

**Processo C-920/19****Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

16 de dezembro de 2019

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Administrativo Regional da Estíria, Áustria)

**Data da decisão de reenvio:**

6 de dezembro de 2019

**Recorrentes:**

Fluctus s.r.o.

Fluentum s.r.o.

KI

**Autoridade recorrida:**Landespolizeidirektion Steiermark**Objeto do processo principal**

Sanção aplicada pela exploração de máquinas de jogos de fortuna e azar ilegais (violação do monopólio estatal de jogos de fortuna e azar).

**Objeto e fundamentos do reenvio**

Compatibilidade do monopólio austríaco dos jogos de fortuna e azar com o artigo 56.º TFUE tendo em conta as práticas publicitárias desmesuradas dos concessionários

**Questões submetidas**

1. Deve o artigo 56.º TFUE ser interpretado no sentido de que, ao avaliar as práticas publicitárias proibidas do concessionário numa situação de monopólio

dos jogos de fortuna e azar, tal como formuladas na jurisprudência assente do TJUE, é determinante que, numa análise global no período relevante, se tenha efetivamente verificado um crescimento do mercado do jogo, ou é suficiente que a publicidade tenha por objetivo induzir à participação ativa no jogo, por exemplo banalizando este, atribuindo-lhe uma imagem positiva devido à utilização das receitas para atividades de interesse geral ou aumentando o seu poder de atração através de mensagens publicitárias apelativas, que criam uma perspetiva sedutora de ganhos significativos?

2. Deve, além disso, o artigo 56.º TFUE ser interpretado no sentido de que as práticas publicitárias do concessionário do monopólio, no caso de existirem, excluem em qualquer caso a coerência do regime do monopólio, ou, no caso de atividades publicitárias semelhantes realizadas por operadores privados, os concessionários também podem incentivar a participação ativa no jogo, por exemplo banalizando este, atribuindo-lhe uma imagem positiva devido à utilização das receitas para atividades de interesse geral ou aumentando o seu poder de atração através de mensagens publicitárias apelativas, que criam uma perspetiva sedutora de ganhos significativos?

3. Um órgão jurisdicional nacional que, no âmbito da sua competência, deva aplicar o artigo 56.º TFUE, está obrigado a garantir oficiosamente a plena eficácia desta disposição, não aplicando as disposições do direito nacional que, na sua opinião, lhe sejam contrárias, mesmo que a sua conformidade com o direito da União tenha sido confirmada num processo de fiscalização da constitucionalidade?

### **Disposições de direito da União invocadas**

Artigo 56.º TFUE

### **Disposições de direito nacional invocadas**

Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens [Glücksspielgesetz (Lei Relativa aos Jogos de Fortuna e Azar; a seguir «GSpG»)], BGBl. n.º 620/1989: §§ 2, 3, 4, 14, 17, 21, 24, 50, 52, 53, 54, 56

### **Jurisprudência invocada**

Acórdãos de 30 de abril de 2014, Pflieger, C-390/12, de 6 de novembro de 2003, Gambelli, C-243/01; de 8 de setembro de 2010, Carmen Media, C-46/08; de 15 de setembro de 2011, Dickinger/Ömer, C-347/09; de 3 de junho de 2010, Ladbrokes, C-258/08; 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; de 30 de junho de 2011, Zeturf, C-212/08; de 24 de janeiro de 2013, Stanleybet e o., C-186/11 e C-209/11; de 11 de janeiro de 2000, Kreil, C-285/98; de 29 de abril de 1999, Ciola, C-224/97; de 14 de junho de 2017, Online Games e o., C-685/15; de 21 de julho de 2005, Coname, C-231/03; de 13

de outubro de 2005, Parking Brixen, C-458/03; de 14 de novembro de 2013, Belgacom, C-221/12; de 30 de junho de 2016, Admiral Casinos & Entertainment AG, C-464/15; de 10 de abril de 1984, von Colson e Kamann, 14/83; bem como de 27 de junho de 1991, Mecanarte, C-348/89

### **Apresentação sucinta dos factos do processo principal**

- 1 Na sequência de ações de fiscalização realizadas pelas autoridades em diversos estabelecimentos, as máquinas automáticas de jogo previamente identificadas que aí estavam instaladas sem a licença administrativa (a seguir «concessão») exigida pela Lei Relativa aos Jogos de Fortuna e Azar (a seguir «GSpG»), foram objeto de apreensão provisória. Por despacho, as autoridades competentes confirmaram estas apreensões provisórias, iniciaram processos de aplicação de sanções administrativas e aplicaram coimas aos responsáveis, ou seja, aos proprietários das máquinas, aos empresários que exploravam os estabelecimentos, aos operadores das máquinas, entre outros, através de decisões administrativas.
- 2 No presente caso, foi realizado um controlo ao abrigo da GSpG num estabelecimento em Graz, em 19 de outubro de 2016. Foram apreendidas oito máquinas relativamente às quais havia suspeitas de violação da GSpG. As máquinas estavam ligadas e a funcionar e também eram, em parte, utilizadas por jogadores. As máquinas através das quais se verificou a ingerência no monopólio do Estado, depois de terem sido identificadas como proprietária a Fluentum s.r.o. e como detentora a Fluctus s.r.o., foram provisoriamente apreendidas. A autoridade pública competente, a Landespolizeidirektion Steiermark (Direção Regional da Polícia da Estíria), foi notificada. Subsequentemente, a decisão de apreensão foi notificada à Fluctus s.r.o. em 23 de novembro de 2016, uma vez que esta foi identificada como detentora das máquinas. Em 12 de dezembro de 2016, a Fluentum s.r.o. foi notificada de uma decisão de apreensão com o mesmo teor, tendo esta sociedade sido identificada como organizadora do jogo de fortuna e azar. Foram interpostos recursos das decisões para o Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Administrativo Regional da Estíria, Áustria).
- 3 Subsequentemente, foram desencadeados processos com vista à aplicação de sanções administrativas. A Landespolizeidirektion Steiermark (Direção Regional da Polícia da Estíria), na qualidade de autoridade pública competente para aplicar a sanção, presumiu que KI é o gerente na aceção do direito comercial das sociedades Fluctus s.r.o. e Fluentum s.r.o. Em consequência, foram desencadeados processos separados com vista à aplicação de sanções contra KI, na qualidade de organizador e operador do jogo de fortuna e azar, tendo o recorrente sido condenado em coimas no montante total de 480 000 euros. A título de despesas do processo foi pedido um total de 48 000 euros. Mais precisamente, através da decisão de aplicação das coimas da Landespolizeidirektion Steiermark (Direção Regional da Polícia da Estíria) datada de 22 de janeiro de 2018, foi aplicada uma coima no montante de 30 000 euros (no total, 240 000 euros) por cada máquina de jogo, bem como, em caso de não pagamento, uma pena de 7 dias de privação de

liberdade, respetivamente, e, com a decisão de aplicação das coimas da Landespolizeidirektion Steiermark (Direção Regional da Polícia da Estíria) de 29 de janeiro de 2018, também uma coima de 30 000 euros por máquina de jogo de fortuna e azar (no total, 240 000 euros), assim como, em caso de não pagamento, 7 dias de privação de liberdade. Foi interposto recurso das duas decisões de aplicação das coimas para o Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Administrativo Regional da Estíria).

- 4 Verifica-se neste caso o elemento transfronteiriço exigido pelos artigos 56.º e seguintes TFUE, dado que, no processo principal, está envolvida uma sociedade com sede noutro Estado-Membro da União Europeia (Bratislava/Eslováquia).

### **Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial**

- 5 O Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Administrativo Regional da Estíria) tem dúvidas quanto à conformidade das práticas publicitárias dos concessionários (monopolistas) com o direito da União (artigo 56.º TFUE).
- 6 Os requisitos legais relativos à publicidade dos jogos de fortuna e azar estão formulados muito vagamente na GSpG. Nos termos do § 17, n.º 7, da GSpG, os concessionários de lotarias são obrigados a garantir um apoio geral aos meios de comunicação. Pelo contrário, os operadores de casinos não têm nenhuma obrigação em matéria de publicidade. Atualmente, só no § 56, n.º 1, da GSpG se estabelece uma limitação estrita do conteúdo da publicidade dos jogos de fortuna e azar. Em consequência dessa restrição, os concessionários e titulares de licenças têm de garantir nas suas ações publicitárias «um padrão de comportamento responsável». Para garantir o respeito deste padrão de comportamento responsável apenas se prevê a via da supervisão administrativa, excluindo-se expressamente a via judicial nos termos dos §§ 1 e seguintes da Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Lei Federal Relativa à Concorrência Desleal; a seguir «UWG»).
- 7 Os órgãos jurisdicionais austríacos têm, em vários processos administrativos e cíveis, analisado e confirmado, ou não têm manifestado dúvidas sobre a compatibilidade da GSpG com o direito da União em vigor, e sobre a posição dos tribunais administrativos. Por decisões proferidas em 2016, os três tribunais supremos austríacos, o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo; a seguir «VwGH»), o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional; a seguir «VfGH») e o Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal; a seguir, «OGH») confirmaram que o monopólio austríaco dos jogos de fortuna e azar é conforme com o direito da União (v. *infra*, n.ºs 21 e 23). Desde então, têm sido proferidas inúmeras decisões no sentido destas decisões jurisprudenciais.
- 8 O monopólio austríaco dos jogos de fortuna e azar constitui, em princípio, uma restrição à livre prestação de serviços consagrada no artigo 56.º TFUE. Por conseguinte, só é compatível com o direito da União se existir um dos motivos justificativos mencionados nos Tratados ou desenvolvidos pela jurisprudência do

Tribunal de Justiça (razão imperiosa de interesse geral) (v. Acórdão Pflieger, C-390/12, n.ºs 38 e segs.). Para restringir as atividades de jogos de fortuna e azar devem ser consideradas razões imperiosas de interesse geral, em especial, a proteção dos consumidores, a prevenção da fraude e a incitação dos cidadãos a uma despesa excessiva ligada ao jogo (v. Acórdãos do Tribunal de Justiça Gambelli, C-243/01, n.ºs 65 e segs. e Carmen Media, C-46/08, n.º 55). No entanto, a mera afirmação destes objetivos não basta para justificar qualquer regime legal. Se existir um objetivo reconhecido para uma restrição da liberdade fundamental em causa, deve apreciar-se se o princípio da proporcionalidade foi respeitado.

- 9 O Tribunal de Justiça sujeita a conformidade do monopólio do jogo à luz do direito da União não apenas ao objetivo fixado pelo legislador, mas também à eficácia real do regime (v. Acórdão de 15 de setembro de 2011, Dickinger e Ömer, C-347/09, n.º 65). Por conseguinte, a verificação da conformidade com o direito da União deve orientar-se – também no que diz respeito às práticas publicitárias – não apenas pelo teor da norma, neste caso, em especial, do § 56, n.º 1, da GSpG, segundo o qual os concessionários e titulares de autorizações devem garantir nas suas ações publicitárias um padrão de comportamento responsável, mas também pela eficácia real desta disposição.
- 10 Ao apreciar a adequação de um monopólio de jogos de fortuna e azar, reveste grande importância a coerência do regime nacional (v. Acórdãos do Tribunal de Justiça Gambelli, C-243/01, n.º 65 e segs.; e de 30 de abril de 2014, Pflieger, C-390/12, n.º 56). No caso de a adequação ser confirmada, o Tribunal de Justiça aprecia, em segundo lugar, a necessidade e eventualmente, em terceiro lugar, a razoabilidade da restrição. No seu entender, um regime nacional é, assim, contrário ao direito da União quando não prossegue eficazmente os objetivos de proteção do jogador ou de luta contra a criminalidade e não responde de facto à preocupação de reduzir as oportunidades de jogo ou de lutar de uma forma coerente e sistemática contra a criminalidade associada a estes jogos (v. Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de abril de 2014, Pflieger, C-390/12, n.º 56). Ao requisito da coerência estão também ligadas outras exigências relativas à publicidade realizada pelos detentores de um monopólio ou pelos concessionários, que o Tribunal de Justiça clarificou em diversas decisões (v. Acórdãos Ladbrokes, Stoß, Zeturf, Dickinger/Ömer e Stanleybet acima referidos como «jurisprudência invocada»). O órgão jurisdicional de reenvio conclui desta jurisprudência que o legislador nacional também deve regular e fiscalizar as ações publicitárias dos detentores de monopólios. Segundo uma parte da doutrina, incluindo a relativa à publicidade feita pelos concessionários Österreichische Lotterien e Casinos Austria AG, a publicidade ao jogo não respeita o padrão de comportamento responsável. Critica-se a exclusividade a favor de um prestador maioritariamente privado, que, quando muito, só é fiscalizado superficialmente e ao qual, especialmente no que respeita à expansão da oferta e à publicidade agressiva, não são impostos entraves regulamentares, o que é contrário ao direito da União.
- 11 No entender do Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Administrativo Regional da Estíria), deve considerar-se que os requisitos impostos pelo Tribunal

de Justiça em matéria de admissibilidade de um monopólio do jogo não são cumpridos, tendo em conta, por um lado, o regime austríaco em vigor (coerência), e, por outro, a política comercial do concessionário único de lotarias (práticas publicitárias extensivas). Deve considerar-se que a política de publicidade ofensiva do concessionário ultrapassa os limites impostos pelo Tribunal de Justiça nos Acórdãos Carmen Media, Stoß, bem como Dickinger e Ömer, de modo que, apenas por esta razão, o monopólio do jogo na Áustria, incluindo o seu regime de sanções, deixa de poder ser invocado contra alguém que, como o recorrente, exerce a livre prestação de serviços. Toda a doutrina jurídica publicada até agora sobre este tema chegou a esta conclusão.

- 12 A política expansionista do concessionário, acompanhada de despesas intensivas em publicidade, contraria a proteção do consumidor exigida pelo Tribunal de Justiça contra o incentivo a gastos excessivos com o jogo. Os limites que este impõe à publicidade não são respeitados na prática. A política comercial dos concessionários Österreichische Lotterien GmbH e Casinos Austria AG preenche todos os critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça para definir aquilo que o comportamento de um monopolista no mercado não deve precisamente ser: a publicidade dos detentores dos monopólios estimula a participação ativa no jogo, atribui ao jogo em si mesmo uma imagem positiva, cria uma perspetiva tentadora de ganhos significativos, encoraja novos grupos-alvo para o jogo e o seu conteúdo é permanentemente alargado.
- 13 O órgão jurisdicional de reenvio refere vários exemplos das atividades publicitárias intensivas nestas cinco categorias, como, por exemplo, gastos anuais no montante de cerca de 40 milhões de euros, obtenção de uma grande cobertura através de campanhas no espaço público e na televisão, adoção de incentivos ao jogo, como, por exemplo, benefícios, a fim de encorajar grupos-alvo até então menos propensos a jogos de fortuna e azar, tais como mulheres e jovens, a iniciarem-se no jogo, publicidade que anuncia ganhos extremamente elevados da ordem dos milhões que seriam facilmente alcançados, atribuição de efeitos positivos aos jogos de fortuna e azar (estímulo a eventos públicos e a objetivos de utilidade pública, sedução através da associação publicitária a valores como felicidade, fama, prestígio, autoconfiança, etc., até à atratividade física, resultantes dos jogos de fortuna e azar) e facilitação do acesso aos jogos de fortuna e azar (alargamento dos pontos de venda de lotaria, disponibilidade através da Internet ou nos telemóveis, distribuição de cupões de oferta, etc.).
- 14 A atual expansão do conteúdo da oferta do titular do monopólio só se explica por considerações de ordem monetária e não com a canalização moderada da compulsão para o jogo. É evidente o conflito de interesses no Ministério das Finanças como beneficiário financeiro direto da expansão da oferta e do aumento dos preços do jogo. Por um lado, a própria República da Áustria detém indiretamente participações sociais na Casinos Austria AG ou na Österreichischen Lotterien GmbH, por outro, o Ministério das Finanças exerce uma função de tutela alargada sobre os concessionários e tem de atribuir concessões no mercado austríaco do jogo em conflito com outros concorrentes de modo transparente e

verificável. Esta tensão reflete-se ampla e inevitavelmente no processo legislativo do jogo e também é perceptível, na prática, no desempenho insuficiente dos deveres de tutela sobre os concessionários.

- 15 Por referência a um Acórdão do Landesgericht Linz (Tribunal Regional de Linz), de 2014, declara-se que toda a publicidade dos únicos titulares de licenças de jogos de fortuna e azar (Österreichische Lotterien GmbH e Casinos Austria AG) não se limitou a orientar moderadamente o consumidor para redes de jogos controladas (dos detentores do monopólio) nem a combater o vício do jogo e as atividades criminosas que lhe estão associadas (cuja existência não se logrou, substancialmente, comprovar), mas que se tratava de uma publicidade expansionista que visava o crescimento, pretendia promover o jogo e fomentava a participação ativa através da banalização, da apresentação de uma imagem positiva, do aumento do poder de atração e da sugestão de uma perspectiva de ganhos tentadores. No entender do Landesverwaltungsgericht Vorarlberg (Tribunal Administrativo Regional de Vorarlberg), as ações publicitárias também não são moderadas nem se limitam ao estritamente necessário. No mesmo sentido, o Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal), em várias decisões, concluiu expressamente pela incompatibilidade do monopólio do jogo com o direito da União.
- 16 Não são só as atividades publicitárias dos titulares do monopólio que não são moderadas nem limitadas e não estão sujeitas a uma supervisão efetiva, mas também as de numerosas outras empresas que propõem jogos na Áustria; isto, sobretudo, no domínio dos jogos em linha, no qual a maioria dos anúncios são publicidade de empresas que não têm nenhuma concessão para a realização de lotarias na Áustria. Não é clara a razão pela qual o Ministério das Finanças não executa a proibição de publicidade a jogos não concessionados prevista na GSpG. Em todo o caso, este comportamento não tem evidentemente nada que ver com uma política de jogos coerente nem com a proteção dos jogadores.
- 17 Em suma, a publicidade não tem exclusivamente por finalidade orientar os consumidores para redes de jogo controladas, mas prossegue o objetivo de atrair à participação ativa no jogo especialmente as pessoas que até agora não estão predispostas a jogar. Não se está assim perante publicidade moderada, na aceção da referida jurisprudência do Tribunal de Justiça. Integra-se neste quadro o facto de o § 56, n.º 1, da GSpG excluir a fiscalização judicial dos critérios impostos pelo direito da União nas ações publicitárias através de uma ação judicial intentada pelos concorrentes ou por associações com legitimidade processual ao abrigo da UWG. Deste modo, o monopólio do jogo carece da justificação exigida pelo direito da União.
- 18 A resposta às questões colocadas é indispensável para o presente processo, uma vez que dois dos tribunais supremos austríacos (VfGH e VwGH) consideram que a GSpG é compatível com o direito da União e proferiram uma decisão única de fixação de jurisprudência (v. *infra*, n.ºs 21 e 23), à qual agora todos os outros tribunais estão vinculados, pelo menos no entender dos tribunais supremos. Se se

adotasse este entendimento, a fiscalização da conformidade das normas da GSpG com o direito da União seria, no futuro, impossível. Além disso, esta prática violadora do direito da União também contraria diretamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça (Acórdãos C-285/98, Kreil, C-224/97, Ciola e C-685/15, Online Games).

- 19 Os recorrentes operam no âmbito da proteção conferida pela livre prestação de serviços. Segundo o disposto no artigo 56.º TFUE, pertinente neste domínio, de que são destinatárias as autoridades dos Estados-Membros, estas não podem impor restrições à livre prestação de serviços. O direito à livre prestação de serviços é diretamente aplicável, ou seja, a sua aplicabilidade não depende de confirmação administrativa nem judicial pelos organismos públicos austríacos. A citada proibição do artigo 56.º TFUE tem primazia sobre o direito nacional, mesmo sobre o direito constitucional nacional. Consequentemente, um tribunal constitucional nacional não pode derogar às liberdades fundamentais. O artigo 56.º TFUE deve ser aplicado com primazia por qualquer autoridade em relação a qualquer restrição nacional, independentemente da qualidade jurídica dessa restrição. Nenhuma restrição nacional, mesmo quando tem valor constitucional ou quando consiste numa sentença e/ou acórdão transitado em julgado e confirmado pelos tribunais, que colida com a proibição prioritária do artigo 56.º TFUE, pode ser aplicada. O Tribunal de Justiça já esclareceu, em 1999, numa decisão relativa à Áustria, Ciola (C-224/97, são referidos os n.ºs 24 a 34), que as leis e/ou as medidas das autoridades que sejam contrárias ao direito da União, mesmo que sejam definitivas, não podem causar prejuízos aos cidadãos da União, devendo as autoridades submeter-se ao direito da União, de grau superior.
- 20 A decisão de aplicação da sanção controvertida viola o direito da União superior, uma vez que se baseia na lei austríaca sobre jogos de fortuna e azar que restringe a livre prestação de serviços. Não foi apresentada no processo nenhuma justificação – teoricamente possível por razões imperiosas de interesse geral – desta violação da livre prestação de serviços por parte da decisão baseada na GSpG. Para fundamentar a falta de legitimidade do monopólio austríaco basta referir o Acórdão do Tribunal de Justiça Pflieger (C-390/12). As restrições da GSpG austríaca são incompatíveis com o direito da União, à luz das suas «modalidades concretas de aplicação». O contrário nem sequer é afirmado pela República da Áustria, apesar de o ónus da prova ser do Estado (v. Acórdão Online Games, C-685/15).
- 21 Não é possível invocar decisões do Verwaltungsgerichtshof que violam o direito da União, como, em especial, a decisão de fixação de jurisprudência de 16 de março de 2016 proferida no processo 2015/17/0022. As decisões erradas do VwGH não se sobrepõem ao direito da União Europeia e não dispensam a administração pública de respeitar o direito da União Europeia, que goza de primazia. O Tribunal de Justiça declarou, no Acórdão Pflieger (C-390/12, são referidos os n.ºs 53 a 55), mantendo a sua jurisprudência assente, que o monopólio austríaco não pode ser justificado, à luz do direito da União, com base nas

circunstâncias de facto austríacas. Os organismos do Estado não lograram provar que a atividade criminosa ou o vício do jogo constituem efetivamente um problema que justifique um monopólio.

- 22 O mesmo se passa no caso em apreço. As autoridades competentes não provaram que a atividade criminosa e/ou o vício do jogo constituíssem, no período em causa, um problema considerável que pudesse legitimar o monopólio e uma decisão neles baseada. Pelo contrário, é ponto assente que o verdadeiro objetivo do monopólio não reside no combate à atividade criminosa nem na proteção dos jogadores, mas unicamente na maximização das receitas do Estado através do favorecimento de um titular do monopólio.
- 23 O VwGH ignora o direito da União no sentido da interpretação vinculativa realizada pelo Tribunal de Justiça, pelo que as questões colocadas são da maior importância para o presente processo, uma vez que, caso contrário, existe o perigo de se verificar uma nova validação da GSpG contrária ao direito da União. A relação desta prática ilegal com as questões submetidas, relativas à publicidade, revela-se no facto de as decisões relevantes dos tribunais superiores (em particular, VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022 e VfGH 15.10.2016, E 945/2015) não terem por base uma apreciação dos factos autónoma, ligada à questão da compatibilidade do regime de monopólio da GSpG com o direito da União, pelo que em nada contribui – estritamente a nível dos factos – para o esclarecimento da exigência, recentemente salientada de novo pelo Tribunal de Justiça (v. Acórdão C-464/15, Admiral Casinos & Entertainment AG), de que o artigo 56.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que, na apreciação da proporcionalidade de uma legislação nacional restritiva no domínio dos jogos de fortuna e azar, há que ter em conta, segundo uma abordagem que não seja meramente estática, mas dinâmica, não só o objetivo dessa legislação, tal como se apresentava no momento da sua adoção, mas também os seus efeitos, apreciados depois da sua adoção.
- 24 Além disso, as oportunidades promocionais e a publicidade aos jogos de fortuna e azar na Áustria são contrárias ao direito da União (referência, novamente, aos Acórdãos Ladbrokes, Stoß, Zeturf, Dickinger/Ömer e Stanleybet).
- 25 Com efeito, segundo a jurisprudência do VwGH (v. Despacho de 1 de julho de 2018, processo n.º 2018/17/0048), em princípio, é admissível que os concessionários adotem medidas promocionais parcialmente agressivas. No entanto, só assim seria se o jogo de fortuna e azar em concreto ou o domínio do jogo de fortuna e azar requeressem uma publicidade agressiva a fim de garantir a proteção dos jogadores, sobretudo se, graças a tal publicidade, fosse possível desviar os jogadores do setor ilegal para o setor legal. Uma vez que na Áustria não existem indícios de uma oferta ilegal no que diz respeito aos produtos das lotarias ou aos jogos de casino ao vivo, deve entender-se que há que utilizar neste caso um critério mais rigoroso no que diz respeito à publicidade. A publicidade agressiva à lotaria, por exemplo, não pode ser justificada com uma oferta ilegal supostamente vasta de máquinas de jogos de fortuna e azar. Segundo o entendimento jurídico do VwGH, seria, assim, admissível utilizar publicidade parcialmente agressiva,

embora, na Áustria, apenas no setor das máquinas de jogo. Contudo, é precisamente o contrário que acontece. Os documentos apresentados revelam uma publicidade agressiva e proibida na ótica da jurisprudência do Tribunal de Justiça em setores que, na Áustria, nem sequer são afetados pela suposta ilegalidade. Desde logo por este motivo o monopólio baseado na GSpG é ilegal e, conseqüentemente, uma pessoa abrangida pela lei não pode ser punida.

- 26 Tendo em conta o n.º 27 do Despacho do Tribunal de Justiça de 9 de janeiro de 2019, C-444/18, Fluctus e Fluentum, a resposta às questões prejudiciais é necessária, uma vez que os tribunais supremos austríacos, nas suas decisões de fixação de jurisprudência, declararam, como acima exposto, que a publicidade é agressiva e visa captar novos jogadores que nunca tenham jogado até à data, mas ignoraram este facto, ao declararem ainda assim a sua compatibilidade com o direito da União. Esta prática contrária ao direito da União infringe diretamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça. É impossível responder às questões submetidas, uma vez que, sem uma decisão nova e clara do Tribunal de Justiça, não poderá ser posto um termo à prática ilegal dos órgãos jurisdicionais.