CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL WALTER VAN GERVEN

apresentadas em 18 de Fevereiro de 1993 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. No presente processo, o Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) (a seguir «Tribunal Supremo»), interroga o Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade com o direito comunitário de uma regulamentação espanhola relativa à concessão de licenças para a dobragem de filmes de países terceiros. Esta regulamentação faz depender a distribuição em Espanha de uma versão dobrada de tais filmes numa das línguas oficiais de Espanha, da condição de a empresa de distribuição que pede a licença assumir o compromisso de distribuir simultaneamente um filme espanhol. O Tribunal Supremo coloca esta questão no âmbito de um recurso de anulação da regulamentação espanhola em causa interposto pela Federación de Distribuidores Cinematográficos (Fedicine), que é uma associação espanhola de distribuidores de filmes.

Contexto do processo

2. Até à sua adesão às Comunidades Europeias, Espanha tinha uma regulamentação especialmente estrita em matéria de filmes. Esta regulamentação comportava uma condição de nacionalidade aplicável aos produtores de filmes estabelecidos em Espanha e às empresas que asseguravam a dobragem de filmes, previa além disso uma licença para a dobragem e a distribuição de filmes estrangeiros — a concessão dessa licença estava subordinada à condição de distribuir um filme espanhol —, e fixava, por último, a proporção de filmes estrangeiros e espanhóis que podiam ser projectados ou distribuídos por intermédio da televisão ou do grande ecrã [1].

Depois da sua adesão à Comunidade, Espanha adaptou a sua legislação em matéria de filmes adoptando o Real Decreto legislativo 1257/1986 de 13 de Junho de 1986 (a seguir «real decreto») [2]. O artigo único do real decreto inclui duas regras quanto à distribuição de filmes não espanhóis [3]. Os *filmes produzidos noutros Estados-membros* da Comunidade podem ser livremente distribuídos pelas empresas de distribuição constituídas em conformidade com a lei. Em contrapartida, no que diz respeito aos *filmes de países terceiros*, o real decreto retoma a regulamentação anterior, na medida em que a distribuição destes filmes em versão dobrada continua subordinada à obtenção prévia de uma licença. Por cada filme espanhol que se comprometeram a distribuir, são concedidas às empresas de distribuição, no máximo, quatro licenças de dobragem. Além disso, devem assumir contratualmente o respeito das seguintes condições: i) a primeira licença é concedida logo que a autoridade

1 — Nas suas observações escritas, a Comissão examina mais em pormenor esta regulamentação espanhola anterior.

2 — *Boletin Oficial del Estado* n.º 153 de 27.6.1986, p. 23427.

3 — V. o relatório do juiz-relator para o texto deste artigo.

* Língua original: neerlandês.

competente (ou seja, o Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, a seguir «ICAA») for informada do início da rodagem do filme espanhol que a empresa de distribuição se comprometeu a distribuir [4]; ii) as segunda, terceira e quarta licenças são concedidas quando seja feita prova de que o filme espanhol em causa obteve determinados níveis de receitas (respectivamente 30, 60 e 100 milhões de PTA).

Pode-se ainda assinalar que, numa carta de 28 de Dezembro de 1992 na sequência de um pedido do Tribunal de Justiça, o Governo espanhol confirmou que estava em preparação uma nova modificação da sua legislação em matéria cinematográfica, e isto «sempre na perspectiva da adaptação ao direito comunitário».

3. A Fedicine interpôs, no Tribunal Supremo, um recurso de anulação do real decreto. Alega que este diploma instaura uma regulamentação proteccionista e é discriminatório em relação a filmes de outros Estados-membros, porque obriga os distribuidores de filmes a favorecerem a distribuição de filmes espanhóis. O Tribunal Supremo considerou adequado submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«É compatível com o ordenamento jurídico comunitário sujeitar a concessão de licenças de dobragem de filmes de países terceiros, para efeitos da sua distribuição em Espanha, numa versão dobrada numa das línguas oficiais espanholas, à prévia subscrição pela empresa distribuidora que solicita a licença de um contrato impondo-lhe garantir a distribuição de um filme espanhol?»

4. Dado o modo como o Tribunal Supremo formulou a sua questão, parece-me útil recordar mais uma vez que, no quadro de um processo prejudicial, o Tribunal de Justiça não se pode pronunciar sobre a compatibilidade de uma regulamentação nacional com o direito comunitário. No entanto, segundo jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça «pode extrair do teor das questões formuladas pelo juiz nacional, à luz dos dados por ele expostos, os elementos que relevam da interpretação do direito comunitário, a fim de permitir a esse juiz resolver o problema jurídico que lhe está submetido» [5].

O direito comunitário aplicável

5. Com vista a dar uma resposta correcta à questão do Tribunal Supremo, é necessário, em primeiro lugar, dado o modo muito geral como este órgão jurisdicional coloca a questão da compatibilidade com o direito comunitário, examinar quais são as regras comunitárias aplicáveis ao presente caso.

Perante o órgão jurisdicional nacional, a Fedicine sustentou que a regulamentação espanhola controvertida era contrária aos artigos 30.°, a 36.°, 59.° e 92.° do Tratado, às Directivas 63/607/CEE e 65/264/CEE [6], bem como ao Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT). Nas observações que apresentou ao Tribunal de Justiça, já só contesta a validade do real decreto com base nos artigos 30.° a 36.° do Tratado, ou seja nas regras comunitárias em matéria de *circulação*

4 — Esta licença é automaticamente anulada se o filme não for apresentado no prazo de 200 dias seguintes ao início da rodagem. O ICAA pode prorrogar este prazo a pedido justificado dos interessados.

5 — V. nomeadamente o acórdão de 11 de Junho de 1987, Pretore di Salò X (14/86, Colect., p. 2545, n.os 15 e 16); v., ainda recentemente, acórdão de 28 de Janeiro de 1992, López Brea (C-330/90 e C-331/90, Colect., p. I-323, n.° 5).

6 — Para as referências precisas destas directivas, v., adiante, nota 9.

de mercadorias. Em contrapartida, o Governo espanhol e a Comissão consideram que a compatibilidade do real decreto com o direito comunitário deve ser examinada sob o ângulo do artigo 59.° do Tratado, noutros termos, sob o ângulo das disposições em matéria de *circulação de serviços.* Devemos, consequentemente, examinar em primeiro lugar se as disposições do Tratado em matéria de circulação de mercadorias, ou as relativas à circulação de serviços, são aplicáveis no presente processo.

6. Como já se assinalou, nas suas observações apresentadas ao Tribunal de Justiça, a Fedicine considera que a regulamentação constante do real decreto constitui uma medida de efeito equivalente contrária ao artigo 30.° do Tratado CEE, porque esta regulamentação favorece a distribuição de filmes espanhóis por intermédio do sistema de licenças já sucintamente referido, e torna, deste modo, menos atractiva a distribuição de filmes em proveniência de outros Estados-membros. O raciocínio da Fedicine a este respeito assenta manifestamente na premissa segundo a qual os filmes são mercadorias na acepção do Tratado.

Pelo contrário, a Comissão defende que, no presente processo, só estão em causa as *condições de exploração* dos filmes de fabrico espanhol, dos filmes de outros Estados-membros e dos filmes de países terceiros. Em sua opinião, a exploração de um filme deve ser considerada um serviço na acepção do artigo 59.° do Tratado CEE. Ainda que, para um filme rodado fora de Espanha, seja necessária para a sua exploração comercial a importação de pelo menos uma cópia, o elemento essencial da actividade económica constituída pela exploração de filmes consiste, segundo a Comissão, no facto de o produtor autorizar o distribuidor a projectar o seu filme para o público, e obter do distribuidor, a título de contraprestação por esta autorização, uma remuneração que pode consistir numa soma fixa ou numa percentagem calculada com base nas receitas do filme.

7. É evidente que a rodagem de um filme cinematográfico pressupõe o *fabrico* de um suporte material, a saber, as bobinas do filme, que pode ser a sua cópia zero ou uma duplicação desta. Estas bobinas do filme são sem sombra de dúvidas «mercadorias», na acepção, como delimitada pelo Tribunal de Justiça, das disposições do Tratado em matéria de circulação de mercadorias, ou seja, «produtos convertíveis em dinheiros e susceptíveis, como tais, de ser objecto de transacções comerciais» [7]. O Tribunal de Justiça pronunciou-se igualmente neste sentido no acórdão Cinéthèque, a propósito da produção de cassetes de vídeo. Indicou que:

«não se podem qualificar de 'serviço', na acepção do Tratado, os trabalhos de fabrico de cassetes de vídeo, quando as prestações do fabricante de tais produtos conduzem directamente ao fabrico de um objecto material que é, além disso, objecto de classificação na pauta aduaneira comum (posição 37.07). Segundo o artigo 60.° do Tratado, são com efeito consideradas serviços, as prestaçõesrealizadas mediante remuneração 'que não

7 — Acórdão de 10 de Dezembro de 1968, Comissão/Itália (7/68, Recueil, p. 617, especialmente p. 626); v., ainda recentemente, o acórdão de 9 de Julho de 1992, Comissão/Bélgica (C-2/90, Colect., p. I-4431, n.os 23 e 26); v. a definição do conceito de mercadorias no ponto 18 das conclusões apresentadas em 19 de Setembro de 1991 pelo advogado-geral F. Jacobs neste último processo (Colect. 1992, p. I-4460).

sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias'» [8].

8. Todavia, tal não significa de modo algum que a *exploração* de filmes seja abrangida pelas disposições do Tratado em matéria de circulação de mercadorias. Se bem que a exploração num determinado Estado-membro de um filme cinematográfico fabricado noutro Estado-membro pressuponha uma deslocação transfronteiras de mercadorias, no sentido de que pelo menos uma cópia de filme deve ser importada no país de exploração [9], considero também que o elemento essencial da exploração do filme não reside nesta circulação comercial material de bobinas [10]. Tal como o Tribunal de Justiça confirmou nos acórdãos Coditel, o filme cinematográfico distingue-se de outros produtos culturais, que pressupõem a colocação em circulação de um grande número de suportes materiais (livros, discos compactos, cassetes de vídeo). Com efeito:

«o filme faz parte da categoria das obras literárias e artísticas colocadas à disposição do público através de representações que se podem repetir até ao infinito cuja comercialização cai no âmbito da circulação de serviços, seja qual for o seu modo de difusão pública, cinema ou televisão» [11].

9. Daqui resulta que o elemento essencial da exploração de um filme reside na colocação à disposição, pelo produtor, dos direitos de distribuição num mercado determinado e na cessão, a título temporário, dos direitos de representação pública neste mercado [12]. A transferência (transfronteiras) de um suporte material do filme mais não é que a sua consequência lógica, de modo que não se pode falar de circulação de mercadorias na acepção do Tratado. O facto de se tratar aqui de uma prestação de serviços realizada mediante remuneração — geralmente uma determinada percentagem das receitas produzidas pelas representações — parece-me evidente, de modo que este elemento do conceito de serviços, constante do artigo 60.° do Tratado, se encontra igualmente presente [13].

8 — Acórdão de 11 de Julho de 1985, Cinéthèque (60/84 e 61/84, Recueil, p. 2605, n.° 10). V. também o acórdão de 7 de Maio de 1985, Comissão/França (18/84, Recueil, p. 1339, n.° 12), em que o Tribunal de Justiça recusou qualificar de serviços os trabalhos de tipografia, uma vez que as prestações de tipógrafos conduzem directamente ao fabrico de um objecto material que, enquanto tal, é, aliás, objecto de classificação na pauta aduaneira comum...

9 — Foi por esta razão que, no âmbito da realização do mercado comum, a acção da Comunidade centrou-se, em primeiro lugar, na supressão dos contingentes à importação atingindo os filmes em proveniência de outro Estado-membro: v. nomeadamente os artigos 5.° e 10.° da Directiva 63/607/CEE do Conselho, de 15 de Outubro de 1963, para execução das disposições do programa geral para a supressão das restrições à livre prestação de serviços em matéria de cinematografia (JO 1963, p. 2661; EE 06 F1 p. 25). A segunda directiva adoptada neste domínio obriga os Estados-membros a suprimir, o mais tardar em 31 de Dezembro de 1966, todos os contingentes à importação dos filmes com a nacionalidade de um ou vários Estados-membros: artigo 7.° da segunda Directiva 65/264/CEE do Conselho, de 13 de Maio de 1965, relativa à aplicação das disposições dos programas gerais para a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços em matéria de cinematografia (JO 1965, p. 1437; EE 06 F1 p. 63). O artigo 7.°, terceiro parágrafo, desta directiva precisa que a supressão dos contingentes implica o direito de importação ilimitada de cópias, contratipos e material publicitário.

10 — As trocas comerciais intracomunitárias relativas aos materiais, suportes de som, filmes e outros produtos materiais necessários à produção de um filme estão, bem entendido, sujeitas às regras relativas à livre circulação de mercadorias: v., a propósito de produtos utilizados para a difusão de mensagens televisivas, o acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi (155/73, Recueil, p. 407, n.° 7); v. também o acórdão de 18 de Junho de 1991, Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT) (C-260/89, Colect., p. I-2925, n.° 14). Os produtos para fotografia e cinematográficos, que incluem os filmes cinematográficos, são aliás objecto de um capítulo específico da pauta aduaneira comum, a saber, o capítulo 37: Regulamento (CEE) n.° 2658/87 do Conselho, de 23 de Julho de 1987, relativo à nomenclatura pautal e estatística e à pauta aduaneira comum (JO 1987, L 256, p. 1, especialmente pp. 249 a 252).

11 — Acórdão de 6 de Outubro de 1982, Coditel II (262/81, Recueil, p. 3381, n.° 11), que se refere ao acórdão de 18 de Março de 1980, Coditel I (62/79, Recueil, p. 881, n.° 12).

12 — V. a definição de actividades de distribuição e de aluger de filmes, feita no artigo 2.°, n.° 2, da Directiva 68/369/CEE do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativa à realização da liberdade de estabelecimento nas actividades não assalariadas de distribuição de filmes (JO 1968, L 260, p. 22; EE 06 F1 p. 107).

13 — Sobre o elemento de remuneração ou de contraprestação como característica do conceito comunitário de serviços e, mais geralmente, do conceito de actividade económica na acepção do Tratado CEE, v. nomeadamente: acórdão de 14 de Julho de 1976, Donà (13/76, Recueil, p. 1333, n.° 12); acórdão de 5 de Outubro de 1988, Steymann (196/87, Colect., p. 6159, n.° 14); acórdão de 4 de Outubro de 1991, Grogan (C-159/90, Colect., p. I-4685, n.os 16 a 21).

10. Tudo isto não significa necessariamente que as disposições do Tratado em matéria de circulação de serviços sejam sempre aplicáveis. Para tal, é igualmente exigido (por força do primeiro parágrafo do artigo 59.° do Tratado CEE) que o prestador de serviços seja um nacional de um Estado-membro estabelecido na Comunidade e que o serviço por ele fornecido tenha um carácter intracomunitário. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, este último elemento encontra-se nomeadamente presente quando i) o prestador de serviços se desloca a outro Estado-membro para fornecer o serviço [14]; ii) o destinatário se desloca a outro Estado-membro para aí beneficiar dos serviços [15]; iii) nenhum dos dois se desloca a outro Estado-membro, mas o serviço é fornecido por um prestador estabelecido num Estado-membro diferente do do destinatário [16].

11. Parece-me que a exploração, num Estado-membro, de filmes produzidos noutro Estado-membro, pertencerá a maior parte das vezes a esta última categoria, uma vez que esta prestação de serviços não exige a passagem das fronteiras internas da Comunidade, nem por parte do produtor (prestador dos serviços), nem por parte do distribuidor-explorador (destinatário dos serviços).

Todavia, quero ainda chamar a atenção para o facto de que, se o produtor estrangeiro dispusesse de uma presença económica constante no país onde ocorre a prestação de serviços — seja através de uma sucursal, de um agente independente, ou sob qualquer outra forma —, não seriam as disposições do Tratado em matéria de circulação de serviços, mas as relativas ao direito de estabelecimento (artigos 52.° a 58.° do Tratado), que se aplicariam [17]. Tal resulta da regra de prioridade consagrada no artigo 60.° do Tratado CEE, que prevê que as disposições relativas à circulação de serviços só são aplicáveis na medida em que não sejam aplicáveis as disposições relativas (nomeadamente) à livre circulação de pessoas.

O real decreto é contrário às disposições do Tratado em matéria de circulação de serviços?

12. Admito portanto, sob reserva das condições atrás enunciadas, que o presente processo deve ser examinado no âmbito do regime do Tratado em matéria de circulação de serviços. Coloca-se então, concretamente, a questão de saber se uma regulamentação como a constante do real decreto constitui uma restrição à livre circulação de serviços contrária ao artigo 59.° do Tratado.

Segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, existe tal incompatibilidade quando um prestador de serviços é alvo de uma discriminação em razão da sua nacionalidade ou com fundamento em que se encontra estabelecido num Estado-membro diferente daquele em que a prestação é

14 — Segundo os acórdãos ditos «Guias turísticos», o artigo 59.° é igualmente aplicável quando o prestador e o destinatário dos serviços se encontram estabelecidos no mesmo Estado-membro, mas os serviços são prestados no território de outro Estado-membro: acórdãos de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/França (C-154/89, Colect., p. I-659, n.° 10), Comissão/Itália (C-180/89, Colect., p. I-709, n.° 9), Comissão/Grécia (C-199/89, Colect., p. I-727, n.° 10).

15 — Acórdão de 31 de Janeiro de 1984, Luisi e Carbone (286/82 e 26/83, Recueil, p. 377, n.° 10); acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Cowan (186/87, Colect., p. 195, n.° 15).

16 — Acórdão de 25 de Julho de 1991, Säger (C-76/90, Colect., p. I-4221, n.° 13).

17 — V. acórdão de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha (205/84, Colect., p. 3755, n.° 21); v. também acórdão de 25 de Julho de 1991, Factortame II (C-221/89, Colect., p. I-3905, n.° 20).

efectuada [18]. No acórdão Säger, o Tribunal de Justiça acrescentou que o artigo 59.° exige também a supressão de qualquer restrição, ainda que indistintamente aplicável a prestadores nacionais e de outros Estados-membros, quando seja susceptível de impedir ou entravar de alguma forma as actividades do prestador estabelecido noutro Estado-membro, onde preste legalmente serviços análogos [19].

13. Estamos aqui em presença de um tratamento discriminatório em relação a prestadores de serviços de outro Estado-membro, ou de qualquer outra restrição à circulação de serviços? É difícil afirmar que o real decreto não beneficia os produtores de filmes espanhóis em detrimento dos produtores de filmes de outros Estados-membros: o sistema de licenças em matéria de dobragem e de distribuição de filmes de países terceiros está com efeito exclusivamente ligado à rodagem e à distribuição de um filme *espanhol*. Na prática, tal cria, em favor dos produtores de filmes espanhóis, uma vantagem considerável, tal como resulta dos dados numéricos citados pela Comissão, que emanam do ICAA. Mais de 40% do número total de filmes distribuídos em Espanha são oriundos dos Estados Unidos, e estes filmes americanos representam mais de 70% do total das receitas de entradas de cinema. Mais de dois terços destes filmes americanos são difundidos em versão dobrada. O real decreto em causa dá origem a que pelo menos deva ser distribuído um filme espanhol sempre que sejam concedidas quatro licenças de dobragem daqueles filmes. Nestas circunstâncias, não é possível contestar que o real decreto coloca os produtores de filmes de *outros Estados-membros* numa situação mais desfavorável que os produtores espanhóis, dado que os primeiros ficam privados da vantagem que resulta da obrigação de distribuição e dos níveis de receitas associados a esta obrigação.

14. O que precede deita à partida por terra o argumento do Governo espanhol, segundo o qual o real decreto não teria o menor efeito restritivo sobre a exploração de filmes de outros Estados-membros: na mesma medida em que exerce um efeito protector em benefício dos produtores de filmes-prestadores de serviços estabelecidos em Espanha, o real decreto desfavorece os produtores-prestadores de serviços estabelecidos noutro Estado-membro [20]. Devido ao facto de os seus filmes serem excluídos do sistema de distribuição obrigatório que, como já foi assinalado, se aplica apenas aos filmes espanhóis, a prestação de serviços dos produtores de outros Estados-membros é menos incentivada, sendo, assim, entravada: tal afecta tanto a distribuição como a promoção dos seus filmes em Espanha. Além disso, esta restrição tem carácter discriminatório, dado que os produtores de filmes de outros Estados-membros são privados de uma vantagem bem definida, que é efectivamente concedida aos produtores de filmes espanhóis.

15. Segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, regulamentações nacionais que impliquem um tratamento discriminatório em relação a prestações de serviços em proveniência de outro Estado-membro só podem ser compatíveis com o direito comunitário se puderem ser abrangidas por uma

18 — V. já o acórdão de 3 de Dezembro de 1974, Van Binsbergen (33/74, Recueil, p. 1299, n.° 25); v. mais recentemente, em especial, o acórdão Comissão/Alemanha, citado na nota anterior, n.° 25; os acórdãos ditos «Guias turísticos», já referidos: acórdãos Comissão/França, n.° 12, Comissão/Itália, n.° 15, e Comissão/Grécia, n.° 16; acórdão ERT, citado na nota 10, n.° 19; acórdãos Mediawet de 25 de Julho de 1991, Comissão/Países Baixos (C-353/89, Colect., p. I-4069, n.° 14), e Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Colect., p. I-4007, n.° 10); acórdão de 20 de Maio de 1992, Ramrath (C-106/91, Colect., p. I-3351, n.° 27).

19 — Acórdão Säger, n.° 12.

20 — V. o acórdão Comissão/Países Baixos, n.° 23.

disposição derrogatória expressa do Tratado [21].

As únicas disposições derrogatórias que Espanha poderia invocar são as dos artigos 66.° e 56.° conjugados do Tratado, que autorizam as regulamentações discriminatórias justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública. Entre estas justificações, só a primeira, a saber, a ordem pública, me parece poder entrar eventualmente em consideração.

A regulamentação pode ser justificada a título da ordem pública?

16. O Governo espanhol, que considera aliás que o real decreto não comporta qualquer elemento discriminatório, sustenta que a regulamentação controvertida prossegue um objectivo cultural justificado face ao direito comunitário, ou seja, a protecção da produção cinematográfica nacional de um Estado-membro. Não havendo regulamentação ao nível comunitário, os Estados-membros são livres, dentro dos limites autorizados pelo direito comunitário, de fixar os objectivos políticos e de definir os instrumentos necessários para atingir estes objectivos.

Num relatório de 1983, o Parlamento Europeu confirmou já que o filme cinematográfico faz parte integrante do património cultural da Comunidade e merece portanto uma protecção nos mesmos termos que outros elementos deste património [22].

Coloca-se o entanto a questão de saber, no plano jurídico, em que medida há, dentro do conceito de ordem pública na acepção dos artigos 66.° e 56.° conjugados do Tratado, lugar para uma regulamentação nacional ou regional que, com vista à protecção da produção cinematográfica interna no âmbito de uma política destinada a preservar o património cultural, concede aos produtores nacionais de filmes uma vantagem concorrencial importante, em detrimento de produtores de outros Estados-membros.

17. Resulta da jurisprudência comunitária existente que são muito reduzidas as hipóteses de ser esse o caso. Com efeito, o Tribunal de Justiça tem uma *interpretação estrita* do conceito de «ordem pública» na acepção do artigo 56.° do Tratado CEE: segundo o acórdão Bouchereau, o recurso a esta justificação pressupõe:

«de qualquer modo, a existência, além da perturbação que constitui para a ordem social qualquer infracção à lei, de uma ameaça real e suficientemente grave, que afecte um interesse fundamental da sociedade» [23].

No domínio da circulação de mercadorias, o Tribunal de Justiça declarou, desde o princípio, que as razões da política económica são, sob todos os aspectos, alheias a este conceito — visado no artigo 36.° do Tratado [24]. Confirmou-o igualmente em matéria de circulação de serviços. Assim, declarou no acórdão «Bond van Adverteerders»:

21 — V. acórdão de 26 de Abril de 1988, Bond van Adverteerders (362/85, Colect., p. 2085, n.° 32); acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda, n.° 12; acórdão Comissão/Países Baixos, n.° 15.

22 — *O texto referido é verosimilmente o relatório feito em* nome da Comissão da Juventude, da Cultura, da Educação, da Informação e dos Desportos sobre a promoção do cinema dos países da Comunidade, elaborado por Marie-Jeanne Pruvot, Parlamento Europeu, Documentos de sessão 1983-1984, 15 de Julho de 1983, PE 76.975/final.

23 — Acórdão de 27 de Outubro de 1977 (30/77, Recueil, p. 1999, n.° 35).

24 — V. já o acórdão de 19 de Dezembro de 1961, Comissão/Itália (7/61, Recueil, p. 633, especialmente p. 657). *Para confirmações mais recentes deste princípio, v.* nomeadamente: acórdão de 7 de Fevereiro de 1984, Duphar (238/82, Recueil, p. 523, n.° 23); acórdão de 11 de Junho de 1985, Comissão/Irlanda (288/83, Recueil, p. 1761, n.° 28); acórdão de 5 de Junho de 1986, Comissão/Itália (103/84, Colect., p. 1759, n.° 22).

«... que objectivos de natureza económica tais como os de assegurar a uma fundação pública nacional a totalidade das receitas provenientes de mensagens publicitárias destinadas especialmente ao público do Estado em causa não podem constituir razões de ordem pública no sentido do artigo 56.° do Tratado» [25].

Tal não significa no entanto que a aplicação do artigo do artigo 36.° (e, pode-se acrescentar, do artigo 56.°) seja excluída «pelo mero facto de uma regulamentação nacional, justificada por circunstâncias objectivas que satisfazem as exigências dos interesses nela visado, permitir atingir acessoriamente outros objectivos de carácter económico» [26]. Assim sucede, por maioria de razão, quando o objectivo de natureza económica deve permitir a realização de um objectivo mencionado nesta disposição (no caso concreto a protecção da saúde) [27].

Todavia, mesmo quando se encontra satisfeita a condição de fundo enunciada pelo acórdão Bouchereau, o Tribunal de Justiça impõe ainda uma *condição de proporcionalidade* estrita: no acórdão Bond van Adverteerders, recordou que:

«as medidas tomadas por força deste artigo não devem ser desproporcionadas relativamente ao objectivo visado. Enquanto excepção a um dos seus princípios fundamentais, o artigo 56.° do Tratado deve, efectivamente, ser interpretado por forma que os seus efeitos se limitem ao necessário à protecção dos interesses que visa garantir» [28].

18. Resulta da definição estrita do conceito de ordem pública e da condição de proporcionalidade que, relativamente às regulamentações nacionais, na medida em que exerçam um efeito na circulação de serviços entre os Estados-membros, este conceito só pode ser invocado excepcionalmente. Se bem que o seu conteúdo possa, em certa medida, variar de um Estado-membro para outro [29], este conceito visa com efeito exclusivamente «uma (das) ameaça(s) real(ais) e suficientemente grave(s), que afecte um interesse fundamental da sociedade». Além disso, não abrange os objectivos económicos, o que implica que as regulamentações nacionais ou regionais que prossigam, exclusiva ou principalmente, a coberto da protecção de interesses fundamentais, uma finalidade económica, não são abrangidos pelo mesmo. Por último, mesmo quando a regulamentação tem efectivamente por objectivo a manutenção da ordem pública, só pode ser admitida se este objectivo não puder ser atingido através de regulamentações menos restritivas, menos discriminatórias, ou não discriminatórias.

No que diz respeito às prestações de serviços no sector do audiovisual, tudo isto foi claramente estabelecido pelo acórdão Bond van Adverteerders e pelo recente acórdão relativo ao decreto flamengo sobre a distribuição por cabo.

19. O primeiro destes processos punha em causa a regulamentação neerlandesa da altura, que continha uma proibição de difundir por cabo programas de rádio e de televisão emitidos a partir de outros Estados-membros e com mensagens publicitárias destinadas ao público neerlandês ou legendagem em neerlandês. O direito de difundir mensagens publicitárias era reservado a uma fundação,

25 — Acórdão Bond van Adverteerders, n.° 34; v. igualmente os acórdãos Mediawet: acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda, n.° 11, e acórdão Comissão/Países Baixos, n.° 15.

26 — Acórdão de 6 de Outubro de 1987, Nertsvoederfabriek Nederland (118/86, Colect., p. 3883, n.° 15); acórdão de 10 de Setembro de 1984, Campus Oil (72/83, Recueil, p. 2727, n.° 36); v. igualmente as conclusões do advogado-geral G. Mancini no processo 238/82, Duphar, especialmente pp. 549-550.

27 — Acórdão Nertsvoederfabriek Nederland, n.° 15.

28 — Acórdão Bond van Adverteerders, n.° 36.

29 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1974, Van Duyn (41/74, Recueil, p. 1337, n.° 18); acórdão Bouchereau, n.° 34.

cujas receitas eram utilizadas pelo Estado para subsidiar organismos nacionais de radiodifusão e a imprensa nacional. O Governo neerlandês alegava que as referidas disposições de proibição prosseguiam um objectivo não económico de ordem pública, isto é, a manutenção do carácter não comercial e pluralista do sistema nacional de radiodifusão. Sem rejeitar este argumento, o Tribunal de Justiça aplicou imediatamente a condição de proporcionalidade atrás mencionada. O próprio Governo neerlandês tinha reconhecido que esta condição não se encontrava preenchida: aqueles objectivos podiam ser perfeitamente realizados através de meios diferentes, menos restritivos e não discriminatórios [30].

20. No processo do decreto flamengo relativo à distribuição por cabo, a argumentação do Governo belga recebeu um acolhimento ainda menos favorável. Um decreto da Comunidade flamenga proibia às sociedades de televisão difundirem nas suas redes programas sonoros e televisivos de serviços de radiodifusão de outros Estados-membros cuja língua não fosse uma das línguas do Estado-membros em que encontrava estabelecido o serviço de radiodifusão. Para justificar esta restrição discriminatória, o Governo belga tinha invocado objectivos de política cultural, isto é, a manutenção do pluralismo na imprensa escrita (que beneficia directamente das receitas publicitárias das estações nacionais de televisão), a preservação e o desenvolvimento do património artístico, bem como a viabilidade das estações nacionais. O Tribunal de Justiça não pareceu convencido por estes argumentos tendo pelo contrário encontrado nos mesmos (especialmente nos primeiro e terceiro) indícios demonstrando que a regulamentação controvertida tinha por objectivo limitar a concorrência efectiva às estações nacionais, com a finalidade de preservar as suas receitas publicitárias [31]. Além disso, como o Tribunal de Justiça — seguindo o advogado-geral [32] — acrescentou:

«as justificações invocadas pelo Governo belga não se integram em nenhuma das excepções à livre prestação de serviços admitidas pelo artigo 56.°, a saber, a ordem pública, a segurança pública e a saúde pública» [33].

21. Se aplicarmos esta jurisprudência ao presente processo, devemos concluir que uma regulamentação do tipo da do real decreto não pode beneficiar da excepção de ordem pública prevista no artigo 56.° Com efeito, o real decreto não constitui uma protecção contra uma «ameaça real e suficientemente grave» que afecte um interesse fundamental da sociedade. Além disso, parece-nos ser principalmente inspirado, como no processo do decreto flamengo sobre a distribuição por cabo, por razões de política económica. Mesmo se o real decreto visa efectivamente também promover os filmes numa das línguas oficiais de Espanha, parece no entanto ter principalmente em vista a preservação da indústria cinematográfica nacional [34], dado que é apenas aos produtores de filmes espanhóis que é dada a possibilidade de uma distribuição suficiente.

30 — Acórdão Bond van Adverteerders, n.° 37.

31 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1992, Comissão/Bélgica (C-211/92, Colect., p. I-6757, n.° 9).

32 — V. o ponto 5 das conclusões apresentadas em 24 de Novembro de 1992 pelo advogado-geral G. Tesauro neste processo, Colect., p. I-6769.

33 — Acórdão Comissão/Bélgica, n.° 10.

34 — Tal resulta igualmente de modo claro do extracto, citado pela Comissão nas suas observações escritas, da exposição de motivos do projecto de lei que conduziu à Lei n.° 3/80, que era o diploma em vigor antes do real decreto.

A regulamentação pode ser justificada a título da protecção do património cultural?

22. Na Comunidade de hoje, atribui-se uma importância crescente ao desenvolvimento das culturas dos Estados-membros e das suas regiões. Parece-me portanto indicado consagrar ainda alguns momentos à questão de saber se, quanto a uma regulamentação como a que está aqui em causa, não é possível encontrar, em direito comunitário, uma justificação diferente da ordem pública, mais especialmente uma razão imperiosa de interesse geral ligada à protecção do património cultural.

A importância atribuída ao património cultural aumentará ainda mais quando entrar em vigor o Tratado da União Europeia. Parece-me com efeito útil recordar que este Tratado encarrega a Comunidade de contribuir «para o desenvolvimento das culturas dos Estados-membros», [35] missão que segundo o novo artigo 128.° do Tratado, deve ser levada a cabo «respeitando a sua diversidade nacional e regional, e pondo simultaneamente em evidência o património cultural comum» (n.° 1). Além disso, este artigo impõe à Comunidade, na sua acção *ao abrigo de outras disposições do presente Tratado*, que tenha em conta «os aspectos culturais» (n.° 4).

No que diz respeito a este último ponto, pode-se, a título de exemplo, chamar a atenção para o novo artigo 92.°, n.° 3, alínea d), do Tratado CEE, previsto pelo Tratado da União Europeia. Por força desta disposição, podem ser considerados compatíveis com o mercado comum:

«os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na Comunidade num sentido contrário ao interesse comum».

23. A diversidade das culturas constitui incontestavelmente, não obstante as dificuldades daí resultantes, uma das riquezas da Comunidade. Numerosos acórdãos demonstram que também o próprio Tribunal de Justiça não é insensível a esta diversidade e às necessidades políticas específicas originadas pela procura da conservação da identidade cultural.

No domínio da *circulação de serviços*, pode-se remeter para os processos ditos «Guias turísticos», em que o Tribunal de Justiça reconheceu formalmente «a conservação do património histórico e artístico nacional» [36], bem como «a valorização das riquezas históricas e a melhor difusão possível dos conhecimentos relativos ao património artístico e cultural de um país» [37], como razões imperiosas de interesse geral que podem justificar uma restrição à livre circulação de serviços.

Mais recentemente ainda, nos seus acórdãos «Mediawet», o Tribunal de Justiça reconheceu que uma política cultural nacional que tem por objecto salvaguardar a liberdade de expressão das diferentes componentes sociais, culturais, religiosas e filosóficas num

35 — Artigo 3.°, alínea p), do Tratado CEE, na redacção dada pelo artigo G do Tratado da União Europeia. O texto deste Tratado foi publicado no JO 1992, C 191, p. 1.

36 — Acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Comissão/Itália, já citado na nota 14, n.° 20; confirmado pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Mediawet: acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda, n.° 14, e acórdão Comissão/Países Baixos, n.° 18.

37 — Acórdão Comissão/França, já citado na nota 14, n.° 17; acórdão Comissão/Grécia já citado na nota 14, n.° 21; igualmente confirmado depois nos acórdãos Mediawet, nos mesmos números que os referenciados na nota anterior.

Estado-membro (naquele caso os Países Baixos) prossegue uma finalidade justificada de um ponto de vista comunitário:

«Entendida neste sentido, uma política cultural pode certamente constituir uma razão imperiosa de interesse geral justificando uma restrição à livre prestação de serviços. Com efeito, a manutenção do pluralismo que esta política neerlandesa pretende garantir está ligada à liberdade de expressão, como é protegida pelo artigo 10.° da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que figura entre os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica comunitária...» [38].

24. Igualmente no domínio da livre *circulação de trabalhadores,* o Tribunal de Justiça faz prova de compreensão quanto a medidas nacionais e regionais que têm por objectivo preservar a identidade cultural de um povo. Tal é ilustrado pelo acórdão Groener, no qual, interrogado sobre a compatibilidade com o direito comunitário de uma regulamentação irlandesa que subordina a nomeação para um lugar de professor numa instituição pública de ensino à prova de um conhecimento suficiente da língua irlandesa, o Tribunal de Justiça respondeu do seguinte modo:

«As disposições do Tratado CEE não se opõem à adopção de uma política que tenha por fim a defesa e promoção da língua de um Estado-membro que é simultaneamente a língua nacional e a primeira língua oficial. Todavia, a execução desta política não deve atentar contra uma liberdade fundamental como a livre circulação dos trabalhadores. Portanto, as exigências resultantes das medidas destinadas a pôr em prática essa política não devem, em caso algum, ser desproporcionadas ao objectivo prosseguido e as condições da sua aplicação não devem implicar discriminação em detrimento dos nacionais de outros Estados-membros» [39].

25. Por fim, a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de *livre circulação de mercadorias* é igualmente testemunho desta abertura a objectivos de política cultural (e, mais geralmente, sociocultural) não fundamentalmente discriminatórios.

No acórdão Cinéthèque, o Tribunal de Justiça decidiu que um regime nacional que, «com vista a incentivar a criação de obras cinematográficas sem distinção de origem, visa reservar, durante um período inicial limitado, a difusão destas obras prioritariamente à exploração em sala» prossegue um objectivo justificado face ao direito comunitário. Na medida em que os entraves às trocas comerciais intracomunitárias provocados pela aplicação desta proibição não excedam o que é necessário para atingir esse objectivo, o artigo 30.° não é aplicável a tal regime [40].

Nos recentes processos de encerramento aos domingos, o Tribunal de Justiça confirmou igualmente que compete aos Estados-membros «efectuar» essas «opções, relacionadas com as especificidades socioculturais nacionais ou regionais»... «no respeito das exigências impostas pelo direito comunitário

38 — Acórdão Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda, n.° 23; acórdão Comissão/Países Baixos, n.° 30; este número acaba de ser expressamente confirmado pelo Tribunal de Justiça: acórdão de 3 de Fevereiro de 1993, Vereniging Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Colect., p. I-487, n.os 9 e 10).

39 — Acórdão de 28 de Novembro de 1989, Groener (C-379/87, Colect., p. 3967, n.° 19).

40 — Acórdão Cinéthèque, n.os 23 e 24.

e, designadamente, pelo princípio da proporcionalidade» [41].

26. Resulta desta jurisprudência que uma regulamentação que se insere na política cultural de autoridades nacionais ou regionais, pode eventualmente ser autorizada por uma *razão imperiosa de interesse geral* reconhecida pelo direito comunitário e justificando determinadas restrições à circulação intracomunitária de pessoas, mercadorias ou serviços. Trata-se de medidas que visam assegurar a manutenção e a valorização de riquezas históricas e artísticas ou a difusão dos conhecimentos artísticos e culturais (v. os acórdãos ditos «Guias turísticos») [42], a manutenção da liberdade de expressão pluralista das diferentes componentes sociais, culturais, religiosas e filosóficas num país (acórdãos «Mediawet»), ou a protecção de uma língua nacional (acórdão Groener). Esta razão imperiosa pode, em minha opinião, ser descrita, de modo geral, como a protecção, o desenvolvimento e a difusão do património cultural específico de um Estado-membro ou de uma região de um Estado-membro, num contexto *pluralista e* enquanto *componente de* um património cultural *comum* aos Estados-membros (a seguir «protecção do património cultural»).

Todavia, é ponto assente que tal razão imperiosa não pode justificar entraves que excedam o que é objectivamente necessário para atingir o objectivo visado [43]. Além disso, também não podem ser prosseguidos através de tais regulamentações objectivos de natureza económica (mesmo que a existência de efeitos económicos secundários não deva ser totalmente excluída) [44]. Por fim, como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Groener (v. *supra* ponto 24), as condições de aplicação dessa política cultural (mais precisamente, nesse caso, de uma política linguística) não podem implicar discriminações em detrimento dos nacionais de outros Estados-membros.

27. No que diz respeito a esta última condição, a saber, o carácter não discriminatório da media, não se deve, em minha opinião, excluir uma certa flexibilização da jurisprudência. Não será raro que as medidas tomadas para proteger o património cultural de um Estado-membro ou de uma das suas regiões impliquem um benefício directo ou indirecto em favor dos seus próprios artistas ou instituições culturais (assim, por exemplo, a criação de um prémio cinematográfico ou literário, ou o incentivo por qualquer outra forma de artistas ou de associações artísticas [45]). Mesmo quando tais medidas dizem

41 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1992, B & Q (C-169/91, Colect., p. I-6635, n.º 11); v. já a formulação similar — mas no entanto um pouco diversa — nos acórdãos anteriores sobre o encerramento aos domingos: acórdão de 23 de Novembro de 1989, Torfaen (C-145/88, Colect., p. 3851, n.º 14); acórdãos de 28 de Fevereiro de 1991, Conforama (C-312/89, Colect., p. I-997, n.º 11), e Marchandise (C-332/89, Colect., p. I-1017, n.º 12).

42 — Pode-se recordar que nos termos do artigo 27.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da Comunidade e de usufruir das artes. Segundo jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça pode inspirar-se nessas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem em que os Estados-membros cooperaram ou aos quais aderiram: v. já o acórdão de 14 de Maio de 1975, Nold (4/73, Recueil, p. 491, n.º 13); acórdão ERT, n.º 41.

43 — V. igualmente, a propósito deste controlo de proporcionalidade, além das passagens já referidas dos acórdãos Groener e Cinéthèque: acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda, n.ºs 24 e 25; acórdão Comissão/Países Baixos n.ºs 31, 42 e 43.

44 — V. ponto 17 *supra*, e os acórdãos citados na nota 26. V. igualmente o acórdão Veronica Omroep Organisatie, já referido, em que a utilização de uma proibição económica é admitida enquanto meio para atingir um objectivo de política cultural: n.ºs 10 e segs.

45 — Não deixa de ser um facto que é indicado dar, tanto quanto possível, um carácter transfronteiras a tais medidas, por exemplo criando prémios literários ou cinematográficos extensivos a uma zona linguística comum a vários Estados-membros. Deste modo, a tónica é posta, como exigido pelo Tratado da União Europeia (v. *supra*, ponto 22), no carácter de componentes de um património cultural comum que apresentam as culturas específicas.

respeito a prestações de serviços abrangidas pelo artigo 59.° do Tratado CEE — quer dizer, na medida em que a prática cultural aí visada constitua uma actividade económica na acepção do artigo 60.° do Tratado CEE e em que não seja além disso puramente interna a um Estado-membro determinado [46] —, podem no entanto ainda, se for caso disso, ser tomadas em consideração para efeitos de uma justificação face ao direito comunitário.

O fundamento desta concepção pode ser encontrado numa aplicação por analogia, a medidas nacionais relativas à circulação de serviços, da justificação respeitante à protecção do «património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico», prevista no artigo 36.° — em matéria de circulação de mercadorias. Tal aplicação por analogia pode apoiar-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça [47], nas conclusões de advogados-gerais [48] e na doutrina [49]. Em minha opinião, o facto de a justificação enunciada no artigo 36.° ser mais limitada que a protecção do património cultural próprio, não constitui um obstáculo, se bem que o Tribunal de Justiça tenha admitido que a enumeração do artigo 36.° era limitativa [50]. Com efeito, esta posição não pode impedir que seja dado às justificações enunciadas no artigo 36.° um significado conforme à evolução do direito comunitário acima indicada (pontos 22 e segs.) [51].

28. Seja como for, a regulamentação controvertida não pode, em minha opinião, beneficiar da razão imperiosa de protecção do património cultural, uma vez que não se encontra demonstrado que o real decreto tem principalmente em vista a manutenção e a promoção da cultura específica do Estado-membro em causa. Como já indiquei anteriormente (ponto 21), o real decreto foi essencialmente inspirado por razões de política económica, porque tende a fazer distribuir *o maior número possível* de filmes espanhóis e, na falta de qualquer controlo de qualidade, não é susceptível de dar origem à produção de *filmes de qualidade*. Para realizar este último objectivo, podem-se aliás conceber outras medidas, prosseguindo realmente um objectivo cultural e não entravando a circulação intracomunitária de serviços, como a criação de prémios destinados a promover filmes válidos do ponto de vista da qualidade.

46 — No que diz respeito ao primeiro elemento, v. as referências na nota 13. No que diz respeito ao segundo, podem-se nomeadamente dar as seguintes referências recentes: acórdão de 23 de Abril de 1991, Hoefner (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.os 37 a 39); acórdão López Brea, já referido na nota 5, n.° 7; acórdão de 19 de Março de 1992, Batista Morais (C-60/91, Colect., p. I-2085, n.° 7).

47 — V. os acórdãos Coditel I, n.os 14 e 15, e Coditel II, n.° 13.

48 — V. as conclusões do advogado-geral Warner no primeiro processo Coditel e no processo 52/79, Debauve, Recueil 1980, p. 878; v. as conclusões do advogado-geral Sir Gordon Slynn no processo Cinéthèque, Recueil 1985, p. 2615.

49 — Defalque, L.: «Les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent», em *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, I, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1992, pp. 272-273, n.° 290; P. J. G. Kapteyn e P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 1987, p. 294; v. igualmente a edição em língua inglesa deste livro realizada por L. W. Gormley: *Introduction to the law of the European Communities*, Deventer-Boston, Kluwer Law & Taxation, 1989, p. 450.

50 — Em minha opinião, pode-se praticar o mesmo alargamento no que se refere à justificação, enunciada no artigo 36.°, da protecção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas, que se insere na justificação mais ampla da protecção do ambiente. V., nesta perspectiva, o acórdão de 9 de Julho de 1992, Comissão/Bélgica (C-2/90, Colect., p. I-4431), em que a solução se poderia ter igualmente apoiado nesta excepção do artigo 36.°, na concepção ampla que se acabou de expor.

51 — No acórdão Coditel II, já referido, o próprio Tribunal de Justiça indicou que a protecção da propriedade artística e intelectual devia ser equiparada à expressão mais limitada do artigo 36.°, que visa a protecção da propriedade industrial e comercial.

29. Dado que a análise que precede leva a concluir que o real decreto é incompatível com o artigo 59.° do Tratado, não me parece necessário examinar as outras regras comunitárias que no processo principal a Fedicine defendeu terem sido violadas (v. *supra*, ponto 4).

Conclusão

30. Proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo à questão submetida pelo Tribunal Supremo:

«Uma regulamentação nacional que sujeita a dobragem de filmes de países terceiros a um sistema de licenças que impõe ao distribuidor a obrigação de se comprometer por contrato a distribuir simultaneamente um filme do Estado-membro em questão, contém, em detrimento dos produtores de filmes de outros Estados-membros, uma discriminação contrária ao artigo 59.° do Tratado, que, atendendo a que prossegue principalmente objectivos económicos, não pode beneficiar de uma justificação reconhecida pelo direito comunitário.»