Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 9 de março de 2017 [1]

Processo C-685/15

Online Games Handels GmbH
Frank Breuer
Nicole Enter
Astrid Walden
contra
Landespolizeidirektion Oberösterreich

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Tribunal Administrativo Regional da Alta Áustria, Áustria)]

«Artigos 49.o e 56.o TFUE — Jogos de fortuna ou azar — Monopólio da exploração de jogos num Estado-Membro — Violação — Legislação nacional que permite que o órgão jurisdicional aprecie oficiosamente os factos (Amtswegigkeitsgrundsatz) — Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais — Artigo 6.o — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Artigo 47.o»

1. O presente pedido de decisão prejudicial é apresentado no contexto da Glücksspielgesetz (Lei austríaca relativa aos jogos de fortuna ou azar), de 28 de novembro de 1989, aplicável, nomeadamente, a pessoas singulares ou coletivas no exercício de direitos de estabelecimento (artigo 49.º TFUE) ou da livre de prestação de serviços (artigo 56.º TFUE), bem como das regras processuais aplicáveis às audiências perante os tribunais administrativos desse Estado-Membro. Nesse cenário, o Tribunal de Justiça é chamado a interpretar os princípios subjacentes aos direitos fundamentais consagrados no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), interpretado à luz do artigo 6.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH») [2]. Concretamente, está em causa o direito do arguido a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, garantido pelo artigo 47.º da Carta, numa situação em que o tribunal chamado a dirimir o litígio é competente não só para tomar uma decisão definitiva sobre o mérito como também para ordenar oficiosamente a realização de diligências probatórias nesse processo.

1 — Língua original: inglês.

2 — Assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950.

I –**Quadro jurídico**

A – *Direito da União*

1. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

2. O artigo 49.º TFUE (que se integra no capítulo 2, com a epígrafe «O direito de estabelecimento», do título IV) dispõe:

«No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.»

3. O artigo 52.º, n.º 1, TFUE, estabelece:

«As disposições do presente capítulo e as medidas tomadas em sua execução não prejudicam a aplicabilidade das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, que prevejam um regime especial para os estrangeiros e sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.» [3]

4. Nos termos do artigo 56.º TFUE (que se integra no capítulo 3, com a epígrafe «Os serviços», do título IV):

«No âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação.

O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem determinar que as disposições do presente capítulo são extensivas aos prestadores de serviços nacionais de um Estado terceiro e estabelecidos na União.»

5. O artigo 62.º TFUE dispõe:

«As disposições dos artigos 51.º a 54.º, inclusive, são aplicáveis à matéria regulada no presente capítulo.»

3 — Importa referir que a Lei relativa aos jogos de fortuna e azar se afigura respeitar a uma derrogação geral à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços. Como tal, não prevê um «regime especial para os estrangeiros». Porém, uma vez que a legislação nacional em causa no presente processo é a mesma que estava em causa no processo Pfleger e o. (acórdão de 30 de abril de 2014, C-390/12, EU:C:2014:281) e que o caso em apreço tem por objeto questões processuais emergentes da interpretação dessa legislação pelos tribunais administrativos nacionais, não vejo necessidade de desenvolver essa matéria.

Carta

6. O artigo 47.º da Carta estabelece:

«Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo.

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

[…]»

CEDH

7. O artigo 6.º, n.º 1, da CEDH dispõe:

«Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. […]»

Direito nacional

8. A Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar restringe a organização de jogos de fortuna ou azar com máquinas de jogos aos operadores licenciados.

9. Na versão em vigor à data relevante para o *primeiro caso* apresentado ao órgão jurisdicional de reenvio no processo principal, o § 50 dessa lei atribuía a competência em matéria de infrações à referida lei, em primeira instância, às Bezirksverwaltungsbehörden (autoridades administrativas distritais) e, em segunda instância, ao Unabhängiger Verwaltungssenat (tribunal administrativo independente) [o atual Landesverwaltungsgericht (tribunal administrativo regional)] da região. As autoridades responsáveis pela aplicação da lei, incluindo as repartições fiscais, deveriam apoiar esses órgãos e tinham competência para fiscalizar oficiosamente o seu cumprimento.

10. Nos termos do § 52(1) dessa lei, as infrações menos graves deveriam ser tratadas como contraordenações, podendo as autoridades administrativas impor coimas até ao montante de 22 000 EUR. Nos termos do § 52(2), as infrações qualificadas estariam sujeitas às regras estabelecidas para as infrações reguladas pelo Strafgesetzbuch (Código Penal). O § 53 conferia às autoridades administrativas o poder de apreender as máquinas de jogo em caso de suspeita de violação do monopólio estatal da exploração de jogos de fortuna ou azar estabelecido pela referida lei.

11. Na sequência de alterações à Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar, que entraram em vigor em 2014 e que, consequentemente, são aplicáveis ao *segundo caso* perante o órgão jurisdicional de reenvio no processo principal, o § 52 passou a determinar somente a aplicação de sanções administrativas a todas as infrações.

12. Nos termos do artigo 90.º, n.º 2, da Bundes-Verfassungsgesetz (Lei Constitucional Federal), o processo penal está sujeito ao princípio acusatório. Relativamente aos recursos de anulação de decisões das autoridades administrativas interpostos nos tribunais administrativos, como o órgão jurisdicional de reenvio, o artigo 130.º, n.º 4, da mesma lei dispõe que, em sede de recurso, esses tribunais devem proferir uma decisão sobre o mérito da causa.

13. Em virtude do § 46(1) da Verwaltungsgerichtverfahrengesetz (Lei de processo nos tribunais administrativos), compete ao tribunal administrativo recolher todas as provas necessárias ao julgamento da causa.

14. Nos termos do § 25 da Verwaltungsstrafgesetz (Lei das contraordenações), o tribunal administrativo deve investigar as infracções oficiosamente. Deve tomar em consideração tanto as circunstâncias ilibatórias como incriminatórias.

II –**Matéria de facto, tramitação processual e questão prejudicial**

15. O pedido de decisão prejudicial diz respeito a dois processos pendentes no órgão jurisdicional de reenvio. Descrevê-los-ei separadamente.

A –*Processo contra a Online Games Handels GmbH*

16. No seguimento de uma denúncia anónima, a Bundespolizeidirektion Wels [atualmente parte da Landespolizeidirecktion Oberösterreich (Direção Regional de Polícia da Alta Áustria); a seguir «Direção de Polícia»] deu ordens aos agentes da Finanzamt Linz (repartição de finanças de Linz; a seguir «repartição de finanças») para inspecionarem um café com o nome de «SJ-Bet Sportbar» em Wels. Essa inspeção teve lugar em 8 de março de 2012. Foram identificadas nas instalações do café oito máquinas de jogo que violavam o monopólio federal imposto pela Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar. Os agentes que realizaram a inspeção foram informados de que uma das máquinas pertencia à Online Games Handels GmbH (a seguir «Online Games»), uma sociedade com sede na Áustria. Posteriormente, constatou-se que o organizador dos jogos em causa era uma sociedade de responsabilidade limitada com sede em Brno, na República Checa. Todas as máquinas de jogo foram apreendidas e, por decisão de 17 de abril de 2012, a Direção de Polícia ordenou o seu confisco.

17. A Online Games recorreu dessa decisão para o antecessor do órgão jurisdicional de reenvio [o Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Tribunal Administrativo Independente do *Land* da Alta Áustria)]:Por decisão de 21 de maio de 2012, esse tribunal negou provimento ao recurso. Seguidamente, a Online Games interpôs recurso dessa decisão no Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Administrativo Superior, Áustria), que, por acórdão de 1 de outubro de 2015, determinou a sua revogação. O processo encontra-se novamente perante o órgão jurisdicional de reenvio, atualmente denominado Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Tribunal Administrativo Regional da Alta Áustria). Nesse processo, a Online Games contesta a compatibilidade da Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar com o direito da União, em especial com as disposições do Tratado sobre a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços, constantes dos artigos 49.º e 56.º TFUE respetivamente.

B – *Processo contra Frank Breuer e outros*

18. Em 14 de agosto de 2014, na sequência de informações fornecidas por terceiros, agentes da repartição de finanças efetuaram uma rusga a um café denominado «Café Vegas», em Linz, tendo confiscado oito máquinas de jogo por entenderem que a sua exploração violava a Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar. Nas instalações do café foram informados por um funcionário de que essas máquinas pertenciam à Franck Gastro s.r.o., uma sociedade com sede na República Checa. A Direção de Polícia subsequentemente aplicou coimas no montante de 24 000 EUR a F. Breuer e às duas outras partes no processo perante o órgão jurisdicional de reenvio, com fundamento na alegada organização ou participação na organização dos jogos nas instalações em causa. F. Breuer é o representante de

uma sociedade por quotas com sede na Eslováquia [4].

19. Cada uma dessas partes impugnou a aplicação das referidas coimas perante o órgão jurisdicional de reenvio. Alegam que o monopólio federal imposto pela Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar é contrário ao direito da União.

C – *Questão prejudicial*

20. O órgão jurisdicional de reenvio está ciente de que, para a decisão da questão que lhe foi submetida, é pertinente a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar, consagrada no acórdão Pfleger e o. [5] , especialmente a declaração constante do n.º 50 sobre os deveres que incumbem a um Estado-Membro que pretenda invocar um objetivo adequado para legitimar um entrave à livre prestação de serviços [6]. O órgão jurisdicional de reenvio considera que essa declaração é igualmente aplicável aos entraves à liberdade de estabelecimento, uma vez que a Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar também deve ser interpretada como uma derrogação a essa liberdade [7]. Nesse contexto, receia queo papel ativo que os tribunais administrativos austríacos são chamados a desempenhar na recolha de provas nos processos que lhes foram submetidos [8] e o correspondente papel relativamente passivo desempenhado pela acusação nesses processos possam ser contrários à jurisprudência do Tribunal de Justiça.

21. Consequentemente, o órgão jurisdicional de reenvio decidiu pedir ao Tribunal de Justiça para se pronunciar a título prejudicial sobre a seguinte questão, nos termos do artigo 267.º TFUE:

«Deve o artigo 56.º TFUE, por um lado, ou os artigos 49.º e segs. TFUE, à luz do artigo 6.º da CEDH, em conjugação com o artigo 47.º da [Carta], por outro, ser interpretados no sentido de que, por respeito à objetividade e à imparcialidade dos tribunais exigidas pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (em especial, [acórdão Ozerov c. Rússia [9]], *n.º* 54), se opõem a uma regulamentação nacional segundo a qual, no âmbito de um processo de contraordenação, as provas para justificar a tutela criminal do regime de quase-monopólio do mercado nacional do jogo, em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (em especial, acórdão [Pfleger e o.]), não são apresentadas pela entidade competente para promover o processo criminal (ou por outro órgão de polícia criminal), na sua função de titular da ação penal, mas são apresentadas e delimitadas, independentemente da posição assumida pelas partes no processo, e posteriormente investigadas e avaliadas de forma autónoma pelo tribunal (constituído pela mesma pessoa e no exercício das mesmas funções) competente para proferir uma decisão sobre a legalidade da medida penal impugnada?»

22. Foram apresentadas observações escritas pela Online Games, por F. Breuer e o., pelos Governos austríaco e belga e pela Comissão Europeia. Na audiência que teve lugar em 10 de novembro de 2016, essas partes apresentaram alegações orais e responderam às perguntas do Tribunal de Justiça.

4 — V. nota 19 *infra*.

5 — Acórdão de 30 de abril de 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

6 — V., também, n.º 33 *infra*.

7 — V. n.º 49 e segs. das conclusões que apresentei nesse processo (C-390/12, EU:C:2013:747), onde analiso as restrições à livre prestação de serviços impostas pela referida lei.

8 — V., entre outros, n.º 14 *supra* e n.ºs 40 e 58 e segs. *infra*.

9 — Acórdão de 18 de maio de 2010, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201.

III –**Apreciação**

A –*Admissibilidade*

23. O Governo austríaco alega que o presente pedido de decisão prejudicial é inadmissível.

24. Em primeiro lugar, sustenta que a questão colocada é hipotética. A «regulamentação nacional» a que se refere não existe, uma vez que a interpretação da legislação nacional feita pelo órgão jurisdicional de reenvio é incorreta, sendo de adotar a interpretação do Governo austríaco.

25. A aceitação da tese defendida pelo Governo austríaco equivaleria a admitir que o Tribunal de Justiça está obrigado a aceitar as alegações de um governo nacional relativamente à correta interpretação da legislação interna em detrimento da situação descrita por um órgão jurisdicional de reenvio no despacho de reenvio. Essa tese é manifestamente incorreta, sendo evidente que os argumentos aduzidos pelo Governo austríaco nessa matéria carecem de qualquer mérito. Não justificam uma análise mais aprofundada [10]. Obviamente, a questão colocada *não* pode ser qualificada de «hipotética» com aquele fundamento.

26. Em segundo lugar, o Governo austríaco alega que o órgão jurisdicional de reenvio não forneceu, no despacho de reenvio, elementos factuais e jurídicos suficientes para que o Tribunal de Justiça se possa pronunciar.

27. Segundo jurisprudência assente, as questões submetidas por um órgão jurisdicional nacional gozam de uma presunção de pertinência. O Tribunal de Justiça só se pode recusar a responder a uma questão prejudicial quando for manifesto que a interpretação solicitada não tem qualquer relação com os factos ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto ou de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe são submetidas [11].

28. É verdade que, não obstante as perguntas que foram feitas às partes durante a audiência, o estatuto exato da Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar à luz do direito nacional é, pelo menos em relação às questões colocadas ao Tribunal de Justiça, pouco claro. Porém, entendo que o Tribunal de Justiça tem ao seu dispor informações suficientes sobre o contexto jurídico e factual do litígio que o órgão jurisdicional de reenvio foi chamado a dirimir, e que o objeto da questão submetida não oferece dúvidas. Além disso, nem a Comissão Europeia nem qualquer dos Governos que apresentaram observações revelaram dificuldades em formular essas observações com base no despacho de reenvio [12].

29. Por conseguinte, concluo que o pedido de decisão prejudicial é admissível.

10 — V., também, no que respeita à admissibilidade de uma decisão de reenvio numa situação em que os órgãos jurisdicionais nacionais discordam quanto à interpretação de uma decisão do Tribunal de Justiça, despacho de 15 de outubro de 2015, Naderhirn, C-581/14, não publicado, EU:C:2015:707.

11 — V., entre outros, acórdão de 22 de junho de 2010, Melki e Abdeli, C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, n.º 27 e jurisprudência aí referida.

12 — V., por exemplo, acórdão de 25 de março de 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi e o., C-480/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00 a C-491/00 e C-497/00 a C-499/00, EU:C:2004:179, n.º 74.

B – *Questões prévias*

1. Aplicabilidade da Carta e da CEDH

30. As disposições da Carta apenas são aplicáveis «quando [os Estados-Membros] apliquem o direito da União» para os efeitos do seu artigo 51.º Como expliquei nas minhas conclusões no processo Pfleger e o.[13] , quando um Estado-Membro adota uma medida que derroga uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, essa medida está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União. O poder de derrogar, em determinadas circunstâncias, a liberdade fundamental garantida pelo direito da União é um poder que os Estados-Membros conservam e que o direito da União reconhece; mas o *exercício* desse poder está circunscrito pelo direito da União. Quando um tribunal — quer seja um tribunal nacional, quer seja o Tribunal de Justiça — analisa a questão de saber se uma legislação nacional que restringe o exercício dessa liberdade fundamental está abrangida pela derrogação do Tratado (e é, portanto, permitida), essa análise é realizada por referência ao direito da União e tendo em conta os critérios derivados desse direito, e não do direito nacional. Deve considerar-se, portanto, que um Estado-Membro «[aplica] o direito da União», na aceção do artigo 51.º, quando derroga uma liberdade fundamental. Por conseguinte, a Carta é aplicável[14]. Uma vez que a medida nacional em causa no processo principal «aplica» direito da União porque está abrangida pelo âmbito de aplicação deste direito, deve ser interpretada à luz da Carta. O facto de o caso em apreço, ao contrário do que acontecia no processo Pfleger e o., respeitar a regras processuais que o órgão jurisdicional nacional está obrigado a aplicar na decisão da causa e não à validade da própria medida derrogatória é, no meu entender, irrelevante.

31. É jurisprudência assente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «Tribunal de Estrasburgo») que o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH é aplicável às infrações contraordenacionais e ao correspondente processo contraordenacional previstos no direito austríaco[15]. Daqui decorre que se deve considerar que tais infrações constituem «matéria penal» para efeitos da referida disposição[16] e, consequentemente, do artigo 47.º da Carta.

Acórdão Pfleger e o.

32. A questão perante o Tribunal de Justiça no presente caso é suscitada no contexto do acórdão Pfleger e o.[17] . Nesse processo, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre várias questões prejudiciais apresentadas pelo Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Tribunal Administrativo Independente do *Land* da Alta Áustria), o antecessor do órgão jurisdicional de reenvio, que respeitavam, no essencial, à validade da Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar à luz do princípio da proporcionalidade, tal como aplicável no contexto do artigo 56.º TFUE sobre a livre prestação de serviços. O Tribunal de Justiça sustentou que o artigo 56.º TFUE deveria ser interpretado no sentido de se opor a uma regulamentação nacional como a Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar, «uma vez que essa regulamentação não prossegue realmente o objetivo da proteção dos jogadores ou da luta contra a criminalidade e não responde verdadeiramente à preocupação de reduzir as oportunidades de jogo ou de combater a criminalidade ligada a esses jogos de uma forma coerente e sistemática.»[18]

13 — C-390/12, EU:C:2013:747.

14 — V. também, sobre essa matéria, acórdão de 30 de abril de 2014, Pfleger e o., C-390/12, EU:C:2014:281, n.º 36.

15 — V., entre outros, acórdão de 20 de dezembro de 2001, Baischer c. Áustria, CE:ECHR:2001:1220JUD003238196, § 22.

16 — V. decisão do Tribunal de Estrasburgo de 4 de julho de 2002, Weh e Weh c. Áustria, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497.

17 — Acórdão de 30 de abril de 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

18 — V. n.º 56 e dispositivo do acórdão.

33. Para chegar a essa conclusão, o Tribunal de Justiça sustentou, em especial, o seguinte:

«43 […] importa recordar que as restrições impostas pelos Estados-Membros devem satisfazer as condições de proporcionalidade e não discriminação que lhes dizem respeito, conforme desenvolvidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Deste modo, uma legislação nacional só é apta a garantir a realização do objetivo invocado se responder verdadeiramente à intenção de o alcançar de uma maneira coerente e sistemática […].

44 A mera circunstância de um Estado-Membro ter escolhido um sistema de proteção diferente do adotado por outro Estado-Membro não pode ter incidência na apreciação da necessidade e da proporcionalidade das disposições tomadas nessa matéria. Estas devem ser apreciadas apenas à luz dos objetivos prosseguidos pelas autoridades competentes do Estado-Membro interessado e do nível de proteção que as mesmas pretendem garantir […].

[…]

47 […] a identificação dos objetivos efetivamente prosseguidos pela regulamentação nacional, no âmbito de um processo de que o Tribunal de Justiça é chamado a conhecer nos termos do artigo 267.º TFUE, é da competência do órgão jurisdicional de reenvio […].

48 Além disso, cabe igualmente ao órgão jurisdicional de reenvio, tendo em conta as indicações fornecidas pelo Tribunal de Justiça, verificar se as restrições impostas pelo Estado-Membro em causa preenchem as condições que resultam da jurisprudência do Tribunal de Justiça quanto à sua proporcionalidade […].

49 Em especial, cabe-lhe garantir, nomeadamente em face das modalidades concretas de aplicação da regulamentação restritiva em causa, que esta responde verdadeiramente à preocupação de reduzir as ocasiões de jogo[,] de limitar as atividades nesse domínio [e de combater a criminalidade ligada a esses jogos], de maneira coerente e sistemática […].

50 A este respeito, o Tribunal de Justiça já declarou que é ao Estado-Membro que pretende invocar um objetivo adequado para legitimar o entrave à livre prestação de serviços que cabe apresentar ao tribunal que vai julgar essa questão todos os elementos suscetíveis de permitir que esse tribunal se assegure de que essa medida preenche efetivamente os requisitos resultantes do princípio da proporcionalidade […].

[…]

52 […] o órgão jurisdicional nacional deve efetuar uma apreciação global das circunstâncias que rodeiam a adoção e a aplicação de uma regulamentação restritiva, como a que está em causa no processo principal.»

34. O Tribunal de Justiça chegou às suas conclusões naquele processo por referência à liberdade fundamental de prestar serviços, garantida pelo artigo 56.º TFUE. No presente processo, a questão submetida não respeita unicamente a essa liberdade, mas também à liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 49.º TFUE [19]. Porém, uma vez que as disposições dos artigos 51.º a 54.º TFUE que permitem derrogações dos Estados-Membros a esta última liberdade também se aplicam à liberdade de prestação de serviços em virtude do artigo 62.º TFUE, entendo que os princípios enunciados no acórdão Pfleger e o. [20] se aplicam de igual modo a ambas as liberdades.

19 — O despacho de reenvio não clarifica totalmente a relação entre os factos do processo principal e a liberdade de estabelecimento. No entanto, presumo que essa relação se prenda com o envolvimento da sociedade eslovaca referida no n.º 18 *supra*.

20 — Acórdão de 30 de abril de 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

Papel do órgão jurisdicional de reenvio e natureza das infrações alegadamente praticadas pelos recorrentes no processo principal

35. O órgão jurisdicional de reenvio faz parte do sistema austríaco de direito administrativo. Tecnicamente, deve ser classificado como tribunal de segunda instância, competindo às autoridades administrativas apreciar as contraordenações em primeira instância [21]. Das suas decisões cabe recurso para o Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Administrativo Superior).

36. As infrações de cuja prática os demandantes no processo principal foram acusados são, de acordo com o direito nacional, infrações contraordenacionais e o procedimento aplicável nas situações que envolvem esses demandantes é o que é aplicável em relação aos processos administrativos. No âmbito desse processo, o tribunal competente para julgar a causa tem o dever de investigar oficiosamente os factos que consubstanciam as alegadas contraordenações [22] . Nos recursos interpostos num tribunal como o órgão jurisdicional de reenvio, a autoridade administrativa que aplicou a sanção administrativa assume a função da acusação [23]. Conforme mencionado no n.º 31 *supra*, as infrações alegadamente praticadas pelos demandantes no processo principal devem ser classificadas como «penais» para efeitos do artigo 6.º da CEDH.

Quanto ao mérito

37. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente obter orientações sobre a aplicação do artigo 6.º da CEDH e do artigo 47.º da Carta aos processos judiciais que têm por objeto a alegada violação de uma regulamentação nacional cuja validade depende do preenchimento das condições aplicáveis a derrogações à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços estabelecidas nos artigos 49.º e 56.º TFUE, respetivamente, tendo em conta a sua aplicação na jurisprudência do Tribunal de Justiça, especialmente no acórdão Pfleger e o. [24]

38. Nos processos ditos acusatórios [25], existe uma clara separação, pelo menos em teoria, entre as funções da acusação e as funções do tribunal. À primeira compete apurar e apresentar os elementos em que se baseiam os seus argumentos e ao segundo proferir uma decisão sobre esses elementos à luz, designadamente, das alegações aduzidas pela defesa. Qualquer tentativa por parte de um tribunal de exercer as funções que incumbem à acusação corresponderia a um desvio inadmissível às suas funções judiciais, e qualquer decisão que viesse a proferir seria muito provavelmente anulada em sede de recurso.

21 — V., relativamente ao Unabhängiger Verwaltungssenat (tribunal administrativo independente), enquanto antecessor do atual Landesverwaltungsgericht (tribunal administrativo regional), decisão do Tribunal de Estrasburgo de 4 de julho de 2002, Weh e Weh c. Áustria, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497. O Governo austríaco confirmou na audiência que o Landesverwaltungsgericht (tribunal administrativo regional) ocupa uma posição semelhante.

22 — V. n.º 14 *supra*.

23 — Pelo menos, é essa a situação descrita pelo Governo austríaco nas suas observações. Relativamente ao Unabhängiger Verwaltungssenat (tribunal administrativo independente), enquanto antecessor do atual Landesverwaltungsgericht, v. decisão do Tribunal de Estrasburgo de 4 de julho de 2002, Weh e Weh c. Áustria, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497. Nas suas observações sobre esse processo, o órgão jurisdicional de reenvio refere que o § 51d da Verwaltungsstrafgesetz (Lei relativa às contraordenações), no qual se baseou a análise do Tribunal de Estrasburgo, foi revogado sem ter sido substituído por outra disposição. Saliente-se, porém, que a Ata das audiências perante o órgão jurisdicional de reenvio no processo Online Games, que faz parte dos autos do processo nacional apresentado ao Tribunal de Justiça, identifica a Direção de Polícia como autoridade demandada (*belangte Behörde*), no contexto da observação de que não tinha estado presente na audiência nenhum representante dessa autoridade e de que essa ausência não tinha sido justificada.

24 — Acórdão de 30 de abril de 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

25 — Utilizo esta expressão para descrever uma forma de processo em que as partes formulam e apresentam os seus argumentos e recolhem e produzem as suas provas, controlando assim o procedimento, no respeito por determinadas regras. O instrutor, sob a forma de um juiz ou júri, permanece neutro ou passivo ao longo do processo. Não a utilizo na aceção mais genérica em que, por vezes, é utilizada pelo Tribunal de Estrasburgo para designar um procedimento que assegura a igualdade de armas (v., por exemplo, acórdão de 16 de fevereiro de 2000, Rowe e Davis c. Reino Unido, CE:ECHR:2000:0216JUD002890195, § 60).

39. Nos processos perante o órgão jurisdicional de reenvio, este tem o dever de apreciar oficiosamente os elementos que lhe foram apresentados [26]. Esse modelo, que envolve uma repartição fundamentalmente diferente de funções entre a acusação e o tribunal, é tradicionalmente apelidado de «inquisitório» [27].

40. Tem-se observado que, atualmente, é difícil encontrar um modelo puramente acusatório ou puramente inquisitório [28]. De acordo com a descrição fornecida pelo Governo austríaco nas suas observações escritas, os elementos essenciais do sistema aplicável nos processos perante o órgão jurisdicional de reenvio são os seguintes. Em primeiro lugar, o tribunal deve, *ex officio*, apurar a verdade dos factos subjacentes à infração, recolhendo para tal todas as provas necessárias; as alegações das partes são, para esse efeito, irrelevantes. Nesse contexto, o tribunal está obrigado a fazer tudo o que estiver ao seu alcance para chegar à verdade. Consequentemente, deve ter em conta todas as fontes suscetíveis de revelar essa verdade e, em especial, deve recolher todas as provas disponíveis que possam ser pertinentes para a sua decisão. Deve investigar, sem restrições e com total autonomia, todos os elementos suscetíveis de afetar o desfecho do processo.

41. Uma parte do raciocínio exposto pelo órgão jurisdicional de reenvio no despacho de reenvio sugere que o Tribunal de Justiça deveria concluir que o modelo inquisitório, por natureza, viola os requisitos do artigo 6.º da CEDH e do artigo 47.º da Carta.

42. Em apoio da sua tese, o órgão jurisdicional de reenvio invoca certos acórdãos do Tribunal de Estrasburgo [29], duas conclusões apresentadas por advogados-gerais do Tribunal de Justiça [30] e um parecer emitido pelo Conselho Consultivo dos Juízes Europeus e pelo Conselho Consultivo dos Procuradores Europeus (a seguir «parecer do CCJE/CCPE») [31].

43. É certo que podemos em encontrar em cada um destes grupos de documentos declarações ou observações que destacam a importância da imparcialidade judicial. Os acórdãos do Tribunal de Estrasburgo e o parecer do CCJE/CCPE também salientam a necessidade de evitar a confusão entre as funções do representante da acusação e do juiz [32]. Mas em parte alguma é feita qualquer insinuação de que o modelo inquisitório deveria ou poderia ser, ele próprio, considerado pouco seguro.

44. Tão-pouco considero que haja motivos para adotar a abordagem do órgão jurisdicional de reenvio [33].

26 — V. n.os 14 e 36 *supra*.

27 — Embora essa expressão seja utilizada no despacho de reenvio e também surja nas observações escritas do Governo austríaco, o representante deste Governo parece ter questionado na audiência a correção da sua utilização no contexto do sistema austríaco em causa no processo principal. Por conseguinte, importa sublinhar que, nas presentes conclusões, utilizo essa expressão como um termo descritivo e não como um termo técnico.

28 — V. Armenta-Deu, T., «Beyond Accusatorial or Inquisitorial Systems: a Matter of Deliberation and Balance», *in* Visions of Justice, Ackerman, B., Ambos, K. e Sikirić, H., editores, Duncker & Humboldt, Berlim, 2016, pp. 57 a 75.

29 — Acórdãos de 15 de dezembro de 2005, Kyprianou c. Chipre, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, §§ 118, 121 e 126 a 128; de 18 de maio de 2010, Ozerov c. Rússia, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201, §§ 51 a 54; e de 20 de setembro de 2016, *Karelin c. Rússia*, CE:ECHR:2016:0920JUD000092608. Este último acórdão foi proferido depois da data do despacho de reenvio, tendo sido apresentado separadamente pelo órgão jurisdicional de reenvio.

30 — Conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer no processo Kaba, C-466/00, EU:C:2002:447, n.º 90 e segs., e conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón no processo X, C-507/10, EU:C:2011:682, n.º 20 e segs.

31 — V. Parecer n.º 12 (2009) do Conselho Consultivo de Juízes Europeus e Parecer n.º 4 (2009) do Conselho Consultivo dos Procuradores Europeus (a seguir «Declaração de Bordéus»), pontos 3 e 7. Este documento pode ser consultado em http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/avis_EN.asp.

32 — V., em especial, acórdão do Tribunal de Estrasburgo de 15 de dezembro de 2005, Kyprianou c. Chipre, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, § 126.

33 — Devo salientar que, ao contrário do que alegou o advogado da Online Games na audiência, eu *não* sugeri nas minhas conclusões no processo Pfleger e o., C-390/12, EU:C:2013:747, que o processo inquisitório é contrário à CEDH ou ao direito da União.

45. Na minha perspetiva, a verdade é que, se não forem tomadas as devidas precauções, tanto o modelo acusatório como o modelo inquisitório podem suscitar problemas de conformidade com o artigo 6.º da CEDH e o artigo 47.º da Carta. No primeiro caso, uma representação deficiente do arguido poder constituir uma violação do direito à igualdade de armas. No segundo caso, a incapacidade de assegurar a devida distinção entre as tarefas que competem à acusação e as tarefas que competem ao juiz poderá resultar na confusão das duas funções, mais uma vez em detrimento do arguido. Porém, se forem corretamente geridos, ambos os modelos permitem apurar a verdade; simplesmente fazem-no de formas diferentes. Retomarei a análise da função da acusação no processo inquisitório mais adiante nas presentes conclusões [34].

46. Consequentemente, não subscrevo o entendimento de que o modelo inquisitório deveria, por natureza, ser considerado contrário aos requisitos do artigo 6.º da CEDH ou do artigo 47.º da Carta.

47. Porém, tal não impede que sejam fornecidas orientações úteis ao órgão jurisdicional de reenvio em resposta à sua questão.

48. Em especial, permanece ainda a questão de saber como aplicar o acórdão Pfleger e o. [35] do Tribunal de Justiça no contexto de um sistema nacional como o que é descrito no n.º 40 *supra*.

N.º 50 do acórdão Pfleger e o.

49. No meu entender, o Governo austríaco propõe uma interpretação desse acórdão que, no essencial, ignora o n.º 50. Concentra-se antes nos n.ºs 48, 49 e 52. Aí o Tribunal de Justiça expõe a sua interpretação dos deveres de um tribunal que é chamado a pronunciar-se sobre a validade do que descreve como uma «regulamentação restritiva» [36]. Lidos isoladamente, esses números são, pelo menos em teoria, suscetíveis de ser interpretados no sentido de que apoiam o entendimento de que as dúvidas do órgão jurisdicional de reenvio são injustificadas. Os Estados-Membros e as respetivas autoridades não têm qualquer papel a desempenhar. O papel decisivo compete ao tribunal nacional.

50. Porém, esse entendimento não toma em consideração o n.º 50 do acórdão e, como tal, ignora uma parte importante da análise do Tribunal de Justiça. Não creio que tal seja adequado. Importa igualmente não esquecer que o raciocínio exposto nesse número reflete a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça nessa matéria [37].

51. O dever que o n.º 50 impõe aos Estados-Membros é simultaneamente importante e oneroso. Sempre que esteja em causa uma derrogação a uma liberdade fundamental, cabe ao Estado-Membro apresentar razões claras e convincentes que a justifiquem.

34 — V. n.º 63 e segs. *infra*.

35 — Acórdão de 30 de abril de 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

36 — V. n.º 52 do acórdão.

37 — V. acórdãos 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, EU:C:2010:504, n.º 71; de 15 de setembro de 2011, Dickinger e Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, n.º 54; e de 11 de junho de 2015, Berlington Hungary e o., C-98/14, EU:C:2015:386, n.º 65. V. também acórdão de 13 de março de 2008, Comissão/Bélgica, C-227/06, não publicado, EU:C:2008:160, n.ºs 62 e 63 e jurisprudência aí referida.

52. Pela sua própria natureza, essas razões serão provavelmente complexas, exigindo conhecimentos especiais que, na maioria dos casos, se não em todos, estarão relacionados com o Estado-Membro que pretende aplicar a derrogação. Em praticamente todos os casos, basear-se-ão na conjuntura e nas políticas sociais e/ou económicas específicas do Estado-Membro em causa. Espera-se que esse Estado-Membro tenha ponderado cuidadosamente o(s) motivo(s) que justifica(m) a medida antes da sua adoção. É nesse contexto que, no meu entender, deve ser interpretada a referência, no n.º 47 do acórdão Pfleger e o.[38] , aos «objetivos *efetivamente prosseguidos pela regulamentação nacional*»[39].

53. A apresentação dessa justificação compete, creio, exclusivamente ao Estado-Membro em causa[40]. Não cabe às outras partes no processo, nomeadamente ao órgão jurisdicional nacional ou à parte que pretende impugnar a validade da medida nacional que aplica a referida derrogação. Por outras palavras, não se pode esperar que estas «adivinhem» o raciocínio subjacente à decisão do Estado-Membro de adotar a medida.

54. Se e na medida em que não esteja já previsto um dever dessa natureza no ordenamento jurídico do Estado-Membro em questão, sobrepor-se-á às regras processuais que, de outro modo, seriam aplicáveis. É óbvio que não pode desrespeitar os direitos de defesa; com efeito, deve fortalecê-los, proporcionando um acesso mais rápido e completo aos motivos que levaram o Estado-Membro a adotar a derrogação em causa.

55. Naturalmente, a apreciação e a decisão sobre os elementos apresentados pelo Estado-Membro continua a ser da responsabilidade do órgão jurisdicional nacional. E assim independentemente de o processo em causa seguir um modelo acusatório ou inquisitório. Neste último caso, estará (ou poderá estar) também obrigado a ordenar oficiosamente as suas próprias diligências de investigação e, de qualquer modo, aquele requisito continuará a aplicar-se. Os elementos apresentados pelo Estado-Membro irão complementar essas diligências, mas, sem prejuízo da ressalva que farei mais adiante[41], não as substituirão.

56. Caberá ao órgão jurisdicional nacional determinar, em grande parte, os exatos contornos das diligências de investigação por ele ordenadas, sob condição de que sejam respeitados os requisitos estabelecidos na CEDH e no direito da União, em especial os princípios da equivalência e da efetividade[42] e, se for o caso, a Carta. A natureza dessa tarefa variará inevitavelmente (por vezes, consideravelmente) de um caso para outro e de uma jurisdição para outra; não compete ao Tribunal de Justiça intervir em domínios que constituem puramente uma matéria de direito nacional[43].

57. Contudo, vale a pena abordar duas questões que foram suscitadas no despacho de reenvio e nas observações apresentadas ao Tribunal de Justiça.

38 — Acórdão de 30 de abril de 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

39 — O sublinhado é meu.

40 — Devo esclarecer que, quando me refiro neste contexto a um «Estado-Membro», não pretendo dizer que cabe necessariamente ao Governo desse Estado-Membro fornecer a devida justificação. No entanto, essa justificação deve ser apresentada por uma parte que represente esse Estado-Membro ou que esteja por este autorizada a fazê-lo.

41 — V. n.º 68 *infra*.

42 — V., nessa matéria, entre outros, acórdão de 22 de janeiro de 2015, Stanley International Betting e Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, n.º 37.

43 — É jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que, na falta de regulamentação da União na matéria, cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro definir as modalidades processuais das ações destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União (v., nesse sentido, entre outros, acórdão de 18 de março de 2010, Alassini e o., C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, n.º 47).

58. Em primeiro lugar, os deveres de investigação descritos pelo Governo austríaco são consideráveis, para não dizer potencialmente hercúleos [44]. Que recursos têm os órgãos jurisdicionais nacionais ao seu dispor para cumprir esses deveres? Essa questão poderá ter um cariz mais teórico do que real em casos simples que envolvam matérias com as quais o órgão jurisdicional nacional já esteja plenamente familiarizado. Porém, em casos como o presente, que poderão suscitar complexas questões de análise científica e estatística, afigura-se-me evidente que essa tarefa não pode ser realizada apenas pelo órgão jurisdicional nacional. O contributo de peritos será fundamental.

59. No despacho de reenvio, o órgão jurisdicional de reenvio refere que, na Áustria, os tribunais administrativos regionais não dispõem internamente de peritos independentes e que são obrigados a recorrer principalmente a peritos de um dos serviços administrativos nacionais (que pertencerão provavelmente à instituição que é parte no processo perante o órgão jurisdicional nacional).

60. Se for esse efetivamente o caso [45], creio que se colocam alguns problemas importantes em matéria de conformidade com o artigo 6.º da CEDH e, por arrastamento, com o artigo 47.º da Carta. O artigo 6.º, n.º 1, da CEDH exige que a decisão sobre o fundamento de uma acusação em matéria penal contra um arguido seja tomada por um «tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei». Dada a natureza oficiosa da apreciação que incumbe aos tribunais administrativos nacionais na Áustria, é provável que, pelo menos nos casos com uma certa complexidade, esses tribunais necessitem de pedir o parecer de um ou mais peritos para chegarem a uma conclusão. Não tenho dúvidas de que esses peritos também devem ser independentes e imparciais. Além disso, devem possuir as qualificações necessárias para apreciar e emitir o seu parecer sobre pontos de vista contraditórios. A sua função é, em última análise, auxiliar o tribunal a cumprir os seus deveres. O Tribunal de Estrasburgo já salientou que a exigência de imparcialidade comporta um elemento subjetivo e um elemento objetivo [46]. No meu entender, existirá pelo menos o risco de que peritos dos serviços administrativos nacionais não satisfaçam o primeiro e praticamente a certeza de que não satisfarão o segundo. Consequentemente, os órgãos jurisdicionais nacionais devem ter acesso aos serviços de peritos verdadeiramente independentes e imparciais.

61. A segunda questão prende-se com a possibilidade de o órgão jurisdicional nacional se basear em notas explicativas [47] da legislação nacional impugnada e nos relatórios dos trabalhos parlamentares conducentes à adoção dessa legislação. O Governo austríaco considera que o órgão jurisdicional se pode inspirar nas primeiras e o Governo belga pensa o mesmo em relação aos segundos. Pode o órgão jurisdicional nacional basear-se numa (ou em ambas) essas fontes que já se encontrem no domínio público, dispensando assim o Estado-Membro de apresentar a justificação exigida pelo n.º 50 do acórdão Pfleger e o. [48]?

62. Essa solução afigura-se excessivamente simplista. As autoridades nacionais competentes optarão certamente por invocar esses documentos nas alegações apresentadas ao órgão jurisdicional nacional, mas é provável que o litígio envolva um ou mais aspetos específicos da legislação em causa. Recai sobre o Estado-Membro o ónus de indicar ao órgão jurisdicional nacional quais os elementos da sua justificação geral que são pertinentes para que este possa proferir a sua decisão no processo. O Estado-Membro poderá considerar conveniente (e necessário) fornecer informações mais completas em apoio da justificação que serve de fundamento às suas alegações. Acresce que, por definição, essas

44 — V. n.º 40 *supra*.

45 — Quando questionado na audiência sobre esse ponto, o representante do Governo austríaco não negou ser essa a situação, mas optou por valorizar antes o dever que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio de ter em conta todas as circunstâncias relevantes.

46 — V., entre outros, acórdão de 15 de dezembro de 2005, Kyprianou c. Chipre, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, §§ 118 e 119. Por uma questão de clareza, devo salientar que, no presente caso, nada sugere que esteja em causa qualquer aspeto do elemento subjetivo dos critérios referidos.

47 — Em alemão, «*Erläuterungen*».

48 — Acórdão de 30 de abril de 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

fontes não podem ser consideradas totalmente completas ou fidedignas nos casos em que, como sucedeu com a Lei relativa aos jogos de fortuna ou azar, o Tribunal de Justiça tenha concluído que existem fortes indícios de que a legislação em causa pode não satisfazer os requisitos do direito da União [49].

Presença da acusação nas audiências

63. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto ao papel que a acusação desempenha nas audiências. Esse órgão jurisdicional refere, em especial, que, em processos como o processo principal, a acusação só está presente em casos excepcionais. Geralmente é substituída por um representante das autoridades administrativas que, além do mais, desempenha um papel totalmente passivo na audiência [50]. A principal preocupação do órgão jurisdicional de reenvio nessa matéria afigura-se ser a confusão entre as funções do tribunal e da acusação, e as consequências daí decorrentes para a independência e a imparcialidade judiciais. Nesse contexto, remete para três acórdãos do Tribunal de Estrasburgo. O primeiro é o acórdão Kyprianou c. Chipre [51]. Esse processo dizia respeito a uma ação por desrespeito ao tribunal, instaurada contra o demandante sob a forma sumária, à qual tinham presidido os juízes que tinham sido objeto das críticas do demandante durante a audiência pública. A acusação tinha sido conduzida pelos próprios juízes. O Tribunal de Estrasburgo entendeu que a confusão de funções poderia evidentemente justificar receios objetivos quanto à imparcialidade do tribunal onde o processo corria os seus termos [52].

64. O segundo processo é o Ozerov c. Rússia [53]. Nesse caso, o demandante tinha sido condenado pela prática de um crime por um tribunal de primeira instância. Nenhum representante da acusação esteve presente no julgamento, não obstante ter sido ordenada a participação do delegado do Ministério Público. O processo em causa seguia o modelo acusatório e, de acordo com a legislação nacional em vigor à data relevante, a presença da acusação, quando ordenada, era obrigatória. Se o delegado do Ministério Público tivesse estado presente, teria participado na apreciação das provas e apresentado alegações. O Tribunal de Estrasburgo concluiu que o órgão jurisdicional nacional tinha confundido as funções da acusação e do juiz e, consequentemente, tinha legitimado dúvidas sobre a sua imparcialidade [54].

65. O terceiro processo invocado pelo órgão jurisdicional de reenvio processo é o Karelin c. Rússia [55]. O demandante foi condenado pela prática de uma contraordenação e recorreu dessa decisão. O representante da acusação não esteve presente nem no julgamento em primeira instância nem em sede de recurso. Durante a audiência, o juiz do julgamento tinha modificado as acusações contra o demandante. O Tribunal de Estrasburgo observou que, na ausência da acusação, o tribunal de julgamento tinha sido forçado a suportar o ónus não só de apresentar os factos alegados pela acusação como também de produzir a respetiva prova. Concluiu que a ausência da parte responsável pela acusação tanto em primeira instância como em sede de recurso constituía uma violação do princípio da imparcialidade [56].

49 — V. acórdão de 30 de abril de 2014, Pfleger e o., C-390/12, EU:C:2014:281, n.º 56 e dispositivo.

50 — V. também nota 23 *in fine*.

51 — Acórdão de 15 de dezembro de 2005, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701.

52 — V. §§ 127 e 128 do acórdão.

53 — Acórdão de 18 de maio de 2010, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201.

54 — V. §§ 52 a 55 do acórdão.

55 — Acórdão de 20 de setembro de 2016, CE:ECHR:2016:0920JUD000092608. Como referido anteriormente na nota 29, esse acórdão foi apresentado separadamente pelo órgão jurisdicional de reenvio.

56 — V. § 84 do acórdão.

66. Esta conclusão do Tribunal de Estrasburgo foi precedida de uma análise exaustiva da sua jurisprudência sobre o risco de a ausência do delegado do Ministério Público das audiências comprometer a imparcialidade do tribunal. Nessa análise, não fez qualquer distinção particular entre processos acusatórios e inquisitórios [57]. Esse tribunal também considerou questões que poderiam ser suscitadas pelo facto de se tratar de um recurso e não de um julgamento em primeira instância. A esse propósito, sustentou que a situação poderia ser diferente em sede de recurso, sobretudo se estivessem em causa unicamente questões de direito, e que o papel da acusação poderia ser então considerado «menos decisivo». Acrescentou, porém, que o princípio da imparcialidade tem de ser respeitado nessa fase [58]. O Tribunal de Estrasburgo também referiu que, sempre que seja considerada oportuna a realização de uma audiência oral para que o tribunal se pronuncie sobre uma acusação em matéria penal, a presença de um representante da acusação "é, por norma, um meio adequado para evitar dúvidas legítimas que, de outro modo, poderiam ser suscitadas quanto à imparcialidade do tribunal" [59].

67. Não vislumbro um fio condutor entre todas estas observações, salvo no que respeita à exigência de que o órgão jurisdicional chamado a decidir da culpa do arguido, quer em primeira instância quer em sede de recurso, seja considerado, numa perspetiva objetiva, independente e imparcial. Por outras palavras, não creio que seja possível enunciar regras universais sobre a presença da acusação neste tipo de processos; limito-me a chamar a atenção para a observação decisiva do Tribunal de Estrasburgo de que, em regra, essa presença é «adequada». Embora essa declaração tenha sido feita no contexto de uma audiência em primeira instância e os processos perante um tribunal como o órgão jurisdicional de reenvio sejam qualificados de processos de recurso, estes afiguram-se ser, em virtude da natureza que o direito nacional lhes atribui, a primeira instância em que é tomada uma decisão judicial sobre todas as questões controvertidas. Além disso, a realização da audiência visa permitir o diálogo entre as partes no processo e, através desse diálogo, assegurar uma melhor informação do tribunal. Se a acusação não estiver presente, não é possível realizar, ou realizar plenamente, esse diálogo [60].

68. Acrescento que, uma vez que a exigência mais importante diz respeito à garantia da independência e da imparcialidade, em caso de dúvida o órgão jurisdicional nacional demandado deve privilegiar o cumprimento dessa exigência. Esta afirmação é válida mesmo que, num caso concreto, signifique que o órgão jurisdicional nacional se deve abster de suscitar uma questão suscetível de beneficiar a acusação em detrimento do arguido. Importa ainda salientar que nunca poderá ser exigido a um tribunal na posição do órgão jurisdicional de reenvio que se substitua ao Estado-Membro, fornecendo ele mesmo a justificação que compete a este último nos termos do n.º 50 do acórdão *Pfleger e o.* [61]. Na falta de tal justificação (como acontecerá em qualquer outra situação em que a acusação, em virtude da sua ausência, passividade ou por outro motivo, não cumpra um dos seus deveres), o órgão jurisdicional nacional poderá retirar dessa omissão as devidas conclusões.

57 — V. § 53 e segs. do acórdão.

58 — V. §§ 81 e 83 do acórdão.

59 — V. § 76 do acórdão.

60 — Nas suas observações escritas, o Governo austríaco atribui grande importância ao facto de, em casos como o do processo principal, a função da acusação ser assumida pela autoridade administrativa que aplicou a sanção administrativa (v. n.º 36 *supra*). Consequentemente, não existe qualquer confusão entre as funções da acusação e do tribunal. Saliento que, para apreciar o mérito desse argumento, é necessário ter em conta a sua inevitável correlação com a natureza ativa ou puramente passiva da participação dessa autoridade no processo.

61 — Acórdão de 30 de abril de 2014, C-390/12, EU:C:2014:281. V. n.º 51 e segs. *supra*.

IV –Conclusão

69. Pelo exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão submetida pelo Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Tribunal Administrativo Regional da Alta Áustria) nos seguintes termos:

«Sempre que a legislação de um Estado-Membro derrogue uma liberdade fundamental da União Europeia, incluindo a livre prestação de serviços prevista no artigo 56.º TFUE e a liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49.º TFUE, nem o artigo 6.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais nem o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia se opõem a uma regulamentação nacional segundo a qual, no âmbito de um processo de contraordenação, o órgão jurisdicional competente para proferir uma decisão sobre a validade dessa derrogação à luz do direito da União está sujeito ao dever de investigar oficiosamente os factos subjacentes às infrações. Porém, cabe ao Estado-Membro que pretende invocar a derrogação apresentar a justificação da medida em causa para que a parte acusada da prática da infração tenha conhecimento da natureza da mesma e o órgão jurisdicional em causa a possa apreciar e proferir uma decisão. Nesse contexto, poderão ser igualmente relevantes as seguintes observações:

— para proferir a sua decisão, esse órgão jurisdicional tem o direito de recorrer, caso assim o deseje, a peritos independentes e imparciais;

— embora não exista uma regra geral que imponha a presença de um representante da acusação no processo perante o órgão jurisdicional em causa, essa presença é, por norma, um meio adequado para evitar dúvidas legítimas quanto à imparcialidade desse órgão jurisdicional que, de outro modo, poderiam ser suscitadas.»