os tribunais de primeira instância portugueses são os que mais utilizam a faculdade de suscitar questões ao Tribunal de Justiça, ao lado do Supremo Tribunal Administrativo, referindo-se, no essencial, a questões de fiscalidade e de livre circulação de mercadorias, no qual, também o nosso acórdão estaria incluído, e digo estaria porque chegar-se-á à conclusão que a matéria factual concreta não se subsume a essa liberdade económica, mas a uma outra, a livre prestação de serviços, ideia posteriormente desenvolvida.

Ora, o litígio prende-se com o facto de a exploração e a prática de jogos de fortuna ou azar, nomeadamente os jogos que se baseiam na utilização de máquinas de

¹ Alessandra Silveira, *Princípios de Direito da União Europeia (Doutrina e Jurisprudência)*, 2009, p. 11

jogos, estarem atribuídas ao Estado ou a um organismo público ou, ainda, a outro sujeito desde que autorizado por aquele, mediante a celebração de um contrato de concessão (neste caso, os casinos criados pelo Estado). A exploração ou a prática desses jogos fora das zonas devidamente autorizadas pode levar à aplicação de sanções penais (este regime jurídico encontra-se previsto no Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro). Constitui-se, portanto, um monopólio nesta área em favor dos casinos, situação essa que a Anomar (Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas) e outras pessoas a ela ligadas queriam eliminar, obtendo, com isso, o direito à exploração comercial de jogos de fortuna ou azar fora daquelas zonas circunscritas pela lei, fundamentando o seu pedido nos princípios do Direito da União. Deparado com o processo, o tribunal de primeira instância coloca treze questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, às quais ele responderá, mas apreciando, primeiramente, da admissibilidade das questões.

Sim, porque o Governo português, que intervém no processo ao abrigo do art. 20º do Estatuto do Tribunal de Justiça, que permite que os Estados-Membros apresentem observações ao processo na fase escrita, participando, neste processo em concreto, cinco Estados, considera que as questões suscitadas pelo tribunal português respeitam à apreciação de direito nacional e que nenhuma relação com o Direito da União lhe subjaz. De facto, “é da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais, a quem é submetido o litígio e que devem assumir a responsabilidade pela decisão judicial a proferir, apreciar, à luz das particularidades de cada caso, tanto a necessidade de uma decisão judicial para poderem proferir a sua decisão, como a pertinência das questões submetidas ao Tribunal»². Para fundamentar a sua opinião, o governo português invoca várias decisões do Tribunal de Justiça, em que este se considerou excluído de se pronunciar por, em causa, estar uma situação puramente circunscrita ao interior de um Estado-Membro, valendo, o princípio do precedente vinculativo.

O advogado-geral Antonio Tizzano, nas suas conclusões, evidencia que esta vertente é, de facto, possível (pontos 21 e 22), mas, em sua opinião, desde o acórdão Guimont, de 5 de Dezembro de 2000, o Tribunal de Justiça adoptou uma posição distinta, isto é, considerando-se competente para dizer das questões prejudiciais puramente internas, visto que não se verifica “de maneira manifesta que a interpretação solicitada do direito comunitário não [fosse] necessária ao juiz nacional»” (ponto 25 das

² Fausto de Quadros e Ana Maria Guerra Martins, *Contencioso da União Europeia*, 2ª Edição, Almedina, p. 104

conclusões). Conclui, no ponto 28, que o Tribunal de Justiça não deve ter em conta as considerações do governo português e do belga, que o apoia. O Tribunal de Justiça acolhe a pretensão do advogado-geral, fundando-se na jurisprudência Guimont, na medida em que uma resposta útil, sobre a interpretação do Tratado da Comunidades, a este órgão jurisdicional permitiria verificar se a sua regulamentação nacional é passível de uma aplicação uniforme a pessoas residentes noutros Estados-Membros (pontos 37 a 42 do acórdão).

O governo português sustenta, ainda, que as questões não devem ser tidas como admissíveis, uma vez que é uma forma de conseguir, do Tribunal de Justiça, a compatibilidade do direito português com os princípios e disposições do Direito da União, competência essa que o Tribunal não detém. De facto, “O TJ não é competente para interpretar o Direito interno, nem para constatar a incompatibilidade do Direito interno com o Direito Comunitário. Todavia, o TJ é competente para fornecer ao tribunal nacional todos os elementos de interpretação que relevam do Direito Comunitário e que podem permitir-lhe resolver esta incompatibilidade.”³ E assim, também, sugere Antonio Tizzano, nos pontos 31 e 32 das suas conclusões, reforçando-se, deste modo, o carácter da figura do reenvio prejudicial, que pretende “fornecer aos órgãos jurisdicionais nacionais o meio de assegurar uma interpretação e uma aplicação uniformes d[este] direito em todos os Estados-Membros.” (ponto 1 da nota informativa referida anteriormente). O Tribunal de Justiça nem se pronunciou sobre este aspecto, passando, desde logo, para a apreciação das questões prejudiciais.

A primeira requer a qualificação dos jogos de fortuna ou de azar como actividade económica, na acepção do art. 2º do Tratado das Comunidades. Todas as partes envolvidas concordam com esta qualificação, sendo, mais uma vez, invocado o princípio do precedente vinculativo pelo governo português e pelo próprio Tribunal de Justiça (pontos 46 e 47 do acórdão). Seguidamente, ao passo que o Tribunal agrupa a segunda, terceira e quinta questões, o advogado-geral só junta a segunda e a terceira questões, havendo, desde já, uma diferença na estrutura das fundamentações. O ponto fundamental, aqui, é saber se os jogos de fortuna ou azar serão considerados uma actividade relativa a mercadorias ou, então, uma actividade de serviços. As recorrentes são as únicas que defendem os jogos de fortuna ou azar como uma actividade de mercadorias (ponto 40 das conclusões), os demais governos e a Comissão defendem que

³ Fausto de Quadros e Ana Maria Guerra Martins, *Contencioso da União Europeia*, 2ª Edição, Almedina, p. 107

a actividade de serviços engloba os jogos de fortuna e azar, sustentando a posição em decisões anteriores do Tribunal de Justiça (pontos 51 e 52 do acórdão). O Tribunal decide-se pela não aplicação das disposições relativas à livre circulação de mercadorias aos jogos de fortuna e azar, até porque o que está em causa é a exploração de máquinas de jogos e não propriamente a sua importação, caso esse a que seriam aplicáveis tais disposições, qualificando os jogos de fortuna e azar como uma actividade de serviços (ponto 56 do acórdão). O mesmo não disse o advogado-geral, que entendia a actividade em questão como sujeita ao art. 28º do Tratado da Comunidade, que prevê a livre circulação de mercadorias (pontos 44 a 48 das conclusões), invocando o acórdão Läärrä, onde se diz que “[...] a circunstância de uma mercadoria importada se destinar à prestação de um serviço [*à exploração das máquinas de jogos*]⁴ não é, por si só, susceptível de a subtrair às regras relativas à livre circulação» de mercadorias.”

Falando, agora, da quarta questão prejudicial, ela referia-se ao possível enquadramento do monopólio da exploração dos jogos de fortuna ou azar no art. 31º do mesmo Tratado, que obriga os Estados-Membros a adaptar os monopólios nacionais de natureza comercial à garantia de exclusão de discriminação entre nacionais dos Estados-Membros. O Tribunal considerou que a disposição enunciada se refere a trocas comerciais e não, como no caso vertente, a um monopólio de serviços e, como a actividade de jogos foi considerada serviço, não se lhe pode aplicar a norma referida. Por seu turno, o advogado-geral, embora reconheça esta decisão (ponto 59, primeira parte das conclusões), considera que o tribunal deve abster-se de responder, pois o órgão jurisdicional de reenvio não forneceu elementos suficientes para compreender o alcance do regime português na circulação de mercadorias (pontos 60 e 61 das conclusões). É de notar que, passados seis anos, num processo semelhante, o acórdão Liga Portuguesa de Futebol Profissional, de 8 de Setembro de 2009, a mesma problemática é suscitada, dado que o tribunal português é, igualmente, “acusado” de não clarificar a situação factual em causa. Além de demonstrar pouca familiarização com o instituto, não se utiliza a possibilidade de “expor em que medida a interpretação solicitada é necessária para proferir a sua decisão.” (ponto 14 da nota informativa), não gozando de uma ligação com o Tribunal de Justiça, através da inclusão da sua opinião nos despachos em que formula as questões prejudiciais.

⁴ Referência nossa

O Tribunal agrupou, também, a sexta, sétima, nona e décima questões, que, fundamentalmente, se referem à possibilidade da legislação portuguesa que, limita a exploração e a prática dos jogos de fortuna e azar a certos locais e se aplica indistintamente a cidadãos nacionais e de outros Estados-Membros, constituir um entrave à livre prestação de serviços. Todas as partes do processo consideram essa possibilidade real, mesmo que as restrições da legislação se apliquem sem discriminação em razão da nacionalidade (pontos 63 das conclusões e do acórdão). Assim, a legislação portuguesa constitui um entrave à livre prestação de serviços, entrave esse que pode vir a ser justificado, primeiro, por não estabelecer qualquer discriminação entre os nacionais dos diferentes Estados-Membros e, depois, por razões imperativas de interesse geral, entra as quais, a protecção dos consumidores e preocupações de moral pública de prevenção da delinquência. Tanto os governos, como a Comissão, como o advogado-geral consideram a regulamentação portuguesa justificada (ponto 67 das conclusões) e o próprio Tribunal de Justiça admite já ter decidido nesse sentido em várias situações. Então, podemos verificar que a livre prestação de serviços não se opõe a uma legislação, como a portuguesa, que apesar de circunscrever a exploração e a prática dos jogos de fortuna ou azar aos casinos criados pelo Estado, se aplica indistintamente a cidadãos nacionais e de outros Estados-Membros, porque se justificada por preocupações de política social e de prevenção da fraude (pontos 75 do acórdão e 72 das conclusões). Até porque, como escreve Miguel Gorjão-Henriques “... a ausência de discriminação é condição necessária mas insuficiente. Com efeito, a legislação do Estado membro pode violar a proibição do tratado se não for justificada por razões imperativas de interesse geral.”⁵, estando, pois, presente os dois elementos.

A oitava questão pretende esclarecer se a restrição da legislação portuguesa se torna incompatível com o Tratado das Comunidades pelo facto de existirem legislações menos proteccionistas nos outros Estados-Membros. Todos os governos são unânimes em considerar que a matéria dos jogos de fortuna ou azar faz parte do poder de apreciação dos próprios Estados, mesmo porque inexistente legislação europeia nesta área, competindo a cada um “organizar a regulamentação jurídica adequada em matéria de jogos, nomeadamente em função de factores socioculturais próprios de cada Estado e segundo os princípios considerados mais bem adaptados à sociedade em causa.” (ponto

⁵ In Direito Comunitário, 5ª Edição, Almedina, p. 442

78 do acórdão). Logo, se a cada um cabe escolher a sua regulamentação nesta matéria seria de esperar medidas diferentes nos diferentes Estados, medidas que devem ser apreciadas, não por comparação com as dos outros Estados, mas face aos objectivos prosseguidos pelo Estado e face ao nível de protecção que aquele pretende garantir, sem afectar a sua compatibilidade com o Direito da União.

Finalmente, o último grupo de questões (onze, doze e treze) procura resposta ao facto da legislação portuguesa sujeitar a exploração e a prática dos jogos de fortuna ou azar à celebração de um contrato com o Estado, utilizando conceitos indeterminados para definir o respectivo campo de aplicação e atribuindo a uma entidade (a Inspeção-Geral de Jogos) um poder discricionário para assegurar a sua observância e se é isso compatível ou não com a livre prestação de serviços. As autoras alegam que o princípio da proporcionalidade não está a ser respeitado, quer pela falta de precisão da legislação, quer pela atribuição de um poder arbitrário à Inspeção-Geral. Por sua vez, fora o governo alemão, todos os outros postulam que o Direito da União não se opõe a uma legislação como a portuguesa porque, efectivamente, preenche os requisitos de proporcionalidade e de necessidade. Mas, afinal, o que significa o princípio da proporcionalidade? Segundo Miguel Gorjão-Henriques, “... compete a este princípio servir de critério sobre a adequação de determinada acção do Comunidade ou dos Estados membros para a realização de determinados objectivos à partida legítimos, combinada com a certificação da inexistência de outros meios menos prejudiciais para realizar os mesmos objectivos.”⁶ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça refere que é às autoridades nacionais que compete definir os objectivos que pretendem salvaguardar, determinar os meios que consideram mais adequados para os alcançar e prever as modalidades de exploração e de prática de jogos mais ou menos restritivas... (pontos 87 e 88 do acórdão). Daí que, é da competência do Estado português, ao abrigo do seu poder de apreciação, regular esta matéria, seguindo o caminho que considerar mais conveniente, desde que adequado a garantir a realização dos seus objectivos (nomeadamente, a protecção dos consumidores e da moralidade pública, a prevenção da delinquência e da fraude, o financiamento de actividades de interesse geral), sem exceder o necessário para os atingir. Desta posição não partilham desta a Comissão e o advogado-geral, defendendo que as questões só dizem respeito à interpretação do direito nacional, tarefa dos órgãos jurisdicionais nacionais, quer, também, porque, mais uma

⁶ In Direito Comunitário, 5ª Edição, Almedina, p. 314

vez, o tribunal português não fez referência clara e explícita aos princípios que gostaria de ver esclarecidos (pontos 84 e 85 das conclusões).

Decisão semelhante ocorreu no acórdão anteriormente referido, o da Liga Portuguesa, dado que, apesar do monopólio que a Santa Casa detém, quanto a jogos de fortuna e azar, também considerado um entrave à livre prestação de serviços, foi considerado justificado, quer por estas razões de interesse geral, quer pela história da própria instituição. Para terminar, só referir que, se Portugal, ainda não utiliza com a frequência desejada o reenvio prejudicial, também é verdade que, este acórdão que comentamos, foi objecto de muitas anotações, servindo para construir doutrina no Direito da União Europeia.

Cátia Vanessa Gomes Cruz

15102