

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL  
CHRISTINE STIX-HACKL  
apresentadas em 18 de Março de 2004<sup>1</sup>

Índice

I — Introdução .....	I - 9612
II — Enquadramento jurídico .....	I - 9613
A — Direito comunitário .....	I - 9613
B — Direito nacional .....	I - 9613
III — Factos e tramitação processual .....	I - 9613
IV — Quanto à questão prejudicial .....	I - 9617
A — Admissibilidade .....	I - 9617
1. Principais argumentos da autoridade .....	I - 9617
2. Apreciação .....	I - 9617
B — Apreciação .....	I - 9618
1. Quanto à liberdade fundamental afectada .....	I - 9618
a) Principais argumentos das partes .....	I - 9618
b) Apreciação .....	I - 9619
2. Quanto à justificação da restrição .....	I - 9621
a) Principais argumentos das partes .....	I - 9621
b) Apreciação .....	I - 9622
i) Observações introdutórias .....	I - 9622
ii) Protecção dos direitos fundamentais no direito comunitário .....	I - 9623
— Quanto à importância dos direitos fundamentais como princípios gerais do direito comunitário .....	I - 9623

1 — Língua original: alemão.

— Quanto às funções dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária .....	I - 9625
— Conclusões quanto à relação entre a protecção nacional dos direitos fundamentais e a protecção comunitária dos direitos fundamentais .....	I - 9629
iii) A dignidade humana no direito comunitário .....	I - 9630
— Contornos da dignidade humana como conceito jurídico .....	I - 9630
— A dignidade humana como norma jurídica e a sua protecção no direito comunitário .....	I - 9632
— Conclusões relativamente ao presente processo .....	I - 9635
iv) Interpretação do conceito de ordem pública atendendo à importância e ao alcance da dignidade humana .....	I - 9636
— O conceito de ordem pública .....	I - 9636
— Quanto à existência de uma ameaça suficientemente grave no caso concreto .....	I - 9637
V — Conclusão .....	I - 9640

## I — Introdução

1. No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a determinar em que medida os órgãos jurisdicionais nacionais se podem basear em critérios do seu direito constitucional nacional para tomar medidas que, embora contribuam para proteger a ordem pública no respectivo Estado-Membro, ao mesmo tempo entravam liberdades fundamentais.

2. Na origem deste processo está um acto administrativo de uma autoridade nacional que proibiu jogos de simulação de homicídios. Como fundamentação deste acto proibitivo, foi indicado que existia perigo para a ordem pública, a qual protege, entre outros bens jurídicos, a dignidade humana.

3. Partindo de limiares diferenciados de protecção dos direitos fundamentais nos Estados-Membros, coloca-se a questão de saber se, e de que modo, tais diferenças têm influência sobre a admissibilidade pelo direito comunitário de uma tal medida nacional, tendo devidamente em conta a vinculação da Comunidade aos direitos fundamentais.

## II — Enquadramento jurídico

de Justiça admite, em princípio, uma justificação de restrições com base no chamado interesse geral, ou seja, por razões não expressamente referidas no direito primário.

### A — *Direito comunitário*

4. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, UE, a União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros. Nos termos do n.º 2, a União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

### B — *Direito nacional*

7. O § 14, n.º 1, da Ordnungsbehördengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (lei administrativa para o *Land* da Renânia do Norte-Vestefália, a seguir «OBG NW») tem a seguinte redacção: «As autoridades administrativas podem tomar as medidas necessárias para prevenir um perigo para a ordem pública ou a segurança pública existente num caso específico.»

5. Nos termos do artigo 30.º CE, são admissíveis entraves à livre circulação de mercadorias, na medida em que sejam justificados entre outros por razões de ordem pública.

## III — Factos e tramitação processual

6. No respeitante à livre prestação de serviços, há que recordar que, no caso de disposições nacionais indistintamente aplicáveis, a jurisprudência assente do Tribunal

8. A Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH (a seguir «Omega») é uma sociedade de direito alemão, que explorava em Bona instalações com a designação «Laserdrome». Normalmente, é praticada nestas instalações uma actividade de recreio denominada «laser-sport», inspirada no filme «Guerra das Estrelas», e na qual são utilizadas as técnicas modernas de laser.

9. Resulta dos autos que o equipamento utilizado pela Omega no seu Laserdrome foi inicialmente desenvolvido a partir do «Laser Hit», um brinquedo disponível comercialmente, nomeadamente, nas lojas da cidade de Bona. Dado que este equipamento se mostrou tecnicamente insuficiente, a Omega recorreu, a partir de uma data não precisada, mas posterior a 2 de Dezembro de 1994, a um equipamento fornecido pela sociedade Pulsar International Limited, da Grã-Bretanha (actualmente Pulsar Advanced Games System Ltd, a seguir «Pulsar»). No entanto, só em 29 de Maio de 1997 foi celebrado um contrato de franquia com a Pulsar.

10. Em 7 de Setembro de 1993, foi emitida uma autorização de construção das instalações. No entanto, antes mesmo da inauguração do Laserdrome, uma parte da população protestou contra o projecto. Por carta de 22 de Fevereiro de 1994, a Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (presidente da Câmara de Bona, a seguir «autoridade») exigiu à Omega uma descrição precisa das instalações e ameaçou-a de vir a proibir o Laserdrome, por acto administrativo, no caso de nele ser possível proceder a uma «morte virtual» de pessoas. Em 18 de Março de 1994, a Omega esclareceu que se tratava de acertar em objectos fixos, instalados em carreiras de tiro. O Laserdrome abriu as portas em 1 de Agosto de 1994.

11. Segundo as indicações da autoridade, trata-se de um extenso labirinto construído por meio de muros amovíveis, no qual se fazia pontaria a dez sensores/receptores fixos instalados na sala e também a pessoas. Como equipamento para os jogadores estavam previstos instrumentos de laser para fazer

pontaria similares a pistolas automáticas, bem como coletes antibala em cujas partes fronteira e traseira estava fixado um sensor/receptor. Para representar opticamente os «tiros», era projectado um raio laser, simultaneamente com um raio infravermelho. Os acertos eram indicados através de um sinal acústico e óptico. O objecto do combate era obter o maior número de pontos possível no período de 15 minutos. Os jogadores recebiam pontos por cada acerto num emissor fixo. Aos jogadores alvejados eram retirados pontos. Um jogador que tivesse sido alvejado por cinco vezes devia recarregar o seu aparelho de fazer pontaria numa estação de carregamento.

12. A autoridade adoptou em 14 de Setembro de 1994 um acto administrativo pelo qual a Omega foi proibida de, «nas suas [...] instalações, permitir ou consentir jogos que tenham como objectivo alvejar pessoas com raios laser ou através de outras instalações técnicas similares (como, por exemplo, infravermelhos), isto é, jogos que, em razão do registo do número de tiros certos, se destinam a obter a 'morte virtual' de pessoas». Como fundamentação, foi indicado, nomeadamente, que existia um perigo para a ordem pública, porque os actos de morte simulados e a correspondente banalização da violência violavam os valores fundamentais da colectividade. Para o caso de não cumprimento desta decisão, foi cominada uma coima de 10 000 DEM por cada jogo.

13. O recurso que a Omega interpôs contra este acto administrativo foi indeferido pelo

Bezirksregierung Köln (Governo Civil de Colónia), em 6 de Novembro de 1995. Por acórdão de 3 de Setembro de 1998, o Verwaltungsgericht Köln (tribunal administrativo de primeira instância de Colónia) julgou improcedente a acção. Em 27 de Setembro de 2000, o Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen negou provimento ao recurso interposto pela Omega, que fora autorizado atendendo ao significado fundamental da causa. Inconformada, a Omega interpôs recurso de revista para o Bundesverwaltungsgericht.

15. A Omega pede que sejam anuladas as decisões das instâncias anteriores e a decisão administrativa contra ela adoptada e, subsidiariamente, que seja formulado um pedido prejudicial ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. A autoridade recorrida pede que seja negado provimento ao recurso de revista.

14. Para fundamentar o seu recurso, a Omega invoca numerosas irregularidades processuais. Quanto ao mérito, sustenta que o acto proibitivo viola os seus direitos fundamentais, em especial, o direito a explorar um estabelecimento comercial devidamente equipado e pronto a funcionar e o direito à livre escolha de actividade. Invoca uma violação do princípio da igualdade de tratamento, na medida em que é prejudicada relativamente a outras instalações Laserdrome na Alemanha e também relativamente a quem explora outros jogos como o «Paintball» ou o «Gotcha». Além disso, o acto administrativo é demasiadamente indefinido e não assenta em qualquer base jurídica válida, porque o conceito de ordem pública constante do § 14 da OBG NW é demasiadamente indefinido. O acto proibitivo viola ainda o direito comunitário, em especial a livre prestação de serviços consagrada no artigo 49.º CE, dado que no Laserdrome devia ser utilizado o equipamento e a técnica fornecidos pela empresa britânica Pulsar.

16. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, deve ser negado provimento ao recurso de revista da Omega por aplicação do direito nacional. Porém, interroga-se se este resultado está em concordância com o direito comunitário, em especial com os artigos 49.º CE a 55.º CE, relativos à livre prestação de serviços, e com os artigos 28.º CE a 30.º CE, relativos à livre circulação de mercadorias.

17. O órgão jurisdicional de reenvio indica que o Oberverwaltungsgericht aplicou o direito federal, em especial as normas da Constituição federal, para interpretar a atribuição geral de competência do § 14, n.º 1, da OBG NW de acordo com o direito do *Land*. O Oberverwaltungsgericht considerou acertadamente que a representação de uma «morte virtual» no Laserdrome da Omega constituía uma violação da dignidade humana, consagrada no artigo 1.º, n.º 1, primeiro período, da Lei Fundamental alemã.

18. A dignidade humana é um princípio constitucional que pode ser violado através de um tratamento degradante do adversário — o que não se verifica no caso em apreço — ou quando se cria ou reforça nos participantes no jogo uma orientação que nega o direito fundamental ao reconhecimento do valor e ao respeito a que cada pessoa tem direito, como, no caso vertente, a representação de actos de violência fictícios com uma finalidade lúdica. Um valor fundamental da Constituição como a dignidade humana não está em situação de disponibilidade no âmbito de um jogo de diversão. Os direitos fundamentais invocados pela Omega em nada alteram esta apreciação no que respeita ao direito nacional.

19. No que toca à aplicação do direito comunitário, o acto em questão afecta em especial a livre prestação de serviços, nos termos do artigo 49.º CE. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a compatibilidade do acto administrativo recorrido com o direito comunitário depende essencialmente de saber se e em que medida esta ingerência pode ser justificada por razões de ordem pública.

20. Neste contexto, o âmago da questão, que segundo o órgão jurisdicional de reenvio não é clara, centra-se em saber se a competência dos Estados-Membros para limitar as liberdades fundamentais consagradas no Tratado — neste caso, a livre prestação dos serviços e a livre circulação das mercadorias — no quadro de razões imperativas de interesse geral pressupõe que esta limitação assente numa concepção de direito comum a todos os Estados-Membros. O órgão jurisdicional

de reenvio entende que este pressuposto pode decorrer de afirmações do Tribunal de Justiça no processo C-275/92, Schindler, bem como de certos comentários na doutrina alemã. Se este ponto de vista estiver correcto, é necessário dar provimento ao presente recurso, dado que o conceito de Laserdrome é comercializado legalmente pelo menos na Grã-Bretanha. Se não estiver correcto, o tribunal entende que deve ser negado provimento ao recurso, tal como aconteceu nas instâncias anteriores, e que, em razão do significado fundamental do bem jurídico violado da dignidade humana, seriam desnecessárias considerações mais precisas sobre a proporcionalidade e, em especial, sobre a adequação da medida.

21. Nestas condições, o órgão jurisdicional de reenvio suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«É compatível com as disposições do Tratado que institui a Comunidade Europeia, relativas à livre prestação de serviços e à livre circulação de mercadorias, o facto de, segundo o direito nacional, uma determinada actividade comercial — no caso concreto, a exploração de um designado 'Laserdrome', no qual se simulam homicídios — ter de ser proibida por contrária aos valores fundamentais protegidos pela Constituição?»

## IV — Quanto à questão prejudicial

## 2. Apreciação

## A — Admissibilidade

## 1. Principais argumentos da autoridade

22. A *autoridade* considera que a questão prejudicial é inadmissível, porque não existe uma conexão transfronteiriça. Essencialmente, argumenta que os contactos comerciais com a Pulsar só ocorreram após o acto administrativo controvertido de 28 de Setembro de 1994, pelo que até aí não existe absolutamente nenhuma conexão transfronteiriça. Mesmo após o início destes contactos, é duvidoso que exista uma conexão, dado que o acto administrativo não proibiu nem a instalação nem a utilização do equipamento fornecido ou mantido pela Pulsar, mas apenas uma variante do jogo. Embora o contrato de franquia celebrado entre a Omega e a Pulsar se refira à variante do jogo proibida, isso aconteceu apenas em 29 de Maio de 1997 e, por conseguinte, algum tempo depois do acto administrativo controvertido.

23. Durante a audiência, o *Governo alemão* subscreveu, no essencial, esta argumentação.

24. As reservas formuladas pela autoridade quanto à admissibilidade da questão prejudicial não são convincentes. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, «é da competência exclusiva dos órgãos jurisdicionais nacionais que são chamados a conhecer do litígio e aos quais cabe a responsabilidade pela decisão a proferir, apreciar, tendo em conta as particularidades de cada caso, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poderem proferir a decisão como a pertinência das questões submetidas ao Tribunal»<sup>2</sup>.

25. Daqui o Tribunal de Justiça deduz o princípio de que «desde que as questões suscitadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais se refiram à interpretação de uma disposição do direito comunitário, o Tribunal, em princípio, é obrigado a decidir»<sup>3</sup>. Por conseguinte, segundo o Tribunal de Justiça, a «rejeição de um pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional só seria possível

2 — Acórdão de 30 de Novembro de 1995, *Esso Española* (C-134/94, *Colect.*, p. I-4223, n.º 9). V., igualmente, acórdãos de 28 de Junho de 1984, *Moser* (180/83, *Recueil*, p. 2539, n.º 6), de 5 de Outubro de 1988, *Alsatel* (247/86, *Colect.*, p. 5987, n.º 8), de 27 de Outubro de 1993, *Enderby* (C-127/92, *Colect.*, p. I-5535, n.º 10), de 2 de Junho de 1994, *AC-ATEL Electronics* (C-30/93, *Colect.*, p. I-2305, n.º 19), e de 15 de Dezembro de 1995, *Bosman* (C-415/93, *Colect.*, p. I-4921, n.º 59). V. também acórdãos de 26 de Novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, *Colect.*, p. I-7791, n.º 16), e de 1 de Dezembro de 1998, *Ecotrade* (C-200/97, *Colect.*, p. I-7907, n.º 25).

3 — V., designadamente, acórdãos de 18 de Outubro de 1990, *Dzodzi* (C-297/88 e C-197/89, *Colect.*, p. I-3763, n.ºs 34 e 35), de 8 de Novembro de 1990, *Gmurzynska-Bscher* (C-231/89, *Colect.*, p. I-4003, n.ºs 19 e 20), e *Bronner* (já referido na nota 2), n.º 16.

se fosse manifesto que a interpretação do direito comunitário ou a apreciação da validade de uma regra comunitária, solicitadas pelo órgão jurisdicional, não têm qualquer relação com a realidade nem com o objecto da causa principal»<sup>4</sup>.

26. Neste contexto, o Tribunal de Justiça sublinha que «não compete ao Tribunal de Justiça mas ao órgão jurisdicional nacional estabelecer os factos que deram origem ao litígio e tirar deles as consequências para a decisão que tem de proferir»<sup>5</sup>.

27. Portanto, relativamente aos argumentos da autoridade, importa referir que não cabe ao Tribunal de Justiça determinar o conteúdo dos contratos entre a Omega e a Pulsar ou comparar o momento em que foram estabelecidas estas relações contratuais com a data do acto administrativo controvertido. De resto, é de notar que, em regra, a cominação de uma coima é acompanhada por um efeito temporal de longa duração, pelo que se as relações contratuais só foram efectivamente estabelecidas apenas após a adopção do acto administrativo não seria de excluir uma relação com o direito comunitário.

4 — Acórdãos de 18 de Janeiro de 1996, SEIM (C-446/93, Colect., p. I-73, n.º 28), e Bronner (já referido na nota 2), n.º 17.

5 — Acórdãos de 29 de Abril de 1982, Pabst & Richarz (17/81, Recueil, p. 1331, n.º 12), AC-ATEL Electronics (já referido na nota 2), n.º 17, de 1 de Dezembro de 1998, Levez (C-326/96, Colect., p. I-7835, n.º 26), e de 16 de Setembro de 1999, WWF e o. (C-435/97, Colect., p. I-5613, n.º 32).

28. Por conseguinte, é necessário analisar o conteúdo da questão prejudicial.

## B — Apreciação

### 1. Quanto à liberdade fundamental afectada

#### a) Principais argumentos das partes

29. Tanto a *autoridade* como a *Comissão* realçam que a medida nacional controvertida afectaria de modo diferente a livre prestação dos serviços e a livre circulação das mercadorias, caso haja efectivamente uma afectação.

30. A *autoridade* e, na audiência, o *Governo alemão* põem em dúvida, nos seus argumentos quanto à admissibilidade, a afectação da livre prestação dos serviços e da livre circulação das mercadorias e frisam, neste contexto, que, mesmo admitindo uma afectação das correspondentes liberdades fundamentais, esta deveria, em todo o caso, ser apreciada de modo diferente em relação a cada uma das duas liberdades. Com efeito, no que respeita à livre circulação de mercadorias, há que salientar que o acto administrativo controvertido só restringe a importa-

ção de mercadorias na medida em que proíbe a sua utilização no quadro do «Laserdrome». Nos termos do acórdão Schindler<sup>6</sup>, pode considerar-se que também no caso vertente a «importação e a difusão de objectos não constituem fins em si mesmos», destinando-se apenas a permitir a participação no jogo, pelo que a restrição decorrente do acto administrativo controvertido — caso exista — deve ser prioritariamente apreciada utilizando como critério a liberdade de prestação de serviços.

31. Também segundo a *Comissão*, no processo principal estão em primeiro plano as prestações do contrato de franquia, dado que a importação de produtos da Grã-Bretanha se destina apenas, em última análise, a permitir o funcionamento da exploração do jogo.

#### b) Apreciação

32. Atendendo a que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, não é necessário efectuar um exame à luz de uma liberdade fundamental, contanto que a afectação desta liberdade fundamental seja a consequência inevitável da situação jurídica relativamente a uma outra liberdade funda-

mental em primeiro plano<sup>7</sup>, no caso vertente não é necessário analisar separadamente os artigos 28.º CE e seguintes. Com efeito, a Comissão e a autoridade frisam, correctamente, que o acto administrativo controvertido só restringe a importação de mercadorias na medida em que estas permitem a participação no jogo em causa, pelo que no processo principal a livre circulação de mercadorias tem apenas uma relevância secundária.

33. Não é difícil constatar que a liberdade de prestação de serviços é afectada no processo principal. O acto administrativo controvertido proíbe uma variante do jogo que constitui uma parte essencial dos acordos contratuais entre a Omega, que explora o jogo e está estabelecida na Alemanha, e a Pulsar, que detém o conceito e está estabelecida na Grã-Bretanha. Contudo, neste contexto, a autoridade sublinha correctamente que o acto administrativo controvertido não proíbe, em princípio, a oferta dos conceitos de Laserdrome; portanto, a liberdade de prestação de serviços da Pulsar é afectada negativamente porque só pode oferecer os seus conceitos na República Federal da Alemanha em condições difíceis — ou seja, prescindindo de partes essenciais destes —, o que, por sua vez, afecta o direito do destinatário à utilização dos serviços de um operador estrangeiro.

34. Porém, a autoridade entende que não existe qualquer violação da livre prestação de serviços. Com efeito, a jurisprudência Keck

6 — Acórdão de 24 de Março de 1994, Schindler (C-275/92, Colect., p. I-1039, n.º 22).

7 — Neste contexto, a Comissão remete para o acórdão Schindler, já referido na nota 6, e para o acórdão de 1 de Fevereiro de 2001, Mac Quen e o. (C-108/96, Colect., p. I-837, n.º 21).

& Mithouard<sup>8</sup> pode ser aplicada por analogia no caso vertente, no sentido de que não foi proibida nem a própria exploração de um Laserdrome nem a utilização da totalidade dos serviços da Pulsar, mas apenas um tipo de exploração que corresponde a uma variante do jogo. Portanto, deve partir-se do princípio de que a medida em causa constitui uma regulamentação da prestação de um serviço, que está subtraída ao âmbito de aplicação do artigo 49.º CE.

35. A este propósito, é de notar que o Tribunal de Justiça tinha já analisado um argumento semelhante no acórdão *Alpine Investments*<sup>9</sup>: aí, o Tribunal de Justiça frisou que uma regulamentação relativa a modalidades de oferta no Estado-Membro do prestador condiciona directamente o acesso ao mercado dos serviços, dado que afecta não só ofertas de serviços neste Estado-Membro mas também noutros Estados, ao passo que o motivo para a exclusão das modalidades de venda do âmbito de aplicação do artigo 28.º CE é o facto de a aplicação de tais regulamentações relativas às modalidades de venda não ser susceptível de impedir o acesso destes produtos ao mercado do Estado-Membro de importação ou de o dificultar mais do que dificulta o dos produtos nacionais.

8 — Acórdão de 24 de Novembro de 1993 (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097).

9 — Acórdão de 10 de Maio de 1995 (C-384/93, Colect., p. I-1141, n.ºs 36 e segs.). V. acórdão de 28 de Outubro de 1999, *ARD* (C-6/98, Colect., p. I-7599), no qual o Tribunal de Justiça qualificou uma restrição à publicidade como modalidade de venda, na acepção da jurisprudência *Keck* relativa ao artigo 30.º CE e, não obstante, como restrição na acepção do artigo 49.º CE.

36. Contudo, neste contexto, a autoridade recorda que, no acórdão *Alpine Investments*, o Tribunal de Justiça se debruçou sobre uma regulamentação do Estado-Membro do prestador de serviços, ao passo que no processo principal está em causa uma regulamentação do Estado-Membro do destinatário dos serviços, pelo que não é possível aplicar aqui a mesma argumentação do Tribunal de Justiça. Todavia, esta objecção, em si mesma correcta, não tem em conta que uma transposição da distinção, efectuada no acórdão *Keck e Mithouard*, para a livre prestação de serviços não é convincente, desde logo porque se existir uma conexão transfronteiriça suficiente a regulamentação relativa a uma modalidade de prestação de qualquer serviço — independentemente do seu local — precisamente devido à natureza não corpórea dos serviços, tem de constituir uma restrição relevante no plano do direito comunitário, sem que neste ponto seja mesmo possível distinguir entre regulamentações relativas às modalidades de prestação e as que se referem directamente ao serviço.

37. Não parece igualmente aceitável uma aplicação por analogia da jurisprudência *Keck e Mithouard* a regulamentações do Estado do destinatário, atendendo ao princípio do Estado de origem, subjacente ao artigo 49.º CE. Por esta razão, a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça admite — sem uma distinção correspondente ao acórdão *Keck e Mithouard* — que o

artigo 49.º CE também abrange tais regulamentações<sup>10</sup>. Com efeito, segundo esta jurisprudência, «o respeito do princípio enunciado no artigo 49.º CE exige não só a eliminação de qualquer discriminação em razão da nacionalidade, mas também a supressão dos obstáculos susceptíveis de impedir ou entravar de outra forma as actividades do prestador estabelecido noutro Estado-Membro, onde presta serviços análogos»<sup>11</sup>.

restrição à liberdade de prestação de serviços em causa, decorrente do acto administrativo controvertido no processo principal. Neste contexto, são referidas não só as razões previstas no artigo 46.º CE, em conjugação com o artigo 55.º CE, mas também as razões imperativas de interesse geral reconhecidas pelo Tribunal de Justiça.

38. Registe-se pois que o acto administrativo em causa implica uma restrição da liberdade de prestação de serviços garantida pelo artigo 49.º CE.

## 2. Quanto à justificação da restrição

### a) Principais argumentos das partes

39. A *autoridade*, a *Comissão* e o *Governo alemão* entendem que é possível justificar a

40. Em contrapartida, a *Omega* entende que, como já referiu no processo perante o juiz nacional, a medida interna em causa é problemática por duas razões: por um lado, falta-lhe uma base jurídica nacional suficientemente concreta e precisa, o que contraria a confiança legítima protegida pelo direito comunitário; por outro, a restrição às liberdades fundamentais comunitárias resultante do acto administrativo controvertido não pode ser justificada por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública. A *Omega* realça que a simulação de homicídios e a violência está generalizada e é socialmente aceite nos filmes, mas também nas artes do espectáculo e desportos de combate e nos jogos infantis; o «laser-sport» não se distingue de tais actividades. A *Omega* salienta ainda que, em todo o caso, não há homicídios simulados no «laser-sport».

10 — Acórdão de 3 de Outubro de 2000, Corsten (C-58/98, Colect., p. I-7919). V. também as considerações tecidas pelo advogado-geral G. Cosmas nas suas conclusões de 30 de Novembro de 1999 (na respectiva nota 22). V. também, sobre a mesma problemática, acórdão de 11 de Dezembro de 2003, Schnitzer (C-215/01, Colect., p. I-0000).

11 — Acórdão de 6 de Março de 2003, Comissão/Luxemburgo (C-478/01, Colect., p. I-2351, n.º 19). V. também acórdãos de 13 de Fevereiro de 2003, Comissão/Itália (C-131/01, Colect., p. I-1659, n.º 26); de 11 de Julho de 2002, Deutsche Paracelsus Schulen (C-294/00, Colect., p. I-6515, n.º 38); Corsten (já referido na nota 10), n.º 33; de 28 de Março de 1996, Guiot (C-272/94, Colect., p. I-1905, n.º 10); de 9 de Agosto de 1994, Vander Elst (C-43/93, Colect., p. I-3803, n.º 14), e de 25 de Julho de 1991, Säger (C-76/90, Colect., p. I-4221, n.º 12).

## b) Apreciação

## i) Observações introdutórias

41. Através da sua questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a competência dos Estados-Membros para limitar as liberdades fundamentais consagradas no Tratado CE por razões imperativas de interesse geral — neste caso, em especial, por razões de protecção da segurança pública e da ordem pública — depende de esta limitação estar assente numa concepção de direito comum a todos os Estados-Membros.

42. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio indica que, no processo principal, a suposição de que existe um perigo para a ordem pública resulta da protecção da dignidade humana, imposta pelo direito constitucional nacional. Deste modo, o acto administrativo em causa assenta, em última análise, na protecção — nacional — dos direitos fundamentais. Todavia, atendendo a que a protecção dos direitos fundamentais a nível do direito comunitário é garantida através do reconhecimento dos princípios gerais de direito, que resultam — em especial — das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros<sup>12</sup>, deve concluir-se, quanto à questão prejudicial, que a suposição de que é necessária uma concepção de direito comum a todos os Estados-Membros relativamente aos valores fundamentais, em questão no caso concreto, é simultaneamente um indício da existência — a nível do direito comunitário — de uma colisão

directa entre liberdades fundamentais, como aqui, por exemplo, a livre prestação de serviços, e os direitos fundamentais reconhecidos pelo direito comunitário. A existência de uma tal colisão coloca questões básicas relativamente à economia das liberdades fundamentais.

43. Perante estas considerações, parece-nos indicado reflectir acerca da relação entre as liberdades fundamentais comunitárias<sup>13</sup> e a protecção dos direitos fundamentais na Comunidade, antes de responder à questão prejudicial.

44. Observe-se ainda que o Tribunal de Justiça é, cada vez mais frequentemente, confrontado com situações nas quais se coloca o problema da colisão entre liberdades fundamentais e direitos fundamentais reconhecidos pelo direito comunitário<sup>14</sup>. Nesta medida, o caso vertente pode ser relacionado com o processo Schmidberger<sup>15</sup>. Também aí o Estado-Membro invocou a necessidade de proteger os direitos fundamentais para justificar uma restrição a uma das liberdades fundamentais do Tratado. Partindo do princípio de que também a Comunidade tem a obrigação de proteger os direitos fundamentais e de que os direitos fundamentais invocados são válidos igual-

13 — São aqui referidas exclusivamente as liberdades fundamentais do Tratado; não devem ser confundidas com as liberdades no sentido da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH).

14 — V., também neste sentido, as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs, de 11 de Julho de 2002, no processo Schmidberger (C-112/00, acórdão de 12 de Junho de 2003, Colect., p. I-5659, n.º 89).

15 — Já referido na nota 14.

12 — V. artigo 6.º UE.

mente no direito comunitário, o Tribunal de Justiça examinou neste acórdão «a questão da conciliação necessária das exigências da protecção dos direitos fundamentais na Comunidade com as exigências de protecção decorrentes de uma liberdade fundamental consagrada pelo Tratado»<sup>16</sup>.

45. A análise das relações entre as liberdades fundamentais e a protecção comunitária dos direitos fundamentais no contexto do caso em apreço exige, em primeiro lugar, uma descrição geral da protecção comunitária dos direitos fundamentais (ii) e, em especial, da protecção da dignidade humana (iii). Só depois será examinado se existe neste caso uma colisão directa entre a livre prestação de serviços e a protecção da dignidade humana ou se a protecção da dignidade humana deve ser colocada no contexto da justificação da restrição à livre prestação de serviços constatada (iv).

ii) Protecção dos direitos fundamentais no direito comunitário

46. A vinculação da Comunidade aos direitos fundamentais constitui, sem dúvida, uma das pedras angulares da ordem jurídica

comunitária. Importa recordar, desde já, que, segundo jurisprudência constante, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça. Para este efeito, o Tribunal de Justiça inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram. Neste quadro, a CEDH reveste um significado particular<sup>17</sup>.

47. Os princípios enunciados pela jurisprudência foram reafirmados no preâmbulo do Acto Único Europeu, seguidamente no artigo F, n.º 2, do Tratado da União Europeia (actual artigo 6.º, n.º 2, UE)<sup>18</sup>.

— Quanto à importância dos direitos fundamentais como princípios gerais do direito comunitário

48. Parece ser necessário esclarecer qual a posição hierárquica a atribuir aos direitos

17 — V., em especial, acórdãos de 18 de Junho de 1991, ERT (C-260/89, Colect., p. I-2925, n.º 41), de 6 de Março de 2001, Connolly/Comissão (C-274/99 P, Colect., p. I-1611, n.º 37), e de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères (C-94/00, Colect., p. I-9011, n.º 25).

18 — Nos termos do artigo 6.º, n.º 2, UE, «a União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário».

16 — *Ibidem*, n.º 77.

fundamentais como princípios gerais do direito comunitário. Em especial, coloca-se a questão de saber se existe uma hierarquia entre os direitos fundamentais, com a validade de princípios gerais de direito, e as liberdades fundamentais consagradas no Tratado.

49. Neste contexto, é importante ter em conta que o Tribunal de Justiça assegura o respeito dos direitos fundamentais como princípios gerais de direito da Comunidade com base no artigo 220.º CE e no artigo 6.º, n.º 2, UE. Devem ser considerados parte do direito primário e, na hierarquia das normas, encontram-se ao mesmo nível do restante direito primário, em especial das liberdades fundamentais<sup>19</sup>.

50. Em geral, parece porém discutível se, face aos bens jurídicos fundamentais protegidos em geral pelos direitos fundamentais e pelos direitos humanos, à autodefinição da Comunidade como Comunidade assente no respeito destes direitos e sobretudo atendendo a que, segundo o entendimento actual, a vinculação à protecção dos direitos humanos é seguramente necessária como pressuposto da legitimidade de qualquer Estado, se pode conferir aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, em princípio, um certo primado valorativo sobre o direito primário «geral». No entanto, do

ponto de vista material, as próprias liberdades fundamentais podem também perfeitamente ser qualificadas como direitos fundamentais — pelo menos até certo ponto, na medida em que estabelecem, por exemplo, proibições de discriminação, devem ser consideradas modos de expressão especiais do princípio geral da igualdade<sup>20</sup>. Nestas condições, uma colisão de normas entre as liberdades fundamentais consagradas no Tratado e os direitos fundamentais e os direitos humanos pode constituir também, pelo menos em certos casos, uma colisão entre direitos fundamentais.

51. Contudo, este problema de colisão raramente se coloca na prática com esta acuidade, dado que tanto as liberdades fundamentais como os direitos fundamentais (na sua maioria) admitem restrições.

52. No acórdão Schmidberger, o órgão jurisdicional de reenvio tinha colocado a questão de saber se o princípio da livre circulação de mercadorias garantido pelo Tratado CE prevalece sobre certas garantias nacionais em matéria de direitos fundamentais<sup>21</sup>. Ao analisar «a questão da conciliação necessária das exigências da protecção dos direitos fundamentais na Comunidade com

19 — Deste princípio parte também claramente o acórdão Schmidberger (já referido na nota 14), ao mencionar no n.º 77 a necessidade de conciliar as «exigências da protecção dos direitos fundamentais na Comunidade com as exigências de protecção decorrentes de uma liberdade fundamental consagrada pelo Tratado». Se existisse uma hierarquia entre a protecção comunitária dos direitos fundamentais e as liberdades fundamentais, estaria decerto excluída uma «conciliação» das correspondentes exigências.

20 — As liberdades fundamentais excluem, em especial, qualquer discriminação em razão da nacionalidade. V., a este respeito, Schwarze, *EU-Kommentar*, 1.ª edição, 2000, artigo 12.º CE, n.º 9.

21 — Acórdão já referido na nota 14 (n.º 70).

as exigências de protecção decorrentes de uma liberdade fundamental consagrada pelo Tratado»<sup>22</sup>, o Tribunal de Justiça ponderou as razões justificativas enumeradas no artigo 36.º CE ou reconhecidas como exigências imperativas de interesse geral, por força das quais a livre circulação de mercadorias pode ser limitada, perante as restrições justificadas, às quais as liberdades de expressão e de associação podem ser sujeitas, nos termos dos artigos 10.º, n.º 2 e 11.º, n.º 2 da CEDH<sup>23</sup>. Não se fundamentou mais detalhadamente em que medida a afectação do âmbito da protecção de um direito fundamental nacional afecta o âmbito da protecção da correspondente garantia comunitária.

53. Embora o Tribunal de Justiça entenda que o conteúdo das referidas restrições dos direitos fundamentais se delimita em função das necessidades da Comunidade<sup>24</sup>, parece-me relevante que a ponderação de interesses necessária em casos como este ocorre, em última análise, no quadro dos elementos constitutivos da restrição aos direitos fundamentais pertinentes. Com efeito, a «conciliação» com as exigências da protecção dos direitos fundamentais não pode significar uma ponderação das liberdades fundamentais face aos próprios direitos fundamentais, o que implicaria que a protecção dos direitos fundamentais estaria à disposição. Pelo contrário, importa analisar em que medida são admissíveis restrições aos direitos fundamentais afectados. As disposições relativas à liberdade fundamental afectada, em especial as excepções, devem portanto, na medida do possível, ser interpretadas no sentido de não

permitirem quaisquer medidas que vão além de uma restrição admissível dos direitos fundamentais afectados, não permitindo assim quaisquer medidas que não estejam em conformidade com os direitos fundamentais.

— Quanto às funções dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária

54. Da protecção dos direitos fundamentais garantida pela ordem jurídica comunitária resulta, por um lado, que o respeito dos direitos fundamentais constitui uma condição de legalidade dos actos comunitários<sup>25</sup> e, por outro, que as exigências que decorrem da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária vinculam também os Estados-Membros quando implementam regulamentações comunitárias<sup>26</sup>.

55. Logo, na medida em que a Comunidade se define como uma Comunidade de direito assente no respeito dos direitos fundamen-

25 — V., designadamente, parecer 2/94 de 28 de Março de 1996 (Colect., p. 1-1759, n.º 34), bem como acórdãos de 17 de Fevereiro de 1998, Grant (C-249/96, Colect., p. 1-621, n.º 45), e de 9 de Setembro de 2003, Rinke (C-25/02, Colect., p. 1-8349, n.º 26).

26 — Acórdãos de 24 de Março de 1994, Bostock (C-2/92, Colect., p. 1-955, n.º 16); de 13 de Abril de 2000, Karlsson e o. (C-292/97, Colect., p. 1-2737, n.º 37); de 12 de Dezembro de 2002, Caballero (C-442/00, Colect., p. 1-11915, n.º 30), e no processo ERT (já referido na nota 17), n.ºs 41 e segs.

22 — *Ibidem*, n.º 77.

23 — *Ibidem*, n.ºs 78 e 79.

24 — *Ibidem*, n.º 80.

tais e dos direitos humanos<sup>27</sup>, «não podem ser admitidas [...]» nem medidas das instituições comunitárias nem dos Estados-Membros no âmbito de aplicação do direito comunitário «incompatíveis com o respeito dos direitos do homem deste modo reconhecidos»<sup>28</sup>. O artigo 51.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reflecte esta afirmação<sup>29</sup>.

56. Numa perspectiva da metodologia jurídica, a exigência de conformidade com os direitos fundamentais, que se coloca à própria Comunidade Europeia ou à União Europeia no seu conjunto, é satisfeita na prática jurisprudencial do Tribunal de Justiça de modo bastante diferente.

57. Como princípio de base mais importante, deve referir-se a interpretação conforme aos direitos fundamentais, a qual pode ser simultaneamente entendida como uma forma de interpretação conforme ao direito primário<sup>30</sup> ou «conforme à Constituição». Logo, as disposições do direito comunitário

devem ser interpretadas, na medida do possível, em conformidade com os direitos fundamentais relevantes.

58. Por exemplo, no acórdão Johnston, o Tribunal de Justiça declarou que a protecção jurisdicional imposta pelo artigo 6.º da Directiva 76/207 é a «expressão» do princípio do direito a uma tutela jurisdicional efectiva, consagrado nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e nos artigos 6.º e 13.º da CEDH, tendo posteriormente interpretado a disposição da directiva «à luz» deste princípio<sup>31</sup>. Assim, também o artigo 11.º da Directiva 89/552, que regula a frequência das interrupções publicitárias, deve ser interpretado à luz do artigo 10.º, n.º 1, da CEDH, para o qual o oitavo considerando desta directiva remete expressamente<sup>32</sup>. Segundo a jurisprudência, importa também interpretar à luz do direito ao respeito da vida familiar, nos termos do artigo 8.º da CEDH<sup>33</sup>, por exemplo também as disposições do Tratado, bem como os regulamentos e as directivas no domínio da livre circulação de trabalhadores assalariados e não assalariados, incluindo o Regulamento n.º 1612/68.

27 — V., por exemplo, artigo 6.º, n.º 1, UE.

28 — Acórdãos Schmidberger (já referido na nota 14), n.º 73, de 29 de Maio de 1997, Kremzow (C-299/95, Colect., p. I-2629, n.º 14), e ERT (já referido na nota 17), n.º 41.

29 — «As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências.» Resulta das explicações relativas a este artigo que o âmbito de aplicação da protecção comunitária dos direitos fundamentais é determinado de acordo com a jurisprudência referida do Tribunal de Justiça.

30 — Quanto à questão de saber em que medida os direitos fundamentais fazem parte do direito primário, v. *supra*, n.º 49.

31 — Acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.º 18 e segs.); v. também acórdão de 28 de Outubro de 1975, Rutli (36/75, Colect., p. 415, n.º 32).

32 — Acórdão de 23 de Outubro de 2003, RTL Television (C-245/01, Colect., p. I-12489, n.º 41).

33 — V., designadamente, acórdãos de 11 de Julho de 2002, Carpenter (C-60/00, Colect., p. I-6279, n.º 38), bem como de 17 de Setembro de 2002, Baumbast e R (C-413/99, Colect., p. I-7091, n.º 72).

59. Neste contexto, uma conexão interna com um determinado direito fundamental, já estabelecida na regulamentação comunitária a interpretar, constitui, frequentemente, o ponto de partida e o elemento de conexão, sendo contudo possível, de resto, que esta conexão resulte também do contexto geral do caso<sup>34</sup>.

60. Esta função de interpretação do direito comunitário é ainda mais claramente refletida no acórdão ERT<sup>35</sup>, segundo o qual os Estados-Membros continuam a estar vinculados às exigências da protecção comunitária dos direitos fundamentais quando invocam, como no caso vertente, interrogações às liberdades fundamentais. Segundo esta jurisprudência, quando um Estado-Membro invoca uma razão imperativa de interesse geral ou uma justificação prevista no Tratado, para justificar uma regulamentação nacional susceptível de entrar o exercício de uma liberdade fundamental do Tratado, essa justificação «deve ser interpretada à luz dos princípios gerais de direito e, nomeadamente, dos direitos fundamentais»<sup>36</sup>.

61. Geralmente, no quadro da protecção dos direitos fundamentais na Comunidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos

surtem, porém, não apenas como critérios de interpretação, mas de modo muito mais imediato também como critério directo para a apreciação da legalidade de actos comunitários em presença<sup>37</sup>. O conteúdo de tal apreciação pode igualmente ser uma pretensão de direito fundamental, que pode ser invocada no âmbito de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância ou de um recurso de anulação<sup>38 39</sup>.

62. No plano metodológico, note-se que uma disposição do direito comunitário (derivado) só é contrária aos direitos fundamentais e, portanto ilegal, quando não pode ser interpretada em conformidade com os direitos fundamentais. Logo, se for alegado que uma disposição comunitária é contrária a um direito fundamental protegido pelo direito comunitário, o Tribunal de Justiça analisa, em primeiro lugar, se esta disposição pode ser interpretada em conformidade com este direito fundamental. Se isto não for possível, a disposição deve ser anulada. Porém, se se verificar que, efectuando uma correspondente interpretação, a regulamentação não viola por si só os direitos

37 — Assim, por exemplo, no acórdão de 5 de Outubro de 1994, X/Comissão (C-404/92 P, Colect., p. I-4737, n.º 8 e segs.), relativo ao direito ao respeito pela vida privada, consagrado no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no contexto da consideração dos resultados de um teste HIV para efeitos de um processo de recrutamento, embora o interessado, segundo as suas próprias declarações, não tivesse consentido na realização do teste, o Tribunal de Justiça anulou uma decisão da Comissão e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância que a tinha confirmado com base na violação do artigo 8.º da CEDH.

38 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão (C-185/95 P, Colect., p. I-8417): aqui o Tribunal de Justiça reconheceu a crítica da violação do direito a um julgamento num prazo razoável, consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, como um fundamento de recurso relativo ao processo no Tribunal de Primeira Instância e concedeu, como consequência jurídica específica da violação deste direito, uma redução da coima.

39 — V. J. H. H., Weiler/Nicolas J. S., Lockhart, «Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence — Part II», 199 CMLRv 32/1995, 579 (589).

34 — Por exemplo, a propósito da compatibilidade de um regime ou de medidas de combate a doenças dos peixes com o direito fundamental de propriedade, v. acórdão de 10 de Julho de 2003, Booker Aquacultur e Hydro Seafood (C-20/00 e C-64/00, Colect., p. I-7411, n.º 64 e segs.).

35 — Já referido na nota 17.

36 — *Ibidem* (já referido na nota 17), n.º 42 e segs. V. também acórdão de 26 de Junho de 1997, Familiapress (C-368/95, Colect., p. I-3689, n.º 24).

fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária, ela é válida e, se necessário, as autoridades e os tribunais a nível nacional devem garantir uma aplicação desta regulamentação em conformidade com a protecção dos direitos fundamentais<sup>40</sup>.

63. Quanto a este nível nacional de protecção — comunitária — dos direitos fundamentais, deve concluir-se que também as disposições nacionais ou as medidas de aplicação do direito comunitário devem ser apreciadas à luz dos direitos fundamentais comunitários. Neste contexto, o Tribunal de Justiça tem repetidamente declarado que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio interpretar tais disposições e medidas, na medida do possível, em conformidade com esta regulamentação comunitária — interpretada em conformidade com os direitos fundamentais<sup>41</sup>. Caso contrário, de acordo com o primado da aplicação do direito comunitário, o órgão jurisdicional de reenvio tem a obrigação de não aplicar ou de anular estas disposições ou medidas nacionais.

64. Além disso, quando uma regulamentação comunitária deixa aos Estados-Membros uma margem de apreciação ou a escolha entre várias modalidades de execução, estes

devem exercer o seu poder discricionário respeitando os direitos fundamentais comunitários, de modo a aplicar esta regulamentação nacional em conformidade com a protecção comunitária dos direitos fundamentais. Além disso, os direitos fundamentais vinculam as autoridades dos Estados-Membros e tribunais também no domínio da chamada autonomia processual dos Estados-Membros e constituem indicações que os limitam<sup>42</sup>.

65. É certo que, em todos estes casos, o conteúdo da disposição comunitária a aplicar — seja uma determinada disposição de uma directiva ou uma justificação no quadro de uma liberdade fundamental invocada por um Estado-Membro — muitas vezes já não é propriamente concretizado ou substanciado, mas antes complementado por outros elementos. Os direitos fundamentais aparecem assim como elementos adicionais, os quais são, contudo, inerentes às disposições comunitárias relevantes.

66. Note-se, por último, que as funções dos direitos fundamentais como critério interpretativo e como critério directo da apre-

40 — Acórdãos Rinke (já referido na nota 25), n.ºs 28 e 42, e de 26 de Novembro de 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, Colect., p. I-10981, n.º 90).

41 — V., designadamente, acórdão de 20 de Maio de 2003, Österreichischer Rundfunk e o. (C-465/00, C-138/01 e C-139/01, Colect., p. I-4989, n.º 93).

42 — V. acórdão de 10 de Abril de 2003, Steffensen (C-276/01, Colect., p. I-3735, n.ºs 60, 96 e segs.).

ciação da legalidade de uma regulamentação comunitária<sup>43</sup> ou de uma medida nacional de aplicação estão estreitamente relacionadas.

— Conclusões quanto à relação entre a protecção nacional dos direitos fundamentais e a protecção comunitária dos direitos fundamentais

67. Tendo em conta os princípios já expostos, importa agora examinar, com vista a resolver o caso em apreço, qual a importância a atribuir em direito comunitário a um critério nacional em matéria de direitos fundamentais.

68. Neste contexto, cabe observar, em geral, que já a mais antiga jurisprudência do Tribunal de Justiça não aceitava objecções relativas à validade do direito comunitário baseadas nos regimes dos Estados-Membros em matéria de direitos fundamentais<sup>44</sup>.

43 — No acórdão C-274/99 P (já referido na nota 17), n.º 37 a 64, no qual se tratava, designadamente, da questão de saber se o direito à liberdade de expressão de B. Connolly tinha sido violado por uma decisão da Comissão, através da aplicação do artigo 17.º, segundo parágrafo, do Estatuto, o Tribunal de Justiça expôs, em primeiro lugar, o conteúdo da garantia do direito fundamental de liberdade de expressão, tal como é enunciado no artigo 10.º da CEDH, e, a seguir, examinou se a decisão controvertida era compatível com o artigo 17.º, segundo parágrafo, do Estatuto, interpretado e aplicado à luz deste direito fundamental.

44 — V., designadamente, acórdãos de 4 de Fevereiro de 1959, Stork/Alta Autoridade (1/58, Colect. 1954-1961, p. 293), e de 1 de Abril de 1965, Sgarlata e o./Comissão (40/64, Recueil, p. 296; Colect. 1965, p. 79).

69. As razões que a este respeito continuam a ser convincentes foram expostas pelo Tribunal de Justiça no importante acórdão Internationale Handelsgesellschaft: «O recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação da validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário. A validade desses actos não pode ser apreciada senão em função do direito comunitário. Com efeito, ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, quaisquer que sejam, sob pena de perder o seu carácter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-Membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado»<sup>45</sup>.

70. No entanto, a recusa de uma adaptação do direito comunitário às coordenadas dos Estados-Membros em matéria de direitos fundamentais deve, desde logo, ser relativizada, atendendo a que, por um lado, os direitos fundamentais e os direitos humanos reconhecidos como princípios gerais do direito comunitário quanto ao seu conteúdo de garantia — tal como decorre da juris-

45 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Colect. 1969-1970, p. 625, n.º 3). Estas considerações deram origem ao desenvolvimento da protecção autónoma dos direitos fundamentais pelo direito comunitário e a formulação de uma protecção comunitária adequada dos direitos fundamentais constituiu decididamente um requisito da aceitação do primado incondicional do direito comunitário, o que é por exemplo patente atendendo aos chamados acórdãos «Solange» do Bundesverfassungsgericht.

prudência assente acima descrita — têm a sua fonte nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como, em especial, na CEDH; por outro lado, o Tratado prevê justificações para restrições às liberdades fundamentais nele consagradas, pelo que, em última análise, podem ser contempladas considerações decorrentes do regime nacional dos direitos fundamentais, o que também é patente no caso em apreço.

71. No que toca à questão prejudicial, resulta das considerações que precedem que a restrição à livre prestação de serviços que se verificou não pode ser automaticamente justificada invocando a protecção dos direitos fundamentais específicos, garantidos na Constituição de um Estado-Membro. Pelo contrário, importa analisar em que medida esta restrição pode ser justificada por razões reconhecidas pelo direito comunitário, como, em especial, a protecção da ordem pública. Neste ponto, a existência de uma concepção de direito comum a todos os Estados-Membros relativamente à protecção da ordem pública não constitui qualquer pressuposto de uma tal justificação.

72. Porém, se no quadro desta análise se concluir que a medida nacional restritiva em causa assenta num critério de protecção nacional dos direitos fundamentais que corresponde à concepção de direito comum a todos os Estados-Membros, uma correspondente exigência de protecção poderia resultar (também) da protecção comunitária dos direitos fundamentais, o que, de um ponto de vista metodológico, teria como consequência que já não seria necessário examinar se a medida nacional deve ser considerada uma excepção admissível — porque justificada — às liberdades fundamentais consagradas no Tratado, mas sim —

de acordo com a fórmula do acórdão Schmidberger — a «questão da conciliação necessária das exigências da protecção dos direitos fundamentais na Comunidade com as exigências de protecção decorrentes de uma liberdade fundamental consagrada pelo Tratado».

73. No presente caso, resta examinar se a protecção da dignidade humana, imposta pela Lei Fundamental alemã, deve ser analisada no contexto da justificação do acto administrativo em causa ou se a eventual existência de uma correspondente garantia dos direitos fundamentais no direito comunitário torna necessária uma compensação a nível do direito comunitário. Por sua vez, isto pressupõe a apreciação do conceito de dignidade humana.

iii) A dignidade humana no direito comunitário

— Contornos da dignidade humana como conceito jurídico

74. Poucos conceitos jurídicos são tão difíceis de definir como o da dignidade humana. A seguir, tentarei esboçar pelo menos certos contornos deste conceito<sup>46</sup>.

46 — A este respeito, v. em geral, designadamente, Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997, pp. 5 e segs.; Maurer, *Le principe de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, 1999, pp. 30-40; Brugger, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*, 1997, pp. 29 e segs.; Brieskorn, *Rechtphilosophie*, 1990, pp. 150 e segs.

75. A «dignidade humana» reflecte o direito fundamental ao reconhecimento do valor e ao respeito a que cada pessoa tem direito por força da sua natureza humana. Trata-se da protecção e do respeito do ser e da natureza da própria pessoa humana, da sua «substância». A dignidade humana reflecte a própria pessoa humana, representando aquilo que a constitui. Contudo, a questão de saber o que constitui a pessoa humana remete necessariamente para um domínio anterior ao do direito, ou seja, o conteúdo da dignidade humana é determinado, em última análise, por uma certa «visão do ser humano»<sup>47</sup>.

76. Como expressão básica do que é devido ao ser humano simplesmente por força da sua natureza humana, a dignidade humana representa o substrato e o ponto de partida de todos os direitos humanos, que se diferenciam a partir dela, sendo simultaneamente o ponto de convergência dos vários direitos humanos, com base no qual estes devem ser entendidos e interpretados. Neste sentido, a doutrina alemã em matéria de direitos fundamentais qualifica a dignidade humana como «sólido princípio constitucional» dos direitos humanos<sup>48</sup>.

77. Estando na sua génese, partilha também a base fornecida pela história das ideias e mesmo a fundamentação dos direitos humanos. Nesta medida, a exigência do respeito pelos direitos humanos dirige-se contra a ideia de que a dignidade humana estaria à

disposição do Estado, do povo, da maioria, ou seja, de que o indivíduo é definido pela colectividade e entendido como função desta<sup>49</sup>. Pelo contrário, corresponde à ideia de que cada ser humano individual deve ser respeitado como titular de direitos inatos e inalienáveis.

78. Como base deste critério, é possível indicar várias justificações de ordem religiosa, filosófica ou ideológica<sup>50</sup>. A dignidade humana tem raízes profundas na concepção do ser humano surgida na cultura europeia, a qual entende a pessoa humana como ser dotado de independência e de livre arbítrio. Graças à sua capacidade de desenvolver uma vontade própria e livre, é sujeito e não deve ser reduzido a uma coisa, a um objecto<sup>51</sup>.

79. Com base na relação, expressa nesta noção, do conceito de dignidade com a autodeterminação e a liberdade do ser humano, torna-se clara a razão pela qual a

49 — Na história do direito, o conceito de dignidade humana foi formulado em especial como reacção às experiências de autoridade ilimitada do Estado, primeiro no absolutismo, mais tarde no nacional-socialismo e no totalitarismo.

50 — Numa perspectiva religiosa, a dignidade humana baseia-se na sua semelhança a Deus e na promessa de salvação universal, feita a todos os seres humanos. No contexto das ideias políticas do século XVIII, foi sobretudo a noção de que todos os seres humanos partilham uma natureza e uma razão que constituiu o ponto de partida da exigência de reconhecimento da dignidade humana e dos direitos humanos. V., a este respeito, em especial, Brieskorn (já referido na nota 47), pp. 139 e segs.

51 — A propósito desta «fórmula do objecto», recebida de Kant pela teoria alemã dos direitos fundamentais, basta consultar Enders (já referido na nota 47), p. 20.

47 — V. Enders (já referido na nota 47), n.º 17 e segs.

48 — Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 2000, 41.

ideia da dignidade humana se manifesta frequentemente também através de outros conceitos e bens jurídicos, como a personalidade ou a identidade<sup>52</sup>.

80. Acresce que também a ideia de igual dignidade é inerente ao conceito dos direitos humanos em geral e à dignidade humana em especial, pelo que também é frequentemente referido o conceito de «égale dignité»<sup>53</sup>, que combina as duas noções.

81. Mas, como emanções e expressões especiais da dignidade humana, todos os direitos humanos (especiais) asseguram, em última análise, a concretização e a protecção da dignidade humana, o que me conduz à questão de saber qual a relação entre a dignidade humana e os direitos humanos especiais, ou se a dignidade humana é um princípio geral, um critério valorativo ou também um direito fundamental que pode ser invocado autonomamente.

52 — Como exemplo de um conceito de dignidade assente no conceito de pessoa, refira-se o § 16 do Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austríaco, ABGB): «Todo o indivíduo tem direitos inatos, compreendidos pela própria razão, e deve portanto ser respeitado como pessoa. Nestes territórios não se permite nem a escravatura ou a servidão nem o exercício de um poder correspondente.» Portanto, como titular de direitos originários, não outorgados — e, assim, como sujeito jurídico — o ser humano não deve ser degradado a um objecto jurídico.

53 — V. Meyer, *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2003, p. 55.

— A dignidade humana como norma jurídica e a sua protecção no direito comunitário

82. A ideia da protecção da dignidade humana foi acolhida no direito positivo internacional e nacional sobretudo na sequência do movimento de defesa dos direitos humanos da segunda metade do século XX, tendo esta recepção assumido formas muito diferentes. Assim, quer a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, quer ambos os Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais contêm, nos respectivos preâmbulos, proclamações da dignidade inerente a todos os membros da família humana como fundamento dos direitos humanos, sem porém consagrar a dignidade humana como direito humano distinto. A CEDH — a qual, contudo, remete no seu preâmbulo para a Declaração Universal dos Direitos do Homem — não contém absolutamente qualquer referência expressa à dignidade humana. Mas, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), o respeito da dignidade humana e da liberdade constitui «a base e um motivo constante da convenção»<sup>54</sup>.

83. No que diz respeito, em seguida, às ordens constitucionais dos Estados-Membros, o conceito da dignidade humana foi geralmente reconhecido de forma diversa,

54 — V., designadamente, TEDH, acórdão *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de Abril de 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, ponto 65.

sobretudo atendendo a que, conforme já referi *supra*, esta noção pode ter expressões conceptuais diferentes<sup>55</sup>.

84. Porém, tal como acontece nos referidos instrumentos internacionais, a dignidade humana aparece nas ordens jurídicas nacionais dos Estados-Membros, tanto quanto é possível constatar, sobretudo no quadro de uma proclamação geral ou como princípio básico, valorativo ou constitucional — frequentemente desenvolvido na jurisprudência — não como norma jurídica que pode ser invocada autonomamente<sup>56</sup>. Por conseguinte, um regime como o da Constituição alemã, segundo o qual — pelo menos de acordo com a opinião preponderante — o respeito e a protecção da dignidade humana, tal como está consagrada no artigo 1.º da Lei Fundamental, constitui não só um «sólido princípio constitucional», mas também um direito fundamental autónomo, deve ser considerado um caso excepcional.

85. Isto verifica-se sobretudo porque a dignidade humana só adquire conteúdo concreto através da expressão e positivização nos vários direitos fundamentais e constitui, em relação a eles, um critério valorativo e interpretativo. Com efeito, o próprio conceito de dignidade humana é — tal como o conceito de ser humano, para o qual remete

directamente — um termo genérico que, como tal, não é susceptível de qualquer definição jurídica clássica ou de interpretação propriamente dita; pelo contrário, é possível concretizar o seu conteúdo sobretudo através de decisões judiciais proferidas em casos concretos.

86. Em geral, sob o aspecto da aplicação jurisdicional e do método jurídico, a codificação e a aplicação de garantias específicas concretas em matéria de direitos fundamentais parece preferível a um recurso directo à dignidade humana.

87. No respeitante à dignidade humana no direito comunitário, cumpre observar que o direito primário em vigor não lhe faz qualquer referência (escrita) expressa. Porém, pelo menos em alguns actos de direito derivado — como nos considerandos do Regulamento (CEE) n.º 1612/68<sup>57</sup> e no artigo 12.º da Directiva 89/552/CEE<sup>58</sup> — é referida a dignidade humana, a qual, neste contexto, foi também tida em conta pela jurisprudência<sup>59</sup>.

55 — Para uma análise do papel da dignidade humana nas ordens constitucionais internas dos Estados-Membros, v. Meyer (já referido na nota 53), pp. 48 e segs.; quanto a referências nas ordens constitucionais, v. também Rau/Schorkopf, *Der EuGH und die Menschenwürde*, NJW, 2002, 2448 (2449).

56 — A este respeito, v., designadamente, Brugger (já referido na nota 47), pp. 9 e segs.

57 — «Considerando que o direito de livre circulação exige, a fim de que possa exercer-se em condições objectivas de liberdade e de dignidade [...]»

58 — «A publicidade televisiva não deve atentar contra o respeito da dignidade humana.»

59 — V., designadamente, acórdãos de 9 de Julho de 1997, De Agostini e o. (C-34/95, C-35/95 e C-36/95, Colect., p. I-3843, n.º 31), e de 17 de Setembro de 2002, Baumbast e R (já referido na nota 35), n.º 59.

88. Em alguns casos, o Tribunal de Justiça ou os seus advogados-gerais remeteram também, independentemente disso, para a dignidade humana, e em especial a propósito do princípio da igualdade e da não discriminação, ou seja, na combinação igualdade-dignidade ou «égale dignité»<sup>60</sup>.

89. No acórdão Países Baixos/Parlamento e Conselho<sup>61</sup>, o Tribunal de Justiça teve ocasião de precisar a importância da dignidade humana e a sua protecção no direito comunitário. Este acórdão foi proferido no contexto de um recurso de anulação da Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas<sup>62</sup>. O recorrente argumentou, *inter alia* — no sentido da referida «fórmula do objecto» da dignidade humana —, que a patenteabilidade de elementos isolados do corpo humano prevista no artigo 5.º, n.º 2, da

directiva equivale a uma instrumentalização da matéria humana viva, que atenta contra a dignidade humana. A este respeito, o Tribunal de Justiça afirmou: «Compete ao Tribunal de Justiça, na sua fiscalização da conformidade dos actos das instituições com os princípios gerais do direito comunitário, assegurar o respeito do direito fundamental à dignidade humana e à integridade da pessoa.» A seguir, o Tribunal de Justiça declarou que não existia uma ilegalidade decorrente da violação da dignidade humana<sup>63</sup>.

90. Deste modo, o Tribunal de Justiça reconheceu a dignidade humana, em todo o caso como parte integrante dos princípios gerais de direito comunitário e como critério e condição da legalidade de actos comunitários. Coloca-se a questão de saber se, porém, também neste caso seria possível argumentar que se trata de uma forma da interpretação conforme aos direitos fundamentais de disposições do direito comunitário e que a protecção da dignidade humana aparece aqui apenas como critério interpretativo. A opinião de que o Tribunal de Justiça não reconhece, porém, a dignidade humana — como princípio geral de direito no sentido de um critério valorativo — como direito fundamental distinto ou base jurídica autónoma parece ser sugerida, antes de mais, também pela distinção, na versão alemã do acórdão, entre o «respeito» (da dignidade

60 — No acórdão de 30 de Abril de 1996, P contra S (C-13/94, Colect., p. I-2143, n.º 22), a propósito de uma discriminação (em razão do sexo) de um transexual, o Tribunal de Justiça afirmou «[t]olerar essa discriminação equivaleria a ignorar, em relação a essa pessoa, o respeito da dignidade e da liberdade a que tem direito e que o Tribunal deve proteger.» V. também, com referência a este acórdão, as considerações do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer nas suas conclusões de 10 de Junho de 2003 no processo K. B. (C-117/01, acórdão de 7 de Janeiro de 2004, Colect., p. I-541, n.º 77). Quanto ao direito a igualdade de remuneração entre trabalhadores do sexo feminino e do sexo masculino, o advogado-geral G. Cosmas observou, nas suas conclusões de 8 de Outubro de 1998, no processo C-50/96 (Lilli Schröder e o., acórdão de 10 de Fevereiro de 2000, Colect., p. I-743, n.º 80), designadamente que: «Numa comunidade de direito que respeita e garante os direitos humanos, a exigência da igualdade de remuneração entre homens e mulheres assenta, em primeiro lugar, no princípio da dignidade humana e da igualdade entre homens e mulheres e, também, no princípio que consagra a melhoria de condições de trabalho, e não em objectivos económicos, no sentido restrito do termo [...]».

61 — Acórdão de 9 de Outubro de 2001 (C-377/98, Colect., p. I-7079).

62 — JO L 213, p. 13.

63 — *Ibidem*, n.ºs 69 e segs.

humana) e o «direito fundamental» (à integridade)<sup>64</sup>, embora este entendimento não encontre qualquer apoio nas restantes versões linguísticas, incluindo a língua do processo (neerlandês), nas quais o «direito fundamental» do respeito pela dignidade humana é referido sem a respectiva distinção.

91. Assim, o Tribunal de Justiça parece basear a dignidade humana num entendimento<sup>65</sup> em larga medida comparável ao expresso no artigo 1.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>66</sup>. Este artigo tem a seguinte redacção: «A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.»

— Conclusões relativamente ao presente processo

92. Porém, dado que é necessário preencher o conceito de dignidade humana não parece que, no caso vertente, ao invés do que acontecia no acórdão Schmidberger, o Tribunal de Justiça possa equiparar, sem mais, o

conteúdo da garantia da dignidade humana da Lei Fundamental alemã ao da garantia da dignidade humana, tal como é reconhecida pelo direito comunitário.

93. Assim, é aconselhável apreciar a medida nacional em causa à luz do direito comunitário. Este exame pressupõe uma interpretação dos elementos do conceito de ordem pública, invocado pelo Estado-Membro, em função da importância e do alcance da dignidade humana na ordem jurídica comunitária. Neste contexto, parece importante notar que a protecção da dignidade humana é reconhecida como princípio geral de direito — e, deste modo, como parte do direito primário. Portanto, como daí resulta, o Tribunal de Justiça não deve admitir qualquer interpretação das liberdades fundamentais que force um Estado-Membro a permitir actos ou actividades que atentem contra a dignidade humana ou, por outras palavras, tem de ser possível analisar a excepção da ordem pública tendo em conta aspectos que dizem respeito a um bem jurídico cuja protecção e respeito é imposta pelo próprio direito comunitário.

94. Por último refira-se, a título ilustrativo, um caso similar que o Comité dos Direitos do Homem do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos foi chamado a decidir. Neste processo, estava em causa a legalidade de uma proibição da actividade do chamado «lançamento de anões», com a qual o autor, que sofria de nanismo, ganhava a sua vida, proibição imposta pelas autoridades francesas e justificada sobretudo com base na protecção da dignidade humana. Quanto à

64 — Neste sentido, Rau/Schorkopf (já referido na nota 55), p. 2449, e Jones, «Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?», *Public Law*, Spring 2004, 167 e segs.

65 — Inspirado no modelo alemão, portanto como princípio constitucional da União e também como direito fundamental distinto.

66 — A este respeito, v. Bernsdorff/Borowsky, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Handreichungen und Sitzungsprotokolle*, 2002, pp. 142 e segs., 169 e segs. e 260 e segs.; Meyer (já referido na nota 53), pp. 55 e segs.

questão de saber se essa proibição constitui uma discriminação proibida pelo artigo 26.º do Pacto, o Comité declarou que a distinção realizada — mais concretamente entre pessoas que sofrem de nanismo e pessoas que não sofrem de nanismo — se baseia em razões objectivas e não visa qualquer discriminação. Neste contexto, indicou, como fundamentação, que «no presente caso o Estado contratante demonstrou que a proibição do lançamento de anões, tal como é praticada pelo autor, não constitui uma medida abusiva, sendo sim necessária por razões de ordem pública, que são influenciadas por considerações de dignidade humana, as quais são compatíveis com os objectivos do Pacto»<sup>67</sup>.

iv) Interpretação do conceito de ordem pública atendendo à importância e ao alcance da dignidade humana

95. Após as observações iniciais a propósito do conceito de ordem pública, passo a analisar, atendendo aos princípios expostos, em que medida o acto administrativo controvertido prossegue um objectivo reconhecidamente de interesse geral e se, eventualmente, é proporcionado relativamente ao objectivo prosseguido.

— O conceito de ordem pública

96. A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao conceito de ordem pública — como conceito de direito comunitário — caracteriza-se pela tentativa de estabelecer um equilíbrio entre a necessária restrição das excepções às liberdades fundamentais garantidas pelo direito primário e as consequentes possibilidades de justificação, por um lado, e a margem de apreciação dos Estados-Membros, por outro.

97. Portanto, o Tribunal de Justiça sublinha que os Estados-Membros «quanto ao essencial [...] [continuam] a ser livres de determinar, em conformidade com as suas necessidades nacionais, as exigências de ordem pública e de segurança pública»<sup>68</sup>. Além disso, o Tribunal de Justiça reconheceu que as circunstâncias específicas que podem justificar o recurso aos conceitos de segurança pública e de ordem pública «podem variar no tempo e no espaço, sendo consequentemente necessário reconhecer às autoridades nacionais competentes uma margem de apreciação dentro dos limites impostos pelo Tratado»<sup>69</sup>.

98. Por outro lado, o Tribunal de Justiça sublinhou sempre que, no contexto comu-

68 — Acórdão de 14 de Março de 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, *Colect.*, p. I-1335, n.º 17).

69 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1974, *Van Duyn* (41/74, *Colect.*, p. 567, n.ºs 18 e 19).

67 — V. comunicação n.º 854/1999; França, 26/07/2002. CCPR/IC/75/D/854/1999, em especial ponto 7.4.

nitário, os motivos abrangidos pelo conceito de ordem pública devem ser entendidos estritamente, de modo a que o seu alcance não possa ser determinado unilateralmente por cada um dos Estados-Membros sem controlo das instituições da Comunidade<sup>70</sup>. Relativamente à questão prejudicial, resulta desta jurisprudência que, embora seja possível uma apreciação diferente de um Estado-Membro para outro, o direito comunitário impõe limites estritos à apreciação nacional.

dá lugar a medidas repressivas ou a outras medidas reais e efectivas destinadas a combatê-lo»<sup>73</sup>.

— Quanto à existência de uma ameaça suficientemente grave no caso concreto

100. No caso vertente, a jurisprudência referida significa que a restrição da liberdade de prestação de serviços que foi verificada só pode ser justificada por razões de ordem pública quando a variante do jogo proibida por acto administrativo constituir uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade.

101. Ao aplicar este critério, as autoridades nacionais dispõem de uma margem de apreciação. Isto foi referido pelo Tribunal de Justiça, ao observar que «o direito comunitário não impõe aos Estados-Membros uma escala uniforme de valores no que respeita à apreciação dos comportamentos que podem ser considerados contrários à ordem pública»<sup>74</sup>.

99. Esta fiscalização por parte do Tribunal de Justiça implica, em especial, que não é possível qualificar toda e qualquer violação de disposições de direito nacional como perturbação da ordem pública. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça exige uma «ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade»<sup>71</sup>. Em especial, deve ser excluída a existência de uma tal ameaça quando as razões — desviadas da sua função própria — são de facto invocadas com fins económicos<sup>72</sup>. Do mesmo modo, um Estado-Membro não pode adoptar medidas relativamente a um nacional de outro Estado-Membro «devido a um comportamento que, quando praticado pelos nacionais do primeiro Estado-Membro, não

73 — Acórdão de 26 de Novembro de 2002, Oteiza Olazabal (já referido na nota 40), n.º 42. V. também acórdãos de 6 de Novembro de 2003, Gambelli e o. (C-243/01, Colect., p. I-1303, n.º 69), e de 18 de Maio de 1982, Adoui e Cornuaille (115/81 e 116/81, Recueil, p. 1665, n.º 9). A este respeito, v. também as minhas conclusões de 10 de Abril de 2003, no processo Lindman (C-42/02, acórdão de 13 de Novembro de 2003, Colect., p. I-13519, n.º 114).

74 — Acórdão Adoui e Cornuaille (já referido na nota 73), n.º 8.

70 — Basta ver acórdão Rutili (já referido na nota 31), n.ºs 26 a 28, bem como Van Duyn (já referido na nota 69), n.ºs 18 e 19.

71 — Acórdão de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, Colect., p. 715, n.ºs 33 a 35). V. também acórdão de 19 de Janeiro de 1999, Calfa (C-348/96, Colect., p. I-11, n.º 21).

72 — Acórdãos Rutili (já referido na nota 31), n.º 30, e Église de scientologie (já referido na nota 68), n.º 17.

102. Decorre da jurisprudência que o Tribunal de Justiça reconhece aos Estados-Membros uma margem de apreciação, em especial em áreas ideologicamente sensíveis ou relacionadas com perigos especiais para a sociedade. Assim, face às especiais implicações sociais e perigos dos jogos a dinheiro, o Tribunal de Justiça deixou ao poder de apreciação do Estado-Membro «a determinação do alcance da protecção que um Estado-Membro entende garantir no seu território em matéria de lotarias e outros jogos a dinheiro»<sup>75</sup>. Como a Comissão correctamente referiu, isto confirma que as razões justificativas deixam margem para decisões valorativas ou discricionárias dos Estados-Membros.

103. Todavia, como a jurisprudência mais recente esclareceu, também as medidas nacionais de natureza restritiva, por exemplo, em matéria de jogos a dinheiro, têm de preencher, entre outros, os requisitos da oportunidade e da proporcionalidade<sup>76</sup>.

75 — V. acórdãos de 21 de Setembro de 1999, Läämä e o. (C-124/97, Colect., p. I-6067, n.º 14), e de 21 de Outubro de 1999, Zenatti (C-67/98, Colect., p. I-7289, n.º 33), que remetem para o acórdão Schindler (já referido na nota 6).

76 — V., designadamente, acórdão Lindman (já referido na nota 73), n.º 25. É evidente que a apreciação subsequentemente efectuada (em especial, n.ºs 111 e segs.) não assenta na dignidade humana, uma vez que esta não pode enquanto tal sofrer quaisquer restrições; a apreciação assenta antes na questão de saber se a proibição em causa no processo principal constitui, relativamente ao objectivo de defesa da ordem pública e tendo em conta as referências feitas à dignidade humana, uma restrição adequada, necessária e proporcionada da livre prestação de serviços.

104. Na medida em que o respeito da dignidade humana é invocado pelo Estado-Membro para justificar a existência de um perigo especial, cumpre observar que ele se conta, sem dúvida, entre os interesses fundamentais de qualquer sociedade vinculada à protecção e ao respeito dos direitos fundamentais.

105. No plano metodológico, é de notar que a suposição de que é afectado um interesse fundamental da sociedade se orienta em função de valores nacionais. Não é aqui relevante um eventual entendimento comum aos Estados-Membros<sup>77</sup>.

106. Isto também não é contrariado pelo acórdão Schindler<sup>78</sup>, referido pelo órgão jurisdicional de reenvio. Com efeito, o Tribunal de Justiça declarou aí que não é possível «abstrair [...] das considerações de ordem moral, religiosa ou cultural [...] em todos os Estados-Membros». Esta afirmação reflecte a circunstância de que a existência de um correspondente entendimento comum relativamente à necessidade da restrição de uma liberdade fundamental constitui um indício da sua legitimidade, mas não que este entendimento comum seja condição do reconhecimento desta legitimidade<sup>79</sup>.

77 — V. *supra*, n.º 71.

78 — Acórdão Schindler (já referido na nota 6), n.º 60.

79 — Neste contexto, a Comissão salienta, correctamente, que o Tribunal de Justiça fez esta afirmação a propósito da solidez da razão justificativa invocada pelo Estado-Membro.

107. No presente caso, o entendimento comum aos Estados-Membros não deve ser visto na expressão concreta — nacional — da protecção da dignidade humana — que deu aqui origem ao acto administrativo controvertido — mas na consonância valorativa fundamental relativamente à importância da dignidade humana no direito nacional relevante e no direito comunitário.

110. No respeitante às reservas formuladas quanto à sua base jurídica nacional, basta assinalar que o direito comunitário não prevê qualquer reserva de legislação para restringir as liberdades fundamentais consagradas no Tratado. Assim, é em função do direito nacional que se deve apreciar se a base jurídica do acto administrativo é suficientemente precisa.

108. Atendendo ao significado fundamental da dignidade humana na ordem jurídica comunitária, as circunstâncias apuradas pelo órgão jurisdicional de reenvio militam a favor do reconhecimento da ameaça grave aqui invocada, que afecta um interesse fundamental da sociedade. Em especial, de acordo com o apuramento dos factos no despacho de reenvio, houve protestos públicos devido à exploração do jogo da Omega. De um ponto de vista jurídico, deve referir-se a rejeição, assente na protecção e no respeito da dignidade humana, de comportamentos ou prestações de serviços que façam a apologia da violência ou que incitem à violência<sup>80</sup>.

111. A adequação do acto administrativo em causa para obviar à ameaça verificada a um interesse fundamental da sociedade não foi posta em dúvida nem na fase escrita nem na audiência.

109. É pacífico que o acto administrativo em causa constitui uma medida indistintamente aplicável.

112. Também não parecem restar quaisquer dúvidas de que a proibição era necessária para obviar aos perigos para a ordem pública, em especial para o bem jurídico da dignidade humana. A autoridade sublinha, não sem razão, que o acto administrativo controvertido proibiu apenas uma variante do jogo, pelo que não é possível descortinar se seria possível utilizar uma medida menos gravosa.

80 — Ao examinar se as autoridades nacionais exerceram o seu poder de apreciação de modo permitido pelo direito comunitário, não devem ser menosprezadas as circunstâncias especiais do Estado-Membro. Neste contexto, importa referir as susceptibilidades da opinião pública nacional após o massacre ocorrido num liceu em Erfurt, em 26 de Abril de 2002.

113. O acto administrativo em causa também não constitui uma lesão desproporcionada de um bem jurídico da Omega. Dado que a restrição à liberdade fundamental afectada ocorreu através de uma única medida, também não é relevante, para examinar a proporcionalidade desta medida à luz do direito comunitário, se noutros casos foram ou não tomadas medidas, dado que a sua apreciação à luz do direito comunitário depende de todas as circunstâncias do caso concreto, tal como foram apuradas pelo órgão jurisdicional de reenvio. De qualquer maneira, não resulta dos autos que as autoridades alemãs tenham adoptado um comportamento inconsequente em relação a jogos laser.

## V — Conclusão

114. Com base nas considerações que precedem, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial do Bundesverwaltungsgericht do seguinte modo:

«Um acto administrativo nacional contra uma actividade comercial que o juiz nacional declarou incompatível com valores básicos do direito constitucional é compatível com as disposições do Tratado que institui a Comunidade Europeia relativas à livre prestação de serviços, quando esse acto administrativo é efectivamente justificado pelo objectivo de ordem pública, que é definido em função do interesse geral, e se garantir que este objectivo não pode ser alcançado através de medidas menos restritivas da livre prestação de serviços.»