CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL YVES BOT apresentadas em 26 de Janeiro de 2010[1]

1. A regulamentação de um Estado-Membro que submete as apostas desportivas a um regime de direito exclusivo com vista a proteger os consumidores do risco de dependência em relação ao jogo mas que não é capaz de atingir esse objectivo, de modo que é contrária à livre prestação de serviços, poderá ser mantida em vigor durante um período de transição e, sendo esse o caso, em que condições e durante quanto tempo?

2. Com estas questões, o Verwaltungsgericht Köln (Alemanha) pede, assim, ao Tribunal de Justiça se, e eventualmente em que condições, pode ser derrogada a obrigação constante do acórdão Simmenthal[2] e confirmada por jurisprudência assente, de que o juiz nacional, quando se depara com um conflito entre uma disposição de direito nacional e uma norma comunitária directamente aplicável, deve, em conformidade com o princípio do primado, assegurar a aplicação desta norma, e não aplicar o direito nacional.

3. Nas presentes conclusões, proponho ao Tribunal de Justiça, antes de mais, que faculte ao órgão jurisdicional de reenvio algumas indicações que lhe permitam verificar o acerto do seu pressuposto de que a regulamentação em questão é contrária à livre prestação de serviços.

4. De seguida, admitindo que este pressuposto seja certo, referir-me-ei aos obstáculos que se opõem, em princípio, à aplicação e à manutenção em vigor, mesmo que seja apenas durante um período de transição, de uma norma de direito nacional contrária a uma norma comunitária directamente aplicável. Por fim, indicarei as razões pelas quais, partindo do pressuposto de que possa ser derrogada a obrigação que resulta da jurisprudência Simmenthal, já referida, tal possibilidade deve ser excluída no que respeita à regulamentação em causa.

1 — Língua original: francês.

2 — Acórdão de 9 de Março de 1978 (106/77, Colect., p. 629).

I — Quadro jurídico

5. O artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental (Grundgesetz) dispõe:

«Todos os alemães têm o direito de escolher livremente a sua profissão, o seu local de trabalho e o seu local de formação. O exercício da profissão pode ser regulado pela lei ou com fundamento na lei.»

6. O artigo 31.º da Lei do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) prevê:

«(1) As decisões do Bundesverfassungsgericht vinculam os poderes constitucionais da Federação e dos *Länder*, assim como todos os órgãos jurisdicionais e autoridades.

(2) […] A decisão do Bundesverfassungsgericht tem força de lei […] quando o Bundesverfassungsgericht declara que uma lei é compatível ou incompatível com a constituição ou nula […] o dispositivo da decisão deve ser publicado no *Bundesgesetzblatt* […]»

7. O artigo 284.º, n.º 1, do Código Penal (Strafgesetzbuch) prevê:

«Quem, sem autorização administrativa, organizar jogos de azar abertos ao público ou puser à disposição as instalações necessárias para esse efeito será punido com pena de prisão até dois anos ou multa.»

8. Os *Länder* estabeleceram um enquadramento uniforme em matéria de organização e localização dos jogos de sociedade com o Tratado relativo às Lotarias na Alemanha (Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland), o qual entrou em vigor em 1 de Julho de 2004. Do artigo 5.º deste Tratado, decorre que os *Länder* devem assegurar uma oferta suficiente de jogos de azar, função à qual podem dar cumprimento por meio de uma pessoa colectiva de direito público ou de sociedades de direito privado com uma participação pública determinante. A mesma disposição prevê que, salvo acordo de outro *Land*, a actividade de cada *Land* se circunscreve ao seu próprio território.

9. O artigo 1.º, n.º 1, da Lei das Apostas Desportivas do *Land* de Renânia-do-Norte-Vestefália (Sportwettengesetz Nordrhein-Westfalen), de 3 de Maio de 1955, prevê:

«O governo do *Land* pode autorizar a participação de sociedades de apostas em competições desportivas. As referidas sociedades de apostas devem, imperativamente, ser pessoas

colectivas de direito público ou pessoas colectivas de direito privado cujas participações sejam maioritariamente detidas por pessoas colectivas de direito público [...]»

10. Segundo indicações prestadas pela Comissão Europeia nas suas observações escritas, à data dos factos da lide principal, só a Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG [3] tinha obtido autorização para organizar apostas desportivas no *Land* da Renânia-do-Norte-Vestefália [4].

11. Nos termos do artigo 14.º, n.º 1, da Lei das Autoridades Policiais do *Land* da Renânia-do-Norte-Vestefália (Ordnungsbehördengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen):

«As autoridades policiais podem tomar as medidas necessárias à prevenção, em casos particulares, de um perigo que ameace a segurança pública ou a ordem pública.»

II — Litígio no processo principal e decisão de reenvio prejudicial

12. A Winner Wetten GmbH [5], com sede na Alemanha, dispõe desde 1 de Junho de 2005 de um estabelecimento comercial em Bergheim, no *Land* da RNV, no qual realiza, nomeadamente, apostas desportivas, denominadas de «Oddset» (apostas de cotação), por conta da sociedade Tipico Co. Ltd [6]. A Tipico tem sede e está registada em Malta, onde dispõe neste país de uma concessão nacional para a organização de apostas desportivas.

13. Por despacho de 28 de Junho de 2005, a Burgermeisterin der Stadt Bergheim (Presidente da Câmara da cidade de Bergheim) proibiu a WW de continuar a explorar a actividade de apostas desportivas em que o organizador não seja titular de uma autorização emitida pelo *Land* da RNV e informou-a de que o não acatamento dessa proibição poderia provocar o encerramento do seu estabelecimento comercial.

14. A WW apresentou uma reclamação contra este despacho, a qual foi indeferida em 22 de Setembro de 2005 pelo Landrat des Rhein-Erft-Kreises (chefe dos serviços administrativos do Rhein-Erft-Kreis). Recorreu então desse despacho e da decisão de indeferimento da sua reclamação para o Verwaltungsgericht Köln.

3 — A seguir «WestLotto».
4 — A seguir «*Land* da RNV».
5 — A seguir «WW».
6 — A seguir «Tipico».

15. No âmbito deste recurso, a WW alegou que o monopólio existente em matéria de apostas desportivas, em vigor no *Land* da RNV, era contrário à livre prestação de serviços prevista no artigo 49.º CE, tal como interpretado pelo acórdão de 6 de Novembro de 2003, Gambelli e o. [7]. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça afirmou que um operador estabelecido em território nacional que ofereça o serviço de apostas na qualidade de intermediário de um prestador de apostas estabelecido num outro Estado-Membro podia beneficiar da livre prestação de serviços. Afirmou, igualmente, que um monopólio de Estado em matéria de apostas apenas será conforme com o direito comunitário caso limite essa actividade de maneira coerente e sistemática. Ora, tal não é o caso na Alemanha em virtude da publicidade efectuada pelos organizadores nacionais de apostas desportivas.

16. Na sua decisão de reenvio, o Verwaltungsgericht Köln refere, em primeiro lugar, que a WW infringiu, de facto, a regulamentação do *Land* da RNV ao organizar apostas desportivas na qualidade de intermediário da sociedade Tipico, apesar de estas duas sociedades não terem nem poderem obter uma autorização para o efeito.

17. Em segundo lugar, alega que, tendo presente as exigências formuladas pelo Tribunal de Justiça no acórdão Gambelli e o., já referido, o monopólio do *Land* da RNV em matéria de apostas desportivas viola as disposições do Tratado CE relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

18. O Verwaltungsgericht Köln refere-se, a este respeito, ao acórdão de 28 de Março de 2006 e ao despacho de 2 de Agosto de 2006 proferidos pelo Bundesverfassungsgericht, relativos, respectivamente, à regulamentação do *Land* da Baviera e à do *Land* da RNV. Nestas decisões, o Bundesverfassungsgericht considerou que os monopólios existentes em matéria de apostas desportivas nesses dois *Länder* prejudicam, de forma desproporcionada, a liberdade profissional garantida pelo artigo 12.º, n.º 1, da Lei Fundamental porque não garantem uma luta eficaz contra a dependência em relação ao jogo. Indicou, igualmente, que as disposições e os objectivos da Lei Fundamental convergem com os do direito comunitário, tal como foram apresentados no acórdão Gambelli e o., já referido.

19. De seguida, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que o Bundesverfassungsgericht manteve a situação jurídica existente até 31 de Dezembro de 2007, na condição de, no decurso deste período de transição, o direito aplicável em matéria de apostas desportivas ser reorganizado no respeito da Lei Fundamental. O órgão jurisdicional constitucional previu, assim, que a entidade responsável pela organização das apostas desportivas deveria estabelecer sem tardar uma coerência mínima entre o exercício efectivo do seu monopólio e os objectivos de luta contra a paixão e a dependência do jogo.

7 — C-243/01, Colect., p. I-13031.

20. O órgão jurisdicional de reenvio refere, porém, que a reorganização das condições materiais de exercício do monopólio nacional sobre as apostas desportivas nos termos das exigências do Bundesverfassungsgericht não é suficiente para sanar a desconformidade com o direito comunitário. Para se pôr termo a esta infracção seria necessário, segundo o referido órgão jurisdicional, alterar as condições jurídicas de exercício desse monopólio. Recorda, além disso, que o primado de uma disposição de direito comunitário directamente aplicável impõe a não aplicação do direito nacional contrário.

21. O órgão jurisdicional de reenvio indica, contudo, que o Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (tribunal administrativo regional superior do *Land* da RNV), por despacho de 28 de Junho de 2006, decidiu manter em vigor a regulamentação sobre as apostas desportivas neste *Land* nas condições temporais e materiais previstas pelo Bundesverfassungsgericht no que se refere à legislação da Baviera, de forma a não criar uma «lacuna jurídica inaceitável».

22. À luz destas considerações, o Verwaltungsgericht Köln, por despacho de 21 de Setembro de 2006, decidiu, por conseguinte, suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Os artigos 43.º e 49.º CE devem ser interpretados no sentido de que a legislação nacional relativa a um monopólio de Estado sobre as apostas desportivas que contenha restrições ilícitas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, garantidas nos artigos 43.º e 49.º CE, por não contribuir para limitar as actividades de apostas de uma maneira coerente e sistemática, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça [acórdão Gambelli e o., já referido], pode continuar a ser aplicada excepcionalmente durante um período de transição, apesar do princípio do primado do direito comunitário directamente aplicável?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, quais os pressupostos para uma excepção a esse primado e como deve ser determinado o período de transição?»

III — Correspondência trocada com o órgão jurisdicional de reenvio

23. O órgão jurisdicional de reenvio tomou a iniciativa de enviar ao Tribunal de Justiça uma carta, datada de 11 de Maio de 2007, na qual refere que, «segundo jurisprudência assente [...] o elemento determinante na apreciação do recurso que está na base do pedido de decisão prejudicial é a situação de direito e de facto

existente no momento da decisão de indeferimento da reclamação (no caso em apreço, 22 de Setembro de 2005)». Referiu que, «[a]inda que posteriormente tenha havido lugar modificações na prática das apostas desportivas — por exemplo na sequência das decisões do Bundesverfassungsgericht de 28 de Março de 2006 e de 2 de Agosto de 2006 —, estas não tiveram qualquer incidência na apreciação da causa principal».

24. Em Julho de 2008, o Tribunal de Justiça enviou ao órgão jurisdicional de reenvio um pedido de esclarecimentos, com fundamento no artigo 104.º, n.º 5, do seu Regulamento de Processo, na qual o convidava a informar se as questões prejudiciais ainda eram necessárias à decisão da causa, tendo em conta o acórdão proferido pelo Bundesverfassungsgericht em 22 de Novembro de 2007.

25. Nesse acórdão, o Bundesverfassungsgericht decidiu que as medidas transitórias previstas no seu acórdão de 28 de Março de 2006, que autorizou a manutenção em vigor, sujeita a condições, da regulamentação das apostas desportivas aplicável no *Land* da Baviera, não sanavam a ilegalidade das decisões administrativas de proibição adoptadas antes do referido acórdão, de forma que tais decisões deviam ser anuladas.

26. Na sua carta datada de 8 de Agosto de 2008, o órgão jurisdicional de reenvio referiu que ainda era necessária à decisão da causa uma resposta às questões prejudiciais. Mencionou que o Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, por despacho de 18 de Abril de 2007, considerou que a legalidade das decisões que proíbem a realização de apostas desportivas deve ser apreciada à data da decisão jurisdicional a tomar. O órgão jurisdicional de reenvio explicou também que, na medida em que a situação jurídica em vigor a partir de 1 de Janeiro de 2008 era muito diferente da situação anterior, consideraria a data de 31 de Dezembro de 2007 para apreciar a legalidade do despacho de 28 de Junho de 2005 e da decisão de 22 de Setembro de 2005, que são objecto de recurso no processo principal, ou seja numa data em que a legislação antiga, contrária ao direito comunitário, ainda se encontrava em vigor.

IV — Apreciação

27. Antes de proceder ao exame das questões prejudiciais colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, é necessário efectuar as seguintes observações no que diz respeito, por um lado, à admissibilidade dessas questões e, por outro, o pressuposto em que assentam.

A — *Admissibilidade das questões prejudiciais*

28. A admissibilidade das questões prejudiciais colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio podia ser posta em causa pelo acórdão do Bundesverfassungsgericht proferido em 22 de Novembro de 2007. Esta foi igualmente contestada pelo governo norueguês, que defende que estas questões são hipotéticas porque não foi demonstrada a desconformidade da regulamentação do *Land* da RNV com o direito comunitário.

29. Quanto ao primeiro ponto, poderíamos questionar-nos sobre a questão de saber se, por força do acórdão do Bundesverfassungsgericht, já referido, os actos impugnados no processo principal devem ser anulados, tendo assim ficado sem objecto a presente decisão de reenvio prejudicial.

30. Importa, contudo, declarar que, na sua resposta datada de 8 de Agosto de 2008, o órgão jurisdicional de reenvio referiu que as questões prejudiciais que colocou mantêm a sua pertinência para a decisão da causa. Explicou que, para decidir o recurso no processo principal, considerou a data de 31 de Dezembro de 2007, isto é uma data em que, por força das medidas transitórias decididas pelo Bundesverfassungsgericht e pelo Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, a regulamentação que proibia a WW de realizar apostas desportivas por conta da sociedade Tipico ainda se encontrava em vigor.

31. A questão de saber que data deve o Verwaltungsgericht Köln considerar para decidir o recurso de anulação que lhe foi submetido, bem como a determinação das consequências resultantes do acórdão do Bundesverfassungsgericht de 22 de Novembro de 2007 no que diz respeito aos actos recorridos no processo principal dependem de regras substantivas e processuais de direito interno e decorrem, por conseguinte, do poder de apreciação do órgão jurisdicional de reenvio.

32. Em aplicação da repartição de competências entre o órgão jurisdicional nacional e o Tribunal de Justiça no âmbito do processo prejudicial e do espírito de cooperação que rege este processo, importa registar o facto de que o Verwaltungsgericht Köln considera que deve decidir causa principal e que mantém as suas questões.

33. Dizendo as referidas questões respeito à interpretação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça é, na minha opinião, obrigado a pronunciar-se, visto que, segundo jurisprudência assente, no âmbito do processo instituído pelo artigo 234.º CE, compete apenas ao juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão

como a pertinência das questões que submete ao Tribunal de Justiça [8].

34. Quanto ao segundo ponto, relativo à objecção do governo norueguês, é verdade que, como a Comissão e o governo alemão salientaram, as questões submetidas ao Tribunal de Justiça pelo órgão jurisdicional de reenvio apenas se colocam caso a regulamentação do *Land* da RNV sobre as apostas desportivas seja verdadeiramente contrária ao direito comunitário. Sou igualmente da opinião, como estes intervenientes, que, com base nas explicações prestadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o acerto da sua apreciação sobre este ponto pode ser posto em causa.

35. Na minha opinião, esta circunstância justifica que, em conformidade com o espírito de cooperação que rege o processo jurisdicional e de forma a prestar ao órgão jurisdicional de reenvio todos os elementos relativos à interpretação do direito comunitário que lhe possam ser úteis à decisão da causa, o Tribunal de Justiça conceda a este órgão jurisdicional indicações que lhe permitam examinar novamente o seu pressuposto.

36. Para tal, a eventualidade de o órgão jurisdicional de reenvio, à luz destas indicações, alterar esse pressuposto não deve levar o Tribunal de Justiça a declarar as questões prejudiciais deste órgão jurisdicional inadmissíveis e a recusar pronunciar-se. Com efeito, se, no actual estado dos autos, o referido pressuposto é objecto de discussão, também pode vir a ser confirmado pelo órgão jurisdicional nacional, visto que a questão de saber se a regulamentação do *Land* da RNV foi concebida e posta em prática em termos concretos de forma a atingir os objectivos de protecção de maneira coerente e sistemática resulta, no fundo, de uma apreciação que é da sua competência [9].

37. Ora, segundo jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça só pode recusar pronunciar-se sobre uma questão prejudicial relativa à interpretação do direito comunitário em circunstâncias excepcionais, quando for manifesto que esta não é pertinente para a decisão da lide principal, quando o problema for de natureza hipotética ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito suficientes para facultar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil à decisão da causa [10].

38. Estas razões de inadmissibilidade não são aplicáveis no presente processo.

8 — V., para uma aplicação recente, acórdão de 19 de Novembro de 2009, Filipiak (C-314/08, Colect. p. I-11049, n.º 40).

9 — Acórdãos de 21 de Outubro de 1999, Zenatti (C-67/98, Colect., p. I-7289, n.º 37) e Gambelli e o., já referido (n.º 66).

10 — Acórdão Filipiak, já referido (n.º 42 e jurisprudência referida).

39. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio, que considera que a regulamentação em matéria de apostas desportivas, com base na qual foram adoptados os actos impugnados, é contrária à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, pretende saber se, e, se assim for, em que condições, a obrigação, imposta pelo princípio do primado do direito comunitário, de não aplicar esta regulamentação e de anular estes actos, pode ser derrogada. O órgão jurisdicional de reenvio submete ao Tribunal de Justiça esta interrogação porque o Tribunal Constitucional Federal e o órgão jurisdicional de recurso consideraram que a referida regulamentação, apesar de contrária à Lei Fundamental, deveria ser mantida.

40. O Tribunal de Justiça, na minha opinião, dispõe de elementos suficientes de facto e de direito para responder à referida interrogação. Além disso, o facto de o pressuposto no qual se baseia esta interrogação resultar da apreciação do órgão jurisdicional nacional e poder ser por ele confirmado demonstra que esta interrogação não se coloca no contexto de uma problemática meramente hipotética e que não é manifestamente desprovida de qualquer interesse para a decisão da causa principal.

41. Sou, por conseguinte, do parecer que as questões prejudiciais colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio são admissíveis.

B — *Pressuposto do órgão jurisdicional de reenvio segundo o qual a regulamentação do Land da RNV é contrária ao direito comunitário*

42. O órgão jurisdicional de reenvio considera que a regulamentação do *Land* da RNV em matéria de apostas desportivas é contrária à livre prestação de serviços tal como esta liberdade foi interpretada no acórdão Gambelli e o., já referido, pelo facto de a participação em tais apostas ser encorajada pelos organismos nacionais autorizados, de forma que esta regulamentação não garante uma luta eficaz contra a dependência em relação ao jogo. De seguida, referiu que as modificações introduzidas pelo WestLotto no exercício das suas actividades em aplicação das instruções do Bundesverfassungsgericht não sanam a não conformidade com o direito comunitário dado que para tal é necessário igualmente que se alterem as condições jurídicas de exercício do monopólio.

43. As fases do raciocínio jurídico no termo do qual o órgão jurisdicional de reenvio conclui pela não conformidade da regulamentação em causa não parecem contestáveis.

44. Com efeito, pode deduzir-se do acórdão Gambelli e o., já referido, que a WW, que organiza apostas desportivas na qualidade de intermediário de uma sociedade com sede em Malta, pode beneficiar das disposições do

artigo 49.º CE [11]. Além disso, partilho a análise da Comissão segundo a qual a WW apenas pode beneficiar das disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços e não das relativas à liberdade de estabelecimento, visto que se trata de uma sociedade constituída ao abrigo do direito alemão que exerce a sua actividade na Alemanha.

45. Além disso, é facto assente que uma legislação nacional como a regulamentação do *Land* da RNV, que proíbe a realização no seu território de apostas desportivas organizadas por uma sociedade com sede num outro Estado-Membro, constitui uma restrição à livre prestação de serviços.

46. De seguida, se tal restrição pode ser justificada pela defesa da ordem pública ou uma razão imperiosa de interesse geral como a protecção dos consumidores contra o incentivo à realização de despesas excessivas associadas ao jogo, ainda é necessário que ela seja proporcionada a este objectivo, o que implica que este seja prosseguido de maneira coerente e sistemática [12]. No acórdão Gambelli e o., já referido, o Tribunal de Justiça decidiu no sentido de que esta condição não está preenchida quando um Estado-Membro institui uma regulamentação restritiva em matéria de jogos a dinheiro com o único objectivo de proteger os consumidores dos riscos de despesas excessivas, enquanto que, na realidade, prossegue uma forte política de incentivação dos mesmos consumidores a participar nesses jogos [13].

47. Por fim, como já recordei, compete ao juiz nacional apreciar se a regulamentação em causa é, em termos concretos, aplicada em conformidade com os objectivos prosseguidos.

48. Em contrapartida, a conclusão à qual chegou o órgão jurisdicional de reenvio pode ser posta em causa à luz das duas considerações seguintes.

49. Em primeiro lugar, como o governo norueguês alegou, não se pode excluir a possibilidade de as condições exigíveis pela Lei Fundamental serem mais restritivas que as exigidas pelo direito comunitário, pelo menos à luz das precisões facultadas pela jurisprudência posterior ao acórdão Gambelli e o., já referido.

50. Assim, no acórdão de 6 de Março de 2007, Placanica e o. [14], o Tribunal de Justiça considerou que, caso a regulamentação de um Estado-Membro em matéria de jogos a dinheiro tenha por objecto canalizar esta actividade para circuitos susceptíveis de ser controlados de forma a prevenir a sua exploração com finalidade criminosa, os operadores autorizados devem constituir uma alternativa

11 — Acórdão Gambelli e o., já referido (n.º 58).
12 — *Ibidem* (n.º 67).
13 — *Ibidem* (n.º 69).
14 — C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Colect., p. I-1891.

fiável, mas simultaneamente atractiva, a uma actividade proibida, o que pode, em si mesmo, implicar a oferta de um leque alargado de jogos, publicidade de uma certa envergadura e o recurso a novas técnicas de distribuição [15].

51. Actualmente, nos processos pendentes Sporting Exchange (C-203/08) e Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International (C-258/08), o Tribunal de Justiça confronta-se com a regulamentação de um Estado-Membro que submete os jogos a dinheiro a um regime de monopólio com o objectivo de, simultaneamente, proteger os consumidores do vício do jogo e de combater a criminalidade.

52. Propus ao Tribunal de Justiça que declare que o facto de os titulares dos direitos exclusivos de exploração dos jogos a dinheiro neste Estado-Membro serem autorizados a tornar a sua oferta mais atractiva por meio da criação de novos jogos e o recurso à publicidade não é, enquanto tal, incoerente com os objectivos, considerados no seu conjunto, prosseguidos por este Estado. No caso concreto, é importante que a criação de novos jogos e a publicidade sejam estritamente controladas pelo Estado-Membro e limitadas, de forma a serem igualmente compatíveis com a prossecução do objectivo de protecção dos consumidores contra o vício do jogo.

53. Na medida em que o ponto de equilíbrio entre estes dois objectivos é, em termos concretos, difícil de encontrar, propus também ao Tribunal de Justiça que reconheça aos Estados-Membros uma grande margem de apreciação. De seguida, a questão de saber se a regulamentação em causa, no que se refere às suas modalidades concretas de aplicação por parte das autoridades competentes e por parte do ou dos titulares do direito exclusivo de organizar jogos a dinheiro, prossegue tais objectivos de maneira coerente e sistemática deve decorrer de uma apreciação por parte do juiz nacional dos efeitos concretos dessa regulamentação.

54. Noutros termos, o facto de o ou os titulares do direito de realizar jogos de fortuna e azar fazerem publicidade num Estado-Membro que restringiu o exercício desta actividade de modo a proteger os consumidores contra o incitamento à realização de despesas excessivas e o risco de dependência não demonstra necessariamente que não se teve em consideração a condição de que os objectivos devem ser prosseguidos de maneira coerente e sistemática nem, por conseguinte, que esta regulamentação é contrária ao direito comunitário. Compete ao juiz nacional tomar em consideração o conjunto dos objectivos da regulamentação em causa e apreciar os efeitos concretos desta junto dos consumidores, levando em conta a ampla margem de apreciação que os Estados-Membros têm nesta matéria.

55. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio não explicou as razões pelas quais os requisitos jurídicos aplicáveis à actividade do titular do direito de organizar apostas

15 — N.º 55.

desportivas seriam contrárias ao direito comunitário, de modo que, segundo o referido órgão jurisdicional, as modificações introduzidas pela WestLotto ao exercício das suas actividades em cumprimento das directivas do Bundesverfassungsgericht não eram susceptíveis de sanar esta desconformidade.

56. Por fim, convém salientar que foram submetidas ao Tribunal de Justiça diversas questões prejudiciais nos processos apensos Stoß e o. [16], que se encontram pendentes, que têm precisamente por objecto permitir apreciar a conformidade com o direito comunitário da regulamentação em matéria de apostas desportivas aplicável nos *Länder* de Baden-Württemberg e de Hesse, a qual apresenta grandes semelhanças com a regulamentação em vigor no *Land* da RNV.

57. O órgão jurisdicional de reenvio poderia, por conseguinte, ser igualmente levado a rever o seu pressuposto na sequência dos acórdãos a proferir nestes processos, apreciados pelo Tribunal de Justiça paralelamente ao presente processo.

58. Por conseguinte, sou da opinião que seria útil, antes de proceder à apreciação das questões prejudiciais, prestar ao órgão jurisdicional de reenvio as seguintes indicações em relação ao pressuposto no qual estas questões se fundam:

— A regulamentação de um Estado-Membro que restringe a prestação de apostas desportivas com o objectivo de defender os interesses visados pelo Tratado ou considerados legítimos pela jurisprudência deve, para assegurar a sua conformidade com o direito comunitário, prosseguir estes objectivos de maneira coerente e sistemática.

— Compete ao juiz nacional verificar se esta condição está preenchida, levando em consideração o conjunto dos objectivos da regulamentação em causa e apreciando os seus efeitos concretos junto dos consumidores, tendo em conta a ampla margem de apreciação dos Estados-Membros nesta matéria.

— O órgão jurisdicional de reenvio poderá igualmente, sendo caso disso, levar em conta as indicações prestadas nos acórdãos a proferir nos processos apensos Stoß e o., já referidos.

C — *Apreciação do mérito*

59. No âmbito do exame das questões prejudiciais colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, convém partir do pressuposto de que

16 — C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07.

a regulamentação em causa constitui uma restrição não justificada à livre prestação de serviços, visto que não contribui para limitar as actividades de apostas de maneira coerente e sistemática.

60. O referido órgão jurisdicional considera legitimamente que, devido a este conflito entre a sua regulamentação nacional e uma disposição de direito comunitário directamente aplicável [17], é obrigado a não aplicar esta regulamentação.

61. Com efeito, em conformidade com a posição adoptada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Simmenthal, já referido, e confirmada subsequentemente por jurisprudência assente, em caso de conflito entre uma disposição de direito interno e uma norma de direito comunitário directamente aplicável, o juiz nacional tem a obrigação de garantir a plena eficácia dessa norma, não aplicando, se necessário, pela sua própria autoridade, a referida disposição mesmo se esta for posterior, e sem que tenha de pedir ou esperar a sua revogação prévia por via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional [18].

62. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende averiguar se esta obrigação pode ser derrogada.

63. Questiona, essencialmente, assim, se um órgão jurisdicional de um Estado-Membro pode continuar a aplicar, a título excepcional e transitório, a sua regulamentação nacional em matéria de apostas desportivas, apesar de essa regulamentação constituir uma restrição não justificada à livre prestação de serviços, dado que não contribui para limitar as actividades de apostas de maneira coerente e sistemática.

64. O órgão jurisdicional de reenvio refere que apresentou esta questão ao Tribunal de Justiça devido ao facto de o Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, no seu despacho de 28 de Junho de 2006, ter provisoriamente excluído o primado do direito comunitário de forma a não criar uma «lacuna jurídica inaceitável». Por força deste despacho, as disposições controvertidas da lei sobre as apostas desportivas seriam, por conseguinte, aplicáveis a título provisório, apesar da violação do artigo 49.º CE, nas mesmas condições temporais e materiais que as consideradas pelo Bundesverfassungsgericht em relação à regulamentação da Baviera no que diz respeito ao direito à liberdade profissional prevista no artigo 12.º da Lei Fundamental.

65. Decorre igualmente das suas explicações que o Bundesverfassungsgericht, no despacho de 2 de Agosto de 2006, adoptou as mesmas medidas transitórias em relação à regulamentação do *Land* da RNV.

17 — A aplicabilidade directa das disposições do Tratado que instituem a livre prestação de serviços foi reconhecida no acórdão de 3 de Dezembro de 1974, van Binsbergen (33/74, Colect., p. 1299).

18 — Acórdãos, já referidos, Simmenthal (n.º 24), e Filipiak (n.º 81, assim como a jurisprudência aí referida).

66. Estas indicações podem ser interpretadas no sentido de que o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se pode existir uma derrogação à obrigação imposta pela jurisprudência Simmenthal, já referida, por duas razões distintas, por um lado, a decisão do Bundesverfassungsgericht de manter em vigor a regulamentação controvertida até 31 de Dezembro de 2007 e, por outro, a necessidade de evitar uma lacuna jurídica que poderia ser prejudicial aos consumidores do *Land* da RNV.

67. A resposta à questão prejudicial examinada, no que diz respeito à incidência das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal, pode ser deduzida muito claramente do acórdão Filipiak, já referido.

68. No processo que deu lugar a esse acórdão, o Tribunal de Justiça foi confrontado com uma situação em que uma legislação de um Estado-Membro em matéria de impostos sobre os rendimentos, contrária à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, foi declarada não conforme com a constituição desse Estado-Membro pelo seu Tribunal Constitucional. Porém, este tinha adiado a data a partir da qual a legislação deixaria de ser juridicamente vinculativa.

69. O órgão jurisdicional nacional da causa entre a administração fiscal e um contribuinte que exerceu uma dessas liberdades de circulação perguntou ao Tribunal de Justiça se o princípio do primado lhe impunha a não aplicação da referida legislação, não obstante o facto de o Tribunal Constitucional nacional ter prolongado os seus efeitos.

70. O Tribunal de Justiça recordou a forma como um conflito entre uma disposição de direito nacional e uma norma comunitária directamente aplicável deve ser resolvida por um órgão jurisdicional nacional. Em conformidade com a jurisprudência Simmenthal, já referida, este conflito é resolvido, por um órgão jurisdicional nacional, pela aplicação do direito comunitário, não aplicando a disposição nacional contrária, e não pela declaração da nulidade dessa disposição que resulta da competência dos órgãos e dos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em causa [19].

71. Indicou que o adiamento, pelo Tribunal Constitucional, da data em que as disposições nacionais controvertidas deixarão de ser juridicamente vinculativas não impede que o órgão jurisdicional nacional, em conformidade com o princípio do primado do direito comunitário, não aplique essas disposições ao litígio que é chamado a decidir [20].

72. Noutros termos, a fiscalização da constitucionalidade e da conformidade com o direito comunitário devem ser susceptíveis de produzir os seus efeitos sem que um entre em contradição com o outro. Assim, tal como os poderes do juiz nacional, por força da jurisprudência Simmenthal, já referida, se limitam às situações de conflito entre uma norma

19 — Acórdão Filipiak, já referido (n.º 82).
20 — *Ibidem* (n.º 84).

comunitária e uma disposição de direito nacional, uma decisão do Tribunal Constitucional que adia as consequências da não conformidade da lei nacional com a Constituição não pode interferir com o dever do juiz nacional de garantir o primado do direito comunitário sempre que se encontre confrontado com tal conflito.

73. Daqui decorre que, no presente processo, o facto de a regulamentação controvertida ser igualmente contrária à Lei Fundamental e que o Bundesverfassungsgericht tenha decidido manter essa regulamentação em vigor durante um período de transição em nada restringe a obrigação do órgão jurisdicional de reenvio de a não aplicar ao litígio que lhe foi submetido, visto considerar que a referida regulamentação é contrária ao artigo 49.º CE.

74. Em conformidade com a jurisprudência Simmenthal, já referida, o órgão jurisdicional de reenvio não deve, portanto, aplicar a regulamentação controvertida na medida em que esta seja oponível a um prestador de serviços que, como a WW, pode beneficiar do artigo 49.º CE. Em contrapartida, esta jurisprudência em nada obsta a que a referida regulamentação continue a ser aplicada a prestadores de serviços de apostas desportivas estabelecidos em países terceiros, que não podem beneficiar da livre prestação de serviços e da liberdade de estabelecimento.

75. A análise da questão examinada relativamente ao segundo fundamento invocado pelo órgão jurisdicional de reenvio leva-me, presentemente, a apreciar se se pode manter em vigor a regulamentação controvertida, apesar de ser contrária à livre prestação de serviços, o tempo necessário para que as autoridades competentes adoptem uma nova regulamentação conforme com o direito comunitário.

76. Esta manutenção em vigor tem o objectivo de evitar que, durante este período, exista uma lacuna jurídica que permita aos prestadores de apostas desportivas estabelecidos noutros Estados-Membros oferecer as suas apostas aos consumidores estabelecidos no *Land* da RNV, sujeitos exclusivamente às medidas de regulação em vigor no seu Estado de origem.

77. A manutenção da regulamentação controvertida teria, por conseguinte, como consequência permitir, não apenas que o juiz nacional a aplique no âmbito do litígio que lhe é submetido, mas também que todas as autoridades nacionais, incluindo as autoridades judiciais, a continuem a aplicar durante todo o período de transição definido.

78. De forma a melhor ponderar os desafios colocados pela problemática examinada, convém igualmente recordar que, nos termos do pressuposto do qual parte o órgão jurisdicional de reenvio, a regulamentação em causa não permite lutar de forma eficaz contra a dependência do jogo. Noutros termos, nos termos deste pressuposto, esta regulamentação tem por efeito proibir os prestadores

estabelecidos noutros Estados-Membros de oferecer apostas desportivas aos consumidores que residem no *Land* da RNV, mas não é capaz de assegurar a protecção destes últimos contra uma incitação excessiva por parte do operador autorizado à prática de tais apostas.

79. Diversos Estados-Membros intervenientes no presente processo defenderam que a regulamentação controvertida do *Land* da RNV deveria continuar a ser aplicável até à adopção de uma legislação conforme com o direito comunitário. Fundaram esta posição com base em diversos argumentos que podem ser brevemente resumidos da seguinte forma.

80. Por um lado, um acto comunitário declarado ilegal no âmbito de um reenvio prejudicial de fiscalização da validade ou de um recurso de anulação pode, com fundamento no artigo 231.º, segundo parágrafo, CE, manter-se em vigor com o objectivo de preservar a segurança jurídica e de evitar uma lacuna na legislação que prejudique os objectivos prosseguidos por esse acto.

81. Por outro, a impossibilidade de previsão de um período de transição contrariaria o poder de apreciação reconhecido aos Estados-Membros em relação à protecção da ordem social e dos seus cidadãos contra os riscos associados aos jogos a dinheiro.

82. Por fim, a admissibilidade de um período de transição resulta igualmente das disposições do artigo 228.º, n.º 2, CE, segundo o qual um Estado-Membro que não tenha tomado as medidas necessárias à execução de um acórdão do Tribunal de Justiça que declara que esse Estado-Membro não cumpriu as suas obrigações, deve-lhe ser notificado um parecer fundamentado antes de ser intentada uma nova acção por incumprimento, o que terá por efeito conceder-lhe ainda um último prazo.

83. Ao contrário destes Estados-Membros, sou da opinião que o órgão jurisdicional de reenvio não pode ser autorizado a aplicar tal regulamentação, desde que tenha constatado a sua não conformidade com o artigo 49.º CE.

84. Baseio a minha posição nos seguintes argumentos. Por um lado, mesmo em termos de princípio, a manutenção em vigor dessa regulamentação, mesmo que a título transitório, violaria o primado do direito comunitário e o direito a um recurso jurisdicional efectivo. Por outro, mesmo admitindo que possa ser perspectivada, em circunstâncias excepcionais, uma derrogação à obrigação imposta pela jurisprudência Simmenthal, já referida, esta apenas poderia ser aplicada no caso de, como no presente processo, por um lado, a regulamentação controvertida ser inapta para atingir os seus objectivos e, por outro, as razões pelas quais é contrária ao direito comunitário decorrerem de um acórdão prejudicial proferido mais de 18 meses antes da adopção dos actos impugnados no processo principal.

1. Obstáculos de princípio

85. A título preliminar, convém referir que, na presente data, a possibilidade de regular no tempo os efeitos do direito comunitário sobre o direito dos Estados-Membros foi exclusivamente admitida em relação ao passado.

86. Assim, desde o acórdão Defrenne [21], o Tribunal de Justiça admite que o princípio do efeito retroactivo de um acórdão prejudicial de interpretação pode ser derrogado em circunstâncias excepcionais, quando esse efeito retroactivo tiver repercussões económicas graves nas relações jurídicas criadas de boa fé, devido à incerteza existente em relação ao alcance real do direito comunitário [22].

87. De igual modo, é de jurisprudência assente que o direito comunitário, por força do princípio da segurança jurídica, não impõe aos Estados-Membros a anulação de actos administrativos ou jurisdicionais definitivos [23].

88. Até ao presente, a única situação em que o juiz nacional pode suspender os efeitos futuros de uma disposição de direito comunitário é a situação em que um acto de direito derivado é seriamente impugnado em juízo e que a validade desse acto é objecto de exame no Tribunal de Justiça. Além disso, o recorrente deve apresentar sérios elementos em apoio da sua excepção de invalidade e demonstrar ao órgão jurisdicional nacional a necessidade de suspender a aplicação do referido acto até que o Tribunal de Justiça decida.

89. Todavia, este exemplo não é pertinente em relação à questão examinada no presente processo, visto que este se refere a uma disposição de direito comunitário cuja legalidade é objecto de uma impugnação séria, cuja apreciação está em curso.

90. É certo que a possibilidade de prolongar no tempo os efeitos de uma norma jurídica contrária ao direito comunitário se encontra expressamente prevista no artigo 231.º, segundo parágrafo, CE, quando um regulamento tenha sido declarado inválido no âmbito de um recurso directo.

91. É igualmente assente que esta disposição foi alargada pelo juiz comunitário ao conjunto dos actos de direito derivado e que este também fez aplicação desta disposição no âmbito dos reenvios prejudiciais relativos à fiscalização da validade. Assim, quando o juiz comunitário declara, no âmbito de um recurso directo de anulação ou de um reenvio prejudicial de fiscalização da validade,

21 — Acórdão de 8 de Abril de 1976 (43/75, Colect., p. 455).

22 — V., nomeadamente, acórdão de 11 de Agosto de 1995, Roders e o. (C-367/93 a C-377/93, Colect., p. I-2229, n.º 43).

23 — Acórdãos de 16 de Março de 2006, Kapferer (C-234/04, Colect., p. I-2585, n.º 24), assim como de 19 de Setembro de 2006, i-21 Germany e Arcor (C-392/04 e C-422/04, Colect., p. I-8559, n.º 51).

que um acto comunitário de direito derivado é ilegal e deve ser anulado, pode prever que esse acto continue a produzir determinados efeitos até à entrada em vigor do acto que o deve substituir ou durante o período que o juiz determinar [24].

92. A aplicação da referida disposição tem por base razões relativas à protecção da segurança jurídica. Trata-se de impedir que sejam postas em causa situações jurídicas que tiveram origem antes da prolação do acórdão ou ainda de evitar que a anulação do acto em causa crie uma lacuna jurídica que possa comprometer os seus objectivos.

93. Assim, recentemente, no acórdão de 3 de Setembro de 2008, Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão [25], o Tribunal de Justiça, após ter declarado que o regulamento [26] que previa, designadamente, o congelamento de fundos do recorrente tinha sido adoptado, no que lhe dizia respeito, em violação de diversos direitos fundamentais e devia ser anulado, decidiu mantê-lo em vigor durante um período de três meses a contar da prolação do acórdão, de forma a permitir que o Conselho da União Europeia pudesse remediar essas violações [27].

94. Ao contrário dos Estados-Membros que intervieram no presente processo, sou da opinião que a transposição da possibilidade prevista no artigo 231.º, segundo parágrafo, CE a regras de direito interno contrárias a uma norma de direito comunitário directamente aplicável se depara com obstáculos de princípio dificilmente superáveis.

95. Assim, quando examino as razões com fundamento nas quais o Tribunal de Justiça definiu os poderes do órgão jurisdicional nacional quando este se encontra confrontado com um conflito entre estas duas categorias de normas, constato que levou em conta os seguintes pontos.

96. Em primeiro lugar, uma norma comunitária directamente aplicável deve produzir todos os seus efeitos úteis de maneira uniforme em todos os Estados-Membros desde a sua entrada em vigor e durante a sua vigência, visto que constitui uma fonte imediata de direitos e de deveres para todos os seus destinatários, tanto os Estados-Membros como os particulares [28].

24 — Acórdãos de 15 de Outubro de 1980, Providence agricole de la Champagne (4/79, Colect., p. 2823, n.os 45 e 46); de 5 de Julho de 1995, Parlamento/Conselho (C-21/94, Colect., p. I-1827, n.os 29 a 32), e de 3 de Setembro de 2009, Parlamento/Conselho (C-166/07, Colect. p. I-7135, n.os 72 a 75).

25 — C-402/05 e C-415/05 P, Colect., p. I-6351.

26 — Trata-se do Regulamento (CE) n.º 881/2002 do Conselho, de 27 de Maio de 2002, que institui certas medidas restritivas específicas contra determinadas pessoas e entidades associadas a Osama Bin Laden, à rede Al-Qaida e aos talibã, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 467/2001 que proíbe a exportação de certas mercadorias e de certos serviços para o Afeganistão, reforça a proibição de voos e prorroga o congelamento de fundos e de outros recursos financeiros aplicável aos talibã do Afeganistão (JO L 139, p. 9).

27 — N.os 373 e segs.

28 — Acórdão Simmenthal, já referido (n.os 14 e 15).

97. Em segundo lugar, por força do princípio do primado, as normas de direito comunitário directamente aplicáveis têm por efeito tornar inaplicável de pleno direito, em virtude da sua própria entrada em vigor, qualquer disposição contrária da legislação nacional [29].

98. Em terceiro lugar, o efeito útil do artigo 234.º CE seria limitado se o órgão jurisdicional nacional fosse impedido de proceder a uma aplicação imediata do direito comunitário, em conformidade com o acórdão prejudicial.

99. O Tribunal de Justiça daqui deduziu que seria incompatível com as exigências inerentes à própria natureza do direito comunitário qualquer disposição de uma ordem jurídica nacional ou qualquer prática, legislativa, administrativa ou judicial, que tivesse por efeito diminuir a eficácia do direito comunitário pelo facto de não conceder ao órgão jurisdicional competente para aplicar esse direito o poder de efectuar, no próprio momento da sua aplicação, tudo o que é necessário para afastar a aplicação das disposições legislativas nacionais que possam eventualmente obstar, mesmo que de forma temporária, a uma eficácia plena das normas comunitárias [30].

100. Além disso, no acórdão Factortame e o. [31], o Tribunal de Justiça considerou que as exigências de eficácia e de aplicação uniforme do direito comunitário conferem ao órgão jurisdicional nacional o poder de suspender uma disposição do seu direito interno que se presuma ser incompatível com o direito comunitário, de forma a garantir, a título provisório, os direitos conferidos pelo Tratado, mesmo que a sua legislação nacional o não permita.

101. É óbvio que admitir que uma norma de direito interno contrária a uma norma comunitária directamente aplicável possa continuar a ser aplicável prejudica a aplicação efectiva e uniforme do direito comunitário e, portanto, o próprio princípio do primado desse direito.

102. A este respeito, convém recordar que, segundo o acórdão Costa [32], a «força executiva do direito comunitário não poderia [...] variar de um Estado para outro, em benefício das legislações internas posteriores, sem pôr em causa a realização dos objectivos do tratado [...] nem provocar uma discriminação proibida pelo artigo [12 CE]», que proíbe toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade no domínio de aplicação do Tratado [33].

103. Do mesmo modo, a aplicação pelo órgão jurisdicional nacional de uma norma de direito interno em que a sua conformidade com o direito comunitário foi legitimamente impugnada pelo recorrente constitui a própria negação do direito a um recurso jurisdicional efectivo e prejudica o efeito útil do artigo 234.º CE.

29 — *Ibidem* (n.º 17).

30 — *Ibidem* (n.ºs 22 e 23).

31 — Acórdão de 19 de Junho de 1990 (C-213/89, Colect., p. I-2433).

32 — Acórdão de 15 de Julho de 1964 (6/64, Colect., p. 1141).

33 — P. 1159.

104. Convém recordar que, segundo jurisprudência assente, o princípio da protecção jurisdicional efectiva constitui um princípio geral de direito comunitário, que decorre das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e que foi consagrado pelos artigos 6.º e 13.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, tendo este princípio sido, além disso, reafirmado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice em 7 de Dezembro de 2000 [34].

105. O efeito útil do artigo 234.º CE, conjugado com o efeito imediato dos direitos conferidos pelas liberdades de circulação tem precisamente por objecto permitir a um particular impugnar a legislação de um Estado-Membro e garantir que esta não seja aplicada se for contrária a uma disposição de direito comunitário, como uma liberdade fundamental de circulação.

106. Assim, ao examinar a jurisprudência relativa à limitação do efeito retroactivo de um acórdão prejudicial no tempo, constato que o Tribunal de Justiça pretendeu conciliar a protecção da segurança jurídica em relação a situações anteriores criadas de boa fé com o direito a uma tutela jurisdicional efectiva, prevendo uma excepção ao princípio de não retroactividade do acórdão a favor das pessoas que haviam interposto um recurso judicial ou apresentado uma reclamação equivalente antes da prolação do seu acórdão.

107. O Tribunal de Justiça aplicou esta jurisprudência tanto em acórdãos interpretativos [35] como no âmbito de reenvios prejudiciais em que declarou uma norma comunitária inválida [36].

34 — (JO C 364, p. 1). V. acórdão Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão, já referido (n.º 335 e jurisprudência aí referida).

35 — V., nomeadamente, acórdão de 4 de Maio de 1999, Sürül (C-262/96, Colect., p. I-2685), no qual o Tribunal de Justiça decidiu que o efeito directo do artigo 3.º, n.º 1, da Decisão 3/80 do Conselho de Associação, de 19 de Setembro de 1980, relativa à aplicação dos regimes de segurança social dos Estados-Membros das Comunidades Europeias aos trabalhadores turcos e aos membros da sua família (JO 1983, L 110, p. 60) não podia ser invocado em apoio de reivindicações relativas a prestações respeitantes a períodos anteriores à data do acórdão, devido às incertezas que existiam em relação ao âmbito desta disposição e aos riscos de desestabilização dos regimes de segurança social dos Estados-Membros, com excepção das pessoas que, antes desta data, tinham interposto um recurso judicial ou apresentado uma reclamação equivalente (n.os 112 e 113).

36 — Nos n.os 25 a 27 do acórdão de 26 de Abril de 1994, Roquette Frères (C-228/92, Colect., p. I-1445), o Tribunal de Justiça refere:
«[…] compete ao Tribunal de Justiça, quando usa da possibilidade de limitar os efeitos no passado de uma declaração prejudicial de invalidade de um regulamento comunitário, determinar se pode ser prevista a favor da parte no processo principal que interpôs recurso perante o órgão jurisdicional do acto nacional de execução do regulamento uma excepção a essa limitação do efeito no tempo, conferida ao seu acórdão, ou se, pelo contrário, mesmo em relação a essa parte, a declaração de invalidade do regulamento que só produz efeitos para o futuro constitui remédio adequado (v. acórdão [de 27 de Fevereiro de 1985, Produits de maïs, 112/83, Colect., p. 719], n.º 18).
No caso da parte que, como a demandante no processo principal, impugnou perante o órgão jurisdicional nacional uma liquidação de [montantes compensatórios monetários] efectuada com base num regulamento comunitário inválido, essa limitação dos efeitos no passado de uma declaração prejudicial de invalidade teria como consequência a rejeição por este órgão jurisdicional nacional do recurso da liquidação em litígio, mesmo quando o regulamento, com base no qual essa liquidação foi efectuada, tivesse sido declarado inválido pelo Tribunal de Justiça no âmbito da mesma instância.
Um operador económico como a demandante no processo principal ver-se-ia então privado do direito a uma protecção jurisdicional efectiva no caso de violação pelas instituições da legalidade comunitária e o efeito útil do artigo [234.º CE] estaria comprometido por esse facto.»

108. A aplicação, na lide principal, da regulamentação controvertida à WW, que levaria a negar provimento ao recurso, teria por efeito privar esta recorrente de uma protecção jurisdicional efectiva dos direitos que lhe são conferidos directamente pelas disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços.

109. O direito fundamental a uma protecção jurisdicional efectiva e o princípio do primado do direito comunitário constituem, por conseguinte, na minha opinião, obstáculos dificilmente superáveis à possibilidade de prever uma derrogação à obrigação prevista pela jurisprudência Simmenthal, já referida.

110. A título subsidiário, mesmo admitindo que, após se ter efectuado uma ponderação entre o interesse protegido pela norma de direito interno e os direitos conferidos pela disposição comunitária, comparável à que o Tribunal de Justiça efectuou no acórdão Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão, já referido, entre a protecção dos direitos fundamentais e a luta contra o terrorismo, se possa perspectivar tal derrogação, esta não poderia ser admitida, na minha opinião, nas circunstâncias do presente processo, pelas seguintes razões.

2. Obstáculos complementares específicos ao presente processo

111. Na minha opinião, existem dois obstáculos à manutenção em vigor de uma legislação nacional como a regulamentação em causa quando esta é contrária ao direito comunitário.

112. O primeiro prende-se com o facto de, nos termos do pressuposto do órgão jurisdicional de reenvio, esta regulamentação não contribuir para limitar as actividades de apostas desportivas de maneira coerente e sistemática. Noutros termos, a referida regulamentação tem por efeito proibir os organizadores de apostas desportivas estabelecidos nos outros Estados-Membros de oferecer os seus jogos aos consumidores que residem no *Land* da RNV, mas não protege os consumidores de uma incitação excessiva ao jogo por parte do operador autorizado.

113. Por conseguinte, não pode proceder o argumento de que a manutenção em vigor da regulamentação em causa se impõe para evitar uma lacuna jurídica, pois a referida regulamentação é ela própria inapta para proteger os consumidores. Segundo o pressuposto do órgão jurisdicional de reenvio, esta apenas constitui, na realidade, uma medida discriminatória ou, pelo menos, proteccionista.

114. O segundo obstáculo prende-se com o facto de, segundo este mesmo pressuposto, a regulamentação controvertida ser contrária à livre prestação de serviços, tendo presente os critérios desenvolvidos pelo Tribunal de

Justiça no acórdão Gambelli e o., já referido, proferido mais de 18 meses antes da adopção dos actos impugnados no âmbito do recurso principal.

115. Quando o Tribunal de Justiça limita a aplicação retroactiva dos seus acórdãos no tempo, tenta conciliar esta derrogação da aplicação efectiva do direito comunitário com a exigência de garantir a interpretação uniforme deste direito no conjunto dos Estados-Membros. Para este efeito, é jurisprudência assente, por um lado, que esta limitação apenas pode ser decidida pelo próprio Tribunal de Justiça [37].

116. Por outro lado, e é este segundo ponto que aqui importa, a limitação dos efeitos no tempo só pode decorrer do acórdão que interpreta a norma comunitária. Assim, segundo o Tribunal de Justiça, tal limitação só pode ser admitida, segundo jurisprudência assente, no próprio acórdão que decide da interpretação pedida [38].

117. Esta condição impõe-se pela seguinte razão. Na verdade, os efeitos no tempo da interpretação pedida de uma disposição de direito comunitário têm necessariamente de ser determinados pelo Tribunal de Justiça num momento preciso. A este respeito, o princípio de que uma limitação só pode ser admitida no próprio acórdão que decide quanto à interpretação pedida garante a igualdade de tratamento dos Estados-Membros e demais interessados face a esse direito e, simultaneamente, cumpre as exigências decorrentes do princípio da segurança jurídica [39].

118. Por conseguinte, quando, num acórdão prejudicial, o Tribunal de Justiça declara que a interpretação que faz do direito comunitário resulta de um acórdão anterior que não limitou no tempo os seus próprios efeitos, refere que os efeitos do segundo acórdão não podem ser limitados no tempo [40].

119. Assim sendo, admitir que a jurisprudência Simmenthal, já referida, poderia ser derrogada no presente processo estaria em contradição com a jurisprudência acima mencionada. Acresce que isso teria por efeito dispensar os Estados-Membros da sua obrigação, que decorre do dever de cooperação previsto no artigo 10.º CE, de adaptarem continuamente e no prazo mais curto possível a sua legislação em função da jurisprudência comunitária, sem aguardar que a sua legislação seja posta em causa no âmbito de um reenvio prejudicial ou de uma acção por incumprimento.

37 — Acórdão de 8 de Fevereiro de 1996, FMC e o. (C-212/94, Colect., p. I-389, n.º 56). Assim, segundo o Tribunal de Justiça, a exigência fundamental de uma aplicação uniforme e geral do direito comunitário implica que seja da sua competência exclusiva decidir as limitações no tempo a introduzir na sua interpretação [acórdão de 27 de Março de 1980, Denkavit italiana (61/79, Colect., p. 1205, n.º 18)].

38 — Acórdão de 6 de Março de 2007, Meilicke e o. (C-292/04, Colect., p. I-1835, n.º 36 e jurisprudência aí referida).

39 — *Ibidem* (n.º 37).

40 — *Ibidem* (n.ºs 38 a 41).

120. Proponho, por conseguinte, à luz do conjunto dos elementos expostos, que se dê como resposta ao órgão jurisdicional de reenvio que um órgão jurisdicional de um Estado-Membro não pode continuar a aplicar, a título excepcional e transitório, a sua regulamentação nacional em matéria de apostas desportivas se essa regulamentação constituir uma restrição não justificada à livre prestação de serviços, na medida em que não contribui para limitar as actividades de apostas de maneira coerente e sistemática.

121. Na medida em que proponho que se responda pela negativa ao ponto de saber se a obrigação prevista pela jurisprudência Simmenthal, já referida, pode ser derrogada, não parece ser necessário examinar a segunda questão prejudicial, relativa às condições de uma tal derrogação.

V — Conclusão

122. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda nos seguintes termos às questões prejudiciais da Verwaltungsgericht Köln:

«A regulamentação de um Estado-Membro que restringe a prestação de apostas desportivas com o objectivo de defender os interesses visados pelo Tratado CE ou considerados legítimos pela jurisprudência deve, para ser conforme com o direito comunitário, prosseguir os seus objectivos de maneira coerente e sistemática.

Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se esta condição está preenchida, levando em consideração o conjunto dos objectivos da regulamentação em causa e apreciando os seus efeitos concretos junto dos consumidores, tendo presente a margem de apreciação considerável dos Estados-Membros nesta matéria.

O órgão jurisdicional de reenvio poderá igualmente, sendo caso disso, levar em conta as indicações prestadas no acórdão a proferir nos processos apensos Stoß e o. (C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07).

Um órgão jurisdicional de um Estado-Membro não pode continuar a aplicar a título excepcional e transitório a sua regulamentação nacional em matéria de apostas desportivas se essa regulamentação constituir uma restrição não justificada à livre prestação de serviços, na medida em que não contribui para limitar as actividades de apostas de maneira coerente e sistemática.»