CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL L. A. GEELHOED

apresentadas em 10 de Setembro de 2002 [1]

Índice

I — Introdução I-11463

II — O enquadramento jurídico I-11464

A — O dispositivo da directiva I-11464

B — A base jurídica e o preâmbulo da directiva I-11471

C — O acórdão, de 5 de Outubro de 2000, relativo à publicidade dos produtos do tabaco I-11473

III — A matéria de facto e a tramitação processual I-11475

A — O processo principal I-11475

B — As questões prejudiciais I-11476

C — O processo no Tribunal de Justiça I-11477

D — Questão preliminar I-11477

IV — A natureza especial do processo e a admissibilidade I-11478

V — O contexto I-11484

A — Generalidades I-11484

B — O contexto factual I-11484

C — A elaboração da directiva I-11487

D — Quais as alterações materiais introduzidas pela directiva? I-11488

VI — Apreciação da primeira questão: a base jurídica escolhida I-11489

A — Introdução e abordagem I-11489

B — Uma observação preliminar sobre a base jurídica I-11491

C — O artigo 95.° CE e a protecção da saúde pública I-11493

1. Argumentos invocados I-11493

2. Jurisprudência I-11494

3. Apreciação geral I-11495

1 — Língua original: neerlandês.

4. Quanto ao núcleo da competência I-11496

5. Quanto à utilização da competência I-11499

6. Quanto ao agravamento de normas relativas a produtos já harmonizadas I-11501

7. A directiva controvertida I-11502

D — O artigo 95.° CE e a produção destinada à exportação para países terceiros I-11504

1. Argumentos invocados I-11504

2. Abordagem I-11505

3. Os artigos 94.° CE e 95.° CE e os requisitos da fase de produção: resumo I-11506

4. A competência do legislador comunitário: o requisito da «perturbação sensível» I-11508

5. A directiva relativa ao tabaco I-11511

E — É admissível uma dupla base jurídica? I-11514

F — O artigo 133.° CE e a exportação de produtos para países terceiros I-11518

1. Argumentos invocados I-11518

2. O artigo 133.° CE e a exportação de produtos para países terceiros: resumo I-11520

3. Quanto à competência prevista no artigo 133.° CE I-11522

4. Os limites da competência I-11525

5. A directiva I-11526

G — A consequência jurídica de uma utilização incorrecta do artigo 133.° CE ... I-11528

VII — Apreciação da primeira questão: eventual violação de princípios jurídicos I-11529

A — O princípio da proporcionalidade I-11529

1. Apreciação geral I-11529

2. Quanto à aplicabilidade às exportações I-11531

3. O artigo 7.° I-11533

4. Síntese I-11537

B — Limitação de direitos de propriedade (intelectual) I-11537

1. A delimitação I-11537

2. O direito de propriedade no direito comunitário I-11538

3. O direito de propriedade intelectual I-11540

C — Outros princípios jurídicos I-11543
1. O princípio da fundamentação I-11543
2. O princípio da subsidiariedade I-11544
3. O desvio de poder I-11545
VIII — Apreciação da segunda questão I-11545
A — Argumentos invocados I-11545
B — Apreciação I-11547
IX — Conclusão I-11549

I — Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial da High Court of Justice (Administrative Court) diz respeito à validade e à interpretação da Directiva 2001/37/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Junho de 2001, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco (a seguir «directiva») [2].

2. A directiva distingue-se numa questão importante de muitas outras directivas comunitárias que contêm normas relativas a produtos. A directiva (pelo menos o seu artigo 3.°) aplica-se não só aos produtos do tabaco comercializados na própria União Europeia mas também aos produtos do tabaco produzidos na União Europeia e exportados para países terceiros.

3. A questão central é saber se o artigo 95.° CE podia servir de base jurídica da directiva e se o artigo 133.° CE podia ser utilizado como base jurídica para regular a exportação de cigarros. Por outro lado, a High Court of Justice (Administrative Court) levanta a questão da eventual invalidade da directiva por violação de determinados princípios jurídicos ou do direito de propriedade. Por último, é suscitada uma questão de interpretação respeitante ao artigo 7.° da directiva.

4. Este processo apresenta semelhanças com o processo Alemanha/Parlamento e Conselho [3], em que o Tribunal de Justiça

2 — JO L 194, p. 26.

3 — Acórdão de 5 de Outubro de 2000 (C-376/98, Colect., p. I-8419).

anulou uma outra directiva relativa a produtos do tabaco (a seguir «acórdão relativo à publicidade dos produtos do tabaco»). Tratou-se da Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, que aproxima as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco (a seguir «Directiva 98/43») [4].

5. Quanto à directiva em apreço, o Governo alemão também impugnou a sua validade junto do Tribunal de Justiça [5]. Por despacho de 17 de Maio de 2002, o Tribunal de Justiça declarou o recurso inadmissível por ter sido interposto fora do prazo.

6. O presente processo permite voltar a analisar em termos em gerais, a competência do legislador comunitário com base no artigo 95.° CE. O artigo 95.° CE permite-lhe adoptar normas relativas ao estabelecimento e ao funcionamento do mercado interno. Concretamente, estão em causa neste processo duas questões:

— Essa competência também abrange a possibilidade de adoptar normas cujo objectivo principal seja a protecção da saúde pública?

— Em que medida pode esta base jurídica ser utilizada para adoptar normas relativas a produtos produzidos na Comunidade Europeia, mas que não se destinam a ser comercializados no mercado interno?

Também está em causa, em termos gerais a competência prevista no artigo 133.° CE, ou seja, em que medida o legislador comunitário é competente para impor restrições à exportação de determinados produtos para países terceiros devido aos riscos que esses produtos apresentam para a saúde pública.

II — O enquadramento jurídico

A — *O dispositivo da directiva*

7. As obrigações dos produtores e comerciantes de produtos do tabaco estão previstas nos artigos 3.° a 7.° da directiva. Estes artigos são reproduzidos a seguir.

4 — JO L 213, p. 9.

5 — Alemanha/Parlamento e Conselho, C-406/01 Colect., p. I-4561.

8. Estes artigos enunciam o seguinte:

«*Artigo 3.º*

Teores máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono dos cigarros

1. A partir de 1 de Janeiro de 2004, os cigarros colocados em livre circulação, comercializados ou fabricados nos Estados-Membros não podem ter teores superiores a:

— 10 mg por cigarro, para o alcatrão,

— 1 mg por cigarro, para a nicotina,

— 10 mg por cigarro, para o monóxido de carbono.

2. Em derrogação da data referida no n.º 1, relativamente aos cigarros produzidos na Comunidade Europeia e exportados para países terceiros, os Estados-Membros podem aplicar os teores máximos estabelecidos no presente artigo a partir de 1 de Janeiro de 2005 mas devem obrigatoriamente aplicá-los o mais tardar em 1 de Janeiro de 2007.

3. No tocante à República Helénica, a título de derrogação temporária, a data de aplicação do teor máximo de alcatrão dos cigarros fabricados e comercializados no seu território, a que se refere o n.º 1, é 1 de Janeiro de 2007.

Artigo 4.º

Métodos de medição

1. Os teores de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono dos cigarros são medidos segundo as normas ISO 4387 para o alcatrão, ISO 10315 para a nicotina e ISO 8454 para o monóxido de carbono.

A exactidão das menções relativas ao alcatrão e à nicotina apostas nos maços de cigarros será verificada segundo a norma ISO 8243.

2. As medições referidas no n.º 1 devem ser efectuadas ou verificadas por laboratórios de ensaio aprovados e monitorizados pelas autoridades competentes dos Estados-Membros.

Até 30 de Setembro de 2002 e sempre que haja alterações, os Estados-Membros devem comunicar à Comissão a lista dos laboratórios aprovados, especificando os critérios utilizados para a aprovação e os meios de monitorização postos em prática.

3. Os Estados-Membros podem igualmente exigir que os fabricantes ou importadores de produtos do tabaco realizem qualquer outro teste estabelecido pelas autoridades nacionais competentes, a fim de avaliar o teor de outras substâncias produzidas pelos seus produtos do tabaco por marca e tipo individuais e de avaliar os efeitos dessas outras substâncias sobre a saúde, tendo nomeadamente em conta o perigo de dependência dessas substâncias. Podem ainda exigir que estes testes sejam efectuados ou verificados em laboratórios de ensaio aprovados, como previsto no n.º 2.

4. Os resultados dos testes efectuados nos termos do n.º 3 devem ser apresentados todos os anos às autoridades nacionais competentes. Os Estados-Membros podem prever uma divulgação menos frequente dos resultados dos testes nos casos em que as especificações do produto não tenham mudado; todavia, devem ser informados de quaisquer alterações nas referidas especificações.

Os Estados-Membros devem assegurar a divulgação, por qualquer meio adequado, das informações apresentadas em conformidade com o presente artigo, a fim de informar os consumidores, tendo em conta, sempre que for caso disso, as informações que constituam um segredo de fabrico.

5. Os Estados-Membros devem comunicar anualmente à Comissão todos os dados e informações apresentados em conformidade com o presente artigo. A Comissão deve ter em conta esses dados e informações para efeitos de elaboração do relatório referido no artigo 11.º

Artigo 5.º

Rotulagem

1. Os teores de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono dos cigarros medidos em conformidade com o artigo 4.º devem ser impressos numa face lateral dos maços de cigarros na língua ou línguas oficiais do Estado-Membro de comercialização, de forma a abrangerem pelo menos 10% da superfície correspondente.

Esta percentagem é elevada para 12% nos Estados-Membros com duas línguas oficiais e para 15% nos Estados-Membros com três línguas oficiais.

2. Todas as unidades de embalagem dos produtos do tabaco, com excepção dos tabacos destinados a uso oral e de outros produtos do tabaco sem combustão, devem apresentar as seguintes advertências:

a) Advertências gerais

1) 'Fumar mata/Fumar pode matar',

2) 'Fumar prejudica gravemente a sua saúde e a dos que o rodeiam'.

As advertências gerais acima referidas devem alternar entre si de modo a garantir o seu aparecimento regular. Esta advertência deve ser impressa na face mais visível das unidades de embalagem e em qualquer embalagem exterior utilizada na venda a retalho do produto, excluindo as sobre-embalagens transparentes.

b) Uma advertência complementar escolhida da lista que consta do anexo I.

As advertências complementares acima referidas devem alternar entre si de modo a garantir a aparição regular de cada uma delas.

Essa advertência deve ser impressa na outra face mais visível das unidades de embalagem e em qualquer embalagem exterior utilizada na venda a retalho do produto, excluindo as sobre-embalagens transparentes.

Os Estados-Membros podem determinar o posicionamento das advertências nessas superfícies, a fim de satisfazer os requisitos de ordem linguística.

3. Logo que possível e, de qualquer modo, até 31 de Dezembro de 2002, a Comissão aprovará, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º, regras relativas à utilização de fotografias a cor ou outras ilustrações que mostrem e expliquem as consequências do tabagismo na saúde, tendo em vista assegurar que as disposições relativas ao mercado interno não sejam desvirtuadas.

Quando exigida pelos Estados-Membros, a colocação de advertências complementares sob a forma de fotografias a cor ou outras ilustrações deve respeitar as regras acima expostas.

4. Os produtos do tabaco destinados a uso oral, nos casos em que a sua comercializa-

ção é permitida nos termos do artigo 8.°, e os produtos do tabaco sem combustão devem apresentar a seguinte advertência: 'Este produto do tabaco pode prejudicar a saúde e causa dependência.'

Esta advertência deve ser impressa na face mais visível das unidades de embalagem e em qualquer embalagem exterior utilizada na venda a retalho do produto, excluindo as sobre-embalagens transparentes.

Os Estados-Membros podem determinar o posicionamento da advertência nessa superfície, a fim de satisfazer os requisitos de ordem linguística.

5. A advertência geral exigida nos termos da alínea a) do n.° 2 e a advertência relativa aos produtos do tabaco sem combustão e destinados a uso oral prevista no n.° 4 devem cobrir pelo menos 30% da área externa da superfície correspondente da unidade de embalagem do tabaco em que é impressa. Esta percentagem é elevada para 32% nos Estados-Membros com duas línguas oficiais e para 35% nos Estados-Membros com três línguas oficiais. A advertência complementar exigida nos termos da alínea b) do n.° 2 deve cobrir pelo menos 40% da área externa da superfície correspondente da unidade de embalagem de tabaco em que é impressa. Esta percentagem é elevada para 45% nos Estados-Membros com duas línguas oficiais e para 50% nos Estados-Membros com três línguas oficiais.

Todavia, no que se refere às unidades de embalagem destinadas aos produtos que não os cigarros cuja face mais visível exceda 75 cm^2, a superfície das advertências a que se refere o n.° 2 será de, pelo menos, 22,5 cm^2 para cada face. Esta superfície é elevada para 24 cm^2 nos Estados-Membros com duas línguas oficiais e para 26,25 cm^2 nos Estados-Membros com três línguas oficiais.

6. O texto das advertências e indicações dos teores exigidas no presente artigo deve ser:

a) Impresso em corpo negro Helvética sobre fundo branco. A fim de satisfazer requisitos de ordem linguística, os Estados-Membros podem determinar o tamanho da letra a utilizar, desde que o tamanho de letra especificado nas respectivas legislações seja de modo a ocupar o maior espaço possível da superfície reservada para o texto em questão;

b) Em minúsculas, com excepção da primeira letra da mensagem e das exigências gramaticais;

c) Centrado na área em que o texto deve ser impresso, paralelamente ao bordo superior do maço;

d) No caso dos produtos não referidos no n.º 4, rodeado de uma moldura negra com o mínimo de 3 mm e máximo de 4 mm de largura, que não interfira com o texto da advertência ou da informação prestada;

e) Impresso na língua ou nas línguas oficiais do Estado-Membro de comercialização.

7. É proibida a impressão dos textos especificados no presente artigo nos selos fiscais das unidades de embalagem. Estes textos devem ser impressos de modo inamovível, indeléveis e não devem ser de forma alguma dissimulados, velados ou separados por outras indicações ou imagens, nem danificados pela abertura do maço. No caso de produtos do tabaco que não os cigarros, os textos podem ser apostos por meio de autocolantes, desde que estes sejam inamovíveis.

8. Os Estados-Membros podem estabelecer que, fora do quadro para elas previsto, as advertências referidas nos n.os 2 e 4 sejam acompanhadas da menção da autoridade autora das mesmas.

9. A fim de assegurar a identificação do produto e a rastreabilidade dos produtos do tabaco, o respectivo número de lote ou equivalente deve ser indicado em cada unidade de embalagem, sob qualquer forma adequada, para permitir identificar o local e o momento de produção.

As medidas técnicas destinadas a dar execução à presente disposição são aprovadas nos termos do n.º 2 do artigo 10.º

Artigo 6.º

Outras informações relativas ao produto

1. Os Estados-Membros devem exigir aos fabricantes e importadores de produtos do tabaco a apresentação de uma lista de todos os ingredientes e respectivas quantidades, utilizados no fabrico dos seus produtos do tabaco, por marca e tipo individuais.

Esta lista deve ser acompanhada de uma declaração que exponha as razões da inclusão desses ingredientes nos produtos do tabaco. Deve indicar as suas função e categoria. A lista deve ser igualmente acompanhada dos dados toxicológicos de que o fabricante ou importador disponha sobre esses ingredientes, com ou sem combustão, conforme o caso, mencionando em especial os seus efeitos sobre a saúde,

nomeadamente o risco de dependência. A lista será elaborada por ordem decrescente do peso de cada ingrediente incluído no produto.

As informações referidas no primeiro parágrafo devem ser fornecidas anualmente, devendo ser pela primeira vez fornecidas até 31 de Dezembro de 2002.

2. Os Estados-Membros devem assegurar a divulgação, por qualquer meio adequado, das informações fornecidas em conformidade com o presente artigo, a fim de informar os consumidores. No entanto, ter-se-á devidamente em conta a protecção das informações relativas a fórmulas de produtos específicos que constituam um segredo de fabrico.

3. Os Estados-Membros asseguram que a lista de ingredientes para cada produto, indicando os teores de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono, seja tornada pública.

4. Os Estados-Membros devem comunicar anualmente à Comissão todos os dados e informações apresentados em conformidade com o presente artigo. A Comissão deve ter em conta esses dados e informações para efeitos de elaboração do relatório referido no artigo 11.°

Artigo 7.°

Denominações do produto

Com efeitos a partir de 30 de Setembro de 2003 e sem prejuízo do disposto no n.° 1 do artigo 5.°, não serão utilizados em embalagens de produtos de tabaco textos, designações, marcas e símbolos figurativos ou outros sinais que sugiram que um determinado produto do tabaco é menos prejudicial do que os outros.»

9. O artigo 13.° da directiva enuncia as competências e as obrigações que decorrem da entrada em vigor da directiva. Este artigo dispõe:

«1. Os Estados-Membros não podem, por considerações relativas à limitação dos teores de alcatrão, nicotina ou monóxido de carbono dos cigarros, às advertências referentes à saúde e a outras indicações ou a outros requisitos constantes da presente directiva, proibir ou restringir a importação, a venda e o consumo de produtos do tabaco conformes com a presente directiva, com excepção das medidas tomadas para efeitos de verificação das informações prestadas no âmbito do artigo 4.°

2. A presente directiva não afecta a faculdade de os Estados-Membros manterem ou adoptarem, no respeito do Tratado, normas mais restritivas em matéria de fabrico, importação, venda e consumo de produtos do tabaco que considerem necessárias para garantir a protecção da saúde pública, desde que essas normas não prejudiquem as estabelecidas na presente directiva.

3. Os Estados-Membros podem, designadamente, prever a proibição, enquanto se aguarda a elaboração da lista comum de ingredientes a que se refere o artigo 12.°, da utilização de ingredientes que provoquem o aumento das propriedades geradoras de dependência dos produtos do tabaco.»

B — *A base jurídica e o preâmbulo da directiva*

10. Como base jurídica para a directiva foram escolhidos os artigos 95.° CE e 133.° CE. Refira-se, a propósito, que o artigo 133.° CE foi aditado pelo Parlamento Europeu numa fase posterior da elaboração da directiva. A proposta da Comissão apenas possuía uma base jurídica, o artigo 95.° CE.

11. A base jurídica do artigo 95.° CE, ou pelo menos a supressão dos entraves ao mercado interno, ocupa um lugar de destaque no preâmbulo da directiva. Os segundo e terceiro considerandos referem que ainda existem divergências substanciais entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco, que entravam o funcionamento do mercado interno. Estes obstáculos devem ser eliminados. O considerando 4 refere ainda que, nos termos do n.° 3 do artigo 95.° CE, deve ser dada uma atenção prioritária à protecção da saúde, devido aos efeitos particularmente nocivos do tabaco.

12. Os (potenciais) entraves ao funcionamento do mercado interno também são mencionados num grande número de outros considerandos. Refiro, em especial:

— o sétimo considerando, primeira frase: «Alguns Estados-Membros informaram que, caso não sejam adoptadas medidas a nível comunitário estabelecendo teores máximos de monóxido de carbono para cigarros, adoptarão tais medidas a nível nacional.»

— o nono considerando, primeira e segunda frases: «Existem divergências entre as disposições legislativas, regu-

lamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de limitação do teor máximo de nicotina nos cigarros. Essas disparidades são susceptíveis de criar obstáculos às trocas comerciais, entravando assim o bom funcionamento do mercado interno.»

13. Só o décimo primeiro considerando da directiva é que se refere à exportação e, portanto, também ao artigo 133.° CE. Este considerando enuncia:

«A presente directiva terá igualmente consequências para os produtos do tabaco exportados pela Comunidade Europeia. O regime de exportação faz parte da política comercial comum. Nos termos do artigo 152.°, n.° 1, do Tratado e em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, os requisitos de saúde devem fazer parte integrante das outras políticas comunitárias. Deverão ser adoptadas regras destinadas a assegurar que as disposições relativas ao mercado interno não sejam desvirtuadas.»

14. A razão de ser do teor máximo autorizado de determinadas substâncias prejudiciais (artigo 3.° da directiva) é enunciada nos quinto, sétimo e nono considerandos. Quanto ao alcatrão, a Directiva 90/239 (a seguir «Directiva 90/239») [6] estabelece a quantidade máxima de alcatrão que os cigarros vendidos nos Estados-Membros podem conter. A redução adicional fica a dever-se à natureza cancerígena do alcatrão. Quanto ao monóxido de carbono, «está provado que os cigarros produzem quantidades de monóxido de carbono que são prejudiciais à saúde humana e podem contribuir para o aparecimento de doenças cardiovasculares e outras». De acordo com o nono considerando, a nicotina levanta questões específicas de saúde pública.

15. O décimo nono considerando, que explica os fundamentos do artigo 5.° da directiva, dispõe: «Persistem divergências entre os Estados-Membros no que respeita à apresentação das advertências e à indicação dos teores. Por conseguinte, os consumidores podem estar mais bem informados num Estado-Membro do que noutro sobre os riscos ligados aos produtos do tabaco. Essas disparidades são inaceitáveis e susceptíveis de criar obstáculos às trocas comerciais, entravando assim o funcionamento do mercado interno dos produtos do tabaco, devendo por isso ser eliminadas. Para tal, é necessário reforçar e clarificar a legislação vigente, assegurando-se simultaneamente um nível elevado de protecção da saúde.»

16. Quanto à interpretação do artigo 7.° da directiva — segunda questão do órgão

6 — JO L 137, p. 36.

jurisdicional de reenvio — o vigésimo sétimo considerando ocupa um lugar de destaque: «A utilização nas embalagens dos produtos do tabaco de certas indicações, como 'baixo teor de alcatrão', 'light', 'ultra-light', 'suave', designações, imagens e símbolos figurativos ou outros, pode induzir o consumidor no erro de que esses produtos são menos nocivos e levar a alterações no consumo. Os níveis das substâncias inaladas são determinados pelo teor de certas substâncias contidas no produto antes de ser consumido, mas também pelo comportamento do fumador e pelo grau de dependência. Este facto não se reflecte na utilização daqueles termos, o que pode prejudicar as exigências de rotulagem impostas na presente directiva. A fim de assegurar o correcto funcionamento do mercado interno e tendo em conta o desenvolvimento das regras internacionais propostas, aquela utilização deverá ser proibida ao nível comunitário, embora se deva dar tempo suficiente para a introdução desta interdição.»

C — *O acórdão, de 5 de Outubro de 2000, relativo à publicidade dos produtos do tabaco*

17. O acórdão relativo à publicidade dos produtos do tabaco, de 5 de Outubro de 2000, que levou à anulação da directiva sobre publicidade e patrocínio do tabaco, desempenha um papel importante na apreciação do presente processo. Neste momento, coloca-se a questão do significado dessa decisão do Tribunal de Justiça para a directiva em apreço, que visa igualmente reduzir o consumo de tabaco e que também se baseia — pelo menos a título principal — no artigo 95.° CE. Por essa razão, reproduzo aqui, como parte do enquadramento jurídico do processo, as principais considerações desse acórdão.

18. O Tribunal de Justiça define no seu acórdão as condições em que o artigo 95.° CE pode servir de base jurídica para a harmonização das normas relativas a produtos[7]. Essas condições consistem, objectivamente, no seguinte:

— As medidas devem melhorar as condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno. O artigo 95.° CE não atribui uma competência geral para regulamentar o mercado interno.

— As medidas devem ter por objectivo eliminar os entraves às liberdades fundamentais ou as distorções de concorrência.

— Deve tratar-se de um risco concreto. É possível recorrer-se ao artigo 95.° a fim

7 — V. n.os 83, 84, 86, 88 e 100 do acórdão.

de evitar o aparecimento de obstáculos futuros às trocas comerciais resultantes de uma evolução heterogénea das legislações nacionais. Todavia, o aparecimento de tais obstáculos deve ser verosímil e a medida em causa deve destinar-se à sua prevenção.

— Uma directiva pode conter disposições que só indirectamente contribuam para a eliminação de entraves. Trata-se, nesse caso, de disposições que são necessárias para evitar o contorno de determinadas proibições que têm directamente por objecto a eliminação de entraves.

— Segundo jurisprudência assente, apenas são relevantes as distorções sensíveis da concorrência.

— O Tribunal de Justiça qualifica de distorção da concorrência uma restrição das possibilidades de concorrência aplicáveis a todos os operadores económicos num Estado-Membro resultante, por exemplo, da proibição de determinado acto. Uma distorção desse tipo não justifica, por si só, que o artigo 95.° seja utilizado como base jurídica para a generalização a toda a União Europeia de uma proibição restritiva existente num Estado-Membro.

19. Quando as condições de aplicação do artigo 95.° CE se encontrem preenchidas, a protecção da saúde pública pode ser determinante nas opções a tomar.

20. Cada medida deve ser apreciada em função do seu contributo efectivo para a eliminação de entraves à livre circulação e de distorções da concorrência.

21. No domínio da livre circulação, o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 95.° CE permite a adopção de normas de publicidade para os meios de comunicação impressa, enquanto a proibição da publicidade em cartazes, chapéus-de-sol e cinzeiros, por exemplo, bem como a proibição de mensagens publicitárias no cinema, não poderá ter qualquer efeito na livre circulação. Aparentemente, o Tribunal de Justiça parte do pressuposto de que nestes últimos casos se trata de mercados mais ou menos locais, o que não me parece óbvio, tendo em conta o carácter internacional do mercado do tabaco, do qual também fazem parte a produção e o comércio dos suportes publicitários. O Tribunal de Justiça atendeu, sobretudo, ao facto de que as disposições sobre suportes publicitários têm um carácter mínimo; os Estados-Membros podem fixar exigências mais rigorosas. Falta uma disposição relativa à livre circulação. Deste modo — se bem percebo a posição do Tribunal de Justiça —, a directiva não pode contribuir efectivamente para a eliminação dos entraves à livre circulação.

22. A apreciação no domínio da concorrência conduziu à seguinte conclusão. O artigo 95.° CE não é adequado para suprimir uma distorção da concorrência através de uma restrição profunda da concorrência em toda a Comunidade.

23. Um último aspecto importante é o facto de o Tribunal de Justiça não se considerar competente nesse caso para anular parcialmente a directiva, tendo em conta o carácter geral da proibição estabelecida pela directiva.

III — A matéria de facto e a tramitação processual

A — *O processo principal*

24. As recorrentes no processo principal, British American Tobacco (Investments) Limited e Imperial Tobacco Limited (a seguir «as recorrentes»), são fabricantes de produtos do tabaco no Reino Unido. As recorrentes são dos maiores fabricantes do mundo de produtos do tabaco. Desenvolvem a sua actividade em 180 países e têm uma quota de mercado global de 15,1%. As recorrentes possuem mais de 80 fábricas espalhadas por 64 países e fabricam 800 mil milhões de cigarros por ano. Empregam em todo o mundo 80 000 trabalhadores. As suas principais marcas internacionais são Lucky Strike, Kent, Dunhill e Pall Mall. Outras marcas importantes são, nomeadamente, Rothmans, Peter Stuyvesant, Benson & Hedges e John Player Gold Leaf[8]. Segundo as recorrentes, a transposição da directiva tem efeitos consideráveis nas actividades das recorrentes e suas filiais.

25. Em 3 de Setembro de 2001, as recorrentes apresentaram na High Court of Justice um pedido de oposição à intenção e/ou obrigação do Governo do Reino Unido de transpor a directiva para o direito nacional. Em audiência no órgão jurisdicional nacional, colocou-se a questão do significado da secção 2 (2) do European Communities Act. As recorrentes declararam que a secção 2 (2) do European Communities Act confere ao Governo britânico o poder para executar as suas obrigações comunitárias. As recorrentes solicitaram ao órgão jurisdicional nacional a declaração *ultra vires* do exercício pelo Governo britânico do poder conferido pelo European Communities Act, uma vez que a directiva é em si mesma inválida. Portanto, segundo as mesmas, não há qualquer obrigação comunitária por parte do Governo britânico que justifique o exercício deste poder.

26. Por decisão de 26 de Fevereiro de 2002, a High Court of Justice autorizou a intervenção da Japan Tobacco Inc. e da JT International SA no processo principal.

8 — Dados provenientes do sítio *web* das recorrentes.

27. A Japan Tobacco Inc. declara que as suas críticas visam o artigo 7.° da directiva e, mais especificamente, os fundamentos apresentados pelas recorrentes no processo principal.

28. A Japan Tobacco Inc. é um dos maiores fabricantes de cigarros do mundo. A JT International SA é uma filial da Japan Tobacco Inc. A JT International SA produz cigarros na sua fábrica na Alemanha e distribui-os nos quinze Estados-Membros da Comunidade. A Japan Tobacco Inc. é ainda proprietária da marca comercial Mild Seven. Segundo afirma, a Mild Seven é a segunda maior marca de cigarros do mundo. A JT International SA detém a licença exclusiva desta marca. As vendas da Mild Seven representam mais de 40% do total de vendas da Japan Tobacco Inc[9].

29. As recorrentes deduzem sete fundamentos de invalidade da Directiva 2001/37/CE, os quais são reproduzidos nas sete partes da primeira questão prejudicial.

9 — A Japan Tobacco Inc. e a JT International SA são a seguir designadas nas presentes conclusões por Japan Tobacco.

B — *As questões prejudiciais*

30. Posteriormente, a High Court of Justice (Administrative Court) apresentou um pedido de decisão prejudicial, por despacho de 6 de Dezembro de 2001, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 19 de Dezembro de 2001, sobre as seguintes questões:

1) A Directiva 2001/37/CE é, no todo ou em parte, inválida em virtude de:

   a) os artigos 95.° CE e/ou 133.° CE não constituírem uma base jurídica adequada;

   b) os artigos 95.° CE e 133.° CE serem utilizados como dupla base jurídica;

   c) violação do princípio da proporcionalidade;

   d) violação do artigo 295.° CE, do direito fundamental de propriedade e/ou do artigo 20.° do acordo TRIP's;

e) violação do artigo 253.° CE e/ou da obrigação de fundamentar;

f) violação do princípio da subsidiariedade;

g) desvio de poder?

2) Em caso de resposta negativa à primeira questão, o artigo 7.° da Directiva 2001/37/CE do Parlamento e do Conselho é aplicável apenas aos produtos do tabaco comercializados na Comunidade Europeia ou também aos produtos do tabaco embalados na Comunidade Europeia e destinados à exportação para países terceiros?

C — *O processo no Tribunal de Justiça*

31. No termos do artigo 20.° do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça, foram apresentadas observações escritas pelos seguintes intervenientes: recorrentes, Japan Tobacco, Parlamento Europeu, Conselho, Comissão e Governos da Bélgica, Alemanha, Finlândia, França, Grécia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Reino Unido e Suécia. Na audiência no Tribunal de Justiça de 2 de Julho de 2002, as recorrentes, a Japan Tobacco, o Parlamento Europeu, o Conselho, a Comissão e os Governos de Bélgica, Alemanha, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos e Reino Unido explicaram oralmente as suas posições.

D — *Questão preliminar*

32. O Parlamento chama a atenção para o facto de as recorrentes terem alegado no processo principal que a sua argumentação é corroborada por um parecer confidencial que o Serviço Jurídico do Parlamento elaborou sobre o projecto de directiva. As recorrentes no processo principal juntaram também outros dois pareceres do Serviço Jurídico às declarações das testemunhas. As recorrentes baseiam ainda a sua posição noutro parecer da comissão dos assuntos jurídicos do Parlamento.

33. O Parlamento pede ao Tribunal de Justiça que não receba estes pareceres, nem os documentos onde estes são citados ou onde é feita remissão para os mesmos. A este propósito, o Parlamento refere as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Espanha/Conselho [10], onde o advogado-geral afirma que, na falta de

10 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1995 (C-350/92, Colect., p. I-1985). O advogado-geral entende, aliás, que o mesmo princípio se aplica no caso de não ter sido apresentado qualquer documento do serviço jurídico, mas apenas ter sido feita referência nas alegações à posição alegadamente adoptada pelo serviço jurídico.

autorização expressa de uma instituição comunitária, os pareceres do Serviço Jurídico dessa instituição não podem ser directa ou indirectamente invocados perante o Tribunal de Justiça. Isso seria, naturalmente, prejudicial ao interesse público no fornecimento de pareceres jurídicos independentes. O Parlamento refere igualmente o despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância no processo Carlsen [11], segundo o qual a difusão de pareceres dos serviços jurídicos pode criar incerteza quanto à legalidade dos actos comunitários e ter consequências negativas para o funcionamento das instituições comunitárias. A estabilidade da ordem comunitária e o bom funcionamento das instituições — que representam interesses públicos cujo respeito deve ser assegurado — poderiam, pois, ser prejudicados.

34. Entendo que os pareceres jurídicos emitidos no âmbito do procedimento legislativo comunitário não devem permanecer em sigilo em todos os casos. A publicidade desses pareceres também tem uma vantagem importante, uma vez que aumenta a transparência do procedimento legislativo comunitário. No entanto, isto não significa que todos os pareceres devam ser públicos. A este propósito, faço uma distinção entre, por um lado, os pareceres internos dos serviços jurídicos que devem poder ser emitidos livremente para a determinação da posição interna de uma instituição e, por outro lado, os pareceres externos, mais formais, tais como os que são emitidos nalguns Estados-Membros por um conselho de estado. Em relação a estes pareceres, não vejo qualquer razão para sigilo. Mas mesmo os pareceres internos podem, por uma ou outra razão, ser públicos. Neste caso, as partes num processo como o presente são, naturalmente, livres de aproveitar os argumentos utilizados nos pareceres. Outra coisa é o facto de uma instituição não poder ficar vinculada pelas posições internas do seu Serviço Jurídico.

35. No caso em apreço, os documentos em causa não têm de ser considerados para a apreciação da vontade do legislador comunitário. Proponho, assim, que o Tribunal de Justiça, na apreciação do presente processo, tome nota de que estes pareceres não representam a posição do Parlamento Europeu. Quanto ao restante, o pedido do Parlamento Europeu pode ser ignorado.

IV — A natureza especial do processo e a admissibilidade

36. O presente processo tem uma natureza especial, uma vez que o Tribunal de Justiça é, pela primeira vez, chamado a pronunciar-se sobre a admissibilidade de questões prejudiciais respeitantes à validade de uma directiva, questões estas suscitadas pelos interessados num processo perante o órgão jurisdicional nacional durante a fase de

11 — Despacho de 3 de Março de 1998, Carlsen e o./Conselho (T-610/97 R, Colect., p. II-485). V. também o acórdão de 8 de Novembro de 2000, Ghignone/Conselho (T-44/97, Colect., p. I-A-223, p. II-1023).

transposição da directiva. A mesma situação verificou-se também no processo Imperial Tobacco e o.[12] Contudo, nesse processo, o Tribunal de Justiça não teve de se pronunciar sobre a admissibilidade, dada a inutilidade superveniente da lide, depois de a directiva em causa ter sido anulada pelo acórdão de 5 de Outubro de 2000[13]. Em contrapartida, no acórdão SMW Winzersekt[14], o Tribunal de Justiça respondeu a uma questão algo semelhante. Tratava-se aí de uma disposição de um regulamento que era aplicável após um período de transição. Segundo o Tribunal de Justiça, a recorrente no referido processo principal não tinha que esperar pelo decurso do prazo de transição para poder invocar perante um órgão jurisdicional nacional a inaplicabilidade da disposição em causa.

37. O Governo francês e a Comissão contestam a admissibilidade. O Governo francês chama a atenção para o facto de que uma directiva não pode, por si só, criar obrigações na esfera jurídica de um particular. Refere, em particular, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância Salamander e o./Parlamento e Conselho[15], segundo o qual uma directiva que vincule os Estados-Membros a impor obrigações aos operadores económicos não pode, por si só, antes da adopção das medidas de transposição nacionais e independentemente delas, afectar directamente a situação jurídica de tais operadores económicos. Por conseguinte, os prejuízos causados aos particulares durante o prazo de transposição são de natureza factual e não se baseiam no direito comunitário. A Comissão também entende que antes do decurso do prazo de transposição não é necessário decidir sobre a validade e a interpretação de uma directiva. De resto, se um particular pudesse, antes do decurso do prazo de transposição, contestar a validade de uma directiva perante um órgão jurisdicional nacional, isto poderia ser considerado um desvio ao disposto no artigo 230.° CE e uma violação das vias de recurso contempladas no Tratado CE.

38. No meu entender, a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça em matéria de admissibilidade das questões prejudiciais oferece uma resposta ao processo em apreço, no que se refere às questões relativas à validade de uma directiva colocadas durante a fase de transposição.

39. Em resumo, a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça determina que sempre que as questões colocadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais se refiram à interpretação de uma disposição do direito comunitário, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a decidir. O pedido do órgão jurisdicional nacional só pode ser indeferido se se verificar que o processo previsto no artigo 234.° CE foi desviado do seu objectivo ou utilizado para provocar uma decisão do Tribunal de Justiça com

12 — Acórdão de 5 de Outubro de 2000 (C-74/99, Colect., p. I-8599).

13 — Processo C-376/98, já referido na nota 3.

14 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1994 (C-306/93, Colect., p. I-5555).

15 — Acórdão de 27 de Junho de 2000 (T-172/98, T-175/98, T-176/98 e T-177/98, Colect., p. II-2487, n.° 54).

base num litígio artificial, ou no caso de manifesta inaplicabilidade, directa ou indirecta, da disposição de direito comunitário submetida à interpretação do Tribunal de Justiça às circunstância do caso concreto [16].

40. O Tribunal de Justiça faz, portanto, uma interpretação ampla da sua obrigação de decidir uma questão prejudicial, chamando sempre a atenção para o facto de o processo previsto no artigo 234.° CE ser um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais. Daqui decorre, segundo afirma o Tribunal de Justiça, que compete apenas aos órgãos jurisdicionais nacionais onde o litígio se encontra pendente e que são responsáveis pela decisão a tomar, apreciar, face às particularidades de cada caso, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para que aquela decisão seja proferida como a pertinência jurídica das questões que colocam ao Tribunal de Justiça.

41. Por outras palavras, compete ao órgão jurisdicional nacional — e, portanto, não ao Tribunal de Justiça — apreciar a oportunidade das questões prejudiciais. Só não se pode tratar de um litígio artificial e as questões devem dizer respeito à aplicação de direito comunitário.

42. Quanto a estes aspectos, não tenho quaisquer dúvidas. Em primeiro lugar, exige, segundo o direito nacional, um litígio real relacionado com a competência do Governo britânico para recorrer à Section 2(2) do European Communities Act. Em segundo lugar, as questões dizem respeito à aplicação do direito comunitário. Com efeito, o litígio não se refere a um projecto de diploma comunitário, mas a uma directiva que foi adoptada e que, nos termos do artigo 16.° da directiva, entrou em vigor no dia da sua publicação. Assim se determina qual o conteúdo da directiva e quais as obrigações que dela decorrem após o termo do prazo de transposição.

43. O referido no acórdão Vaneetveld [17] — a que faz referência a Comissão — em nada altera o que acabo de afirmar. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que uma directiva só pode ser invocada pelos particulares perante os órgãos jurisdicionais nacionais após expirar o prazo fixado para a sua transposição para o direito nacional. Antes do decurso desse período, uma directiva não pode, nomeadamente, criar quaisquer direitos a favor de um indivíduo que o órgão jurisdicional nacional deva proteger. Durante esse período, não podem decorrer de uma directiva quaisquer obrigações para os particulares. Apenas sobre os Estados-Membros impedem obrigações bem definidas. Estes devem transpor a directiva para a legislação nacional e, sobretudo, abster-se de adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito pela directiva [18].

16 — V., por exemplo, acórdão de 17 de Julho de 1997, Giloy (C-130/95, Colect., p. I-4291, n.os 20 e segs.).

17 — Acórdão de 3 de Março de 1994 (C-316/93, Colect., p. I-763).

18 — Acórdão de 18 de Dezembro de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Colect., p. I-7411).

44. No entanto, isto não significa que não exista uma necessidade objectiva [19] de proferir uma decisão sobre as questões prejudiciais colocadas e que se trate, assim, de um litígio artificial, hipótese em que o Tribunal de Justiça não teria que se pronunciar.

45. Mais, não há dúvida de que as recorrentes têm interesse em que se responda às questões prejudiciais colocadas ao Tribunal de Justiça. Esse interesse existe na medida em que as recorrentes precisam de poder obter uma certeza sobre os seus direitos e obrigações num futuro próximo, essenciais para a condução da sua actividade. Além disso, é provável que, mesmo antes do decurso do prazo de transposição, tenham de tomar determinadas medidas no âmbito da sua actividade económica. O Tribunal de Justiça não intervém na apreciação do conteúdo ou da amplitude desse interesse. No processo prejudicial, essa apreciação é reservada ao órgão jurisdicional nacional. É precisamente esta a diferença entre o processo prejudicial e o recurso directo à jurisdição comunitária com base no artigo 230.° CE [20]. A fim de ser exaustivo, chamo ainda a atenção para o facto de tampouco subsistirem dúvidas de que o interesse das recorrentes é considerável. Ainda a fim de ser exaustivo, gostaria de responder ao argumento do Governo francês segundo o qual o interesse das recorrentes é de natureza factual e não se baseia no direito comunitário. Este argumento parece-me não só incorrecto [21], como até irrelevante para o Tribunal de Justiça, uma vez que essa apreciação compete ao órgão jurisdicional nacional.

46. Concluo, assim, que o Tribunal de Justiça deve decidir sobre as questões prejudiciais que lhe foram submetidas pela High Court. Chamo a atenção para o facto de esta conclusão se inscrever na linha seguida pelo Tribunal de Justiça no processo Winzersekt [22], de certo modo semelhante a este.

47. Convém, no entanto, chamar a atenção para o facto de que uma conclusão inversa — no sentido da não admissibilidade — teria como consequência a ausência de uma protecção jurídica eficaz das recorrentes pela ordem jurídica comunitária. Assim se violaria este importante princípio geral de direito, que o Tribunal de Justiça [23] sempre reconheceu enquanto parte integrante das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. O princípio jurídico está consagrado nos artigos 6.° e 13.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e foi formulado pela União Europeia no artigo 47.° da Carta dos Direitos Fundamentais.

19 — O Tribunal de Justiça emprega este critério no acórdão de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.° 65).

20 — V., também neste sentido, as conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo Imperial Tobacco e o. (C-74/99, referido na nota 12, n.° 32).

21 — V. n.° 37 das presentes conclusões.

22 — V. n.° 36 das presentes conclusões.

23 — V., por exemplo, o acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651).

48. Em primeiro lugar, chamo a atenção para o seguinte, a propósito da exigência de uma protecção eficaz: o processo prejudicial faz parte de um conjunto de dispositivos que devem oferecer ao cidadão a necessária protecção jurídica. Além do processo prejudicial, prevê-se um recurso directo, que qualquer pessoa singular ou colectiva pode interpor junto do Tribunal de Primeira Instância, em determinadas condições.

49. Contudo, nos termos do artigo 230.° CE, a validade de uma directiva só pode ser apreciada num recurso directo, interposto por um Estado-Membro, pelo Conselho ou pela Comissão [24]. Este artigo não confere às pessoas singulares e colectivas o direito de impugnar a validade de uma directiva perante o Tribunal de Justiça. O quarto parágrafo do artigo 230.° apenas refere decisões e, numa circunstância específica, regulamentos.

50. O facto de o quarto parágrafo do artigo 230.° CE fazer uma descrição precisa dos casos em que as pessoas singulares e colectivas dispõem efectivamente de um direito de acção significa que o legislador do Tratado optou explicitamente por recusar o acesso directo à jurisdição comunitária num caso como o presente. Isso também está de acordo com a linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que define rigorosamente as condições que o interesse individual dos particulares deve satisfazer para estes poderem instaurar um processo junto da jurisdição comunitária [25]. Os interessados apenas têm legitimidade processual se uma «decisão os atingir devido a determinadas qualidades que lhes são próprias ou uma situação de facto que os caracterize relativamente a qualquer outra pessoa, individualizando-os, por isso, de forma idêntica à do destinatário» [26]. Segundo esta jurisprudência, as recorrentes no processo principal não têm qualquer direito de acção, pois não se distinguem de outros fabricantes de produtos do tabaco atingidos pela directiva. Em resumo, mesmo que o artigo 230.°, quarto parágrafo, fizesse referência às directivas, as recorrentes continuariam a não ter legitimidade processual nos termos deste artigo.

51. Em apoio da sua interpretação restrita, o Tribunal de Justiça afirma, nomeadamente, que o cidadão pode sempre dirigir-se ao órgão jurisdicional nacional, o qual, por sua vez, pode colocar questões prejudiciais. Os direitos do cidadão a uma protecção jurídica eficaz são garantidos através da via prejudicial [27]. Isso implica, obviamente, que o direito comunitário não vede também o acesso à via prejudicial,

24 — E, em casos especiais, pelo Parlamento Europeu, o Tribunal de Contas ou o Banco Central Europeu.

25 — V., para uma síntese desta jurisprudência, as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs apresentadas em 21 de Março de 2002 no processo Unión de Pequeños Agricultores (UPA) (C-50/00 P, Colect., p. I-6677).

26 — Acórdão de 2 de Abril de 1998, Greenpeace Council e o./Comissão (C-321/95 P, Colect., p. I-1651, n.° 7). Recentemente confirmado no acórdão de 25 de Julho de 2002, Unión de Pequeños Agricultores (UPA) (C-50/00 P, já referido na nota 25, n.° 44).

27 — V., a propósito da fundamentação, acórdão UPA, já referido, n.os 38 e segs.). Aqui o Tribunal de Justiça segue uma abordagem diametralmente oposta à preconizada pela Comissão, quando esta afirma que a abertura da via prejudicial contraria precisamente o sistema de vias de recurso do Tratado CE.

criando um vácuo jurídico. Por enquanto, deixo ainda de lado a questão de saber se esta interpretação restrita que o Tribunal de Justiça faz do artigo 230.° CE, quarto parágrafo, respeita os direitos constitucionais do cidadão de acesso aos tribunais. O advogado-geral F. G. Jacobs manifestou, a meu ver correctamente, sérias dúvidas sobre essa questão, nas conclusões que apresentou no processo UPA [28].

52. Em segundo lugar, deve atender-se ainda ao princípio da segurança jurídica. Numa ordem jurídica que funcione bem, o interessado deve, tanto quanto possível, ter certezas quanto aos seus direitos e obrigações, sobretudo tratando-se de direitos e obrigações que podem ter uma influência considerável na condução da sua actividade económica. Parece-me, pois, irrelevante, que se trate de direitos e obrigações que ainda não se encontram em vigor num dado momento, mas em relação aos quais há a certeza de que entrarão em vigor a curto prazo.

53. É certo que a validade de uma directiva pode ser submetida à apreciação do Tribunal de Justiça no âmbito de um processo prejudicial com base no Tratado CE, na sequência de uma acção instaurada junto do órgão jurisdicional nacional por um interessado que tenha uma dúvida fundada sobre a sua validade jurídica. Entendo que é contrário ao princípio da segurança jurídica interpretar o direito comunitário no sentido de que um interessado deve aguardar o termo do prazo de transposição para poder recorrer aos tribunais.

54. Em terceiro lugar, declarar o processo em apreço inadmissível poderia levar a que os interessados sofressem prejuízos quando posteriormente se verificasse que a directiva é inválida, uma vez que necessitam desde já de tomar medidas para adaptar a sua produção. O interessado procuraria então ser indemnizado pelos prejuízos sofridos, dirigindo-se ao Estado-Membro que aprovou a legislação para transposição da directiva ou directamente à Comunidade Europeia. O artigo 288.°, segundo parágrafo, CE prevê essa possibilidade.

55. Segundo jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça submete a condições rigorosas a concessão de uma indemnização por danos emergentes de legislação ilegal. Não vou aprofundar a questão de saber em que medida um pedido de indemnização contra a Comunidade Europeia poderá ser bem sucedido. Não excluo essa possibilidade, sobretudo se a invalidade resultar do facto de o legislador comunitário ter adoptado uma medida para a qual, segundo o Tratado CE, não tem competência, por falta de base jurídica.

28 — V. nota 25. No acórdão de 3 de Maio 2002, Jégo-Quéré/Comissão (T-177/01, Colect., p. II-2365), o Tribunal de Primeira Instância também já deu, uma vez, uma interpretação mais ampla.

56. Mais importante é o facto de a inadmissibilidade, seguida por uma declaração posterior de invalidade da directiva em novo processo, causar prejuízos aos interessados a que os mesmos são alheios. Com efeito, a decisão de adoptar as medidas necessárias à execução da directiva — antes da declaração de invalidade — não depende de uma livre escolha do empresário, mas assenta numa obrigação legal.

57. Um sistema de protecção jurídica deve ser montado de forma a oferecer mecanismos que permitam, tanto quanto possível, prevenir a verificação dos danos ou, pelo menos, reduzir a sua dimensão. Por outras palavras, não seria correcto interpretar as disposições do Tratado CE que garantem o acesso à justiça de modo a excluir essa possibilidade de os particulares limitarem os danos.

V — O contexto

A — *Generalidades*

58. Este processo não é um caso isolado. A apreciação deste processo é em grande parte determinada pelo seu contexto: em primeiro lugar, o contexto factual em que se realiza a produção, o comércio e o consumo de produtos do tabaco. Este contexto factual serviu de base à elaboração da directiva. A elaboração da directiva será objecto da segunda parte deste capítulo. O terceiro aspecto que me parece importante são as alterações materiais que decorrem da directiva. Com efeito, há já muito tempo que a composição e a rotulagem de produtos do tabaco são alvo da intervenção do legislador comunitário.

B — *O contexto factual*

59. No presente processo, foi fornecido ao Tribunal de Justiça muita informação sobre os riscos do consumo de tabaco, designadamente sob a forma de extensos relatórios médico-científicos e de fotografias de vítimas. Não creio que seja tarefa do Tribunal de Justiça formar uma opinião aprofundada sobre os efeitos precisos do consumo de tabaco. É suficiente declarar aqui que a gravidade destes efeitos já não é verdadeiramente contestada e que a opinião da sociedade sobre o consumo do tabaco se alterou significativamente. Estes dois desenvolvimentos são a consequência, designadamente, do aumento do conhecimento científico sobre os efeitos nocivos do tabagismo. Não obstante, continua a fumar-se muito, sobretudo entre os mais jovens [29].

29 — A Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa ao papel actual e futuro da Comunidade na luta contra o consumo de tabaco (COM/96/0609 final), de 18 de Dezembro de 1996, baseia-se no dado de que, em 1996, mais de 40% da população adulta da União Europeia fuma.

60. Tanto ao nível da União Europeia como em muitos Estados-Membros, a política apoia-se em dois pilares. O primeiro pilar contém medidas que visam, tanto quanto possível, desencorajar o consumo de tabaco, tendo em especial atenção os jovens; o segundo pilar refere-se a medidas destinadas a restringir, tanto quanto possível, os efeitos nocivos do tabagismo. A obrigação de rotulagem da directiva constitui um exemplo da política do primeiro pilar; a obrigação de composição dá expressão ao segundo pilar. A Comissão chama ainda a atenção para o facto de que uma medida mais restritiva — proibição pura e simples dos produtos do tabaco — talvez se justificasse face aos perigos do consumo de tabaco, mas não seria viável, por considerações práticas e por razões fiscais e políticas.

61. Isto leva-me ao mercado dos produtos do tabaco, designadamente dos cigarros. Este é cada vez mais um mercado que ultrapassa as fronteiras [30]. As preferências locais desempenham um papel cada vez mais reduzido, num mercado dominado por um número limitado de grandes marcas de cigarros. Do lado da indústria do tabaco, a concentração é ainda maior [31]: os grandes operadores económicos comercializam frequentemente várias marcas. O carácter transfronteira do mercado dos cigarros não significa que tenha passado a existir um mercado com condições de concorrência equitativas. Pelo contrário, o mercado é em grande medida regulado pelas autoridades nacionais. Devido aos impostos especiais de consumo nacionais, existem diferenças de preço significativas e as normas relativas à publicidade também diferem muito.

62. As grandes diferenças de preço tornaram este mercado mais sensível ao comércio ilegal e ao contrabando. Num relatório do Banco Mundial de 1999 [32], é estimado que 30% dos cigarros exportados à escala internacional, ou seja cerca de 355 mil milhões de cigarros, se perdem no contrabando.

63. O comércio ilegal e o contrabando também constituem uma actividade essencial no comércio entre os Estados-Membros da União Europeia e países terceiros, o que não é contestado no presente processo. As opiniões já divergem quanto à proporção do contrabando que é feito com cigarros

30 — De acordo com os números do Eurostat de 1999, as trocas comerciais entre os Estados-Membros no interior da União Europeia apresentam um volume considerável (valor das exportações dentro da União Europeia: 3 626 419 070 ecus), em comparação com o valor total de cigarros que são vendidos na União (em que o valor ascende a 14 275 426 293 ecus). Também as exportações da União para países terceiros representam num montante relativamente elevado, a saber 1 667 025 670 ecus. Em contrapartida, as importações para a União Europeia a partir de países terceiros apresentam, no entanto, um volume consideravelmente mais reduzido (10 627 240 ecus). V. ep16va, Annual value data (NACE 16: Manufacture of tobacco products), Eurostat, 1999.

31 — Também de acordo com os números do Eurostat, em 2000 encontravam-se estabelecidas na União Europeia 46 unidades de produção. Destas, 4 encontravam-se na Bélgica, 7 na Alemanha, 6 na Grécia, 6 em Espanha, 3 na Irlanda, 1 no Luxemburgo, 4 nos Países Baixos, 3 em Portugal e 4 no Reino Unido.

32 — Curbing the epidemic, Governments and the Economics of Tobacco Control, Washington DC 1999, p. 63.

produzidos na União Europeia e depois comercializados ilegalmente no mercado europeu (eventualmente após terem sido exportados e reimportados) ou com cigarros provenientes de países terceiros.

64. Assim, o Governo luxemburguês afirma que 97% dos cigarros importados clandestinamente para a União Europeia são provenientes de países terceiros, o Governo alemão refere a mesma percentagem de importação clandestina para a Alemanha e as recorrentes no processo principal sustentam que 85% dos cigarros ilegais existentes na União Europeia são provenientes de países terceiros. A Comissão afirma, por seu lado, que a quota-parte dos cigarros ilegais encontrados na União Europeia que é produzida no seu interior é consideravelmente superior a 15%.

65. Segundo o último relatório de actividades do OLAF [33], o contrabando de cigarros é um problema para todos os Estados-Membros e muitos países terceiros, que traz consigo grandes perdas para o orçamento comunitário e para os orçamentos nacionais. Os contrabandistas no sector dos cigarros operam à escala mundial e dispõem de muitos meios e de uma infra-estrutura muito sofisticada. A fraude com cigarros acontece, na prática, quase sempre da mesma forma: consiste geralmente em declarações falsas, contorno das normas e contrabando puro e simples. Quando, num determinado Estado-Membro ou país terceiro, é feito um controlo mais rigoroso da proveniência dos cigarros, os autores da fraude deslocam as suas actividades para outro Estado-Membro ou para outro país terceiro. Uma vez que estão em jogo lucros imensos, os autores da fraude estão dispostos a armazenar ou deslocar os cigarros durante períodos consideráveis, na esperança de que diminua o interesse dos serviços de investigação, antes de introduzirem os cigarros de forma fraudulenta na Comunidade [34]. Ainda de acordo com o relatório, no contrabando de cigarros, estes são inicialmente armazenados na União Europeia, antes de serem exportados para países terceiros (ou de serem dados como exportados).

66. No presente processo também se atende à importância económica do sector do tabaco na União Europeia, relacionada essencialmente com a cultura do tabaco, sobretudo em alguns Estados-Membros do sul, e com a respectiva transformação industrial. A directiva pode ter um efeito prejudicial neste sector. Segundo as recorrentes, a aplicabilidade da directiva às exportações implicará a uma perda de 1 800 a 3 000 postos de trabalho só dentro da sua empresa.

33 — Relatório do Organismo Europeu de Luta Antifraude, Relatório de actividades para o período compreendido entre 1 de Junho de 2000 e 31 de Maio de 2001, pp. 26 e 27.

34 — De acordo com o relatório anual de 1998, o Principado de Andorra é desde 1996 o país mais importante no contrabando de tabaco para a União Europeia. V. Protecting the Communities' financial interests and the fight against fraud, Annual Report 1998, p. 19.

C — *A elaboração da directiva*

67. A directiva tem uma longa história. As medidas mais importantes da directiva (artigos 3.° a 7.°) já foram referidas como opções na comunicação da Comissão de 18 de Dezembro de 1996[35]. Nessa comunicação, a Comissão propôs uma série de medidas para intensificar a prevenção do consumo de tabaco na Comunidade.

68. Esta comunicação teve seguimento, nomeadamente, na resolução do Parlamento[36], em que este insiste na vigilância apertada da evolução do teor de nicotina indicado nas embalagens em toda a União. Também é solicitado à Comissão que avalie a eficácia das advertências apostas nas embalagens. O Parlamento reprova ainda o facto de a União Europeia exportar para países terceiros o tabaco de qualidade inferior, que não respeita as normas europeias, e contribuir assim para o agravamento da situação da saúde pública em alguns países onde ela já era preocupante.

69. Com base nas observações do Parlamento Europeu e do Conselho, a Comissão apresentou, em Outubro de 1999, um relatório[37] sobre o seguimento da sua comunicação de 1996. Este relatório contém uma análise da política e das práticas dos Estados-Membros no que se refere a uma série de medidas de combate ao consumo de tabaco.

70. Nas suas conclusões relativas ao combate ao consumo de tabaco[38], o Conselho sublinha a necessidade de se desenvolver uma estratégia geral que contenha um sistema eficaz de vigilância do consumo de tabaco, da política do tabaco e do seu efeito em toda a Comunidade, bem como da execução da legislação comunitária. Algumas das medidas propostas nas conclusões foram desenvolvidas numa proposta recente da Comissão[39] sobre a luta antitabaco. Concretamente, foram tomadas algumas iniciativas com vista à protecção dos menores, entre as quais a adopção de regulamentação em matéria de condições de venda, venda através de meios electrónicos e distribuidores automáticos.

71. As preocupações da Comunidade Europeia em matéria de luta contra o tabagismo remonta a bem mais longe. Já em Junho de 1985, o Conselho Europeu de Milão subli-

35 — V. nota 29.

36 — Resolução sobre a comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa ao papel actual e futuro da Comunidade na luta contra o consumo de tabaco (JO 1998, C 14, p. 197).

37 — Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões — Progressos verificados no domínio da protecção da saúde pública contra os efeitos nocivos do consumo do tabaco [COM(1999) 407 final].

38 — Conclusões do Conselho, de 18 de Novembro de 1999, sobre a luta contra o consumo de tabaco (JO 2000, C 86, p. 4).

39 — Proposta de recomendação do Conselho relativa à prevenção do tabagismo e a iniciativas destinadas a reforçar a luta antitabaco [COM(2002) 303 final].

nhou o interesse de lançar um programa europeu de luta contra o cancro. Este programa foi criado em 7 de Julho de 1986[40] e tinha por objectivo contribuir para melhorar a saúde e a qualidade de vida dos cidadãos da Comunidade reduzindo o número de casos de cancro. Este programa de acção considerou prioritária a luta contra o consumo de tabaco. Em execução deste programa de acção, foram adoptadas as primeiras directivas de harmonização no domínio do consumo de tabaco.

72. A elaboração da directiva deve também ser vista à luz dos desenvolvimentos internacionais. Alguns países ocidentais não pertencentes à União Europeia reforçaram significativamente a sua legislação nos últimos anos. No presente processo, é muitas vezes dado como exemplo o Canadá, que ainda é mais exigente no que diz respeito às advertências referentes à saúde do que as disposições propostas na directiva.

73. Além disso, está a ser negociada, no âmbito da Organização Mundial de Saúde, uma convenção-quadro sobre o controlo do tabagismo[41]. Quer a Comissão quer os Estados-Membros participaram nestas negociações. Segundo as actas das reuniões[42] das negociações, a indústria do tabaco tem sido posta ao corrente das negociações sobre a convenção-quadro e pode contribuir com a sua posição sobre a convenção-quadro.

74. Resumindo, as restrições que a directiva impõe à composição, rotulagem e denominação dos produtos do tabaco não surgem do nada. Têm um passado extenso, ao qual a indústria do tabaco esteve estreitamente associada. Tudo isto significa que os produtores de tabaco da União Europeia — e também os importadores de tabaco — tiveram a oportunidade de adoptar oportunamente as necessárias medidas para limitar os danos eventualmente resultantes da directiva.

D — *Quais as alterações materiais introduzidas pela directiva?*

75. A comercialização dos produtos do tabaco já está sujeita a normas comunitárias relacionadas com os riscos que o tabagismo apresenta para a saúde. Estas normas encontram-se nas seguintes directivas:

— Directiva 89/622/CEE do Conselho, de 13 de Novembro de 1989, relativa à

40 — JO C 184, p. 19.

41 — V. de forma desenvolvida no sítio *web* da OMS, www.oms.int.

42 — Disponíveis no sítio *web* da OMS.

aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de rotulagem dos produtos do tabaco (a seguir «Directiva 89/622»)[43];

— Directiva 90/239/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1990, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros sobre o teor máximo de alcatrão nos cigarros;

— Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, relativa à televisão sem fronteiras[44] proíbe a publicidade televisiva de produtos do tabaco.

Além dessas, estava ainda em vigor a Directiva 98/43, respeitante à publicidade e ao patrocínio dos produtos do tabaco. Conforme já foi referido, esta directiva foi anulada pelo Tribunal de Justiça.

76. A regulamentação comunitária existente foi reforçada pela directiva em apreço, quer relativamente às normas de rotulagem — as advertências para o fumador tornam-se um pouco mais sérias — quer relativamente às normas de composição. Além do reforço do teor máximo de alcatrão, passam também a vigorar teores máximos para a nicotina e para o monóxido de carbono. Por outro lado, — e este é um elemento completamente novo da regulamentação — os teores máximos também se aplicam agora aos cigarros que são produzidos na Comunidade com vista à exportação para países terceiros.

77. Paralelamente, a directiva contém duas obrigações que devem ser consideradas novas. O artigo 6.° prevê a publicidade da composição do produto mediante a intervenção das autoridades dos Estados-Membros. O artigo 7.° proíbe a utilização de determinadas indicações que possam ter um efeito sugestivo, tais como «mild», «light» ou «ultra-light». Esta proibição também se aplica às indicações depositadas enquanto marca ou parte de uma marca.

VI — Apreciação da primeira questão: a base jurídica escolhida

A — *Introdução e abordagem*

78. A primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio é essencial neste processo.

43 — JO L 359, p. 1. Esta directiva foi profundamente alterada pela Directiva 92/41/CEE (JO L 158, p. 30).

44 — JO L 298, p. 23, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 97/36/CE.

O órgão jurisdicional de reenvio refere aí uma série de elementos que podem levantar dúvidas sobre a validade jurídica da directiva.

79. Os Governos do Reino Unido, da Bélgica, da Finlândia, de França, da Irlanda, da Itália, dos Países Baixos e da Suécia e o Parlamento, o Conselho e a Comissão entendem que a directiva é válida. Em contrapartida, as recorrentes no processo principal e os Governos grego e luxemburguês acham que a directiva é totalmente inválida. As recorrentes afirmam que a directiva não tem por objectivo melhorar as condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno. No que diz respeito à escolha da base jurídica do artigo 133.° CE, a directiva também não tem por objectivo, em seu entender, o estabelecimento de uma política comercial comum. Segundo o Governo luxemburguês, a directiva apenas tem por objectivo a protecção da saúde pública, razão pela qual a harmonização não deve ser permitida. O Governo grego questiona a validade da directiva relativamente aos cigarros destinados à exportação. Na opinião da Japan Tobacco, o artigo 7.° da directiva é inválido. Sem se pronunciar sobre a validade de outras disposições da directiva, o Governo alemão considera o artigo 3.°, primeiro e segundo parágrafos, inválido, uma vez que proíbe a produção de cigarros destinados à exportação.

80. Na primeira questão, começo por analisar a base jurídica, ou seja, as alíneas a) e b). O Parlamento Europeu e o Conselho são competentes para harmonizarem as normas relativas a produtos da forma prevista na directiva? A questão de saber se o conteúdo da directiva eventualmente viola princípios jurídicos é tratada no capítulo VII das presentes conclusões.

81. Nesta abordagem, sigo a formulação utilizada pelo órgão jurisdicional de reenvio. Uma parte importante do processo está relacionada com a validade jurídica das diferentes obrigações inscritas nos artigos 3.° a 7.° da directiva e não tanto com a directiva no seu todo. A abordagem escolhida implica que algumas dessas obrigações sejam tratadas em vários sítios. Todavia, estabeleço, no essencial, uma distinção entre as exigências em matéria de composição (artigo 3.° conjugado com o artigo 4.° da directiva), em que se discute a base jurídica adoptada e, em consequência disso, por exemplo, a proporcionalidade, e as obrigações de rotulagem e de informação (artigos 5.° a 7.°), em que a discussão se centra na proporcionalidade e no direito de propriedade.

82. Neste contexto, acrescento ainda outra restrição. Entendo que o Tribunal de Justiça não tem que examinar em separado os artigos 4.° e 6.° da directiva.

83. No que diz respeito ao artigo 4.°, o estabelecimento de métodos de medição é uma consequência necessária da exigência de composição inscrita no artigo 3.° Não faria sentido determinar os teores máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono dos cigarros sem definir os métodos de medição. Isto não impede que o artigo 4.°, n.° 3, deixe uma margem aos Estados-Membros para prescreverem medições relativamente a outras substâncias. Ao contrário do que parece decorrer da posição das recorrentes, o artigo 4.°, n.° 3, não constitui um obstáculo comercial autónomo. O disposto neste artigo apenas confirma a margem de manobra dos Estados-Membros numa parte que não é harmonizada pela directiva.

84. A razão pela qual o artigo 6.° da directiva não deve ser examinado em separado é outra. No processo, não foram dirigidas quaisquer críticas ao artigo 6.° O argumento das recorrentes de que este artigo não tem qualquer objectivo relacionado com o mercado interno, mas visa a protecção da saúde pública[45], é amplamente analisado no capítulo VI, parte C, sem ligação com o disposto no artigo 6.° da directiva.

45 — As recorrentes chamam também a atenção para o vigésimo segundo considerando do preâmbulo, que refere a transparência como um dos objectivos da directiva.

B — *Uma observação preliminar sobre a base jurídica*

85. Conforme referido, a directiva tem como base quer o artigo 95.° CE quer o artigo 133.° CE. Estas duas bases jurídicas não podem, no presente caso, ser consideradas equivalentes. O ponto de partida do legislador comunitário foi o artigo 95.° CE, mas como não estava certo de que o artigo 95.° CE também pudesse servir de base jurídica para a regulação dos cigarros destinados a ser exportados pela União Europeia acrescentou a base jurídica do artigo 133.° CE para este aspecto específico da directiva.

86. No décimo primeiro considerando, o legislador fundamenta a aplicabilidade da directiva às exportações. Do disposto neste considerando, apenas a última frase é adequada para servir de base a um diploma. Refere-se ao desejo de evitar que as disposições relativas ao mercado interno sejam desvirtuadas. Na audiência, o Conselho e o Parlamento apresentaram uma fundamentação complementar. Os dois co-legisladores afirmam que a aplicabilidade às exportações prossegue dois objectivos indissociáveis. O primeiro objectivo, que justifica a base jurídica do artigo 95.° CE, está relacionado com o desejo de combater o comércio ilegal e, nessa medida, proteger o mercado interno. O segundo objectivo refere-se à própria exportação de cigarros. A base jurídica é o artigo 133.° CE. Parto do princípio de que apenas o primeiro objectivo tem a sua origem no preâmbulo da directiva.

87. Ao analisar a adequação da base jurídica adoptada, o Tribunal de Justiça deve ter em conta a falta de equivalência entre as duas bases jurídicas, bem como a fundamentação do legislador comunitário. Em primeiro lugar, importa analisar se a directiva no seu todo podia basear-se no artigo 95.° CE. A esta análise estão subjacentes duas questões fundamentais:

— Um diploma que (também) visa a protecção da saúde pública pode basear-se no artigo 95.° CE?

— Um diploma que se baseia no artigo 95.° CE também pode referir-se ao fabrico de produtos destinados à exportação para países terceiros?

Uma resposta negativa à primeira questão conduz à invalidade da directiva, o que não acontece necessariamente no caso de resposta negativa à segunda questão. Aí coloca-se ainda a questão de saber se o artigo 133.° CE pode servir de base jurídica complementar para a exportação para países terceiros. Contudo, mesmo que se responda afirmativamente à segunda questão, o Tribunal de Justiça terá de analisar o artigo 133.° CE. Independentemente da questão de saber se o legislador comunitário necessitava do artigo 133.° CE como base jurídica complementar, o certo é que o utilizou enquanto tal.

88. A análise da utilização do artigo 133.° CE como base jurídica compreende as seguintes questões:

— No caso em apreço é admissível uma base jurídica dupla, em que o artigo 133.° CE é utilizado como complemento do artigo 95.° CE?

— O artigo 133.° CE pode servir aqui de base jurídica a normas que se referem ao fabrico de produtos destinados à exportação para países terceiros? Para responder a este questão, o Tribunal de Justiça deve, em todo o caso, analisar o conteúdo do décimo primeiro considerando do preâmbulo.

— Qual a consequência jurídica de uma eventual utilização incorrecta do artigo 133.° CE, caso o artigo 95.° CE possa constituir a base jurídica de toda a directiva?

C — *O artigo 95.° CE e a protecção da saúde pública*

1. Argumentos invocados

89. As recorrentes afirmam que o legislador comunitário não é competente para adoptar medidas de harmonização na área da saúde pública. O artigo 152.°, n.° 1, CE estipula que na definição e execução de todas as políticas e acções da Comunidade será assegurado um elevado nível de protecção da saúde. O artigo 152.° especifica o que é que a Comunidade pode fazer na área da saúde pública em cooperação e como complemento da acção empreendida pelos Estados-Membros. O artigo 152.°, n.° 4, alínea c), CE exclui as medidas de harmonização. O Governo luxemburguês partilha esta posição das recorrentes.

90. Segundo as recorrentes, a base jurídica do artigo 95.° CE apenas pode ser utilizada com vista à melhoria das condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno. As recorrentes encaram os objectivos referidos no artigo 95.° CE como um instrumento para promover o comércio, e não para o restringir. Lembram que a Directiva 98/43 foi anulada, apesar do preâmbulo da directiva referir preocupações na área do mercado interno. As recorrentes alegam, essencialmente, que a directiva em apreço é uma medida de saúde pública disfarçada, inspirada pelas mesmas preocupações que estiveram subjacentes ao projecto da convenção-quadro da Organização Mundial de Saúde sobre a luta antitabaco, referida no décimo terceiro considerando da directiva.

91. De acordo com as recorrentes, a realização do mercado interno não pode, de forma alguma, ser utilizada como argumento a favor das normas da directiva relativas ao alcatrão. Com efeito, a Directiva 90/239 harmonizou totalmente as normas sobre o teor máximo de alcatrão. Assim, já não podem surgir entraves ao comércio, pelo que falta a competência para reduzir ainda mais os teores máximos de alcatrão com vista à realização do mercado interno. As recorrentes acrescentam ainda o seguinte: mesmo que o legislador comunitário fosse competente para fixar novas normas relativas aos teores de alcatrão por razões de saúde, tais normas deveriam, pelo menos, assentar em novos conhecimentos baseados em dados científicos.

92. Relativamente aos teores máximos de nicotina e de monóxido de carbono, também não existe competência, segundo as recorrentes, uma vez que não se verifica qualquer ameaça concreta de entraves ao comércio em consequência de medidas unilaterais dos Estados-Membros. Acresce

que o nono considerando do preâmbulo, que refere existirem divergências entre as disposições legais sobre os teores máximos de nicotina, é factualmente inexacto.

93. Esta argumentação das recorrentes sobre a competência do legislador comunitário para, com base no artigo 95.° CE, adoptar medidas de harmonização relacionadas com a protecção da saúde pública não encontra apoio em muitos outros intervenientes no presente processo. Pelo contrário, é até refutada de forma relativamente unânime. Isto verifica-se quer relativamente aos argumentos que se referem à competência em geral quer aos argumentos que se referem especificamente à directiva. As opiniões já divergem quanto à questão de saber qual o objectivo principal da directiva: a realização do mercado interno, a protecção da saúde pública ou, conforme o Governo irlandês afirmou na audiência, ambos.

2. Jurisprudência

94. No acórdão Países Baixos/Parlamento e Conselho (a seguir «acórdão relativo à biotecnologia»)[46], o Tribunal de Justiça faz uma interpretação ampla da possibilidade de se recorrer ao artigo 95.° CE como base jurídica, no caso de um diploma não visar apenas a remoção de entraves ao mercado interno. Passo a citar: «É em função do objecto principal de um acto que deve ser determinada a base jurídica sobre a qual o acto adoptado se deve fundamentar [...]. Embora, a este respeito, se constate que a directiva prossegue objectivos de apoio à investigação e ao desenvolvimento no domínio da engenharia genética na Comunidade Europeia, a forma como contribui para esta finalidade consiste em eliminar os obstáculos de ordem jurídica que constituem, no mercado interno, as diferenças legislativas e jurisprudenciais entre os Estados-Membros susceptíveis de dificultar ou desequilibrar as actividades de investigação e desenvolvimento neste domínio. A aproximação das legislações dos Estados-Membros não constitui, portanto, um objectivo incidental ou auxiliar da directiva, mas corresponde à sua própria essência. O facto de que esta prossiga igualmente um objectivo previsto nos artigo 130.° e 130.°-F do Tratado[47] não é suficiente, nestas condições, para tornar inadequado o recurso ao artigo 100.°-A[48] como base jurídica da directiva.»

95. Quando um diploma visa proteger a saúde pública, a competência do legislador comunitário para adoptar normas com base no artigo 95.° CE, é pelo menos, igualmente ampla. Porém, esta competência não é ilimitada, conforme resulta do acórdão relativo à publicidade dos produtos do tabaco. As medidas, ainda que não

46 — Acórdão de 9 de Outubro de 2001, Países Baixos/Parlamento e Conselho (C-377/98, Colect., p. I-7079, n.os 27 e 28).

47 — Actualmente, artigos 157.° CE e 163.° CE.

48 — Actualmente, artigo 95.° CE.

tenham por objectivo a eliminação dos entraves à livre circulação, devem contribuir efectivamente para a eliminação desses entraves. Pode tratar-se de obstáculos futuros, desde que o seu aparecimento seja verosímil.

96. Desta forma, o Tribunal de Justiça parece conferir maior importância ao conteúdo (o objecto) do diploma do que ao objectivo prosseguido pelo legislador. A este propósito, refiro a título exemplificativo a relativização da distinção entre objectivo e objecto que o advogado-geral G. Tesauro faz nas conclusões que apresentou no processo relativo ao dióxido de titânio [49]. Ele considera que a divergência tem uma importância meramente terminológica. Com efeito, na determinação do objecto, também é tido em conta o objectivo do diploma e, por outro lado, o objectivo de um diploma apenas pode ser entendido à luz do seu conteúdo e dos seus efeitos, precisamente para evitar o risco (e a acusação) de a análise se basear num critério subjectivo (a saber, a convicção da instituição sobre a finalidade do diploma).

3. Apreciação geral

97. Muitas das observações apresentadas estão relacionadas com o principal objectivo da directiva. Situa-se este no domínio do mercado interno ou tem sobretudo em vista a protecção da saúde pública? À primeira vista, inclino-me para a segunda hipótese, sobretudo tendo em conta o facto de a directiva fazer parte de um pacote comunitário de medidas de combate ao consumo de tabaco [50]. Considero menos importante que os considerandos do preâmbulo se refiram amplamente ao mercado interno. Tais referências visam precisamente justificar o recurso ao artigo 95.° CE e não têm propriamente a ver com o verdadeiro objectivo da directiva. O que refiro de seguida sobre a base jurídica do artigo 95.° CE deve também ser visto sido esta perspectiva.

98. Das observações apresentadas no processo perante o Tribunal de Justiça e da jurisprudência deduzo que as eventuais dúvidas acerca da competência do legislador comunitário para adoptar uma directiva como a presente conduzem à seguinte questão: significa o disposto no artigo 95.° CE, segundo o qual um diploma deve ter por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, que o diploma também deve ter como objectivo principal o mercado interno? Ou tinha o Governo britânico razão ao afirmar, a propósito do acórdão relativo à publicidade dos produtos do tabaco, que também é possível recorrer ao artigo 95.° CE quando o «centro de gravidade» de uma medida resida não na promoção do mercado interno, mas na protecção da saúde pública?

49 — Acórdão de 11 de Junho de 1991, Comissão/Conselho, dito «dióxido de titânio» (C-300/89, Colect., p. I-2867).

50 — V. os n.os 67 a 77.

99. Para responder a estas questões, cumpre analisar «à lupa» a competência em geral que o artigo 95.° CE atribui ao legislador comunitário.

100. De volta ao cerne da questão: quando surja um (potencial) entrave ao comércio, a Comunidade deve poder intervir, intervenção essa que deve consistir, conforme depreendo do acórdão relativo à biotecnologia [51], na remoção dos entraves. O artigo 95.° CE prevê essa competência. Não é determinante saber se o entrave ao comércio constitui igualmente a razão principal da intervenção do legislador comunitário. O facto de o Tratado prever competências específicas que permitem ao legislador comunitário intervir em domínios políticos específicos, como no domínio da saúde pública a que se refere o artigo 152.° CE, em nada altera o acima exposto.

101. Contudo, essa competência não é ilimitada. Mesmo que se considere que uma medida se dirige contra um entrave ao comércio, o órgão jurisdicional pode averiguar se, no caso concreto, o legislador comunitário utilizou a competência que lhe foi atribuída em conformidade com o direito comunitário. Esta verificação, em todo o caso, incide sobre a questão de saber em que medida o diploma também teve efectivamente em vista um interesse público reconhecido pelo direito comunitário. Em seguida, o órgão jurisdicional fiscaliza se a intervenção do legislador num determinado caso é realmente adequada para contribuir para a eliminação do entrave ao comércio. Pode estar ainda em causa um eventual desvio de poder relativamente à competência atribuída pelo Tratado, bem como os outros princípios jurídicos que o órgão jurisdicional de reenvio refere nas questões que coloca. Os princípios jurídicos são tratados mais à frente nestas conclusões [52].

51 — Referido na nota 47.

4. Quanto ao núcleo da competência

102. Desenvolvo adiante estes pontos de partida, começando pelo núcleo da competência consagrada no artigo 95.° CE.

103. O artigo 95.° CE não prevê uma competência geral que permita ao legislador comunitário harmonizar disposições nacionais. O artigo 95.° CE prevê apenas a competência para adoptar medidas de harmonização que tenham por objecto o estabelecimento do mercado interno [53]. O estabelecimento do mercado interno é feito, conforme dispõe o artigo 3.°, n.° 1, alínea c), CE, pela abolição, entre os Estados-

52 — V. os n.os 223 e segs.

53 — O artigo 95 CE refere ainda o funcionamento do mercado interno. Só analisarei essa parte do artigo 95.° CE mais adiante nas presentes conclusões (a partir do n.° 133), a propósito da competência para adoptar também normas relativas à produção de cigarros com base no artigo 95.° CE.

-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais. O Tratado CE prevê dois instrumentos complementares para a abolição destes obstáculos. Circunscrevendo-me ainda à livre circulação de bens, o primeiro instrumento é a proibição consagrada nos artigos 28.° CE e 29.° CE das restrições quantitativas à importação e à exportação e as medidas de efeito equivalente, incluindo as respectivas excepções reconhecidas no artigo 30.° CE e na jurisprudência do Tribunal de Justiça. O segundo instrumento é a competência que o artigo 95.° CE confere ao legislador comunitário para eliminar os entraves que subsistam — ou precisamente surjam — na sequência do recurso pelo legislador nacional a uma das excepções à proibição dos artigos 28.° e 29.° CE. As medidas legislativas nacionais destinadas a proteger determinados interesses públicos reconhecidos, como a saúde pública, constituem a causa por excelência dos entraves ao comércio.

104. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a competência do legislador comunitário nesta matéria só surge a partir do momento em que existam de facto entraves ou, pelo menos, quando o seu aparecimento se torne provável.

105. Voltando ao processo em apreço, uma medida nacional que impõe restrições à composição ou às indicações de produtos do tabaco constitui, enquanto tal, uma restrição quantitativa à exportação na acepção do artigo 29.° CE. O artigo 30.° CE oferece, no entanto, um fundamento justificativo para a adopção de uma medida nacional desse tipo, se a mesma visar a protecção da saúde pública. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a medida nacional deve ainda satisfazer algumas condições complementares, designadamente no domínio da proporcionalidade. No caso em apreço, em que se visa contrariar o consumo de tabaco, semelhante medida nacional é facilmente admissível.

106. Partindo do princípio de que uma medida nacional como a descrita no número anterior é justificada pelo artigo 30.° CE, não deixa de constituir um entrave ao comércio. A fim de eliminar este entrave, o legislador comunitário pode adoptar medidas, substituindo-se ao legislador nacional na protecção do interesse público (no caso em apreço a saúde pública). Por outras palavras, a realização do mercado interno pode levar a que um determinado interesse público — no caso a saúde pública — seja acautelado ao nível da União Europeia. Não quer isto dizer que o interesse do mercado interno se torne o objectivo principal de um diploma comunitário. A realização do mercado interno determina apenas o nível a que é acautelado outro interesse público.

107. A atribuição dessa competência ao legislador comunitário é imprescindível à

integração da Comunidade Europeia. Refira-se, a propósito, o artigo 2.° UE, onde a criação de um espaço sem fronteiras internas surge como um dos objectivos principais da União Europeia, bem como o artigo 2.° CE, que serve de base à criação do mercado comum. Num espaço sem fronteiras internas, no caso um mercado comum, não se concebe que o comércio entre os Estados Membros esteja sujeito a condições que colocam entraves ao comércio. Se o legislador comunitário não tivesse competência para intervir neste caso, faltaria um meio importante para abolir essas condições. Até vou mais longe, o Tratado obriga o próprio legislador comunitário a tomar as medidas necessárias que tenham em vista o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

108. Conforme anteriormente referido, o objectivo da intervenção não é relevante. Neste aspecto, a competência comunitária é comparável à competência que as autoridades federais possuem nos Estados Unidos no domínio do comércio entre Estados. Nas palavras do Supreme Court dos EUA, «It makes no difference if the extraneous objective (no nosso caso, a saúde pública) is the principal or dominant objective of the federal measure (no nosso caso, a directiva comunitária) — so long as a legitimate objective (no nosso caso o mercado interno) is sufficiently served» [54]. Considero que a competência do legislador comunitário é uma competência funcional, necessária à criação do mercado interno.

109. Em suma, para responder à questão de saber se a Comunidade Europeia é competente para adoptar determinada medida relativa ao estabelecimento do mercado interno, o Tribunal de Justiça verifica se essa medida diz directamente respeito a um obstáculo ao comércio entre os Estados Membros. Sobre este ponto, remeto para o n.° 84 e seguintes do acórdão relativo à publicidade dos produtos do tabaco.

110. As recorrentes no processo principal estabelecem uma ligação com a competência específica que a Comunidade Europeia detém na área da saúde pública. Mais concretamente, chamam a atenção para o facto de o artigo 152.°, n.° 4, alínea c), CE, excluir a harmonização da legislação nacional. Se, apesar disso, se efectuasse uma harmonização da legislação com base no artigo 95.° CE, estar-se-ia a contornar o disposto no artigo 152.°

111. Esta interpretação do artigo 152.° não pode ser acolhida. Com o Tratado de Maastricht, que introduziu o título relativo à saúde pública no Tratado CE, pretendia-se precisamente atribuir ao legislador comunitário competência em domínios para os quais ele não era até então competente. Tratava-se, nomeadamente, de medidas na área da saúde pública que não estavam directamente relacionadas com o funcionamento do mercado interno.

54 — Oklahoma ex rel. Phillips/Guy F. Atkinson Co., 313 U.S. 508, 533-34 (1941), citado em David E. Engdahl, Constitutional Federalism, St. Paul, Minnesota 1987.

112. A introdução desta nova competência no Tratado não pode evidentemente, em hipótese alguma, ter como consequência privar a Comunidade Europeia de um instrumento legislativo anteriormente existente que permitia também proteger eficazmente a saúde pública. Semelhante consequência, para além de contrariar o objectivo do artigo 152.°, de atribuir à Comunidade determinadas competências na área da saúde pública (e não de as subtrair), prejudicaria ainda o princípio formulado no artigo 152.°, n.° 1, segundo o qual toda a política da Comunidade deve assegurar um elevado nível de protecção da saúde.

113. Mais ainda, se a competência com base no artigo 95.° CE não pudesse ser utilizada para harmonizar normas na área da saúde pública perder-se-ia igualmente um instrumento importante para a realização do mercado interno. Conforme referi anteriormente, muitas vezes são precisamente as medidas nacionais justificadas pela protecção da saúde pública que criam entraves ao comércio [55].

114. Em resumo, o artigo 152.° constitui um complemento das competências já existentes no Tratado CE, como o artigo 95.° A excepção do artigo 152.°, n.° 4, alínea c), significa apenas que o artigo 152.° CE não pode servir de base jurídica para a harmonização, mas nada diz sobre as bases jurídicas previstas noutras disposições do Tratado. O artigo 152.°, n.° 4, alínea c), não restringe em razão da matéria a competência para harmonizar as medidas nacionais na área da saúde pública [56].

5. Quanto à utilização da competência

115. Abordo aqui a utilização que o legislador comunitário faz da sua competência.

116. Refira-se, antes de mais, o seguinte. Conforme referido, o Tratado CE impõe ao legislador comunitário a obrigação de adoptar as medidas necessárias ao estabelecimento e ao funcionamento do mercado interno. Para a execução desta obrigação, o legislador comunitário dispõe da necessária margem de manobra. Pondera mesmo em que casos considera oportuno o estabelecimento de medidas comunitárias de harmonização. Esta ponderação inclui a apreciação sobre se o instrumento escolhido é o

55 — V., neste sentido, também o n.° 23 do acórdão relativo ao dióxido de titânio, onde o Tribunal de Justiça chama a atenção para os efeitos que as disposições nacionais inspiradas por considerações de saúde e de ambiente podem ter no mercado interno.

56 — Também me baseio aqui no raciocínio seguido pelo advogado-geral N. Fennelly nas conclusões que apresentou no processo relativo à publicidade do tabaco, referido na nota 3, n.° 78.

mais eficaz para proteger determinado interesse público e a apreciação sobre o nível de protecção desejado. O Tribunal de Justiça não interfere nestas ponderações do legislador, mas verifica se o legislador comunitário violou ou não os limites dessa margem de manobra.

117. O primeiro limite é o do efeito esperado de um diploma. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma medida adoptada com base no artigo 95.° CE deve constituir um contributo efectivo para o estabelecimento do mercado interno [57]. Mais concretamente, trata-se de saber se uma medida é adequada para contribuir para a eliminação dos entraves ao comércio existentes ou, pelo menos, prováveis. Chamo a atenção para o facto de que a Directiva 98/43 foi anulada pelo acórdão relativo à publicidade dos produtos do tabaco por nem todas as disposições dessa directiva satisfazerem este critério. De acordo com o Tribunal de Justiça, nem todas as disposições estavam relacionadas com o comércio entre os Estados-Membros. No caso em apreço, a situação é diferente, pois independentemente da proibição de produção, que é tratada mais adiante, todas as medidas se referem ao comércio de produtos entre os Estados Membros.

118. O segundo limite está relacionado com o objectivo (principal) da intervenção da Comunidade com base no artigo 95.° CE, no caso em apreço a protecção da saúde pública. Ao fazer uso do artigo 95.° CE, o legislador comunitário subtrai a protecção deste interesse público à competência do legislador nacional [58]. A subtracção da protecção de um interesse público igualmente reconhecido pelo Tratado CE, como a saúde pública [59], à competência do legislador nacional não pode, contudo, levar a que o interesse seja menos bem protegido pelo facto de o legislador comunitário apenas poder ter em conta interesses relativos ao mercado.

119. No essencial, o legislador comunitário é confrontado com as mesmas opões que o legislador nacional, ao qual se substitui. A sua ponderação deve dar lugar ao estabelecimento de condições à liberdade económica dos operadores económicos, devendo atender-se quer a essa liberdade dos operadores económicos quer à necessidade de proteger determinados interesses públicos.

120. O legislador comunitário goza de grande liberdade na sua ponderação, sobretudo quando se trata da protecção da saúde. Neste aspecto, o legislador comunitário não se distingue, portanto, do legislador nacional, que faz uso da margem de actuação que lhe é deixada pelo artigo 30.° CE. Com efeito, nessa ponde-

57 — V., nomeadamente, o n.° 23 do acórdão relativo ao dióxido de titânio, referido na nota 50.

58 — O advogado-geral N. Fennelly fala, a este propósito, no n.° 65 das suas conclusões no processo relativo à publicidade ao tabaco, de substituição. Já referido na nota 3.

59 — V., nomeadamente, os artigos 3.°, alínea p), e 152.° CE.

ração do legislador, influem uma multiplicidade de aspectos. A necessidade de medidas de protecção depende não só dos conhecimentos científicos sobre determinados riscos para a saúde, mas também da percepção social e política desses riscos. O mesmo acontece com a escolha da medida. O legislador comunitário deve atender ao princípio da precaução e procurar assegurar um nível de protecção elevado (artigo 95.°, n.° 3, CE), as únicas condições mínimas de conteúdo que decorrem do Tratado CE. Em todo o caso, deve ter em conta os eventuais desenvolvimentos baseados em dados científicos.

121. O terceiro limite é constituído pelos princípios jurídicos e, mais especificamente, pelo princípio da proporcionalidade, de que falo no capítulo VII — A.

122. Resumindo, o legislador comunitário baseia a sua competência na realização do mercado interno. A competência pode, contudo, ser exercida com vista à protecção de um interesse público, como a saúde pública no caso em apreço. As medidas adoptadas devem efectivamente ser adequadas para eliminar os entraves à livre circulação existentes ou, pelo menos, prováveis. No exercício da sua competência, o legislador comunitário é confrontado com as mesmas opções que o legislador nacional, que pretende estabelecer condições à liberdade económica dos operadores económicos com vista à protecção de um interesse público.

6. Quanto ao agravamento de normas relativas a produtos já harmonizadas

123. As recorrentes no processo principal contestam a competência do legislador comunitário para, com base no artigo 95.°, reforçar normas relativas a produtos já harmonizadas. Em seu entender, as normas relativas a produtos existentes já garantem a unidade do mercado, pelo que o seu agravamento nada tem a ver com o mercado interno. O ponto de vista das recorrentes não é em si mesmo incorrecto, pois já não existe qualquer risco de que as legislações dos Estados-Membros divirjam sobre este ponto. Contudo, esta tese não encontra apoio na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Isto também não é possível, conforme referi anteriormente.

124. Após a harmonização, a protecção do interesse público tornou-se uma tarefa do legislador comunitário. Com efeito, o legislador nacional deixou de ser competente. O legislador comunitário só pode executar esta tarefa convenientemente se puder adaptar a regulamentação aos novos conhecimentos ou circunstâncias.

Em resumo, a execução da tarefa pelo legislador comunitário não tem um carácter estático, mas dinâmico.

125. Também no Tratado é evocado esse carácter dinâmico. O artigo 95.°, n.° 3, CE exige que as instituições tenham em conta toda e qualquer evolução baseada em dados científicos [60]. Ao contrário do que as recorrentes afirmam, o artigo 95.° não exige a verificação de uma nova evolução baseada em dados científicos. Estipula apenas que deve ser tido em conta uma eventual evolução baseada em dados científicos. Este aspecto já foi referido no n.° 120.

126. Em termos mais gerais, a actividade legislativa é uma actividade dinâmica. Com efeito, é tarefa do legislador não só elaborar legislação como adaptá-la às mutações sociais. Se não o fizer, a legislação pode rapidamente tornar-se obsoleta e deixar de responder às exigências que lhe sejam impostas.

127. No processo perante o Tribunal de Justiça, a opção segundo a qual o legislador comunitário apenas podia intervir uma vez foi acertadamente denominada, pelo Governo do Reino Unido, de «fossilização» ou petrificação. Este termo já indica, por si só, que a tese das recorrentes conduziria, na prática, a consequências absurdas.

60 — O direito comunitário secundário oferece-nos um bom exemplo, com a regulamentação referente a substâncias perigosas, como a Directiva 76/769/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à limitação da colocação no mercado e da utilização de algumas substâncias e preparações perigosas (JO L 262, p. 201; EE 13 F5 p. 208). Esta regulamentação prevê, nomeadamente, uma obrigação de avaliação periódica e sistemática de determinadas substâncias e preparações perigosas e, posteriormente, um processo simplificado de adaptação da regulamentação ao avanço da técnica.

7. A directiva controvertida

128. Concretamente, o órgão jurisdicional deve circunscrever a sua apreciação à questão de saber se o legislador comunitário podia razoavelmente efectuar essa ponderação. Deixo de lado, por mais algum tempo, as normas relativas a produtos.

129. Vejamos, em primeiro lugar, o contexto em que a directiva foi aprovada. O combate ao consumo de tabaco é em muitos Estados-Membros um tema de grande interesse político. Na verdade, parece existir nos Estados-Membros — também como consequência do maior conhecimento sobre os efeitos nocivos do consumo de tabaco — um certo consenso acerca da necessidade de reforçar cada vez mais as normas aplicáveis ao consumo de tabaco, o que não significa que também haja consenso quanto à forma concreta de abordar a questão. É o que resulta também das opiniões divergentes que os Estados-Membros manifestaram no decurso do presente processo perante o Tribunal de Justiça. Essas opiniões parecem testemunhar uma grande diversidade, em função do tempo e do local. Existe, assim, um risco concreto de divergência das normas nacionais, designadamente no que diz respeito aos teores autorizados de substâncias nocivas nos cigarros.

130. Parece-me evidente que deve responder-se afirmativamente à questão da ponderação do legislador comunitário. Em

primeiro lugar, existe uma competência, pois o diploma refere-se ao comércio de produtos entre os Estados Membros. Em segundo lugar, é protegido um interesse público reconhecido pelo direito comunitário e não existe qualquer dúvida sobre o elevado nível de protecção, uma vez que as normas em matéria de composição e de aposição de indicações nos cigarros foram significativamente reforçadas. Em terceiro lugar, é provável que existissem diferenças entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros — ou, pelo menos, que houvessem ameaças concretas nesse sentido. O sétimo considerando do preâmbulo refere que vários Estados-Membros já tinham informado que, caso não fossem adoptadas medidas a nível comunitário, eles próprios adoptariam tais medidas a nível nacional.

131. O sétimo considerando merece, de resto, uma atenção especial. Aparentemente, este considerando baseia-se num questionário que foi preenchido pelos Estados-Membros a pedido da Comissão. A leitura dos resultados desse inquérito [61] não permite extrair directamente a convicção de que existem projectos concretos de adopção de legislação nacional. Nenhum dos Estados-Membros indica estar a trabalhar na legislação nacional existente. Não obstante, não vejo razões para duvidar da competência do legislador comunitário para intervir nesta matéria com base no artigo 95.° CE. A situação é a seguinte:

— Resulta do questionário que alguns Estados-Membros — França, Itália, Países Baixos, Reino Unido e Suécia — apoiam expressamente o desejo de reforçar a regulamentação aplicável ao fabrico dos produtos do tabaco. Dão, contudo, preferência nessa matéria à regulamentação a nível comunitário.

— Esta posição dos Estados-Membros não suscita qualquer dúvida. A prioridade que é dada às medidas de combate ao consumo de tabaco é grande, tal como a importância conferida a essa questão no plano político e social.

Caso se verifique uma omissão do legislador comunitário numa situação deste tipo, tudo leva a crer que os Estados-Membros optarão pela alternativa mais fácil, ou seja, o reforço das normas a nível nacional. Acrescento, a este respeito, uma considera-

61 — V. relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões — Progressos verificados no domínio da protecção da saúde pública contra os efeitos nocivos do consumo de tabaco (COM/99/407 final, pp. 22 e segs).

ção relacionada com as eventuais consequências da posição contrária. A preferência dos Estados-Membros pela regulação a nível comunitário — e a consequente renúncia às medidas nacionais que constituem entraves ao comércio — conduziria à incompetência do legislador comunitário, precisamente devido à ausência de medidas nacionais que constituíssem entraves ao comércio.

132. A fim de ser exaustivo, gostaria de chamar a atenção para o facto de que, aquando da elaboração da directiva, já existiam teores máximos de nicotina na legislação nacional da Bélgica, Espanha e Portugal. As recorrentes também referem esse facto, mas acrescentam que esta legislação nacional, na prática, não produz efeito, uma vez que os valores máximos previstos nas leis nacionais não podem ser ultrapassados, devido à relação bioquímica entre o teor de alcatrão e o teor de nicotina. Os diplomas legais existentes não podem, assim, levar a entraves ao comércio. Considero esta posição das recorrentes — que, de facto, também não é contestada — plausível. Por conseguinte, a fundamentação que é dada nas primeiras duas frases do nono considerando do preâmbulo também não pode servir de base à medida de harmonização. No entanto, esta lacuna não tem de ter consequências no presente processo, uma vez que a existência de potenciais entraves ao comércio é suficientemente plausível.

D — *O artigo 95.° CE e a produção destinada à exportação para países terceiros*

1. Argumentos invocados

133. A principal crítica dirigida no presente processo [62] à proibição de produção, da qual resulta que a directiva (ou uma parte dela) é aplicável aos cigarros destinados a países terceiros, é a seguinte: esta proibição não contribui de forma alguma para eliminar os entraves à livre circulação de bens ou para assegurar que as normas do mercado interno não são contornadas. O Governo grego refere ainda, a este propósito, o artigo 14.° CE. O Governo alemão acrescenta que uma proibição de produção só é, em regra, aceitável se a própria produção apresentar um perigo. Porém, no caso em apreço, a proibição não é nem no interesse do mercado interno nem no interesse da saúde pública na União Europeia.

134. Outros intervenientes fazem, por seu turno, uma interpretação favorável à proibição de produção, por considerarem existir um risco real de que os cigarros destinados a países terceiros entrem, apesar de tudo, em circulação na União Europeia, seja através da reimportação ilegal seja pelo

62 — Pelas recorrentes e pelos Governos da Alemanha, Grécia e Luxemburgo.

facto de nunca chegarem a deixar a União Europeia. No essencial, o debate perante o Tribunal de Justiça incidiu, em grande parte, nas previsões relativas ao aparecimento do comércio ilegal e na adequação da proibição de produção para combater esse comércio.

135. Abstraindo-me dos muitos números que foram apresentados no presente processo, frequentemente contraditórios entre si, tanto para o comércio legal como para o comércio ilegal de cigarros, as críticas dirigidas à proibição de produção são as seguintes:

— a medida não é adequada, uma vez que a grande maioria dos cigarros ilegalmente consumidos na União Europeia é proveniente de países terceiros;

— o comércio ilegal de cigarros que existe fica a dever-se unicamente ao desejo de fugir aos elevados impostos especiais sobre o consumo. O comércio ilegal não está relacionado com a composição ou a rotulagem de cigarros;

— o comércio ilegal pode ser combatido através de uma fiscalização intensiva.

136. Do lado contrário, estão os argumentos a favor da proibição de produção:

— o Conselho, nomeadamente, alegou que embora a percentagem de cigarros ilegalmente comercializados seja reduzida, isto não significa que o volume absoluto do comércio ilegal também o seja;

— o relatório de actividades do OLAF[63] confirma a gravidade do fenómeno do contrabando de cigarros;

— o reforço da fiscalização pelos Estados-Membros não constitui uma alternativa adequada no espaço aberto da União Europeia.

2. Abordagem

137. Coloca-se a questão de saber se o legislador comunitário é, no caso em apreço, competente para, com base no artigo 95.° CE, adoptar normas aplicáveis

63 — V. n.° 65 destas conclusões.

à produção de cigarros, mesmo que esta produção se faça para exportação de cigarros pela União Europeia. O objecto do diploma consiste, assim, em produtos que nunca serão comercializados no mercado interno, ou que, pelo menos, não se destinam a esse fim.

138. Na resposta a esta questão, seguirei a seguinte metodologia. Em primeiro lugar, farei um apanhado do modo como o legislador comunitário recorreu, em casos anteriores, ao artigo 95.° CE — e ao artigo 94.° CE, seu equivalente — para adoptar normas relativas à fase de produção. Esse apanhado culminará numa análise da competência que o artigo 95.° CE atribuiu ao legislador comunitário, uma vez que se trata de normas que não dizem directamente respeito ao comércio entre os Estados Membros. Esta análise permitir-me-á determinar que o artigo 95.° atribui uma competência de harmonização ampla, embora certamente não ilimitada. Por último, examinarei se, no caso em apreço, o legislador comunitário utilizou essa competência dentro dos limites a que está sujeito.

3. Os artigos 94.° CE e 95.° CE e os requisitos da fase de produção: resumo

139. Os requisitos aplicáveis à fase de produção podem incidir quer nas características dos próprios produtos quer nas circunstâncias em que os mesmos são produzidos, relacionadas, por exemplo, com o ambiente ou com as condições de trabalho.

140. As exigências relativas a produtos propriamente ditas que também se aplicam na fase de produção são uma excepção na legislação comunitária. A maior parte da legislação baseada no artigo 95.° CE apenas se refere à comercialização de produtos no mercado interno, sem interferir na fase de produção, mesmo quando se trata de produtos com risco para a saúde. Refiro, a título de exemplo, os regimes de autorização que vigoram para os medicamentos de uso humano e veterinário e os produtos fitofarmacêuticos [64]. Em relação a estes produtos, o legislador não achou, manifestamente, que fosse necessário alargar os regimes de autorização à fase de produção e, consequentemente, aos produtos destinados a serem exportados pela União Europeia. Contudo, existem normas relativas a produtos que são aplicáveis à fase de produção. Assim, a legislação alimentar

64 — V. a Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano (JO L 311, p. 67), a Directiva 2001/82/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos veterinários (JO L 311, p. 1), e a Directiva 91/414/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1991, relativa à colocação dos produtos fitofarmacêuticos no mercado (JO L 230, p. 1). Mas penso ainda na regulamentação de produtos que se refere a outros tipos de produtos totalmente diferentes, tais como — para dar um exemplo ao acaso — a Directiva 88/378/CEE do Conselho, de 3 de Maio de 1988, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à segurança dos brinquedos (JO L 187, p. 1), que apenas se refere à comercialização na Comunidade.

comunitária aplica-se a todas as fases da cadeia de produção alimentar [65]. Este âmbito de aplicação alargado decorre do facto de todas as fases da cadeia de produção poderem, em última análise, influenciar a segurança do próprio alimento [66].

141. Chego assim às normas aplicáveis à produção. Refiro, em primeiro lugar, a directiva relativa ao dióxido de titânio [67]. Esta directiva foi adoptada depois de a anterior directiva relativa ao dióxido de titânio ter sido anulada pelo Tribunal de Justiça, em virtude da escolha de uma base jurídica incorrecta [68]. A Comissão fundamenta assim a sua opção de basear a proposta de uma directiva de substituição no artigo 95.° CE: embora as normas nacionais existentes tenham sido introduzidas com vista à protecção do ambiente, a harmonização decorre da necessidade de suprimir as distorções da concorrência [69]. A directiva estabelece, entre outras, normas relativas ao processo de produção, em especial no que diz respeito à transformação de resíduos.

142. As directivas ambientais mais antigas adoptadas antes do Acto Único Europeu, que introduziu no Tratado um título específico consagrado ao ambiente, dão uma ideia das possibilidades de fixar normas relativas ao processo de produção com base nos artigos 94.° CE e 95.° CE [70]. O legislador comunitário tem sempre em conta, nesses casos, que as diferenças nas legislações nacionais relativas, por exemplo, às descargas autorizadas na água ou no ar podem levar a condições de concorrência desiguais e, deste modo, influenciar directamente o funcionamento do mercado comum. O artigo 94.° CE podia servir de base jurídica. Por outro lado, o legislador entendeu que também era necessário recorrer ao artigo 308.° CE, uma vez que o Tratado CE não previa competências no domínio da protecção do ambiente. O limite utilizado pelo legislador comunitário não é muito claro e ele também não o fundamenta.

65 — V. artigo 4.° do Regulamento (CE) n.° 178/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2002, que determina os princípios e normas gerais da legislação alimentar, cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece procedimentos em matéria de segurança dos géneros alimentícios (JO L 31, p. 1).

66 — A este propósito, chamo a atenção também para a Directiva 89/107/CEE Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos aditivos que podem ser utilizados nos géneros destinados à alimentação humana (JO L 40, p. 27). A directiva não estabelece quaisquer requisitos aplicáveis à própria produção (quer dos aditivos quer dos alimentos em que estes aditivos são utilizados), mas impõe indirectamente requisitos à produção dos alimentos.

67 — Directiva 92/112/CEE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1992, que estabelece as regras de harmonização dos programas de redução da poluição causada por resíduos da indústria do dióxido de titânio tendo em vista a sua eliminação (JO L 409, p. 11).

68 — Acórdão de 11 de Junho de 1991 (referido na nota 50).

69 — COM(91) 358 final.

70 — V., por exemplo, a Directiva 76/464/CEE do Conselho, de 4 de Maio de 1976, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade (JO L 129 p. 23; EE 15 F1 p. 165), a Directiva 85/203/CEE do Conselho, de 7 de Março de 1985, relativa às normas de qualidade do ar para o dióxido de azoto (JO L 87, p. 1), e a Directiva 87/217/CEE do Conselho, de 19 de Março de 1987, relativa à prevenção e à redução da poluição do ambiente provocada pelo amianto (JO L 85, p. 40).

143. Na área das condições de trabalho, verificou-se que o artigo 94.° CE atribui competência para a adopção de uma directiva comunitária com vista à protecção dos trabalhadores contra os riscos ligados à exposição a agentes químicos, físicos e biológicos [71]. De acordo com o legislador, trata-se aqui de medidas que têm uma influência directa no funcionamento do mercado comum.

144. Após a integração no Tratado de um título específico consagrado ao ambiente e do artigo 137.° CE, que cria uma competência específica na área das condições de trabalho, o legislador comunitário passou a necessitar menos dos artigos 94.° CE ou 95.° CE para poder estabelecer normas de produção. No entanto, isto não significa que a competência com base no artigo 95.° CE tenha deixado de existir [72].

145. Em resumo, o legislador comunitário tem utilizado a sua competência para adoptar normas aplicáveis à fase de produção, sobretudo em matéria de distorções da concorrência. Na directiva em apreço, trata-se de normas que se aplicam aos produtos antes mesmo de eles serem comercializados. Do pequeno apanhado resulta que a directiva é inovadora, pois estabelece uma proibição de produção a fim de evitar que as disposições relativas ao mercado interno sejam desvirtuadas.

4. A competência do legislador comunitário: o requisito da «perturbação sensível»

146. O artigo 95.° CE prevê, em primeiro lugar, a competência para adoptar medidas que têm por objecto o estabelecimento do mercado interno: para o efeito, podem ser adoptadas medidas destinadas a eliminar directamente os entraves ao comércio entre os Estados-Membros com base no artigo 95.° CE. Circunscrevendo-me à legislação sobre produtos, está em causa a harmonização de normas nacionais relacionadas com o comércio de produtos no mercado interno. Em conjunto com os artigos 28.° CE a 30 CE, esta competência do legislador comunitário constitui um desenvolvimento do artigo 3.°, n.° 1, alínea c), CE. No n.° 103 das presentes conclusões, tive já oportunidade de desenvolver esta matéria. Para a abolição destes obstáculos, o Tratado CE prevê, assim, dois instrumentos complementares.

147. Através da aplicação complementar do artigo 95.° CE, por um lado, e dos

71 — Directiva 80/1107/CEE do Conselho, de 27 de Novembro de 1980, relativa à protecção dos trabalhadores contra os riscos ligados à exposição a agentes químicos, físicos e biológicos durante o trabalho (JO L 327, p. 8).

72 — Refiro ainda, a título de exemplo, a Directiva 2001/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados e que revoga a Directiva 90/220/CEE do Conselho (JO L 106, p. 1). Esta directiva não regula apenas a introdução no mercado interno da Comunidade de organismos geneticamente modificados enquanto produtos ou em produtos, mas também a libertação deliberada no ambiente destes organismos para outros fins, para além da sua comercialização na União Europeia. O objectivo deste aditamento é claro: a protecção do ambiente na União. Não obstante, a base jurídica é o artigo 95.° CE.

artigos 28.° CE a 30.° CE, por outro, é criado um mercado interno. Mas isso não garante que o mercado assim criado funcione como um mercado comum. Para tal, são muitas vezes necessárias medidas de harmonização complementares. O legislador do Tratado reconheceu este problema e dotou a competência do artigo 95.° CE de uma segunda parte: a competência em razão da matéria do artigo 95.° CE passa a abranger medidas de harmonização que visam, não o estabelecimento, mas o funcionamento do mercado interno [73]. Trata-se de um desenvolvimento do artigo 3.°, alínea h), do Tratado CE, que prevê a aproximação das legislações dos Estados-Membros na medida do necessário para o funcionamento do mercado comum.

148. Acrescento que à medida que o estabelecimento do mercado interno se vai completando, mediante a eliminação progressiva dos entraves ao comércio transfronteiras entre os Estados-Membros — designadamente, através da harmonização da legislação aplicável aos produtos — é dada cada vez maior ênfase ao funcionamento do mercado interno. Uma verdadeira unidade de mercado exige mais do que a eliminação das barreiras nas fronteiras. Refira-se, a propósito, que a Comunidade adoptou, com base no artigo 95.° CE, uma série de medidas tendo precisamente como objectivo reforçar o funcionamento do mercado interno. Bons exemplos disso são as directivas que referi nos n.os 141 a 143.

149. Encontramo-nos aqui num terreno em que a competência para adoptar normas pertence, em princípio, aos Estados-Membros. Falta uma proibição geral equivalente à do artigo 28.° CE. Trata-se de medidas que — quando adoptadas pelo legislador nacional — não implicam qualquer restrição quantitativa à importação ou à exportação. São, nomeadamente, medidas que regulam as condições de produção, sem serem normas aplicáveis a produtos no próprio mercado comum. Por essa razão, deve haver um interesse qualificado da Comunidade para que ela possa cercear esta competência dos Estados-Membros ou, na formulação que o Tribunal de Justiça emprega em matéria de distorções da concorrência, deve existir uma perturbação sensível do funcionamento do mercado [74].

150. Este requisito da «perturbação sensível» leva também a que artigo o 95.° CE não confira uma competência geral e ilimitada de harmonização. Seria esse o caso se qualquer perturbação do funcionamento do mercado comum — mesmo a mais ligeira — pudesse conduzir à harmonização. Em resumo, uma vez que nos encontramos num terreno em que os Estados-Membros possuem uma competência

73 — Na prática, o legislador comunitário não faz uma distinção muito rígida entre estabelecimento e funcionamento. A eliminação dos entraves ao comércio é referida no preâmbulo de muitos diplomas comunitários como «funcionamento» do mercado. É o que acontece também na directiva em apreço.

74 — V., nomeadamente, o acórdão relativo à publicidade do tabaco, referido na nota 3, n.° 106.

autónoma de regulamentação, que não é limitada por qualquer proibição geral, o legislador comunitário só pode intervir caso se verifique uma perturbação sensível. Talvez tenha sido por essa razão que o legislador comunitário baseou as directivas ambientais referidas no n.º 142 também no artigo 308.º CE.

151. Por conseguinte, este requisito da «perturbação sensível» é igualmente um elemento constitutivo da competência do legislador comunitário, na medida em que se trata de normas que regulam a fase de produção com base no artigo 95.º CE. A questão que se coloca agora é a de saber quando é que há uma perturbação sensível. Na minha opinião, há duas formas de perturbação que podem ser relevantes.

152. A primeira forma de perturbação resulta do risco de que as normas que dizem directamente respeito ao comércio no mercado interno possam ser simplesmente desvirtuadas. Neste caso, o legislador comunitário pode adoptar normas complementares para a fase de produção que visem evitar esse efeito. Se o legislador comunitário não pudesse adoptar estas normas, o mercado interno que foi criado existiria, mas não poderia funcionar de forma eficaz. Mais concretamente, trata-se de normas que visam contribuir para o efeito útil das normas aplicáveis ao comércio no mercado interno. A execução e a aplicação destas normas podem ser comprometidas se um diploma comportar a possibilidade de elas serem contornadas. É esta a razão que o legislador comunitário invoca no décimo primeiro considerando do preâmbulo.

153. A segunda forma de perturbação que pode justificar a adopção de normas aplicáveis na fase de produção é a que resulta da desigualdade nas condições de concorrência. Esta situação surge quando a disparidade entre as condições de participação no mercado comum em vigor nos diferentes Estados-Membros se torna demasiado grande, em consequência da divergência entre os requisitos nacionais impostos à produção de determinados bens. Uma medida de harmonização com base no artigo 95.º CE pode eliminar essa disparidade.

154. A este propósito, é interessante o acórdão relativo ao dióxido de titânio. O raciocínio do Tribunal de Justiça é o seguinte: as disposições nacionais — que neste caso são impostas por considerações de saúde e de ambiente — podem prejudicar as empresas às quais são aplicáveis [75]. Na falta de harmonização das disposições nacionais, a concorrência pode ser sensivelmente falseada. Uma medida de harmonização dos diplomas nacionais em matéria de condições de produção num determinado sector da indústria, destinada a eliminar as distorções da concorrência aí

75 — Acórdão já referido na nota 50, v. nomeadamente n.º 23.

existentes, contribui, portanto, para a realização do mercado interno, pelo que faz parte do âmbito de aplicação do artigo 95.° CE. No processo relativo ao dióxido de titânio, estava em causa um diploma sobre a transformação de resíduos. O Tribunal de Justiça reconheceu, assim, que um diploma nacional aplicável de igual forma a todos os operadores económicos num determinado sector pode perturbar a concorrência.

5. A directiva relativa ao tabaco

155. Coloca-se agora a questão de saber se o legislador comunitário, ao adoptar a directiva relativa ao tabaco, eliminou uma perturbação sensível ao funcionamento do mercado interno.

156. No processo perante o Tribunal de Justiça, o legislador comunitário justifica a aplicabilidade da directiva à produção de cigarros destinados à exportação com base na necessidade de evitar que a regulação do mercado interno seja desvirtuada. Da tramitação do processo perante o Tribunal de Justiça depreende-se que o legislador [76] teve em vista não só impedir a reimportação ilegal de cigarros que não cumprem as normas da directiva, como evitar que os cigarros sejam comercializados de forma ilegal directamente no território da União Europeia. Por conseguinte, está em causa a primeira forma de perturbação do mercado interno já descrita no n.° 152.

157. Entendo que, numa situação deste tipo, o legislador comunitário é competente para intervir, desde que estejam reunidas as seguintes condições:

— Os danos que possam decorrer do contorno das normas para a eficácia do diploma devem ser graves. Esta exigência da gravidade dos danos é a concretização do requisito da «perturbação sensível» acima referido.

— Os danos apenas podem ser razoavelmente evitados se for assegurada uma intervenção uniforme em todos os Estados-Membros. Por outras palavras, no caso de haver disposições de execução e práticas nacionais divergentes ou, pelo menos, um risco concreto de divergências, não há garantia suficiente de que se possa intervir eficazmente contra aquele contorno das normas.

76 — Isto foi alegado, nomeadamente, pelo Conselho em audiência do Tribunal de Justiça.

— A falta de normas complementares leva a encargos de execução e de aplicação da lei desproporcionados.

158. Na apreciação da gravidade dos eventuais danos, há que avaliar o risco de aparecimento de um mercado ilegal. Para mim, é determinante o seguinte. Os cigarros são um estimulante pelo que têm algo de excitante para o consumidor. É o caso, sobretudo, dos jovens consumidores, que constituem o principal alvo da política de luta contra o tabagismo. Nestas circunstâncias, é provável, sob todos os aspectos, que surja um mercado ilegal dos cigarros que estão proibidos na União Europeia, mas que podem obter-se fora dela. O carácter ilegal de um produto pode, por si só, levar a que esse produto encontre um mercado. O argumento de que, neste momento, o comércio ilegal é inspirado apenas na fuga aos impostos especiais sobre o consumo não me parece decisivo. Com efeito, um mercado ilegal só pode emergir depois de existir uma legislação que crie a ilegalidade. Além disso, quanto mais rigorosas são as normas, maior é a tentação de as contornar. Por conseguinte, só a adopção da directiva em apreço tornou possível — e talvez atractivo — o surgimento de um mercado ilegal.

159. A segunda condição diz respeito à necessidade de intervenção comunitária. Proibir a produção unilateralmente, a nível nacional, com o objectivo de contrariar a reimportação ilegal, não é eficaz, pois o controlo deve ser efectuado nas fronteiras externas do mercado comum. Se existirem diferenças entre as legislações dos Estados-Membros — e, consequentemente, nos controlos realizados nas diferentes fronteiras externas — os fluxos comerciais ilegais deslocam-se para uma fronteira externa onde não vigore a proibição em causa. A intervenção comunitária é, assim, necessária. No entanto, mesmo quando os cigarros não abandonam o território da União Europeia, uma medida nacional não pode ser eficaz devido à existência de um mercado interno aberto, no interior do qual um Estado-Membro não pode combater eficazmente a comercialização (ilegal) no seu território de cigarros provenientes de outro Estado-Membro onde não vigora a proibição de produção.

160. Passo agora à terceira condição. Uma vez que a reimportação é feita de forma ilegal e são frequentemente viajantes particulares que reimportam os produtos para a União Europeia, a fiscalização nem sempre é possível. A realização deste tipo de controlos implica, no mínimo, encargos desproporcionais. A situação não é diferente, em relação ao comércio ilegal dentro de União Europeia.

161. Concluo pois que, no caso em apreço, o legislador comunitário eliminou uma perturbação sensível ao funcionamento do mercado interno. No entanto, considero que é possível justificar a proibição de produção doutra forma. O risco concreto

de uma perturbação sensível da concorrência, que constitui a segunda forma de perturbação do funcionamento do mercado interno, também pode, na minha opinião, servir de base às normas comunitárias.

162. Não tendo qualquer dúvida de que as normas aplicáveis à composição dos cigarros — e as previsões relativas à evolução dessas normas — influenciam significativamente as decisões que tomam em matéria de investimento os produtores de tabaco cuja produção (também) se destina a ser exportada para países terceiros. Os produtores investem preferencialmente nos países onde a regulamentação é mais permissiva. Para isso contribui o facto de que, nesses países terceiros, os produtores devem concorrer com produtores de fora da União Europeia, que também não estão sujeitos a normas de composição rigorosas. Resumindo, é de esperar que disposições nacionais divergentes possam levar a uma deslocalização dos investimentos no interior da União Europeia e causem, assim, uma perturbação sensível do mercado comum. A posição das recorrentes, ao declararem que deslocarão a sua produção em consequência da directiva, confirma a minha apreciação.

163. Deste modo, uma proibição nacional de produção unilateral não só não é eficaz, como é inconcebível. Um Estado-Membro não pode, em especial, proibir unilateralmente a produção de cigarros a fim de garantir o respeito da proibição de comercialização no mercado interno. Com efeito, num caso como este, a consequência será a deslocação da produção de cigarros para um Estado-Membro onde não vigora a proibição de produção. Uma medida unilateral desse tipo não tem, pois, qualquer efeito ao nível da manutenção e causa apenas prejuízos económicos a esse Estado-Membro.

164. O exposto já é suficiente para que a directiva contribua — através da harmonização das normas relativas aos produtos do tabaco que são fabricados na União Europeia, independentemente do seu destino — para evitar disparidades graves nas condições de participação no mercado dos produtores de tabaco dos diferentes Estados-Membros.

165. A fim de ser exaustivo, chamo a atenção para o facto de que a directiva difere, neste ponto, da directiva relativa à publicidade dos produtos do tabaco. Em relação a esta última, o Tribunal de Justiça considerou que a desigualdade de condições de concorrência entre os Estados-Membros não justificava uma medida de harmonização, que elimina a concorrência em toda a Comunidade ou, pelo menos, restringe-a profundamente. Entendo que esta conclusão do Tribunal de Justiça deve ser encarada no contexto específico da

directiva relativa à publicidade dos produtos do tabaco. Essa directiva restringe profundamente a publicidade dos produtos do tabaco e retira, deste modo, aos seus produtores um instrumento de concorrência por excelência. Com efeito, em consequência da directiva, estes têm menos possibilidades de apresentar o seu produto ao consumidor. Em contrapartida, a directiva em apreço não tem esse efeito específico sobre a concorrência.

166. Em suma, o artigo 95.° CE pode constituir a base jurídica para um diploma que impõe condições à produção de produtos do tabaco, independentemente do seu destino.

E — *É admissível uma dupla base jurídica?*

167. O cerne da questão é o seguinte. Em primeiro lugar, a apreciação material: em que circunstâncias pode um diploma basear-se em várias bases jurídicas? Devem as bases jurídicas ter uma natureza equivalente, tendo em conta o objectivo do diploma? Em segundo lugar, o legislador comunitário que pretenda regular vários aspectos — que não possam ser abrangidos pela mesma base jurídica — é livre de incluir os diferentes aspectos num só diploma? Em terceiro lugar, são os procedimentos de elaboração previstos nos artigos 95.° CE e 133.° CE compatíveis entre si?

168. Na apreciação da primeira questão, o direito comunitário oferece uma boa ajuda. Um acto comunitário, como a directiva, deve basear-se numa base jurídica específica, conforme resulta do artigo 5.°, primeiro parágrafo, CE. A jurisprudência assente do Tribunal de Justiça é reproduzida no parecer do Tribunal de Justiça sobre o Protocolo de Cartagena [77]:

«[...] segundo jurisprudência constante, a escolha do fundamento jurídico de um acto [...] não resulta apenas da convicção do seu autor, antes devendo assentar em elementos objectivos susceptíveis de fiscalização jurisdicional. Entre esses elementos figuram, designadamente, a finalidade e o conteúdo do acto [...]. Se a análise de um acto comunitário demonstrar que ele prossegue uma dupla finalidade ou que tem duas componentes e se uma destas for identificável como principal ou preponderante, enquanto a outra é apenas acessória, o acto deve ter por base um único fundamento jurídico, ou seja, o que for exigido pela finalidade ou componente principal ou preponderante [...]. Excepcionalmente, quando se provar que o acto prossegue, ao mesmo tempo, vários objectivos, que se encontram ligados de forma indissociável,

77 — Parecer de 6 de Dezembro de 2001 (2/00, Colect., p. I-9713, n.os 22 e 23).

sem que um seja secundário e indirecto relativamente ao outro, esse acto pode assentar nos diferentes fundamentos jurídicos correspondentes [...].»

169. No caso de várias finalidades mais ou menos com a mesma importância, aplica-se a regra principal do acórdão Comissão/ /Conselho relativo à nomenclatura das mercadorias [78], segundo a qual «na medida em que a competência de uma instituição assente em duas disposições do Tratado, esta é obrigada a adoptar os actos correspondentes com base em ambas as disposições em causa».

170. Esta jurisprudência dá margem suficiente ao legislador comunitário para basear um diploma em vários artigos do Tratado CE, na condição de que utilize efectivamente cada uma das bases jurídicas. As considerações de natureza acessória não são suficientes para justificar a utilização de uma base jurídica. A fim de que se perceba, remeto para as conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo relativo à publicidade dos produtos do tabaco [79]. No n.º 68 destas conclusões, o advogado-geral explica — e eu concordo com ele — que a noção do «centro de gravidade» de um diploma apenas faz sentido, no caso de se excluir a cumulação de bases jurídicas, quando os procedimentos legislativos prescritos para as duas bases jurídicas são incompatíveis.

171. Partindo do princípio de que isso não acontece neste caso concreto — voltarei mais adiante a esta questão — o Tribunal de Justiça não necessita de dar importância à falta de equivalência entre as duas bases jurídicas utilizadas no caso em apreço. É suficiente que o artigo 133.º CE constitua a base jurídica real de uma parte da directiva — por mais pequena que seja. Tratam-se, concretamente, de estabelecer se o legislador comunitário, ao declarar a directiva aplicável igualmente às exportações de cigarros pela União Europeia, prosseguia um objectivo que se inscreve na política comercial comum.

172. A segunda questão a que anteriormente me referi foi suscitada pelas recorrentes e pelo Governo alemão. Referindo-se à regulamentação sobre alimentos para lactentes [80], sustentam que o legislador comunitário devia ter fixado as normas relativas à exportação de cigarros num diploma autónomo.

173. A jurisprudência confirma a prática legislativa que consiste em utilizar frequentemente, para um único diploma comunitário, várias bases jurídicas em simultâneo [81]. Um diploma comporta muitas vezes várias partes — ou componentes, segundo a formulação empregue no parecer do Tribunal de Justiça — e prossegue em simultâneo vários objectivos, o que aliás é desejável do ponto de vista da economia

78 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988 (165/87, Colect., p. 5545, n.º 11).

79 — Já referido na nota 3.

80 — V. n.ºs 191 e segs. das presentes conclusões.

81 — Um bom exemplo é constituído pelo Regulamento (CE) n.º 178/2002, já referido na nota 65. Este regulamento baseia-se nos artigos 37.º CE, 95.º CE, 133.º CE e 152.º, n.º 4, alínea b), CE.

legislativa. Não faz muito sentido separar as normas aplicáveis a determinado tipo de produtos em função do objectivo ou do grupo de objectivos prosseguidos. As normas mais integrais são mais facilmente compreensíveis para os particulares e, por outro lado, permitem evitar divergências desnecessárias na sua interpretação ou execução [82]. Nesse sentido, não considero muito feliz, por exemplo, a solução que foi encontrada para as normas relativas aos alimentos para lactentes, que consistiu na aprovação de duas directivas aplicáveis em função do destino do produto.

174. A terceira questão diz respeito à compatibilidade entre os procedimentos de tomada de decisão.

175. Conforme resulta do acórdão relativo ao dióxido de titânio [83], existe uma excepção à regra geral segundo a qual é admissível no direito comunitário uma dupla base jurídica. É o caso de as disposições do Tratado CE utilizadas corresponderem a procedimentos de tomada de decisão distintos e incompatíveis entre si.

176. O Parlamento, a Comissão e o Conselho, bem como alguns dos Governos intervenientes, defendem que é possível cumular os artigos 95.° CE e 133.° CE, uma vez que essa cumulação se distingue, no essencial, do que se verificou no processo relativo ao dióxido de titânio. Ao invés, segundo as recorrentes, os procedimentos legislativos que o legislador comunitário deve respeitar com base nos artigos 95.° CE ou 133.° CE são incompatíveis entre si. Também o Governo alemão defende o ponto de vista de que as duas bases jurídicas não são compatíveis entre si. O facto de a directiva em apreço ter sido adoptada de acordo com o processo de co-decisão, enquanto nos termos do artigo 133.°, n.° 4, CE, o Conselho decide sozinho, coloca em perigo o equilíbrio institucional [84].

177. Para a apreciação, refiro, em primeiro lugar, as considerações, do acórdão relativo ao dióxido de titânio que a seguir se reproduzem [85]: «[...] o artigo 100.°-A, impõe a aplicação do processo de cooperação previsto pelo artigo 149.°, n.° 2, do Tratado, enquanto a outra disposição, a saber, o artigo 130.°-S, impõe a votação por unanimidade no Conselho após simples consulta do Parlamento Europeu. [... No] processo de cooperação, o Conselho delibera [quase sempre] [86] por maioria qualificada [...]. Este elemento essencial do pro-

82 — Esta opção é, aliás, mais consentânea com o disposto no acordo interinstitucional de 22 de Dezembro de 1998 sobre as directrizes comuns em matéria de qualidade de redacção da legislação comunitária (JO 1999, C 73, p. 1).

83 — Já referido na nota 50, n.° 17 e segs.

84 — Algo semelhante é o argumento das recorrentes relacionado com o artigo 300.°, n.° 3, CE. As recorrentes chamam a atenção para o facto de esta disposição apenas prever a consulta do Parlamento. No seu entender, é constitucionalmente inadequado reforçar o papel do Parlamento no processo de decisão. Não aprofundarei este argumento, pois a referida disposição refere-se apenas à celebração de acordos internacionais.

85 — Já referido na nota 50, n.os 18 a 20 do acórdão.

86 — Aditamento da minha autoria.

cesso de cooperação é comprometido se, devido à referência simultânea aos artigos 100.°-A e 130.°-S, o Conselho for, em qualquer caso, obrigado a deliberar por unanimidade. Deste modo, é posta em causa a própria essência do processo de cooperação, que é reforçar a participação do Parlamento Europeu no processo legislativo da Comunidade. Ora, conforme o Tribunal observou [...] esta participação é o reflexo, a nível da Comunidade, de um princípio democrático fundamental, segundo o qual os povos participam no exercício do poder por intermédio de uma assembleia representativa.»

178. No essencial, são dois os elementos fundamentais, a saber, a possibilidade de (nalguns casos) se decidir por maioria qualificada e as prerrogativas do Parlamento Europeu. Estes dois elementos não desempenham qualquer papel no caso em apreço. Embora o artigo 95.° CE remeta para o processo de co-decisão e o artigo 133.° CE não o faça, isso não significa que as duas bases jurídicas não possam ser utilizadas simultaneamente. Do acórdão relativo ao dióxido de titânio depreendo que deve ser utilizado o processo de co-decisão, sob pena de se comprometer as prerrogativas do Parlamento Europeu [87].

179. Quanto à posição do Governo alemão sobre o equilíbrio institucional, devo observar o seguinte. Entendo que esta posição se baseia numa leitura incorrecta do acórdão relativo ao dióxido de titânio. Na decisão do Tribunal de Justiça, o equilíbrio institucional tem um papel importante. Contudo, o Tribunal de Justiça estabelece aí uma relação directa com as prerrogativas do Parlamento Europeu e os princípios democráticos que lhes estão subjacentes.

180. Não vejo em que é que a aplicação do processo de co-decisão ao caso em apreço pode prejudicar um qualquer interesse. Pelo contrário, foi escolhido o procedimento legislativo mais oneroso e que permite ter em conta o maior número possível de interesses. Do ponto de vista do equilíbrio institucional, se existe no direito comunitário um procedimento que visa alcançar um equilíbrio óptimo entre as competências, esse parece ser o processo de co-decisão. O legislador do Tratado confirmou a preferência por este procedimento. Nas alterações mais recentes ao Tratado, de Amesterdão e de Nice, optou-se por aplicar este procedimento a um número cada vez maior de casos.

181. Por último, gostaria ainda de chamar a atenção para o seguinte. Se algum prejuízo foi causado a um interesse reconhecido do Conselho de poder decidir sozinho, foi o próprio legislador comunitário — e, por conseguinte, o mesmo Conselho — que optou por não ter em conta esse interesse. Com efeito, o legislador comuni-

87 — O que tornaria o presente processo comparável ao processo relativo ao dióxido de titânio. As disposições aqui referidas do Tratado CE foram ou revistas (nomeadamente o artigo 130.°-S, actual artigo 175.° CE) ou revogadas (artigo 149.°, n.° 2).

tário poderia ter utilizado a mesma técnica que aplicou à regulamentação relativa às preparações para lactentes, adoptando um diploma autónomo para as exportações. O facto de esta técnica não contar com a minha preferência é irrelevante.

182. Em resumo, e voltando ao processo em apreço, a jurisprudência do Tribunal de Justiça não se opõe, em princípio, ao emprego da base jurídica do artigo 133.°, paralelamente ao artigo 95.°, uma vez que os procedimentos legislativos previstos nestes dois artigos são compatíveis entre si. A questão de saber se, no caso em apreço, é realmente possível, ou necessário, aditar o artigo 133.° depende do objectivo que o legislador comunitário tinha em vista.

F — *O artigo 133.° CE e a exportação de produtos para países terceiros*

183. Referi anteriormente que o artigo 95.° CE pode servir de base jurídica para a aplicabilidade da directiva à produção de cigarros, independentemente do seu destino. Por conseguinte, toda a directiva se pode basear no artigo 95.° CE. Contudo, uma vez que a directiva se baseia igualmente na base jurídica do artigo 133.° CE, é necessário averiguar se este artigo pode servir de base jurídica à limitação da exportação de cigarros pela União Europeia. Chamo a atenção para o facto de o legislador comunitário ter pela primeira vez reconhecido neste processo — ou seja, *a posteriori* — que também pretendia, efectivamente, regular as exportações. No final deste capítulo, voltarei à questão de saber se uma fundamentação *a posteriori* pode servir de base a um diploma. Quanto ao restante, a minha abordagem é semelhante à que adoptei no capítulo VI — D: começo com um pequeno apanhado da legislação comunitária, para analisar em seguida a competência legislativa do legislador comunitário — que considero ser ampla — e, por último, a questão de saber se essa competência se manteve dentro dos limites que lhe foram impostos.

1. Argumentos invocados

184. Na audiência no Tribunal de Justiça, o Parlamento e o Conselho sustentaram, conforme referido, que a directiva também visa regular as exportações. Nesse sentido, a base jurídica do artigo 133.° CE foi, segundo os mesmos, correctamente aditada. Este ponto de vista é apoiado pela Comissão e por uma série de Governos intervenientes. Encontram-se aqui alguns argumentos com interesse para a apreciação:

— O Governo britânico considera que a utilização do artigo 133.° CE como

base jurídica se justifica, uma vez que os artigos 3.° e 7.° da directiva estabelecem princípios inequívocos de política comercial comum. Quanto à produção de cigarros destinados à exportação para países terceiros, o artigo 95.° CE constitui apenas uma base jurídica secundária.

— O Governo neerlandês remete para o décimo primeiro considerando do preâmbulo, segundo o qual o regime de exportação faz parte da política comercial comum. O facto de a directiva prosseguir igualmente objectivos que não se inscrevem na política comercial (ou, embora não os prossiga directamente, os realize) é irrelevante [88].

— A Comissão defende que a aplicação de normas de qualidade aos produtos destinados à exportação deve ser considerada um interesse comercial da União Europeia, por isso permite evitar o dumping de produtos de qualidade inferior no mercado mundial. Isto já justifica, por si só, que o artigo 133.° CE possa servir de base jurídica.

88 — Acórdão de 29 de Março de 1990, Grécia/Conselho (62/88, Colect., p. I-1527, n.os 17-20).

185. As objecções mais importantes à utilização do artigo 133.° CE são as seguintes:

— Segundo as recorrentes, a competência da Comunidade na área da política comercial comum tem como objectivo principal garantir que o comércio entre os Estados-Membros e países terceiros não cria perturbações no comércio intracomunitário.

— As recorrentes observam que o objectivo da directiva é a protecção da saúde. Por essa razão, a directiva não pode basear-se no artigo 133.° CE. O artigo 133.° CE atribui à Comunidade competência para promover o comércio, e não para o restringir. O Governo grego pronunciou-se em sentido semelhante.

— Na sequência disto, o Governo alemão afirma que as medidas baseadas no artigo 133.° CE devem ter por objectivo influenciar os fluxos comerciais com países terceiros. O que é primordial é a liberalização do comércio, não a sua restrição. O artigo 133.° CE

permite medidas restritivas, mas só enquanto parte de um diploma que visa a liberalização.

— Tanto o Governo alemão como o Governo luxemburguês evocam a protecção da saúde pública em países terceiros, que resulta da directiva. Deste modo, a directiva possui um efeito extraterritorial, ao passo que — na falta de normas internacionais — compete ao próprio país de importação adoptar normas relativas à saúde.

2. O artigo 133.° CE e a exportação de produtos para países terceiros: resumo

186. A regulamentação comunitária que se refere aos produtos para exportação e que se baseia no artigo 133.° CE aparece em muitos domínios e com objectivos variados. Frequentemente, assenta em acordos internacionais. Refiro, a título de exemplo, a regulamentação em matéria de sanções [89], bem como os regulamentos no domínio do combate à exportação de drogas ou de produtos contrafeitos [90]. Por vezes, está igualmente em causa legislação comunitária unilateral, como no caso da directiva relativa ao tabaco. Um exemplo recente é o regulamento-quadro relativo à legislação alimentar [91], ao qual voltarei mais adiante, no n.° 190.

187. Por outro lado, também aparecem diplomas relativos a produtos destinados à exportação fora do âmbito do artigo 133.° CE. No domínio da agricultura, a Comissão adoptou uma decisão [92] que proíbe a exportação de bovinos e de carne bovina britânicos sob a forma de medida de emergência de combate à EEB. Esta medida também se aplica às exportações para países terceiros, o que é notável, uma vez que os regulamentos do Conselho que lhe estão subjacentes apenas se referem

89 — Por exemplo, o Regulamento (CEE) n.° 990/93 do Conselho, de 26 de Abril de 1993, relativo ao comércio entre a Comunidade Económica Europeia e a República Federativa da Jugoslávia (Sérvia e Montenegro) (JO L 102, p. 14), que foi invocado perante o Tribunal de Justiça no processo Bosphorus (acórdão de 30 de Julho de 1996, C-84/95, Colect., p. I-3953).

90 — Regulamento (CEE) n.° 3677/90 do Conselho, de 13 de Dezembro de 1990, que estabelece as medidas a adoptar para evitar o desvio de determinadas substâncias para o fabrico ilegal de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (JO L 357, p. 1). Embora os produtos aqui regulados tenham efeitos de certo modo comparáveis aos dos produtos do tabaco, o diploma está muito longe, quanto ao conteúdo, da directiva em apreço. V. ainda: Regulamento n.° 3295/94 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, que estabelece medidas destinadas a proibir a introdução em livre prática, a exportação, a reexportação e a colocação sob um regime suspensivo das mercadorias de contrafacção e das mercadorias-pirata (JO L 341, p. 8). Por força deste regulamento, as mercadorias de contrafacção ou obtidas através de pirataria não podem ser colocadas em livre circulação, exportadas ou reexportadas.

91 — Regulamento (CE) n.° 178/2002, já referido na nota 65. Este regulamento tem como base jurídica os artigos 37.° CE, 95.° CE, 133.° CE e 152.°, n.° 4, alínea b), CE.

92 — Decisão 96/239/CE da Comissão, de 27 de Março de 1996, relativa a determinadas medidas de emergência em matéria de protecção contra a encefalopatia espongiforme dos bovinos (JO L 78, p. 47).

à circulação interna. A justificação da medida reside no risco de reimportação [93].

188. Três diplomas merecem uma especial atenção para efeitos da apreciação do presente processo.

189. As normas de base para a aplicação do artigo 133.° CE às exportações foram fixadas no Regulamento (CEE) n.° 2603/69 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1969, que estabelece um regime comum aplicável às exportações [94]. A norma principal do artigo 1.° enuncia que a exportação não está, em princípio, sujeita a restrições quantitativas. O artigo 11.° permite aos Estados-Membros estabelecer restrições nacionais à exportação, para protecção de um dos interesses referidos no artigo 30.° CE.

190. O artigo 133.° CE constitui a base jurídica de normas de fabrico comunitárias aplicáveis aos produtos destinados à exportação previstas no — amplo — regulamento-quadro relativo à legislação alimentar [95]. Neste regulamento, a protecção da saúde e a segurança dos cidadãos da Comunidade e dos cidadãos de países terceiros ocupam uma lugar central. Os géneros alimentícios que se destinam a ser exportados para um país terceiro e a ser aí comercializados devem respeitar as normas relativas à legislação alimentar que vigoram para os produtos destinados ao consumo interno. Além disso, não podem ser perigosos para a saúde e, no caso dos alimentos para animais, têm de ser seguros.

191. A Directiva 92/52/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa às preparações para lactentes e às preparações de transição destinadas à exportação para países terceiros [96], foi adoptada precisamente com o objectivo de regular a exportação. Esta directiva, baseada no artigo 133.° CE, constitui um complemento de directivas anteriores que contêm normas relativas a produtos (idênticas) aplicáveis a preparações para lactentes e a preparações de transição destinadas ao mercado interno [97]. O objectivo desta directiva é a protecção da saúde dos lactentes em países terceiros. As normas relativas a produtos em causa devem estar em conformidade com a regulamentação comunitária em vigor no mercado interno ou com as normas internacionais aplicáveis, que

93 — O Tribunal de Justiça declarou improcedente o pedido de anulação desta decisão, no seu acórdão de 5 de Maio de 1998, Reino Unido/Comissão (C-180/96, Colect., p. I-2265). V., ainda, n.° 234 das presentes conclusões. V., também, a regulamentação no domínio do ambiente baseada no artigo 175.° CE, bem como o Regulamento (CE) n.° 2455/92 do Conselho, de 23 de Julho de 1992, relativo à exportação e à importação de determinados produtos químicos perigosos (JO L 251, p. 13). O referido regulamento tem por objecto a protecção das pessoas e do ambiente, tanto na Comunidade como em países terceiros. As normas resultam em parte da colaboração com organizações internacionais, tais como o Programa para o Ambiente das Nações Unidas (UNEP) e a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação (FAO).

94 — JO L 324, p. 25.

95 — V. nota 65.

96 — JO L 179, p. 129.

97 — Directiva 89/398/CEE do Conselho, de 3 de Maio de 1989, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos géneros alimentícios destinados a uma alimentação especial (JO L 186, p. 27) e Directiva 91/321/CEE da Comissão, de 14 de Maio de 1991, relativa às fórmulas para lactentes e fórmulas de transição (JO L 175, p. 35).

foram adoptadas no âmbito do Codex Alimentarius [98].

192. Em suma, com base no artigo 133.° CE são estabelecidas normas aplicáveis aos produtos destinados à exportação tendo em vista diferentes objectivos. Não está seguramente em causa apenas a política comercial no sentido estrito de promoção do comércio, mas também, precisamente, medidas que restringem a exportação de determinados produtos em virtude de outros objectivos de interesse geral.

3. Quanto à competência prevista no artigo 133.° CE

193. A primeira questão que se coloca é a de saber se o artigo 133.° CE pode servir de base jurídica a um diploma que visa, em primeiro lugar, a protecção da saúde pública. No essencial, esta questão não difere da questão que se colocou relativamente ao artigo 95.° CE. Por outras palavras, trata-se saber se o artigo 133.° CE também deve ser considerado uma competência funcional de que o legislador comunitário necessita para poder adoptar medidas com efeito externo.

194. De acordo com a jurisprudência, a competência do legislador comunitário pode ser interpretada de forma ampla. Volto a recorrer ao parecer 1/78 do Tribunal de Justiça, onde este declarou que não se pode «dar ao artigo 113.° do Tratado CEE uma interpretação cujas consequências seriam limitar a política comercial comum à utilização dos instrumentos destinados a conferir apenas um controlo sobre os aspectos tradicionais do comércio externo». O Tribunal de Justiça acrescenta que «a enumeração, no artigo 113.°, dos objectivos da política comercial [...] é concebida como uma enumeração não taxativa» [99]. Na verdade «aquando da elaboração do Tratado, a liberalização das trocas foi a ideia dominante», mas gradualmente outros objectivos começam também a desempenhar um papel, como a problemática do desenvolvimento [100].

195. Este parecer demonstra que o artigo 133.° CE não visa apenas promover o comércio da União Europeia com países

98 — O legislador comunitário utiliza a mesma técnica na regulamentação relativa à contaminação radioactiva de géneros alimentícios e de alimentos para animais. O Regulamento (CEE) n.° 2219/89 do Conselho, de 18 de Julho de 1989, relativo às condições especiais de exportação dos géneros alimentícios e dos alimentos para animais na sequência de um acidente nuclear ou de qualquer outro caso de emergência radiológica (JO L 211, p. 4), baseado no artigo 133.° CE, proíbe a exportação de géneros alimentícios e alimentos para animais cuja contaminação radioactiva ultrapasse os níveis máximos tolerados aplicáveis aos produtos destinados ao consumo interno. Os níveis máximos tolerados de contaminação radioactiva dos géneros alimentícios e alimentos para animais foram fixados no Regulamento (Euratom) n.° 3954/87 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1987, que fixa os níveis máximos tolerados de contaminação radioactiva dos géneros alimentícios e alimentos para animais na sequência de um acidente nuclear ou de qualquer outro caso de emergência radiológica (JO L 371, p. 11), com a redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (Euratom) n.° 2218/89 (JO L 211, p. 1).

99 — Parecer de 4 de Outubro de 1979, Colect., p. 2871, n.os 44 e 45.

100 — V., também sobre esta matéria, o acórdão de 26 de Março de 1987, Comissão/Conselho (45/86, Colect., p. 1493).

terceiros. Na aplicação do artigo 133.° CE, também devem desempenhar um papel outros interesses públicos, que permitam ao legislador comunitário estabelecer condições qualitativas ao comércio. A jurisprudência do Tribunal de Justiça confirma, assim, a interpretação ampla do conceito de política comercial comum, tal como este resulta da prática legislativa comunitária.

196. A competência para permitir que outros interesses públicos preponderantes tenham um papel importante resulta ainda do Regulamento n.° 2603/69. Este regulamento confere poderes aos Estados-Membros para restringirem a exportação com vista à protecção dos interesses públicos enumerados no artigo 30.° CE. A mera existência desta competência dos Estados-Membros implica que a sua salvaguarda também deva poder ser objecto de uma actuação comunitária. Com efeito, a actuação unilateral dos Estados-Membros pode comprometer a política comercial comum, que é da competência exclusiva da Comunidade Europeia. Por conseguinte, o legislador comunitário deve, no interesse do comércio, poder substituir essas medidas nacionais unilaterais pela actuação comunitária. Por outro lado, a actuação comunitária também não pode ter como consequência que outros interesses públicos sejam menos bem protegidos. Quanto à protecção da saúde pública, é importante a obrigação do artigo 152.°, n.° 1, CE de assegurar um elevado nível de protecção em cada actuação comunitária. Também aqui se impõe a comparação com o comércio interno. Precisamente porque o artigo 30.° CE cria a possibilidade de entraves ao comércio, a Comunidade deve poder intervir com base no artigo 95.° CE.

197. Resumindo, a competência da Comunidade Europeia para intervir no plano externo com base no artigo 133.° CE é, em grande medida, idêntica à competência do legislador comunitário para, com base no artigo 95.° CE, intervir no plano interno [101]. Também aqui se trata de uma competência funcional.

198. A este propósito, observo ainda que também o artigo XX do Acordo GATT prevê excepções tendo em vista determinados interesse públicos, como a protecção da saúde pública. Isto é, de resto, lógico. A promoção do comércio livre implica que esse comércio também deve poder ser sujeito a condições. É incorrecto confundir essas condições com entraves ao comércio, como as recorrentes parecem fazer.

199. O Governo alemão e o Governo luxemburguês levantam a questão do efeito extraterritorial da directiva, afirmando que as normas aplicáveis aos cigarros destina-

101 — Refiro, a título exemplificativo, as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Werner, onde este afirma que o artigo 11.° do Regulamento n.° 2603/69 deve, em grande parte, ser interpretado do mesmo modo que artigo 30.° CE (acórdão de 17 de Outubro de 1995, C-70/94, Colect., p. I-3189).

dos à exportação se reconduzem, no essencial, à protecção da saúde pública nos países terceiros. Tal como eles, penso que compete aos Governos dos países importadores — pelo menos em primeira linha — garantir essa protecção. Coloca-se, no entanto, a questão de saber se isso significa que deixam de poder ser fixados requisitos à exportação.

200. Esta questão inscreve-se no delicado domínio das medidas de protecção extraterritorial. As opiniões relativas à admissibilidade dessas medidas são muito divergentes, em função do conteúdo atribuído ao conceito de política comercial. O Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou expressamente sobre a admissibilidade destas medidas. Também no contexto da Organização Mundial do Comércio não existe unanimidade nesta matéria, pelo menos no que se refere a medidas de exportação [102].

201. Respondo a esta questão do seguinte modo. As normas aplicáveis aos produtos destinados à exportação podem ser classificados em três categorias. A primeira categoria é a das normas resultantes de acordos internacionais, a segunda categoria é constituída por normas comunitárias unilaterais aplicáveis ao mercado interno que também se aplicam às exportações e à terceira categoria pertencem as normas aplicáveis exclusivamente às exportações.

202. Na minha opinião, as normas pertencentes à primeira e à segunda categorias são em geral admissíveis, tendo em conta a interpretação ampla do conceito de política comercial comum que resulta quer da jurisprudência do Tribunal de Justiça quer da prática legislativa.

203. Quanto à primeira categoria: em todo o caso, não há objecções à existência de medidas de protecção extraterritorial que se baseiem em normas internacionais. O artigo 133.° CE é o instrumento que permite à Comunidade executar os acordos internacionais sobre comércio. Este tipo de normas estão na base do regime das exportações de preparações para lactentes.

204. Segue-se a segunda categoria de normas, onde é possível incluir as normas impostas pela directiva relativa ao tabaco. O legislador comunitário pode proibir a exportação de produtos de qualidade inferior que também sejam excluídos do mercado interno. É importante, nomeadamente para a credibilidade do comércio, que não sejam comercializados produtos de qualidade inferior. O Tribunal de Justiça reconheceu este motivo relativamente ao mercado interno no acórdão Alpine Investments [103]. Neste contexto, é irrelevante que se trate de produtos defeituosos ou

102 — Existem, contudo, dois processos relativos ao atum em que o painel do GATT decidiu que a importação não pode ser proibida por razões de protecção do ambiente noutro país. V. www.wto.int, Committee on Trade and Environment, GATT/WTO Dispute Settlement Practice relating to Article XX, Paragraphs (b), (d) and (g) of GATT, document symbol WT/CTE/W/53.

103 — Acórdão de 10 de Maio de 1995 (C-384/93, Colect., p. I-1141). No n.° 43 deste acórdão, o Tribunal de Justiça afirma que a protecção dos consumidores no território dos outros Estados-Membros não compete, enquanto tal, às autoridades de um Estado-Membro. Contudo, a natureza e o alcance dessa protecção tem incidência directa na boa reputação do comércio.

perigosos ou — tal como no caso em apreço — de produtos com riscos para a saúde. Nesse sentido, concordo com o argumento da Comissão referido no n.º 184. Essa consideração está na base da proibição de exportação de géneros alimentícios perigosos.

205. Concretamente, a opinião que acabo de exprimir significa que a questão sobre a admissibilidade das medidas de protecção extraterritorial apenas necessita ainda de ser respondida relativamente a medidas unilaterais da Comunidade Europeia (ou de um Estado-Membro) que se referem unicamente à exportação, deixando de fora o mercado interno. Atendendo ao conteúdo da directiva relativa ao tabaco, esta questão não tem de ser apreciada no caso em apreço.

4. Os limites da competência

206. No parecer relativo ao Protocolo de Cartagena [104], o Tribunal de Justiça chama a atenção para o facto de que a interpretação ampla do legislador comunitário não deve conduzir a um esvaziamento de grande parte do conteúdo das disposições específicas do Tratado que dizem respeito — nesse caso — à política de protecção do ambiente, pois o artigo 133.º CE é aplicável a partir do momento em que se verifique que a intervenção da Comunidade é susceptível de ter implicações nas trocas comerciais. Esta apreciação do Tribunal de Justiça apenas interessa, de resto, nos casos em que é necessário optar por uma base jurídica devido às diferenças entre os procedimentos [105]. Nesses casos, deve averiguar-se em que domínio um diploma se situa a título principal. Contudo, é frequentemente possível cumular bases jurídicas.

207. Este parecer referia-se à fronteira entre a política comercial comum e as competências da Comunidade em matéria de interesses públicos específicos. Há uma segunda fronteira a traçar, entre a política comercial comum, no sentido de comércio com países terceiros, e o mercado interno.

208. Segundo o Tribunal de Justiça, o simples facto de uma medida dizer respeito igualmente às importações para a Comunidade não é suficiente para tornar aplicável o artigo 133.º [106]. Tratava-se nesse processo de uma regulamentação uniforme do comércio de determinados produtos à base de carne. A única razão pela qual as importações também estavam em causa era que a medida não distinguia entre produtos originários de países terceiros e produtos originários da Comunidade Euro-

104 — Já referido na nota 78, n.º 40.

105 — Neste sentido, o parecer está na sequência do acórdão relativo ao dióxido de titânio, referido na nota 50.

106 — Acórdão de 16 de Novembro de 1989, Comissão/Conselho (131/87, Colect., p. 3743, n.º 28).

peia. O que é válido para as importações também é válido, na minha opinião, para as exportações. O simples facto de uma norma relativa a produtos que vigora no mercado interno ser aplicável aos produtos fabricados com vista à exportação para países terceiros não implica automaticamente que o artigo 133.° possa ser utilizado como base jurídica.

209. Em contrapartida, o regulamento que incidiu sobre a importação de produtos agrícolas para a União Europeia, na sequência do acidente em Tchernobyl, podia basear-se no artigo 133.° CE [107]. O Tribunal de Justiça baseou a sua apreciação, sobretudo, no objectivo prosseguido pelo regulamento. As normas comunitárias devem garantir a saúde dos consumidores, preservar a unicidade do mercado e evitar desvios do tráfico comercial, sem prejudicar inutilmente o comércio entre a Comunidade e países terceiros.

210. No parecer do Tribunal de Justiça de 15 de Novembro de 1994 [108], foi apreciada a competência da Comunidade Europeia para celebrar o acordo TRIP's [109]. O Tribunal de Justiça afirmou que os direitos de propriedade intelectual não se referem especificamente ao comércio externo, mas afectam tanto, ou mais, o mercado interno. Assim, o artigo 133.° CE não constituía nesse caso uma base jurídica adequada.

211. Passo a resumir. O artigo 133.° CE está sujeito a dois limites. O primeiro limite é amplo: o artigo 133.° CE pode ser utilizado para a defesa de outros interesses públicos para além do interesse do comércio internacional propriamente dito. O exercício da competência não pode, contudo, entrar em conflito com competências específicas atribuídas às instituições comunitárias. O segundo limite é mais estrito. Se um diploma visa regular o comércio interno a título principal, o artigo 133.° já não se aplica, ainda que os produtos importados ou exportados também sejam afectados.

212. Dito isto, considero que as competências do artigo 95.° CE e do artigo 133.° CE são competências equivalentes, complementares. O que o artigo 95.° CE representa para o mercado interno, representa o artigo 133.° CE para o mercado externo. O artigo 133.° CE apenas pode servir de base jurídica a um diploma que se refira efectivamente ao mercado externo e cujas consequências para o comércio externo sejam mais do que efeitos secundários.

5. A directiva

213. Se tomar como ponto de partida a fundamentação oferecida em audiência pelo Parlamento e pelo Conselho — ou

107 — Acórdão de 29 de Março de 1990, Grécia/Conselho (já referido na nota 89, n.os 14 a 16).

108 — Parecer 1/94, Colect., p. I-5267, n.° 57.

109 — Este acordo consta do anexo I C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio, aprovado em nome da Comunidade pela Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994 (JO L 336, p. 1.).

seja, *a posteriori* — chego à conclusão de que o artigo 133.° CE pode servir de base jurídica para o efeito externo. Para esse efeito, considero decisivo o objecto do diploma. Em concreto, ao impor a proibição de produção o legislador comunitário visava efectivamente subordinar a determinadas normas a exportação de cigarros para países terceiros.

214. Esta apreciação é suportada pelos seguintes elementos:

— o artigo 133.° CE cria uma competência funcional que pode ser utilizada para impor condições qualitativas à exportação de produtos;

— o efeito extraterritorial das medidas de protecção é justificado pelo seu conteúdo, segundo o qual apenas é proibida a exportação de cigarros de qualidade inferior, não permitidos no mercado interno;

— a cumulação das bases jurídicas do artigo 95.° CE e do artigo 133.° CE é, em princípio, possível;

— o diploma refere-se efectivamente ao mercado externo. Os efeitos externos são mais do que efeitos secundários.

215. A este propósito, verifico ainda que a directiva em apreço é equivalente, quanto ao efeito externo, a outra regulamentação sobre produtos em que a protecção da saúde pública de cidadãos de países terceiros constitui o objecto do diploma. Referi anteriormente o regulamento-quadro sobre os géneros alimentícios e a regulamentação relativa às preparações para lactentes [110].

216. No entanto, sinto-me vinculado à fundamentação dada pelo legislador comunitário no décimo primeiro considerando do preâmbulo. Com efeito, segundo jurisprudência assente relativa ao artigo 253.° CE, as razões que moveram o legislador comunitário devem ser expressas, de modo claro e inequívoco, na exposição de motivos, por forma a permitir aos interessados conhecer as justificações da medida adoptada e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização [111]. Tendo em conta esta função do dever de fundamentar, não é suficiente que a fundamentação seja dada *a posteriori,* quando uma questão é por acaso levantada perante o Tribunal de Justiça. Embora a fundamentação pode ser esclarecida pelo legislador comunitário no decurso de um processo perante o Tribunal de Justiça, isso não significa que possa ser dada uma justificação totalmente nova.

217. Conforme já referi no n.° 86, segundo o décimo primeiro considerando do preâmbulo, a aplicabilidade à exportação deve garantir que as disposições em vigor rela-

110 — V. n.os 190 e 191.

111 — V., por exemplo, acórdão de 8 de Novembro de 2001, Silos (C-228/99, Colect., p. I-8401, n.° 27).

tivas ao mercado interno não sejam desvirtuadas. Deste modo, os efeitos da directiva no comércio externo são meramente secundários. Estes efeitos são uma consequência do regime aplicável ao mercado interno, o que só por si já é razão para que o artigo 133.° CE não possa servir de base jurídica.

218. De acordo com o preâmbulo, o objectivo do diploma não é, com efeito, impor restrições ao comércio de cigarros com países terceiros. O diploma não pode, assim, ser considerado parte integrante da política comercial comum. O facto de o diploma ter consequências para o comércio com países terceiros é irrelevante. A este propósito, remeto para a formulação utilizada pelo Tribunal de Justiça no acórdão relativo à biotecnologia [112]. Resumindo: a aplicabilidade aos cigarros destinados à exportação é um objectivo acessório ou subordinado da directiva e não coincide com a sua própria essência.

219. Tudo isto me leva a concluir que o artigo 133.° CE é indevidamente considerado também a base jurídica da directiva. O regime aplicável à exportação também podia e devia basear-se no artigo 95.° CE.

112 — Já referido na nota 47.

G — *A consequência jurídica de uma utilização incorrecta do artigo 133.° CE*

220. A questão que a seguir se coloca é a de saber qual a consequência jurídica deste vício formal: nulidade da directiva? Respondo negativamente a esta questão. Com efeito, mesmo depois do desaparecimento da base jurídica do artigo 133.° CE como base jurídica, continua a existir uma base jurídica suficiente, o artigo 95.° CE. A génese da norma também permite afirmar que o artigo 133.° CE foi aditado como base jurídica, por assim dizer, a título supletivo. O desaparecimento desta base jurídica supletiva não impede que a base jurídica inicial continue a existir.

221. Além disso, este vício formal significa apenas que a directiva foi incorrectamente fundamentada. Uma inexactidão no preâmbulo de uma directiva não pode ser confundida com uma inexactidão na sua parte dispositiva. Uma inexactidão na parte dispositiva implica a inaplicabilidade da disposição em causa. Nesse caso, o Tribunal de Justiça é obrigado a anular total ou parcialmente a directiva. Uma inexactidão no preâmbulo significa apenas que o diploma não deve basear-se nesse considerando ou nessa base jurídica. O Tribunal de Justiça deve, em seguida, decidir se continua a existir uma fundamentação suficiente sem esse considerando ou essa base jurídica.

222. Não obstante, considero que a manutenção de uma directiva como a presente, apesar da falta de fundamentação, não deve

incentivar o legislador comunitário a fundamentar os seus actos de forma tão ampla quanto possível. Cada fundamentação está sujeita à apreciação do Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça parte, naturalmente, de uma característica essencial do direito comunitário, a saber, a de que o Tratado CE atribui ao legislador comunitário, com carácter taxativo, um certo número de competências. Esta atribuição constitui o cerne da distribuição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros. A utilização correcta dessas competências obedece estritamente e está sujeita ao controlo da jurisdição comunitária. Não é por acaso que o artigo 7.° CE estabelece o princípio de direito comunitário segundo o qual uma instituição actuará dentro dos limites das competências que lhe são atribuídas.

VII — Apreciação da primeira questão: eventual violação de princípios jurídicos

223. Ainda que se conclua que foi adoptada a base jurídica correcta, isso não significa que a directiva é válida. Podem existir outras razões para a sua invalidade, tais como a violação de princípios jurídicos. O órgão jurisdicional de reenvio faz essa pergunta nas alíneas c) a g) da sua primeira questão. No processo em apreço, atribuo maior importância à eventual violação do princípio da proporcionalidade, pois é o único susceptível de levantar sérias dúvidas quanto à validade da directiva controvertida. Em relação aos outros princípios jurídicos em causa, é evidente que os mesmos não podem levar a essa consequência jurídica — pelo menos isoladamente. Isto é válido também para o direito de propriedade, apesar de me alongar aí um pouco mais.

A — *O princípio da proporcionalidade*

224. Começarei por examinar o significado do princípio da proporcionalidade para a directiva no seu todo. De seguida, analisarei mais especificamente a proporcionalidade das normas aplicáveis aos cigarros destinados à exportação e, por último, será tratada a questão da proporcionalidade do artigo 7.° da directiva.

1. Apreciação geral

225. A aplicação do princípio da proporcionalidade ao processo em apreço comporta diversos elementos. Em primeiro lugar: a missão do legislador comunitário de garantir uma protecção adequada dos interesses públicos não se discute em matéria de protecção da saúde pública. Aqui, o legislador comunitário não se distingue do legislador nacional. Como a Comissão também afirma no presente processo, o controlo jurisdicional é limitado. Só se pode verificar se o legislador comunitário não ultrapassou os limites da sua compe-

tência. Um desses limites é o princípio da proporcionalidade. Remeto, a este propósito, para os n.os 120 e 121 das presentes conclusões.

226. Nas conclusões que apresentei no processo Hahn [113], chamo a atenção para a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça segundo a qual entre os bens ou interesses protegidos pelo artigo 30.° CE, a saúde e a vida das pessoas ocupam o primeiro lugar, competindo aos Estados-Membros, na falta de uma harmonização exaustiva a nível comunitário, determinar o nível de protecção da saúde e da vida das pessoas que pretendem garantir. Para o efeito, dispõem de uma ampla margem de apreciação, mas devem respeitar as exigências da livre circulação de mercadorias. Assim, uma regulamentação ou prática nacional não beneficia da derrogação do artigo 30.° CE se a saúde pública puder ser protegidas com a mesma eficácia através de medidas menos restritivas das trocas intracomunitárias.

227. Esta natureza específica da protecção da saúde pública também é expressa no artigo 152.°, n.° 1, do Tratado CE, que determina que as exigências em matéria de protecção da saúde constituem uma componente das demais políticas comunitárias. O Tribunal de Justiça salientou o interesse desta disposição, nomeadamente, em relação à política agrícola comum [114].

228. Nas mesmas conclusões no processo Hahn, fiz referência ao princípio da precaução. O princípio da precaução e o princípio da acção preventiva foram consagrados no capítulo do Tratado CE relativo ao ambiente, mas também são reconhecidos pelo Tribunal de Justiça enquanto princípios que podem servir de base a medidas de protecção da saúde pública. Assim, o Tribunal de Justiça admitiu estes princípios enquanto base de medidas legislativas de luta contra a EEB [115].

229. Resumindo, a protecção da saúde pública é um interesse público que o legislador deve poder proteger integralmente. O valor deste interesse público é tão grande que o legislador pode decidir subordinar-lhe outros interesses, como a liberdade dos operadores económicos. Isto acontece quer com o legislador nacional quer com o legislador comunitário, desde que este se tenha substituído ao legislador nacional na protecção da saúde pública [116].

113 — Conclusões de 13 de Dezembro de 2001 (C-121/00, Colect. 2002, p. I-9193, p. I-9195, n.° 34). A verificação aqui referida já remonta ao acórdão De Peijper, de 20 de Maio de 1976 (104/75, Colect., p. 613).

114 — Acórdão de 5 de Maio de 1998, Reino Unido/Comissão (C-180/96, já referido na nota 94, n.° 120). De resto, o Tratado conhece uma disposição semelhante no domínio da protecção do ambiente (artigo 6.° CE).

115 — V. o acórdão referido na nota anterior. O Tribunal de Justiça argumenta neste acórdão que, nos termos do artigo 174.°, n.° 1, CE, a protecção da saúde faz parte da política do ambiente e, por conseguinte, este princípio de política do ambiente também se aplica à protecção da saúde.

116 — V., também, n.os 118 e segs. das presentes conclusões.

230. É nesta óptica que encaro também o alcance do princípio da proporcionalidade. Este princípio não implica que deva pesar-se dois interesses um contra o outro, mas visa apenas a escolha da medida que foi ou é adoptada para protecção da saúde pública. Será essa medida adequada e não haverá outra medida — menos restritiva — que proteja a saúde pública igualmente bem? O órgão jurisdicional comunitário analisa esta questão de forma restrita.

231. Para mim, é evidente que as obrigações que a directiva em apreço impõe respeitam estes critérios. Mais, essas disposições parecem-me, por excelência, adequadas para contribuir para a realização do objectivo prosseguido, a saber, a protecção da saúde pública. No caso das medidas que visam restringir (as consequências de) o consumo do tabaco, o legislador procura um equilíbrio entre medidas que, por um lado, resolvam os problemas e em cuja eficácia se possa, em todo o caso, confiar e, por outro lado, que tenham em conta o facto de que o consumo de tabaco também não pode ser totalmente proibido ou, pelo menos, que uma proibição desse tipo pode dar lugar a um tráfico ilegal de envergadura. O legislador comunitário parece ter conseguido encontrar esse equilíbrio no caso em apreço. Não vislumbro qualquer outra medida menos restritiva que proteja igualmente bem a saúde pública.

2. Quanto à aplicabilidade às exportações

232. Mais concretamente, o Tribunal de Justiça deve examinar a proporcionalidade da aplicabilidade (do artigo 3.°) da directiva aos cigarros destinados à exportação pela União Europeia. Referi anteriormente (n.° 213 e segs.) que esta proibição visa, antes de mais, contrariar o comércio ilegal de cigarros na União Europeia. Coloca-se agora a questão de saber se esse objectivo não poderia ter sido igualmente alcançado através de medidas menos restritivas do comércio. Segundo as recorrentes, a proibição do artigo 3.° da directiva de produzir e, por conseguinte, exportar cigarros não produzidos em conformidade com os teores máximos permitidos na Comunidade viola o princípio da proporcionalidade.

233. A proporcionalidade desta medida não está garantida *a priori*. Existe uma assimetria entre o conteúdo e o efeito desta medida e o objectivo que ela prossegue. Com efeito, podemos partir do princípio de que a exportação de cigarros tem, normalmente, em vista a venda e também o consumo em países terceiros e que, na maior parte dos casos, é aí que o consumo efectivamente ocorre. Essa exportação é agora globalmente restringida com o objectivo de evitar um efeito acessório, o comércio ilegal destes cigarros na própria União Europeia.

234. Para começar, tanto as recorrentes como o Governo alemão questionam a adequação da medida. Comparam-na com a proibição de exportação de bovinos pelo Reino Unido, na sequência da contaminação com EEB, proibição essa que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Reino Unido/Comissão [117]. Em seu entender, a proibição era nesse caso adequada ao objectivo prosseguido uma vez que a causa do risco para a saúde que o diploma visava contrariar se encontrava no Reino Unido, enquanto neste processo a causa se encontra em grande parte fora da União Europeia. O Conselho observa, a este propósito, que a medida que estava em causa no processo relativo à EEB também era consideravelmente mais restritiva do que a directiva relativa ao tabaco. Por outras palavras, uma vez que a directiva relativa ao tabaco não é adequada para eliminar de forma eficaz e integral o risco para a saúde, o legislador comunitário contenta-se, neste caso, com uma medida mais restrita.

235. Considero que as recorrentes e o Governo alemão adoptam um critério incorrecto para analisar a adequação da medida. Se o objectivo fosse eliminar o consumo ilegal de cigarros que não respeitam os requisitos comunitários a medida não seria adequada, atendendo a que grande parte desses cigarros são oriundos de fora da União Europeia. A medida tem, contudo, um objectivo muito mais restrito, a saber, evitar que as normas do mercado interno sejam desvirtuadas pelo facto de cigarros que são produzidos dentro de União Europeia mas que aí não podem ser comercializados chegarem, apesar disso, ao mercado. Tendo em conta este objectivo limitado, não há dúvidas quanto à adequação da medida.

236. A questão de saber se, neste caso, não existiria uma medida menos restritiva parece-me mais difícil de responder. Aqui, desempenha um papel importante a observação do Conselho. Não estou inteiramente de acordo com essa observação: a medida não é de alcance limitado. Conforme referido, a medida comporta uma proibição total de exportar cigarros que não respeitem as normas relativas a produtos. Por outro lado, e a meu ver mais importante, a importância da proibição também não deve ser sobrestimada: alguns países importadores estabeleceram eles próprios requisitos semelhantes — ou até mais rigorosos — para os cigarros, está em preparação a adopção de normas internacionais aplicáveis aos cigarros e, além disso, o facto de a União Europeia garantir que não são colocados no mercado mundial cigarros de qualidade inferior também aumenta a confiança que os consumidores dos países terceiros têm nos cigarros europeus.

237. Para mim, não há dúvida de que é necessária uma proibição de produção para

117 — Já referido na nota 94.

se alcançar o objectivo prosseguido pela medida. Recordo o seguinte [118]:

— o risco do aparecimento de um mercado ilegal é considerável, quer através da reimportação quer da colocação directa dos produtos no mercado ilegal;

— para lutar contra isso é necessário uma intervenção comunitária. As medidas nacionais unilaterais centradas no controlo não são eficazes;

— as medidas nacionais unilaterais levam, sobretudo, a uma perturbação sensível do mercado interno.

238. Não vejo que medida menos restritiva poderia oferecer a mesma protecção que uma proibição de produção. Entre as medidas menos restritivas poder-se-ia pensar, por exemplo, numa obrigação de separar os fluxos de produção, eventualmente acompanhada de uma demonstração cabal pelo produtor de que os cigarros foram efectivamente exportados. Qualquer que seja a eficácia em si dessas medidas, nunca poderão impedir completamente o surgimento de um circuito ilegal. Com efeito, parte desse circuito ilegal resulta da reimportação. Ainda que se consiga, graças a uma legislação comunitária facilmente aplicável, que todos — ou quase todos — os cigarros destinados à exportação sejam efectivamente exportados, isso só tornará a reimportação ilegal mais atractiva.

118 — V. n.os 159 a 163 das presentes conclusões.

3. O artigo 7.°

239. As recorrentes no processo principal, a Japan Tobacco e também o Governo grego contestam a proporcionalidade do disposto no artigo 7.° da directiva, tal como explicado no vigésimo sétimo considerando do preâmbulo. Os seus argumentos reconduzem-se à afirmação de que, em primeiro lugar, a medida não é adequada à protecção da saúde e, em segundo lugar, não existe uma alternativa menos onerosa.

240. O principal argumento relativo à adequação do artigo 7.° é o de que este artigo é contrário aos artigos 3.° e 5.° da directiva. No essencial: enquanto os artigos 3.° e 5.° contêm medidas destinadas a que o fumador opte por cigarros mais leves, o artigo 7.° dificulta precisamente esta opção. A este propósito, a Japan Tobacco sustenta que as indicações que o

artigo 7.° proíbe — também denominadas descritores — têm uma finalidade útil: fornecem ao consumidor informações sobre o teor de alcatrão e o teor de nicotina do produto do tabaco. Ao proibir a utilização dos descritores, o artigo 7.° priva precisamente o consumidor de informação.

241. Tudo isto leva, em seu entender, a que esta medida não seja adequada para proteger a saúde pública. Estes argumentos são refutados, desde logo, com a alegação de que as indicações que o artigo 7.° proíbe não contêm qualquer informação objectiva e induzem o fumador em erro, ao sugerirem que determinado produto do tabaco é menos prejudicial do que outros produtos.

242. Na base deste debate está, designadamente, uma controvérsia sobre a medida em que os cigarros com um teor de alcatrão mais baixo são menos prejudiciais do que os cigarros com um teor mais elevado. Os argumentos e elementos de prova apresentados no presente processo não resolvem esta controvérsia. Por um lado, parece-me suficientemente seguro que um cigarro com um teor de alcatrão mais baixo é, em si mesmo, menos prejudicial do que um cigarro com um teor de alcatrão mais elevado. Este facto também serviu de ponto de partida para o legislador comunitário. Daí que o artigo 3.° da directiva baixe o teor máximo de alcatrão. O quinto considerando do preâmbulo também estabelece expressamente uma relação entre esta exigência acrescida e a natureza cancerígena do tabaco. Por outro lado, a Comissão, sobretudo, defendeu no presente processo que os cigarros com um teor baixo de alcatrão contêm um teor elevado de outras substâncias prejudiciais e, por essa razão, continuam a ser perigosos. Além disso, não é improvável que um fumador fume mais cigarros se estes tiverem um teor de alcatrão mais baixo. Cito o vigésimo sétimo considerando do preâmbulo: «Os níveis das substâncias inaladas são determinados pelo teor de certas substâncias contidas no produto antes de ser consumido, mas também pelo comportamento do fumador e pelo grau de dependência.» Ou seja, é duvidoso que os fumadores que passam de cigarros mais fortes para cigarros menos fortes retirem daí um benefício considerável para a saúde.

243. A controvérsia incide ainda sobre um segundo aspecto: o efeito esperado da medida ao nível da saúde pública. As opiniões divergem, tal como resulta das observações dos vários intervenientes no presente processo. Também não me surpreende que não exista um padrão uniforme de expectativas. Trata-se, com efeito, de saber em que medida o consumidor fumador adapta o seu comportamento em resultado do desaparecimento de indicações do tipo «light» e «mild».

244. Estes dois aspectos da controvérsia determinam o contexto desta medida. Para

poder dar uma resposta satisfatória à questão da adequação da medida de protecção para efeitos de saúde pública, analisarei mais pormenorizadamente o conteúdo da própria medida.

245. Em primeiro lugar, a possibilidade de fornecer informações objectivas sobre a composição dos produtos do tabaco não é limitada. Em segundo lugar — e isto é referido, designadamente, pelo Governo francês — o artigo 7.° da directiva não proíbe todas as apresentações e denominações de cigarros que sejam susceptíveis de seduzir os consumidores e de conquistar a sua confiança, mas apenas as menções que sugiram que determinado produto do tabaco é menos prejudicial do que outros produtos. Por outras palavras, trata-se de uma proibição de denominações sugestivas susceptíveis de criar confusão no espírito dos consumidores. Estes descritores são utilizados para realçar diferentes características dos cigarros, por vezes mesmo sem que exista uma relação com o seu teor de alcatrão. Assim, como o Governo neerlandês observou em audiência, a indicação «mild» talvez seja utilizada para designar uma sensação gustativa. Gostaria ainda de referir um segundo elemento de possível confusão: mesmo os cigarros «mais leves» têm um teor de alcatrão. Os fumadores podem ser induzidos em erro, uma vez que lhes é dada a impressão errada de que se trata de produtos inofensivos, o que é falso, sobretudo porque os cigarros contêm ainda outras substâncias tóxicas não reguladas pela directiva.

246. Resumindo, trata-se de uma disposição que proíbe um número limitado de indicações de uso corrente susceptíveis de criar confusão no espírito dos consumidores, nomeadamente no que se refere à nocividade do produto. Uma disposição deste tipo parece-me, em termos gerais, um instrumento adequado de protecção da saúde pública.

247. Este instrumento é certamente adequado se atendermos às sérias dúvidas que se colocam sobre os benefícios para a saúde resultantes da transição dos consumidores para cigarros com um teor de alcatrão mais baixo. O legislador comunitário podia, pois, legitimamente concluir pela proibição da utilização dos descritores, já que estes contêm um encorajamento implícito para que se fumem cigarros com um teor de alcatrão mais baixo.

248. No entanto, mesmo que eu aceite que os cigarros com um baixo teor de alcatrão são menos prejudiciais para a saúde pública, o legislador comunitário podia razoavelmente concluir que a utilização destes descritores deve ser contrariada. Com efeito, trata-se de indicações eufemísticas que visam encorajar o consumidor a consumir, apesar de estar demonstrado que os cigarros com um teor de alcatrão mais baixo também são perigosos para a saúde pública — certamente em menor medida. Além disso, e mais importante, a utilização destas denominações não é, de forma alguma, acompanhada de dados objectivos,

tais como o teor do alcatrão. Também aqui estes descritores se distinguem da menção dos teores de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono que, nos termos do artigo 5.°, n.° 1, devem ser apostos nos maços de cigarros. Enquanto esses teores se limitam a informar o consumidor de forma objectiva, os descritores têm, conforme referi, um valor eufemístico, pelo que não se limitam a fornecer informações objectivas.

249. Evoquei anteriormente — como segundo aspecto da controvérsia — o efeito esperado do artigo 7.° da directiva. Esse efeito, a saber, uma alteração do comportamento do fumador, é difícil de demonstrar. Considero, porém, que o legislador comunitário não necessita de demonstrar esse efeito. O legislador comunitário possui um amplo poder de apreciação na escolha dos instrumentos de protecção da saúde pública, permanecendo embora vinculado ao princípio da precaução, e, sobretudo, a medida inscreve-se na política comunitária que visa desencorajar o consumo de tabaco. Mais, esta política de desencorajamento seria posta em causa se fossem permitidas indicações susceptíveis, precisamente, de encorajar o cidadão a fumar.

250. Resumindo, considero que o artigo 7.° é adequado para assegurar a protecção da saúde pública. A questão que se segue é a de saber se existe outra medida que proteja igualmente bem a saúde pública. Neste caso, é evocada a medida prevista no diploma em vigor no Reino de Espanha, que apenas autoriza a utilização de indicações do tipo «light» e «ultralight» em cigarros com determinados teores de alcatrão baixos, no caso muito baixos. O Governo grego, sobretudo, alegou que a utilização dos descritores — nas circunstâncias em que é permitida pela legislação espanhola — contribui, precisamente, para informar directa e objectivamente o consumidor sem prejudicar gravemente os interesses económicos dos fabricantes.

251. Na minha opinião, o Tribunal de Justiça não necessita de averiguar de forma aprofundada se uma medida deste tipo, que inquestionavelmente coloca menos entraves às trocas comerciais, protege igualmente bem a saúde pública. O legislador comunitário possui uma margem de apreciação na escolha do instrumento mais adequado. O Tribunal de Justiça limita-se a examinar se o legislador comunitário podia razoavelmente concluir que a variante espanhola não protege tão bem a saúde pública. Tendo em conta o anteriormente exposto acerca do carácter eufemístico dos descritores, isto parece-me evidente. Mesmo que a utilização dos descritores seja objectivada, passando a estar associada a determinados teores de alcatrão, continua a tratar-se de indicações que podem encorajar o consumo de tabaco.

4. Síntese

252. A directiva respeita o princípio da proporcionalidade. Isto é válido para todas as partes da directiva.

B — *Limitação de direitos de propriedade (intelectual)*

1. A delimitação

253. As recorrentes afirmam que os artigos 5.° e 7.° da directiva violam o artigo 295.° CE, que determina que o Tratado CE em nada prejudica o regime de propriedade nos Estados-Membros. Afirma ainda que estas disposições da directiva violam o direito de propriedade, tal como previsto, designadamente, na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e/ou no artigo 20.° do acordo TRIP's [119].

254. Concretamente, as recorrentes consideram os artigos 5.° e 7.° uma violação grave dos seus direitos de propriedade intelectual, relacionada com o tamanho que devem ter as advertências referentes à saúde apostas nas embalagens de cigarros. Alegam que, desse modo, a directiva impede a exploração legal e diminui o *goodwill* de que gozam as marcas. Também a Japan Tobacco afirma que, com a proibição do artigo 7.°, os fabricantes de cigarros deixarão de poder exercer os seus direitos em relação a algumas marcas registadas. A Japan Tobacco considera que o artigo 7.° da directiva a proíbe de exercer os seus direitos de propriedade intelectual, uma vez que já não pode utilizar a marca Mild Seven enquanto marca comercial na Comunidade [120]. Deste modo, é-lhe subtraída a vantagem económica das licenças exclusivas sobre a marca. Em audiência, a Japan Tobacco referiu ainda que o regime do artigo 7.° a espoliará de um dos seus activos mais importantes. O Governo grego partilha o ponto de vista de que a proibição prejudica os direitos de propriedade intelectual dos fabricantes de cigarros.

255. Adiante analisarei o conteúdo da eventual violação do direito de propriedade (intelectual). Antes disso, gostaria de fazer referência a duas normas jurídicas que são invocadas e que não são relevantes para este caso. Trata-se do artigo 295.° CE e do acordo TRIP's.

256. Quanto ao artigo 295.°, os Governos britânico, francês e belga afirmam, com razão, que as disposições da directiva não

119 — V. nota 110.

120 — Em audiência, a Japan Tobacco alegou que a autoridade neerlandesa considerara, numa recente decisão, que o termo «mild» em Mild Seven não induzia em erro.

têm qualquer relação com o regime da propriedade nos Estados-Membros na acepção do artigo 295.° CE. A directiva não faz mais do que impor uma limitação à utilização de determinados direitos de propriedade dos fabricantes de cigarros. O artigo 295.° CE não pode ser invocado para afastar uma limitação do exercício de direitos de propriedade decorrente da aplicação de disposições comunitárias [121].

257. Em relação ao acordo TRIP's, refira-se o seguinte. O Tribunal de Justiça já decidiu, mais do que uma vez, que, tendo em atenção a sua natureza e a sua economia, os acordos OMC não figuram, em princípio, entre as normas tomadas em conta pelo Tribunal de Justiça para fiscalizar a legalidade dos actos das instituições comunitárias [122]. O Tribunal de Justiça reconhece que existem algumas excepções a este princípio — o Tribunal de Justiça refere, por exemplo, as «obrigações especiais» contraídas no âmbito da OMC — mas no acórdão Dior [123] declara que o acordo TRIP's não é susceptível de criar, para os particulares, direitos que estes possam invocar directamente num tribunal por força do direito comunitário.

258. O Tribunal de Justiça admite, porém, no acórdão Dior que o acordo TRIP's pode ter uma certa importância no processo perante o órgão jurisdicional nacional [124]. A este propósito, gostaria de remeter para o próprio acordo TRIP's, que não proíbe as partes signatárias do acordo TRIP's de limitarem a utilização de uma marca por razões imperativas de interesse público. No entanto, a apreciação que o órgão jurisdicional nacional possa efectuar no âmbito do acordo TRIP's não acrescenta nada à apreciação que, de qualquer modo, deve fazer-se nos termos do Tratado CE. Resumindo, esta é já uma razão suficiente para que o acordo TRIP's não desempenhe qualquer papel na apreciação da legalidade de uma intervenção no direito de propriedade.

2. O direito de propriedade no direito comunitário

259. O direito de propriedade não é um direito reconhecido enquanto tal pelo Tratado CE ou pelo Tratado sobre União Europeia. É certo que o artigo 17.° da Carta dos Direitos Fundamentais [125] reconhece o direito de propriedade (e a protecção da propriedade intelectual). Contudo, no estádio actual do direito, dou mais importância ao disposto no artigo 6.° UE. De acordo com este artigo, a União Europeia respeitará os direitos fundamentais tal como os garante, designadamente, a Convenção Europeia para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, enquanto princípios gerais do direito comunitário. Um desses direitos

121 — V., a este propósito, o acórdão de 6 de Novembro de 1984, Fearon (182/83, Recueil, p. 3677, n.° 7). O Tribunal de Justiça declarou que o direito dos Estados-Membros a regular a propriedade não pode ter qualquer incidência nas restrições decorrentes do princípio da não discriminação protegido pelo Tratado CE.

122 — V., nomeadamente, o acórdão de 23 de Novembro de 1999, Portugal/Conselho (C-149/96, Colect., p. I-8395, n.° 47).

123 — Acórdão de 14 de Dezembro de 2000, Dior e o. (processos apensos C-300/98 e C-392/98, Colect., p. I-11307, n.° 44).

124 — V., nomeadamente, n.os 47 e 48 do acórdão (já referidos na nota anterior).

125 — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (JO 2000, C 364, p. 1).

fundamentais é o direito de propriedade a que se refere no artigo 1.°, Primeiro Protocolo, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

260. De resto, o Tribunal de Justiça já reconheceu expressamente, por diversas vezes, o significado do direito de propriedade na ordem jurídica comunitária [126]. Segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, o exercício desse direito de propriedade por ser sujeito a restrições, desde que essas restrições correspondam efectivamente a objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade. Além disso, essas restrições não podem constituir, face a esses objectivos, uma intervenção desproporcional e intolerável, susceptível de atentar contra a própria essência desses direitos [127].

261. Neste processo, é pacífico que as restrições ao direito de propriedade foram inspiradas por um interesse público. Quanto à questão de saber se se trata de uma intervenção desproporcional e intolerável, há que considerar, na minha opinião, o seguinte. Em primeiro lugar, importa determinar se a intervenção, tendo em conta o seu alcance, é em si mesma legal. Em seguida, se a intervenção for em si mesma legal, coloca-se a questão de saber se, não obstante, foi violado o princípio da segurança jurídica ou, no caso em apreço, o princípio da confiança legítima.

126 — V., nomeadamente, acórdão de 13 de Dezembro de 1979, Hauer (44/79, Colect., p. 3727, n.° 17).

127 — Esta jurisprudência foi desenvolvida no âmbito da política agrícola comum. V. acórdão de 13 de Julho de 1989, Wachauf (5/88, Colect., p. 2609, n.° 18), e mais recentemente, acórdão de 13 de Abril de 2000, Karlsson e o. (C-292/97, Colect., p. I-2737, n.° 45).

262. Começo pelo alcance da intervenção. Em que medida é que a fruição da propriedade é restringida e se atenta, desse modo, contra a própria essência do direito? Sem entrar em pormenores (e deixando ainda de lado a questão da eventual violação da marca), considero que a fruição não é aqui especialmente restringida ou afectada na sua essência. O exposto não é válido em relação à fruição da propriedade de uma unidade de produção de cigarros. Mesmo depois da transposição da directiva, continua a ser possível explorar esta unidade e produzir aí cigarros. Simplesmente, a composição e a rotulagem desses cigarros têm de ser adaptadas. Também não é válido em relação à fruição da propriedade dos próprios produtos: como acontece, frequentemente, com as normas relativas a produtos, o titular do direito deve adaptar a composição e a rotulagem do seu produto, sendo-lhe para o efeito concedido um período de transição que lhe permita libertar-se das suas existências. Os novos produtos do tabaco por si produzidos e comercializados devem respeitar determinadas normas de composição e de rotulagem. Estas normas nada têm a ver com uma restrição do direito de propriedade sobre os produtos.

263. Resumindo: tendo em conta o objectivo prosseguido, as medidas adoptadas nem sequer se assemelham a uma intervenção desproporcional e intolerável no direito de propriedade. Por conseguinte, não abordarei a questão da eventual violação do princípio da segurança jurídica ou, no caso em apreço, do princípio da confiança legítima.

3. O direito de propriedade intelectual

264. A partir deste momento, centrarei a minha atenção no direito de propriedade intelectual ou, mais especificamente, no direito à marca. A entrada em vigor da directiva pode ter como consequência uma violação considerável da fruição do direito à marca. Algumas marcas não poderão voltar a ser utilizadas, por força do artigo 7.° da directiva, e o tamanho das advertências relativas à saúde, em resultado do artigo 5.°, pode ter por efeito uma redução significativa da força distintiva da marca aposta num maço de cigarros. Com base no exposto, a possibilidade de recuperar os investimentos realizados na criação da marca diminui e podem, assim, surgir prejuízos consideráveis.

265. O exercício do direito à marca também pode ser sujeito a restrições ditadas pelo interesse geral [128], mas o direito, propriamente dito, não pode ser atingido na sua essência.

266. Não vejo como é que as obrigações que decorrem do artigo 5.° podem ser consideradas um atentado à própria essência do direito à marca. A marca continua a poder ser aposta na embalagem. Só uma parte da embalagem — que não chega a atingir 50% — deve ser reservada às informações e advertências prescritas pelo artigo 5.° Além disso, a essência do direito à marca não é constituída por um direito face ao Estado de utilizar uma marca sem qualquer restrição imposta por disposições de direito público. Pelo contrário, o direito à marca é, na sua essência, um direito oponível a outros particulares que interfiram na sua exploração pelo titular do direito. As disposições de direito público só atentam contra a própria essência deste direito se tornarem completamente impossível a exploração normal da marca.

267. A questão complica-se no que diz respeito à proibição do artigo 7.° Com efeito, o artigo 7.° proíbe a utilização para produtos do tabaco de determinadas marcas, como a Mild Seven comercializada pela Japan Tobacco, ou de partes de marcas, como a palavra «light» que integre uma marca. Relativamente à marca Mild Seven, verifica-se ainda, conforme também refere a Japan Tobacco, que a marca não pode ser adaptada mediante a supressão do adjectivo «mild». Chamo aliás a atenção [129] para o facto de que é precisamente a palavra «mild», enquanto parte integrante da marca Mild Seven, que pode ser enganosa para o consumidor. Com efeito, resulta do presente processo que sob a marca Mild Seven são comercializados cigarros com teores de alcatrão muito diferentes.

128 — Conforme também já referi no n.° 261, esse interesse não está aqui em discussão.

129 — À semelhança do que fez a Comissão em audiência.

268. Entendo, porém, que o artigo 7.° não viola o direito de propriedade (intelectual). Esta conclusão não se baseia na solução que teria dado à questão de saber se, no caso em apreço, a exploração do direito à marca é atingido na sua essência, mas antes num raciocínio desenvolvido a partir do próprio direito à marca. Este direito não é em si mesmo um direito intangível. A própria legislação comunitária em matéria do direito à marca já prevê alguns fundamentos de nulidade.

269. No caso em apreço, reveste importância, nomeadamente, o artigo 3.°, n.° 1, início e alínea g), da Directiva 89/104 relativa às marcas [130]. Segundo esta disposição, uma marca que seja susceptível de induzir em erro o público pode ser anulada. Relativamente à marca comunitária, esta possibilidade de anulação está prevista no artigo 51.°, início e alínea a), em conjugação com o artigo 7, n.° 1, início e alínea g), do Regulamento (CE) n.° 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária [131].

270. O artigo 7.° da directiva, que aliás se refere expressamente às marcas comerciais, proíbe determinadas indicações sugestivas. Trata-se, em suma, de menções que podem induzir em erro o público. Assim, o artigo 7.° apenas proíbe o exercício de um direito à marca numa circunstância em que este direito já não é, em si mesmo, um direito intangível.

271. Neste contexto, não se pode falar de um atentado ilícito à essência do direito. Por conseguinte, não é necessário apreciar o alcance da intervenção, relativamente ao seu eventual carácter desproporcional ou intolerável.

272. Gostaria de acrescentar o seguinte. Os dois diplomas comunitários em matéria do direito à marca anteriormente referidos prevêem ainda outro fundamento relevante de nulidade, a saber, a violação da ordem pública ou dos bons costumes. Na minha opinião, uma marca que seja abrangida pela proibição de utilizar determinadas indicações, proibição de direito público enunciada no artigo 7.° da directiva por razões de protecção da saúde pública, é nula por ser contrária à ordem pública.

273. A fim de ser exaustivo, refiro ainda que também não estou convencido de que o alcance da intervenção seja desproporcional ou intolerável. A este propósito, o Conselho remete para o acórdão Estée Lauder [132], relativo a um produto de cosmética cuja denominação contém a palavra «lifting». O Tribunal de Justiça aceitou um

130 — Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO L 40, p. 1).

131 — JO L 11, p. 1.

132 — Acórdão 13 de Janeiro de 2000 (C-220/98, Colect., p. I-117). Este acórdão não dizia, aliás, respeito ao direito à marca.

diploma nacional que proibia a importação e a venda desse produto de cosmética. À semelhança do que aconteceu nesse processo, trata-se aqui da proibição de utilizar indicações específicas que têm uma determinada conotação. O atentado a um direito à marca é um efeito meramente acessório de um diploma, que resulta do facto de a indicação fazer parte da marca. Daí que esse efeito não seja suficiente para tornar o diploma ilegal. Segundo jurisprudência assente, deve considerar-se ainda o objectivo prosseguido. Esse objectivo justifica, no caso em apreço, uma intervenção de grande alcance. Por último, também considero importante o facto de a directiva controvertida prever, relativamente ao artigo 7.°, um período de transição até 30 de Setembro de 2003. Isso permite às empresas investir em novas marcas.

274. Sendo a intervenção em causa legal, como acabámos de verificar, é necessário ainda determinar se ela viola o princípio da segurança jurídica, mais concretamente o princípio da confiança legítima? Um empresário deve, em geral, poder confiar na legislação em vigor no momento em que toma uma decisão comercial. Conforme afirmei nas conclusões que apresentei no processo Silos [133], este princípio da confiança legítima manifesta-se sob duas formas susceptíveis de protecção. Em primeiro lugar, a protecção contra a violação de direitos adquiridos. Este direito, conforme verifiquei nas referidas conclusões, não é absoluto. Em segundo lugar, a protecção das expectativas legítimas.

275. Se aplicarmos o princípio da confiança legítima ao presente caso, é necessário responder à seguinte questão. Em que medida um fabricante de cigarros, quando toma as suas decisões comerciais, pode confiar que a legislação relativa à composição e à rotulagem dos cigarros permanecerá inalterada?

276. Esta questão é de natureza quase retórica. Um empresário, seja de que produto for, deve ter em conta que as normas relativas a produtos que lhe são aplicáveis não podem permanecer inalteradas por tempo indeterminado. Com efeito, essas normas — técnicas — estão, por natureza, vinculadas a um tempo e a um espaço. Isto é assim, por maioria de razão, com as normas relativas aos cigarros. Os conhecimentos científicos acerca da nocividade do tabaco e a percepção do tabagismo pela sociedade evoluem a grande velocidade. Por conseguinte, é lógico que as normas também tenham um índice de rotatividade elevado. A indústria do tabaco sabe disso melhor do que ninguém.

133 — Conclusões apresentadas em 3 de Abril de 2001. Acórdão proferido em 8 de Novembro de 2001, já referido na nota 111, n.os 46 e segs.

277. Também em relação ao direito à marca, não existe uma violação do princípio da segurança jurídica ou do princípio da confiança legítima. Em primeiro lugar, a directiva — e, mais especificamente, a proibição do artigo 7.° — não surgiu do nada. As principais medidas da directiva, entre as quais o artigo 7.°, já são mencionadas na Comunicação da Comissão de 18 de Dezembro de 1996[134]. Um empresário sensato teria podido alterar a sua estratégia em matéria de marcas e escolher uma marca com menos riscos inerentes. Em segundo lugar, ao optar por uma marca que sugeria que o produto em causa não era prejudicial, o empresário já correu um certo risco, ainda que não tenha procurado essa sugestão de forma consciente. Com efeito, nos termos da protecção jurídica das marcas que o direito comunitário oferece, o direito de utilizar uma marca não é em si mesmo intangível quando esta seja susceptível de induzir em erro o público. Já abordei esta questão nos n.os 268 e seguintes.

278. A título exemplificativo, chamo ainda a atenção para a posição defendida pela Japan Tobacco, que parece ter sido a empresa mais prejudicada pelo artigo 7.° da directiva. Segundo o afirmado em audiência, e não contestado, quando a directiva foi adoptada, a marca Mild Seven havia sido introduzida na União Europeia há muito pouco tempo, seguramente bastante depois da Comunicação da Comissão de 18 de Dezembro de 1996. Além disso, a marca ainda só estava disponível num Estado-Membro. Nestas circunstâncias, a violação do princípio da segurança jurídica ou do princípio da confiança legítima está completamente fora de questão.

134 — V. n.° 67 destas conclusões.

C — *Outros princípios jurídicos*

279. O órgão jurisdicional de reenvio refere ainda três princípios jurídicos que podem ser relevantes para a validade da directiva: trata-se do princípio da fundamentação, o princípio da subsidiariedade e o desvio de poder.

1. O princípio da fundamentação

280. Os argumentos invocados a favor de uma eventual violação do dever de fundamentação são de dois tipos. O primeiro tipo de argumentos refere-se aos elementos factuais e aos elementos científicos que servem de base à directiva. Assim, as recorrentes sustentam que a nova legislação se deve basear em novos desenvolvimentos, os quais, por sua vez, se devem basear em dados científicos. No entanto, o preâmbulo da directiva não faz referência a dados científicos. O segundo tipo de argumentos refere-se à fundamentação que é dada no

décimo primeiro considerando do preâmbulo. O Governo grego observa, nomeadamente, que a remissão para o artigo 133.° CE não menciona qual o aspecto da política comercial comum que é concretizado através da proibição da produção destinada à exportação. Segundo o Governo alemão, o preâmbulo não indica em que medida é que a protecção da saúde na Comunidade é influenciada pela reimportação ilegal dos produtos do tabaco que são produzidos na Comunidade.

281. A posição contrária alega que o legislador comunitário não é obrigado a fundamentar cada opção individual e, sobretudo, não necessita de referir dados científicos.

282. O princípio da fundamentação já foi anteriormente abordado nas presentes conclusões, a propósito de uma questão importante. Vi nele o motivo pelo qual o artigo 133.° CE não pode servir de base jurídica da directiva. Honrei assim o argumento do Governo grego.

283. A fundamentação do décimo primeiro considerando também foi evocada, em termos mais gerais, aquando da apreciação da proibição de produção (v. capítulo VI — D). A fundamentação — ainda que sumária — oferecida pelo preâmbulo permitia suportar essa proibição de produção. Com efeito, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, não é necessário especificar todos os dados. Gostaria, a propósito, de referir que o preâmbulo não aponta o risco de distorções da concorrência enquanto fundamento da directiva. Foi numa preocupação de ser exaustivo que desenvolvi essa questão no n.° 161 e seguintes.

284. Quanto ao restante, o preâmbulo expõe pormenorizadamente as razões que conduziram à directiva. Não é necessário referir dados científicos, até porque se trata de medidas de luta contra o tabagismo. Também é importante referir que o legislador pode atender não só a dados científicos, mas também à percepção que a sociedade tem do fenómeno.

2. O princípio da subsidiariedade

285. A questão da subsidiariedade considero fácil de responder. Tal como no acórdão relativo à biotecnologia [135], o Tribunal de Justiça pode concluir que o princípio da subsidiariedade não foi violado sem necessidade de proceder a uma fundamentação muito pormenorizada. Para começar, o princípio da subsidiariedade é um conceito dinâmico, que deixa ao legislador comunitário a necessária mar-

135 — Já referido na nota 47, n.os 30 e segs.

gem de apreciação; depois, a necessidade de intervenção comunitária foi longamente fundamentada [136]; por último, a directiva respeita as directrizes do protocolo da subsidiariedade [137]. Uma vez que concluí neste processo que era necessária uma intervenção do legislador comunitário com base no artigo 95.° CE, deixa de fazer sentido controlar o respeito do princípio da subsidiariedade. Em relação a esta directiva, remeto em especial para:

— o n.° 130 das presentes conclusões, no qual considerei que o diploma se baseia nas diferenças — ou, pelo menos, ameaças concretas do seu surgimento — entre a legislação dos Estados-Membros susceptíveis de criar entraves ao comércio;

— os n.os 159 a 163 das presentes conclusões, nos quais considerei que uma proibição nacional de produção não pode ser eficaz nem é concebível.

3. O desvio de poder

286. Por último, coloca-se a questão do desvio de poder. Segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, um acto só está viciado por desvio de poder quando existam indícios objectivos, pertinentes e concordantes de que foi adoptado exclusivamente ou, pelo menos, principalmente para alcançar fins diversos dos fixados ou para contornar um procedimento especial que o Tratado previu para fazer face a essas circunstâncias.

287. Se aplicar esta jurisprudência ao processo em apreço, chego à conclusão de que, num processo como este, em que se discute a base jurídica de um diploma comunitário, o princípio do desvio de poder não tem um significado autónomo. O Tribunal de Justiça pode decidir que foi escolhida a base jurídica correcta, o que significa que o legislador comunitário utilizou de forma correcta a competência que lhe foi atribuída. Não existe, pois, qualquer desvio de poder. O Tribunal de Justiça também pode decidir que não foi escolhida a base jurídica correcta e, por essa razão, anular o diploma. Neste caso, o Tribunal de Justiça não chega a apreciar a questão de saber se houve igualmente desvio de poder.

VIII — Apreciação da segunda questão

A — *Argumentos invocados*

288. Segundo as recorrentes, a Japan Tobacco, os Governos grego, irlandês,

136 — V. o preâmbulo, em especial o trigésimo terceiro considerando.

137 — Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, anexo ao Tratado de Amesterdão.

luxemburguês, neerlandês e sueco, bem como o Parlamento, o Conselho e a Comissão, o artigo 7.° da directiva apenas é aplicável aos produtos do tabaco comercializados no território da Comunidade Europeia. Em contrapartida, os Governos britânico, belga, francês, italiano e finlandês entendem que o artigo 7.° também visa os produtos do tabaco que são produzidos na Comunidade e se destinam à exportação para países terceiros.

289. Os principais argumentos que o primeiro grupo de intervenientes apresentou a favor de uma interpretação restrita são os seguintes:

— Da redacção do artigo 7.° não resulta que este deva ter um efeito extraterritorial, pelo que a proibição também não tem esse efeito. O Conselho reconhece, aliás, que o artigo 7.° não restringe explicitamente o efeito territorial.

— O alargamento da proibição aos produtos do tabaco destinados à exportação não é adequado para evitar que as disposições do mercado interno sejam desvirtuadas.

— O artigo 7.° não pode ser dissociado do artigo 5.°, uma vez que o artigo 7.° tem como objectivo evitar que as normas de rotulagem prevista no artigo 5.° sejam desvirtuadas. O alcance territorial do artigo 7.° coincide, assim, com o do artigo 5.° Tendo em conta a exigência linguística que comporta, o artigo 5.° só pode aplicar-se aos produtos do tabaco no interior do mercado interno.

290. Os principais argumentos que o segundo grupo de intervenientes apresentou a favor de uma interpretação ampla são os seguintes:

— Da redacção do artigo 7.°, que proíbe a utilização no futuro de certas denominações nas embalagens dos produtos de tabaco, não resulta que este artigo se restrinja aos cigarros destinados ao mercado interno.

— A aplicação do artigo 7.° à exportação é justificada devido ao perigo real de um comércio ilegal.

— O artigo 7.° constitui um complemento necessário dos artigos 3.° e 5.° Sem o artigo 7.°, aqueles artigos ficam sem efeito. Por esta razão, o artigo 7.° tem o mesmo âmbito de aplicação que os artigos 3.° e 5.°

— O artigo 152.°, n.° 1, CE exige que as acções e políticas da Comunidade assegurem um elevado nível de protecção da saúde. Esta obrigação abrange igualmente a política comercial comum. Segundo o Governo britânico, isto significa que se o legislador comunitário tivesse querido excluir a exportação para países terceiros, tê-lo-ia previsto expressamente no artigo 7.° da directiva.

B — *Apreciação*

291. Considero importante que o texto da directiva não dê uma resposta definitiva à questão de saber se o artigo 7.° também se aplica à exportação de cigarros destinados à exportação para países terceiros. O texto não é inequívoco, como ilustra o facto de quer os que defendem um efeito externo quer os que negam esse efeito invocarem a redacção da directiva. Numa situação destas, o órgão jurisdicional comunitário dispõe de diversos métodos de interpretação.

292. Na minha opinião, a interpretação sistemática é a mais acertada. Essa interpretação sistemática pode basear-se nas duas principais obrigações que, a par do artigo 7.°, decorrem da directiva. São elas a obrigação de composição do artigo 3.° e a obrigação de rotulagem do artigo 5.° O artigo 3.° também se refere à produção destinada à exportação e afirma-o expressamente. O texto do artigo 5.° é omisso quanto ao âmbito de aplicação. Não obstante, resulta de uma leitura cuidadosa do artigo 5.° que este não pode visar igualmente a exportação para países terceiros. Com efeito, as advertências que, nos termos artigo 5.°, devem ser apostas nos maços de cigarros devem estar redigidas numa língua oficial de um Estado-Membro. Esta exigência de ordem linguística, que constitui um elemento essencial da obrigação prevista no artigo 5.°, seria absurda se estivesse em causa a exportação para países terceiros.

293. À semelhança do artigo 5.°, mas contrariamente ao artigo 3.°, o artigo 7.° é omisso quanto ao seu âmbito de aplicação, pelo que é preferível que seja interpretado por analogia com o artigo 5.° Acresce que o artigo 7.° também está mais próximo do artigo 5.° do que do artigo 3.° no que diz respeito ao seu conteúdo. Com efeito, o artigo 7.° refere-se à designação e não à composição dos produtos do tabaco. Parece-me mais importante o facto de os artigos 5.° e 7.° estarem estreitamente relacionados entre si ao nível do conteúdo. Como o Governo belga referiu em audiência, os artigos 5.° e 7.° podem ser vistos como disposições complementares. O

artigo 5.° impõe a aposição na embalagem de dados objectivos relativos, designadamente, ao teor de alcatrão; o artigo 7.° proíbe que a aposição de dados sugestivos, que possam pôr em causa o valor que o consumidor atribui aos dados objectivos indicados por força do artigo 5.° Concordo, assim, com o entendimento segundo o qual, sem o artigo 7.°, o artigo 5.° poderia ficar sem efeito.

294. Resumindo, a interpretação sistemática leva à conclusão de que o artigo 7.° não se aplica aos cigarros destinados à exportação.

295. A interpretação teleológica não conduz a um resultado diferente. Para começar, o artigo 7.° impõe uma obrigação de alcance significativo a determinados operadores económicos. Num caso destes, não cabe ao órgão jurisdicional, perante a ambiguidade da disposição, interpretar o seu âmbito de aplicação de forma tão ampla quanto possível. A limitação da liberdade dos operadores económicos deve basear-se numa opção expressa do legislador.

296. O artigo 152.°, n.° 1, CE não tem nesta matéria qualquer papel. Esta disposição contém um princípio orientador para o legislador comunitário, mas não constitui qualquer fonte de interpretação de direito comunitário, em caso de omissão do legislador. Acresce que, de acordo com a minha conclusão e ao contrário da posição que assinalei no n.° 290, quarto travessão, a directiva não se refere à política comercial comum.

297. Por último, — enquanto terceiro método de interpretação — examinarei a natureza e o conteúdo do artigo 7.° da directiva. Também neste caso, chego à conclusão de que este artigo não diz respeito à exportação pela União Europeia. O artigo 7.° refere-se à designação dos cigarros e, portanto, à sua rotulagem. A rotulagem de cigarros varia consoante o país de destino, sobretudo devido às advertências que, nos termos do artigo 3.°, devem ser apostas nas embalagens. Uma vez que a rotulagem de cigarros, ao contrário da composição, varia, por natureza, consoante o destino dos cigarros, não vejo razão para dar uma interpretação ao artigo 7.° que não faça essa distinção. Chamo ainda a atenção para os argumentos relacionados com o risco do comércio ilegal. Concordo com o argumento de que o alargamento da proibição do artigo 7.° aos produtos do tabaco destinados à exportação não é adequado para evitar que as disposições do mercado interno sejam desvirtuadas. Tal como já referi, a rotulagem dos cigarros varia, por definição, consoante o país de destino.

IX — Conclusão

298. Com base no exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões da High Court of Justice (Administrative Court) do seguinte modo:

«1) A Directiva 2001/37/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Junho de 2001, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco, é válida.

2) O artigo 7.° da Directiva 2001/37/CE não se aplica aos produtos do tabaco que não são comercializados na Comunidade Europeia.»