CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ apresentadas em 28 de Novembro de 1989 *

Índice

A — Factos 902

B — Tomada de posição 903

1. Quanto à relação de concorrência entre os artigos 30.° e 92.° do Tratado CEE 903

2. Quanto à compatibilidade do sistema de reserva com o disposto no artigo 30.° do Tratado CEE 906

3. Quanto à compatibilidade do sistema de reserva com a Directiva 70/50/CEE 909

4. Quanto às possíveis excepções à proibição de medidas de efeito equivalente, de acordo com o disposto no artigo 30.° do Tratado CEE 910

5. Apreciação da regulamentação de reserva face às directivas 77/62/CEE e 70/32/CEE 911

6. Quanto à natureza de ajuda do regime de reserva e consequências daí resultantes 913

C — Conclusão 915

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

A — Factos

1. No processo sobre que tomo posição trata-se da apreciação, face ao direito comunitário, do regime de preferência italiano a favor do Mezzogiorno. O processo a apreciar é apenas um de vários pedidos de decisão prejudicial idênticos e já pendentes no Tribunal [1]. Foi apresentado pelo tribunale amministrativo regionale della Toscana e tem em mira a interpretação dos artigos 30.°, 92.° e 93.° do Tratado CEE.

2. A recorrente no processo principal, Du Pont de Nemours SpA (a seguir «recorrente»), impugna com dois recursos autónomos, apensados pelo tribunal *a quo*, decisões da Unità sanitaria locale n.° 2 de Carrara (a seguir «recorrida»).

1 — Processo Instituto Behring/USSL N, 310/88; processo Hoechst Italia/USSL N 56, 311/88; processo Laboratori Bruneau/USL R, 351/88.

* Língua original: alemão.

3. A recorrente foi convidada a participar num concurso limitado da recorrida, do qual foi informada através de notificação de 15 de Fevereiro de 1986.

4. Em 1 de Março de 1986 entrou em vigor a Lei n.° 64/86, que alargou o regime de preferência até então existente a favor da região sul da Itália, tanto no aspecto material como pessoal. Nos termos desta lei, também a recorrida, como serviço de saúde local, ficou obrigada a fornecer-se pelo menos em 30 % do material necessário em empresas que dispusessem de estabelecimentos e instalações fixas na área territorial objecto de preferência nas quais devem ser — pelo menos parcialmente — fabricados os produtos.

5. Por consequência, a recorrida, por decisão de 3 de Junho de 1986, fixou as condições para a realização de concursos limitados para fornecimento de películas e líquidos de radiologia, dividindo, no caderno de encargos anexo, o fornecimento em duas partes, reservando uma percentagem, no valor de 30 % do volume do fornecimento global, às empresas sediadas no Mezzogiorno. A decisão é objecto do processo principal, tal como uma decisão da recorrida de 15 de Julho de 1986, pela qual foi decidida a adjudicação da percentagem de 70 % do volume do fornecimento. A recorrente foi excluída do concurso relativo aos restantes 30 % do fornecimento, uma vez que não tinha qualquer estabelecimento em Mezzogiorno.

6. O tribunal *a quo* levantou algumas questões quanto à interpretação do direito comunitário com vista a apreciar a compatibilidade da Lei n.° 64/86 com o direito comunitário.

7. Na primeira questão pretende-se saber se o artigo 30.° do Tratado CEE, que proíbe restrições quantitativas à importação e medidas de efeito equivalente, se opõe à regulamentação do Estado-membro em litígio. Além disso, o tribunal *a quo* pretende saber se a regulamentação do Estado-membro pode ser qualificada como «auxílio» na acepção do artigo 92.° do Tratado CEE e, nesse caso, se apenas a Comissão ou também um tribunal nacional pode decidir sobre a compatibilidade de um auxílio com o mercado comum.

8. Ao lado da recorrente interveio no processo a sociedade Du Pont de Nemours Deutschland GmbH; pelo lado da demandada interveio a 3M Italiana SpA. As intervenientes defenderam também perante o Tribunal o seu ponto de vista jurídico.

9. Quanto aos factos, às normas jurídicas que estão na origem do processo, bem como às observações das partes, remete-se para o relatório para audiência.

B — Tomada de posição

1. *Quanto à relação de concorrência dos artigos 30.° e 92.° do Tratado CEE*

10. Algumas reflexões quanto à relação de concorrência dos artigos 30.° e 92.° do Tratado CEE são oportunas uma vez que a aplicabilidade de uma das disposições, em certas circunstâncias, exclui respectivamente a aplicabilidade da outra. Coloca-se a questão de saber se uma medida de um Estado-membro que deva considerar-se como me-

dida de efeito equivalente a restrições quantitativas à importação, pode constituir ao mesmo tempo um auxílio na acepção do artigo 92.° Também a questão colocada inversamente pode ser relevante em termos de saber se uma medida a considerar como auxílio estatal pode ser ainda aferida pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, em particular pelo disposto no artigo 30.° do Tratado CEE.

11. Em princípio deve, em primeiro lugar, partir-se de que tanto a proibição de restrições quantitativas à importação e de medidas de efeito equivalente como a proibição de auxílios concedidos pelos estados ou provenientes de recursos estatais, na acepção do artigo 92.°, prosseguem um objectivo comum que consiste em garantir a livre circulação de mercadorias entre Estados-membros em condições normais de concorrência [2].

12. A proibição de medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas à importação, na acepção do artigo 30.° do Tratado CEE, bem como a de auxílios que falseiam ou ameaçam falsear a concorrência, na medida em que afectam o comércio entre Estados-membros, nos termos do n.° 1 do artigo 92.° do Tratado CEE, conduzem à ilicitude de uma medida do Estado-membro que cai na alçada desses artigos. Um concurso entre estas duas disposições conduziria, por isso, no plano jurídico-material, ao mesmo resultado, uma vez que a consequência jurídica de ambas as proibições é a incompatibilidade das medidas dos Estados-membros em questão com o direito comunitário.

13. Por razões de natureza jurídico-processual requer-se porém uma diferenciação, uma vez que o artigo 30.° é, sem qualquer discussão, directamente aplicável e qualquer cidadão comunitário pode invocá-lo, tal sendo o caso, perante um tribunal de um Estado-membro. Pelo contrário, ao n.° 1 do artigo 92.° falta a aplicabilidade directa, pois a proibição nem é absoluta nem incondicional [3], como mostram os n.os 2 e 3 do artigo 92.° bem como o artigo 93.° De resto, a apreciação da questão de saber se um auxílio deve declarar-se proibido segundo o disposto no n.° 1 do artigo 92.°, permitido tendo em conta o seu n.° 2, ou compatível com o mercado comum, segundo o n.° 3, no quadro da fiscalização do auxílio, de acordo com o artigo 93.°, cai no âmbito de competência da Comissão.

14. Exceptuando o último período do n.° 3 do artigo 93.°, os artigos 92.° e 93.° podem ser invocados perante os tribunais dos Estados-membros somente «se forem concretizados através de actos jurídicos de alcance geral previstos no artigo 94.° ou através de decisões de casos especiais, como refere o n.° 2 do artigo 93.°» [4].

15. Estas diferentes consequências jurídico-processuais apontam já no sentido de que estas disposições, em princípio, têm diferentes âmbitos de aplicação. Quanto à problemática da respectiva delimitação, decidiu o Tribunal, no processo 74/76 [5]:

2 — Neste sentido, já o acórdão de 22 de Março de 1977, Iannelli & Volpi/Paolo Meroni, 74/76, Recueil 1977, p. 557; acórdão de 7 de Julho de 1985, Comissão/Irlanda, 17/84, Recueil 1985, p. 2375, e acórdão de 5 de Junho de 1986, Comissão/Itália, 103/84, Colect. 1986, p. 1759.

3 — Processo 74/76, já citado na nota 2, n.os 1 e 12.

4 — Ver acórdão de 19 de Junho de 1973, Capolongo, 77/72, Recueil 1973, p. 611, n.° 6.

5 — Processo 74/76, já citado na nota 2, n.os 9 e 10.

«... por mais amplo que possa ser o âmbito de aplicação do artigo 30.°, não abrange os entraves referidos por outras disposições específicas do Tratado».

«... se um sistema de auxílios concedidos pelos estados ou provenientes de recursos estatais, pelo simples facto de favorecer determinadas empresas ou produtos nacionais, é susceptível de afectar, pelos menos indirectamente, a importação de produtos similares ou concorrentes provenientes de outros Estados-membros, esta circunstância, por si só, não basta igualmente para equiparar um auxílio, como tal, a uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa na acepção do artigo 30.°».

A seguir, afirmou o Tribunal:

«... uma interpretação do artigo 30.° de tal forma extensiva que equiparasse um auxílio, como tal, na acepção do artigo 92.°, a uma restrição quantitativa, na acepção do artigo 30.°, teria por efeito alterar o alcance do disposto nos artigos 92.° e 93.° do Tratado e pôr em causa o sistema de repartição de competências...» [3].

16. Se, tendo em conta esta argumentação, algo milita a favor da natureza especial dos artigos 90.° e 93.° face ao artigo 30.° do Tratado CEE, então deve realmente respeitar-se a formulação, na medida em que o Tribunal parte da qualificação de um auxílio «como tal». De resto, segundo declarações do Tribunal, devem distinguir-se os âmbitos de aplicação destas disposições «desde que não se trate de situações que possam simultâneamente cair no âmbito de aplicação de duas ou mais disposições do direito comunitário» [5].

17. No mesmo acórdão, o Tribunal admite que no exame de um regime de auxílios podem revelar-se elementos não indispensáveis para a respectiva realização.

«Nesta última hipótese, não há razões extraídas da repartição de competências resultante dos artigos 92.° e 93.° para concluir que, no caso de violação de outras disposições do Tratado com efeito directo, não possam ser invocadas perante os orgãos jurisdicionais nacionais só pelo facto de o referido elemento constituir uma modalidade de auxílio [6]».

18. O Tribunal confirmou a sua jurisprudência reafirmando que os artigos 92.° e 93.° do Tratado CEE não poderiam constituir qualquer obstáculo à aplicação do artigo 30.°, desde que, no caso das medidas em litígio, se tratasse de modalidades de um auxílio não necessárias para a prossecução da sua finalidade ou para o respectivo funcionamento [7].

19. Se o Tribunal considera, por isso, possível o recurso ao artigo 30.° e dá por assente portanto a sua aplicabilidade, ainda que a qualificação jurídica da medida como ajuda seja contestada no seu conjunto, então isso deve valer tanto mais para o caso em que um regime do Estado-membro não pode precisamente ser qualificado de forma inequívoca segundo uma das categorias.

20. No acórdão sobre a campanha de publicidade irlandesa «Buy Irish», o Tribunal não seguiu o argumento alegado pelo Governo irlandês assente no carácter especial dos artigos 92.° e 93.° face ao artigo 30.° [8]. O

3 — Processo 74/76, já citado na nota 2, n.os 1 e 12.

5 — Processo 74/76, já citado na nota 2, n.os 9 e 10.

6 — Ver processo 74/76, já citado na nota 2, n.° 18.

7 — Ver processo 18/84, Recueil 1985, p. 1339, n.° 6.

8 — Ver acórdão de 24 de Novembro de 1982, Comissão/Irlanda, 249/81, Recueil 1982, p. 4005, n.° 16.

Tribunal contrapõe-lhe que o facto de uma parte essencial da campanha ser financiada pelo Governo irlandês e o facto de os artigos 92.° e 93.° do Tratado poderem encontrar aplicação neste tipo de financiamento, não significa que a campanha como tal estivesse subtraída às proibições consagradas no artigo 30.° [9].

21. Aplicando esta argumentação no presente caso do sistema de preferência regional em relação ao qual o carácter de auxílio se torna problemático em particular devido à questão do financiamento proveniente de recursos estatais e do cálculo do seu montante, então pode assentar-se em que o regime de reserva deve aferir-se pelo critério do artigo 30.°, e que não é subtraído *a priori* a este exame por causa do seu eventual carácter de auxílio.

22. Neste sentido, o Tribunal afirmou, noutro contexto, que os artigos 92.° e 94.° não poderiam, de forma nenhuma, servir para afastar as disposições do Tratado CEE relativas à livre circulação de mercadorias [10].

«O facto de uma medida nacional poder ser eventualmente qualificada como auxílio na acepção do artigo 92.° não é razão suficiente para a subtrair à proibição do artigo 30.°» [11].

23. Por conseguinte, deve examinar-se a compatibilidade do regime de reserva italiano com o princípio da livre circulação de mercadorias e, em especial, com o princípio consagrado pelo artigo 30.° do Tratado CEE. A ordem a seguir no exame é indicada também tendo em conta o largo alcance das eventuais consequências da aplicação directa do artigo 30.° [12].

2. Quanto à compatibilidade do sistema de reserva com o disposto no artigo 30.° do Tratado CEE

24. O artigo 30.° do Tratado CEE consagra, como é sabido, uma incondicional e absoluta proibição de restrições quantitativas à importação entre os Estados-membros bem como de todas as medidas de efeito equivalente. A partir do acórdão proferido no processo Dassonville [13], confirmado em jurisprudência constante do Tribunal, considera-se como definição de medida de efeito equivalente a restrições quantitativas à importação «qualquer regime comercial dos Estados-membros que seja susceptível de, directa ou indirectamente, real ou potencialmente, constituir entrave ao comércio intracomunitário».

25. Mesmo disposições aplicáveis indistintamente a mercadorias nacionais e importadas podem constituir medidas de efeito equivalente desde que, nos seus efeitos, afectem especialmente as mercadorias importadas e dificultem a respectiva comercialização, mesmo que não a tornem totalmente impossível. Porém, no presente caso, não é preciso utilizar esta ampla definição para considerar o sistema de reserva, nos seus efeitos, como

9 — Processo 249/81, já citado na nota 2, n.° 18.

10 — Processo 18/84, já citado na nota 7, n.° 13, e processo 103/84, já citado na nota 2, n.° 19.

11 — Processo 18/84, já citado na nota 7, n.° 13 e processo 103/84, já citado na nota 2.

12 — O Tribunal esclareceu que os particulares podem invocar disposições directamente aplicáveis não apenas perante órgãos jurisdicionais, mas também perante quaisquer órgãos da administração, incluindo os serviços municipais e estes são obrigados a respeitar tais disposições. Acórdão de 22 de Junho de 1989, Costanzo, 103/89, Colect. 1989, p. 1839.

13 — Acórdão de 11 de Julho de 1974, Dassonville, 8/74, Recueil 1974, p. 837.

medida de efeito equivalente na acepção do artigo 30.° do Tratado CEE.

26. A obrigação de *todos* os organismos da administração pública, regiões, autarquias, unidades locais da saúde, associações de autarquias de montanha, sociedades e organismos com participação estatal, universidades e hospitais independentes adquirirem, pelo menos, 30 % do material necessário, a empresas com estabelecimentos e instalações locais fixas na área abrangida pelo regime preferencial reduz seguramente, em medida significativa, a procura de bens importados. O regime é tanto mais incisivo quanto a quota de 30 % dos fornecimentos e serviços deve ser atingida no fim de cada exercício, o que tem por consequência que, para compensação de alguns materiais da quota reservada não fabricados na zona favorecida, pode, noutros contratos de fornecimento, ascender consideravelmente acima dos 30 % previstos. Está mesmo prevista uma transferência de quotas de reserva não esgotadas para o exercício do ano seguinte [14].

27. A dimensão económica do regime de reserva tornou-se evidente no decurso do processo. Com referência à comunicação da Comissão de 24 de Julho de 1989 [15], relativa aos aspectos regionais e sociais dos concursos públicos, afirmava o representante da recorrente, na audiência, que o valor dos contratos celebrados por concurso público que caia na alçada do regime de preferência regional é calculado em 16 a 17 mil milhões de ECU por ano. No sector da radiografia, são dispendidos anualmente 210 mil milhões de LIT, 85 % dos quais são reservados a concursos públicos.

28. O representante do Governo francês invoca o facto de a zona do Mezzogiorno compreender 140 000 km^2, portanto cerca de metade da área territorial do Estado italiano, em que vivem uns 40 % da população italiana.

29. Que no regime aqui em apreciação não se trata, de forma alguma, apenas de um perigo abstracto para as trocas comerciais intracomunitárias, ilustram-no já os dados subjacentes ao litígio no processo principal: em relação ao primeiro aviso, o volume dos contratos a adjudicar livremente foi posteriormente reduzido em 30 %. A demandante alegou, sem ser contestada, na fase escrita do processo, que a sociedade similar alemã, que participa no processo como interveniente, fabrica produtos fotográficos para radiografia destinados à recorrente. Presume-se que 12 % da capacidade de produção sejam preenchidos pelo fabrico de produtos destinados ao mercado italiano. Este é bastante significativo, pois abrange 18 % do mercado europeu de material para radiografia. Todos os materiais deste tipo, excepto os fabricados pela sociedade 3M, seriam importados.

30. A partir destes dados económicos pode deduzir-se que o regime de reserva de acordo com o artigo 17.° da Lei n.° 64/86 tem já funcionado inteiramente como entrave ao comércio.

31. O facto de cerca de 85 % do material radiográfico ser adquirido pelos serviços de

14 — Ver, quanto a este ponto, Comunicação da Comissão COM(89) 400 final, n.° 38.

15 — COM(89) 400 final.

saúde, para os quais o regime de reserva é igualmente vinculante, ilustra bem o alcance das restrições ao comércio.

32. O regime de preferência a apreciar tem também inequivocamente carácter discriminatório. A obrigação de as empresas afectadas deverem satisfazer 30 % das suas necessidades em material através de fornecedores que tenham um departamento no Mezzogiorno exclui completamente produtos de fabrico estrangeiro de poderem ser objecto de eventuais contratos de fornecimento. O efeito discriminatório do regime de reserva vai, devido ao seu carácter obrigatório, mais longe do que no caso de medidas adoptadas pelos Estados-membros que procuram incitar ao reforço de compra de produtos nacionais, independentemente de saber se isto resulta de campanhas de publicidade apoiadas pelo Estado [16], de medidas de subvenção [17], de benefícios fiscais [18], de condições favoráveis de acesso ao crédito [19] ou de uma simples obrigação de rotular determinados produtos estrangeiros como «estrangeiros» [20].

33. O regime de preferência constitui mais do que um estímulo financeiro para se abastecer no mercado nacional. O regime de reserva não deixa também qualquer espaço aos operadores económicos para se comportarem de forma diferente, o que era inteiramente possível, nos casos citados a título de exemplo, ainda que com a aceitação de perdas financeiras. Problemática é por isso não a questão de uma discriminação de produtos estrangeiros mas o facto de também os fabricantes italianos que não têm qualquer departamento na área territorial beneficiada serem discriminados, pois são excluídos, como os produtores estrangeiros, dos contratos de fornecimentos. Este conjunto de elementos é novo também para apreciação pelo Tribunal.

34. Para apreciação, à luz do direito comunitário, da norma nacional deve atender-se, em primeiro lugar, ao impacto da medida sobre o comércio entre estados. Que os empresários italianos discriminados sejam indirectamente afectados, em certas circunstâncias, pelos efeitos de uma valoração da medida sob a óptica do direito comunitário é apenas um efeito secundário.

35. A intensidade do regime de reserva, embora limitada regionalmente, vai, nas suas consequências económicas, especialmente no que toca à circulação de mercadorias dentro da Comunidade, nitidamente além de muitas outras medidas de efeito equivalente, na acepção do artigo 30.°, que vigoram para o território global de um Estado-membro (por exemplo, a obrigação de rotulagem de determinados artigos para lembranças fabricados no estrangeiro como estrangeiros [21] ou o caso dos auxílios para a compra de carros eléctricos das empresas de transportes urbanos, em que, à data da audiência precisamente, tinham sido apresentados dois pedidos de ajudas [22]). Se, na verdade, nem todos os fabricantes italianos aproveitam do re-

16 — Processo 249/81, já citado na nota 8.

17 — Acórdão de 22 de Março de 1977, Steinike und Weiling/ /República Federal da Alemanha, 78/76, Recueil 1977, p. 595, e processo 103/84, já citado na nota 2.

18 — Acórdão de 10 de Julho de 1985, Comissão/Irlanda, 17/84, Recueil 1985, p. 2375.

19 — Acórdão de 11 de Dezembro de 1985, Comissão/República Helénica, 192/84, Recueil 1985, p. 3973.

20 — Acórdão de 17 de Junho de 1981, Comissão/Irlanda,113/80, Recueil 1981, p. 1627.

21 — Processo 113/80, já citado na nota 20.

22 — Processo 103/84, já citado na nota 2.

gime de reserva, as empresas favorecidas são todavia práticamente quase sempre nacionais.

36. O alcance dos entraves ao comércio provocados pelo regime de reserva vai por isso no sentido de o qualificar como medida de efeito equivalente, na acepção do artigo 30.° Decisivos para a apreciação são, neste contexto, por um lado, a extensão da zona territorial favorecida e, por outro, a abundância de organismos vinculados pelo regime [23]. Finalmente, é também significativa a parte do volume potencial dos contratos dos operadores económicos vinculados.

3. *Quanto à compatibilidade do sistema de reserva com a Directiva 70/50/CEE* [24]

37. Na fase escrita do processo, foi alegado que o regime legal em litígio deveria ser considerado igualmente como medida de efeito equivalente a restrições quantitativas à importação e por isso proibida porque subsumível no disposto na alínea k) do n.° 3 do artigo 2.° da Directiva 70/50.

38. Quanto a isto, deve, em primeiro lugar, notar-se que não é necessária uma referência à directiva se o regime em litígio, tendo em conta os critérios postos em destaque pela jurisprudência, é de qualificar como medida de efeito equivalente na acepção do artigo 30.° A directiva, apoiada no n.° 7 do artigo 33.° do Tratado CEE, contém, a este propósito, apenas uma enumeração de exemplos particularmente marcantes das medidas visadas pelo artigo 30.° e não tem natureza taxativa [25].

39. Se, no presente caso, das disposições da directiva pode ser deduzida uma proibição autónoma ao lado da contida no artigo 30.° é questionável de um duplo ponto de vista. Em primeiro lugar, a directiva, tendo em conta a sua natureza jurídica, é dirigida aos Estados-membros, de tal forma que não devem deduzir-se dela, sem mais, efeitos directos. De resto, a proibição geral de medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas à importação resulta directamente do Tratado. Em segundo lugar, declara-se expressamente no preâmbulo da directiva que esta não seria aplicável aos auxílios referidos no artigo 92.° [26], de tal forma que subsistiria um obstáculo à sua aplicação na medida em que a disposição jurídica em litígio — ainda que apenas parcialmente — tivesse carácter de auxílio.

40. Não obstante isso, das disposições da directiva podem extrair-se elementos de interpretação para a valoração de uma medida de um Estado-membro como medida de efeito equivalente. De acordo com o disposto no n.° 2 do seu artigo 2.°, esta visa, em particular, aquelas medidas que favorecem produtos nacionais ou lhes concedem uma preferência. O n.° 3 contém um catálogo de exemplos para a concretização da disposição. De acordo com o disposto na alínea k) do n.° 3 do artigo 2.°, são de classificar entre as medidas acima referidas, entre outras, aquelas que «constituem obstá-

23 — Ver n.° 26 destas conclusões.

24 — De 22 de Dezembro de 1969, JO L 13 1970, p. 29.

25 — Ver conclusões no processo 103/84, Colect. 1986, p. 1764.

26 — Ver penúltimo (décimo quinto) considerando do preâmbulo da directiva, JO L 13 1970, p. 30.

culo à compra, por particulares, apenas de produtos importados *ou* incitam à compra de produtos nacionais *ou* impõem tal compra *ou* lhe concedem uma preferência» [27]. Trata-se, neste caso também, de quatro alternativas das quais as duas últimas são pertinentes. Efectivamente, o regime em causa concede uma preferência a uma parte essencial de produtos nacionais e obriga, ao mesmo tempo, à sua aquisição.

41. O exame das disposições da directiva reforça por isso a valoração da regulamentação do Estado-membro posta em causa no litígio como medida de efeito equivalente a restrições quantitativas. Neste contexto, com base nas razões já discutidas, o facto de nem todos os produtos nacionais de uma determinada espécie serem preferidos não constitui obstáculo a essa qualificação. Objecto do regime de preferência são apenas artigos que provêm, pelo menos parcialmente, da produção nacional.

4. *Quanto às possíveis excepções à proibição de medidas de efeito equivalente, na acepção do artigo 30.° do Tratado CEE*

42. a) Os interesses protegidos pelo artigo 36.° do Tratado CEE, que possibilitam uma excepção às proibições de restrições quantitativas à importação e à exportação e medidas de efeito equivalente, na acepção dos artigos 30.° e 34.° do Tratado CEE, estão expressamente enumerados no artigo 36.° Uma vez que se trata de uma disposição excepcional, tem de ser objecto de uma interpretação restritiva, tanto no que toca às notas específicas caracterizadoras da excepção como também em relação à sua aplicabilidade a eventuais «excepções não referidas». As razões justificativas da excepção enumeradas no artigo 36.° não podem aplicar-se ao conteúdo e objectivos do regime de reserva. Aliás, o Tribunal, em jurisprudência constante, tem decidido que medidas com finalidades económicas não poderiam ser admitidas com base no artigo 36.° [28].

43. b) Não obstante, o regime de preferência poderia ser admitido por «exigências imperiosas» [29]. Exigências imperiosas podem ser, por exemplo, um controlo fiscal eficaz, transparência nas transacções comerciais, protecção do consumidor ou do ambiente.

44. O regime de reserva não pode subsumir-se a qualquer destas categorias. Se eventualmente um outro fundamento pode justificar as medidas como exigência imperiosa depende do seu objectivo ou finalidade. Na medida em que, no caso do regime de preferência em litígio, não pode dar-se por adquirido que prossiga exclusivamente objectivos de natureza proteccionista, deve considerar-se como medida de promoção regional. A promoção regional é igualmente um objectivo perfeitamente reconhecido pelo Tratado, como pode deduzir-se do disposto na alínea a) do n.° 3 do artigo 92.° e do disposto na alínea a) do artigo 130.° do Tratado CEE.

45. Sem dúvida, a base jurídica para a prossecução de um objectivo aprovado ou mesmo estabelecido pelo Tratado deve deduzir-se das suas disposições, desde que nele existam disposições expressas. Uma referência a bases jurídicas não escritas está

27 — Sublinhado nosso.

28 — Por exemplo, acórdão de 7 de Fevereiro de 1984, Duphar BV e outros/Estado dos Países Baixos, 238/82, Recueil, 1984, p. 523.

29 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, Rewe-Zentral AG/ /Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, «Cassis de Dijon», 120/78, Recueil 1979, p. 649.

por isso afastada enquanto os instrumentos previstos pelo Tratado oferecerem uma garantia suficiente para a prossecução das finalidades pretendidas. Medidas de promoção regional não devem ser reconhecidas, por isso, como exigências imperiosas. Um Estado-membro não pode invocar também, em princípio, para a protecção da economia nacional, justamente exigências imperiosas.

5. *Apreciação do regime de reserva à luz das directivas 77/62/CEE*[30] *e 70/32/CEE*[31]

46. A decorrida considera como um dado a ilicitude do regime de reserva, à luz do direito comunitário, igualmente porque viola o disposto na Directiva 77/62 do Conselho, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público. É de opinião de que a directiva dá cumprimento aos princípios do Tratado e proíbe por isso qualquer discriminação, independentemente de se saber se esta se baseia na origem do produto a fornecer ou no local em que o eventual fornecedor está estabelecido.

47. É correcto que restrições à livre circulação de mercadorias, de acordo com o disposto no artigo 30.° do Tratado CEE, são igualmente proibidas no caso de fornecimento de produtos aos estados e a pessoas colectivas de direito público bem como nos processos de celebração de contratos de fornecimento de direito público. Os órgãos legislativos da Comunidade adoptaram por isso directivas de coordenação para garantir a livre circulação de mercadorias também em relação a contratos de fornecimento dos serviços públicos. Na Directiva 70/32 da Comissão, relativa aos fornecimentos de produtos ao Estado, às suas colectividades territoriais e a outras pessoas colectivas de direito público, lê-se no respectivo preâmbulo:

«... disposições que reservam sectores do mercado a produtos nacionais constituem obstáculo a importações que poderiam ter lugar caso essas disposições não existissem e têm por isso efeito equivalente a restrições quantitativas à importação».

Na alínea b) do n.° 1 do artigo 3.° da directiva é descrito o âmbito da sua aplicação, além do mais, às disposições «que reservem, total ou parcialmente, os fornecimentos a produtos nacionais ou lhes concedam uma preferência que não seja um auxílio, na acepção do artigo 92.° do Tratado CEE, sujeita ou não a condições».

48. Objectivos análogos prossegue a Directiva 77/62 em relação aos processos de adjudicação de contratos de fornecimento de direito público. Como pode deduzir-se do seu preâmbulo, tem em mira também a transparência dos processos de celebração de contratos de direito público que permita uma melhor fiscalização do respeito pela proibição das restrições à livre circulação de mercadorias.

49. Pode perguntar-se, porém, se o artigo 26.°, incluído nas disposições finais, prevê uma excepção para o regime de preferência em litígio. Tem a seguinte redacção:

«A presente directiva não impede a aplicação das disposições em vigor à data da sua adopção, que figuram na Lei italiana n.° 835, de 6 de Outubro de 1950 (Jornal

30 — JO L 13 1977, p. 1; EE 17 Fl p. 29.
31 — JO L 13 1970, p. 1.

Oficial da República Italiana n.° 245, de 24.10.1950), bem como das suas sucessivas alterações, sem prejuízo da compatibilidade dessas disposições com o Tratado.»

50. Como argumento no sentido de que, no caso desta disposição, se poderia igualmente tratar de uma excepção a princípios relativos à livre circulação de mercadorias, afirma-se que o regime anterior do sistema de reserva é caracterizado como inviolável pela directiva. Também a alteração introduzida na disposição pela Directiva 88/295/CEE, de 22 de Março de 1988 [32], que na verdade não pode ser determinante para o processo a título principal devido à data do seu surgimento, milita a favor da manutenção do carácter excepcional da disposição. A nova redacção do n.° 1 do artigo 26.° tem o seguinte teor:

«A presente directiva não prejudica, até 31 de Dezembro de 1992, a aplicação das disposições nacionais em vigor cujo objectivo seja reduzir as diferenças entre as diversas regiões e promover o emprego nas regiões menos favorecidas ou afectadas por dificuldades no sector industrial, desde que essas disposições sejam compatíveis com o Tratado e com as obrigações internacionais da Comunidade.»

51. O regime de preferência italiana já não é aqui expressamente mencionado. Poderia eventualmente ser considerado, na acepção do referido artigo, como disposição nacional que tem por objectivo reduzir as diferenças entre diversas regiões.

52. Decisivo, quanto a mim, é que já na primitiva redacção tenha sido consagrada a expressão «sem prejuízo da compatibilidade dessas disposições com o Tratado», a qual encontrou acolhimento, com sentido análogo, na nova redacção. Estas formulações esclarecem que, apesar das possíveis excepções à *directiva*, devem ter validade absoluta os princípios fundamentais do *Tratado* e destes, em particular, os relativos à livre circulação de mercadorias. A incompatibilidade do regime da reserva, previsto no artigo 17.° da Lei n.° 64/86, com o artigo 30.° do Tratado CEE não pode, por isso, ser afastada pela excepção prevista na directiva.

53. Nos processos 216/84 [33] e 76/86 [34] deviam decidir-se, de resto, questões jurídicas com idêntico fundamento. Os Estados-membros demandados basearam-se numa disposição excepcional contida numa directiva para justificar uma regulamentação legislativa de um Estado-membro que constituia entrave à circulação de mercadorias intracomunitárias. Já nestes casos o Tribunal não acolheu esta argumentação. Afirmou que a disposição excepcional justifica a manutenção de regimes nacionais apenas sob a condição de as disposições gerais do Tratado CEE serem observadas.

54. Se o sistema de preferência não pode, assim, justificar-se face ao direito comunitário, com fundamento nas normas excepcionais da Directiva 77/62, resta ainda examinar a influência que poderia ter na validade desse regime o seu eventual carácter de auxílio.

32 — JO L 27 de 20. 5. 1988, p. 1.

33 — Acórdão de 23 de Fevereiro de 1988, Comissão/República Francesa, 216/84, Colect. 1988, p. 793, n.° 22.

34 — Acórdão de 11 de Maio de 1989, Comissão/República Federal da Alemanha, 76/86, Colect. 1989, p. 1021, n.° 23.

55. Como já resulta da análise da relação de concorrência do artigo 30.° com o artigo 92.° do Tratado CEE, a violação do direito comunitário por uma medida adoptada por um Estado-membro, consistente na sua incompatibilidade com o disposto no artigo 30.°, não pode ser sanada por apresentar traços semelhantes a um auxílio.

6. *Quanto ao carácter de auxílio e às consequências do regime de reserva daí resultantes*

56. Contra o carácter de auxílio da norma legal em litígio vão as seguintes considerações:

Nota essencial de um auxílio é que se trate de um apoio concedido pelo Estado ou proveniente de recursos estatais. De facto, o Governo italiano alegou que, para os contratos de fornecimento celebrados com base no sistema de reserva, deveria pagar-se, em regra, um preço mais elevado do que num processo de adjudicação aberto. O montante adicional afectaria o Estado uma vez que, no caso das entidades adjudicantes, se trata de uma pessoa colectiva de direito público ou pelo menos de uma unidade com participação estatal.

57. Porém, o representante da recorrente esclareceu, na audiência, que, quanto aos serviços de saúde locais, se trata de organismos autónomos que não dependem do Estado quanto às suas despesas. Também para sociedades que se regem por princípios de carácter económico, em que o Estado participa detendo apenas parte do capital, não pode assentar-se em que os encargos sejam assumidos pelo Estado.

58. Para poder falar-se de auxílio na acepção do artigo 92.° do Tratado CEE, deveria, além disso, ser, pelo menos, determinável o montante do respectivo auxílio. Também isso não se verifica, uma vez que, muitas vezes, a determinação do montante do suplemento pago apenas pode assentar numa hipotética comparação de um contrato celebrado em condições de livre concorrência com os contratos de fornecimento celebrados no âmbito do sistema de reserva. Além disso, não é forçoso que também tenha realmente de pagar-se o suplemento adicional. A garantia de um montante adicional não é, na verdade, a única finalidade do regime de reserva, pois este tem em mira igualmente, com a obrigação de abastecimento de produtos fabricados, pelo menos parcialmente, na área territorial a que se aplica o regime preferencial, que sejam mantidas as unidades de produção e com elas também os postos de trabalho. Um regime de preferência válido por dez anos poderia, além disso, ter realmente por objectivo e por efeito o estabelecimento de novas indústrias, o que, de forma alguma, implica trabalhar sem ter em conta os princípios de rentabilidade, de tal forma que produtos ali fabricados podem chegar ao mercado a preços inteiramente concorrenciais.

59. Uma última observação ainda quanto à natureza de auxílio do regime de reserva e à sua relação com o artigo 30.° Elementos de um auxílio podem, tendo em conta a jurisprudência, como já foi exposto, ser inteiramente inadmissíveis devido à sua incompatibilidade com o artigo 30.°, se a finalidade do auxílio for igualmente alcançável de uma forma diferente e menos radical. Existe seguramente possibilidade de contribuir para a promoção regional através de medidas que levantam menos entraves à circulação de

mercadorias na Comunidade [35]. Efectivamente, a promoção regional, como tal, é admissível segundo critérios e nos limites consagrados pelo Tratado CEE. Assim, auxílios na acepção da alínea a) do n.° 3 do artigo 92.° do Tratado CEE podem ser considerados compatíveis com o mercado comum. Certamente que as medidas de promoção apoiadas nestas disposições devem enquadrar-se no âmbito do direito comunitário e não podem contrariar os objectivos e finalidades da Comunidade. Para possibilitar uma coordenação dos regimes nacionais de auxílio, a Comissão elaborou princípios pelos quais tem orientado a sua apreciação da admissbilidade de um auxílio regional. Estes princípios foram publicados numa comunicação [36].

60. Além disso, são admissíveis, com base no disposto no artigo 130.°-A do Tratado CEE, medidas de promoção regional. Porém, neste caso, trata-se expressamente da realização de um dos objectivos da Comunidade, de tal forma que devem ser tidos em consideração apenas programas de desenvolvimento comunitários, e por consequência, aprovados pela Comunidade.

61. Para a conclusão a tirar quanto à violação do direito comunitário pelo regime de reserva e em particular para a consequência a extrair pelo tribunal *a quo* é indiferente saber se tem ou não carácter de auxílio. Efectivamente, a disposição em litígio só poderia ser considerada como auxílio não autorizado. De acordo com o seu conteúdo e objectivos, apenas poderia tratar-se um auxílio susceptível de autorização nos termos da alínea a) do n.° 3 do artigo 92.°

62. Apreciar a compatibilidade de uma medida de apoio adoptada por um Estado-membro com o mercado comum não cabe na competência dos tribunais dos Estados-membros. Além disso, a Comissão, como autoridade competente para a fiscalização dos auxílios, não considerou o regime em causa como auxílio [37]. Ainda que o Governo italiano tenha notificado atempadamente o projecto convertido na Lei n.° 64/86, a Comissão, segundo as suas próprias afirmações no decurso do processo, nunca iniciou o processo de fiscalização em matéria de auxílios em relação ao regime de preferência. Atendendo a este conjunto de elementos, não é aplicável, por isso, o último período do n.° 3 do artigo 93.° do Tratado CEE, que proíbe ao Estado-membro pôr em execução as medidas projectadas antes de tal procedimento haver sido objecto de uma decisão final. No aspecto que aqui exclusivamente interessa, a invalidade de uma medida tomada com violação desta obrigação, que também deve ser tida em conta pelas autoridades e tribunais nacionais, não afecta o regime de reserva.

Quanto às despesas

63. As despesas efectuadas pelo Governo italiano e pela Comissão não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o orgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

35 — Ver, por exemplo, as medidas de apoio da Lei n.° 64/86, declaradas pela Comissão compatíveis com o direito comunitário; decisão da Comissão de 2 de Março de 1988, JO L 143, de 10.6.1988, p. 37.

36 — Comunicação da Comissão sobre regimes de auxílio regionais, JO C 31, de 3.2.1979, p. 9.

37 — Ver decisão da Comissão de 2 de Março de 1988, JO L 143 de 10.6.1988, p. 37, ponto II.3, assim como as reservas manifestadas pela Comissão no seu parecer relativo à Lei n.° 64/86, JO C 259, de 29.9.1987, p. 2.

C — Conclusão

64. Atentas as considerações antecedentes, proponho que se responda da seguinte forma às questões apresentadas pelo tribunal *a quo*:

«1) O regime de reserva consagrado na Lei n.° 64/86 deve considerar-se como medida de efeito equivalente a restrições quantitativas, na acepção do artigo 30.° do Tratado CEE. A violação do direito comunitário daí resultante deve ser levada em conta pelas autoridades e órgãos jurisdicionais dos Estados-membros.

2) A norma excepcional contida no artigo 26.° da Directiva 77/62/CEE não tem, por consequência, a compatibilidade do regime de reserva com o direito comunitário.

3) O regime de reserva não tem o carácter de auxílio. Mesmo se se pretendesse considerá-lo como auxílio, isso não teria quaisquer consequências imediatas para o processo na causa principal.»