CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ apresentadas em 16 de Outubro de 1986 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

A — 1. Objecto do processo sobre o qual devo hoje pronunciar-me é também a imposição sobre bananas frescas e secas, bem como sobre farinha de banana, introduzida em Itália pela lei de 9 de Outubro de 1964, já conhecida do Tribunal desde o processo prejudicial 193/85.

2. A Comissão considera que a fixação desta imposição não é compatível com o disposto no artigo 95.°, na medida em que se trata de produtos provenientes dos departamentos ultramarinos franceses (aos quais é aplicável o disposto no artigo 95° do Tratado CEE, por força do acórdão proferido no processo 148/77 [1]); haveria, pelo menos, uma infracção ao disposto no artigo 95.°, segundo parágrafo, uma vez que sobre a fruta de produção nacional não incide qualquer imposição específica. Para efeitos da aplicação deste preceito não interessaria saber se os produtos nacionais favorecidos por tal imposição devem ser considerados como similares. Seria, antes, suficiente a existência, ainda que parcial, indirecta ou potencial, de uma relação de concorrência com esses produtos nacionais. Por carta datada de Outubro de 1983 ao ministro italiano dos Negócios Estrangeiros, a Comissão chamava a atenção para esta apreciação, pedindo a apresentação de observações sobre o problema.

3. A requerida não contesta os factos alegados pela requerente, tendo, antes, anunciado por telex da representação permanente de Itália, datado de Dezembro de 1983, uma alteração do regime fiscal italiano (na parte relativa a imposições sobre bananas provenientes dos territórios ultramarinos franceses e dos estados ACP). Uma vez que também não se verificou qualquer outra reacção ao parecer fundamentado da Comissão, de Dezembro de 1984, em que se exigia a adopção de medidas dentro de um mês a contar da sua notificação, em 13 de Junho de 1985, a Comissão propôs uma acção junto do Tribunal nos termos do artigo 169.° do Tratado CEE.

4. A Comissão pede na petição inicial a declaração de que a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 95.° do Tratado CEE, ao ter criado e mantido em vigor um imposto sobre o consumo de bananas frescas e secas e sobre farinha de banana.

B — A este respeito gostaria de fazer as seguintes observações.

1. 5. Referi anteriormente que no processo prejudicial 193/85 se suscitou a questão fundamental de saber se a imposição italiana sobre bananas se deveria apreciar à luz do artigo 95.° do Tratado CEE ou se se deveria considerar como uma imposição de efeito equivalente a um direito aduaneiro. Após ter ponderado todos os factos relevantes e ter considerado a jurisprudência pertinente, considero que a segunda hipótese é que está correcta. O presente processo, cuja audiência teve lugar no mesmo dia da do processo 193/85, não deu ensejo a quaisquer dúvidas quanto a esta posição.

6. Quer isto dizer que não pode, em minha opinião, haver lugar a uma declaração tal como é pedida pela Comissão. Por outro lado, como também não pode pura e simplesmente ser declarada uma infracção às

* Tradução do alemão.

1 — Acórdão de 10 de Outubro de 1978 no processo 148/77, H. Hansen jun. & O. C. Balle GmbH & Co/Hauptzollamt Flensburg, Recueil, p. 1787.

regras relativas a imposições equivalentes a direitos aduaneiros — que têm outro alcance — (pois que, efectivamente, o objecto do processo pré-contencioso foi sempre e só uma infracção ao disposto no artigo 95.° e o tema «imposições equivalentes a direitos aduaneiros» nem tacitamente foi introduzido no processo), resta-me, em primeira linha, propor o não provimento da acção intentada pela Comissão devido a qualificação errónea da imposição italiana em causa.

2. 7. Tendo em consideração os delicados problemas de delimitação que se verificam relativamente às imposições internas na acepção do artigo 95.° e às imposições equivalentes a um direito aduaneiro, não pretendo dar-me por satisfeito com esta conclusão, mas antes averiguar também, a título subsidiário, a que resultado se chega se se considerar aplicável a tal caso o artigo 95.° do Tratado CEE.

8. *a)* A *Comissão* voltou a explicar ao Tribunal, em duas exposições, porque é que em sua opinião o artigo 95.° é violado numa situação em que é cobrada uma imposição quase exclusivamente sobre fruta importada (bananas), enquanto que, desde logo, a fruta de produção nacional permanece livre de direitos e encargos. A Comissão considera que ao caso concreto se aplica o artigo 95.°, primeiro parágrafo, uma vez que, segundo as definições utilizadas pela jurisprudência, as bananas e a outra fruta de produção nacional deveriam ser consideradas como produtos «similares». Porém, aplicar-se-ia em qualquer caso o segundo parágrafo do artigo 95.°, complementar do disposto no primeiro parágrafo, sendo manifesto o carácter proteccionista da imposição relativamente à fruta nacional.

9. O *Governo italiano* garantiu, antes de mais, no processo, que haveria que contar a breve trecho com a adopção das medidas anunciadas e já preparadas; porém, o processo conducente à modificação da situação jurídica não pôde desenrolar-se mais rapidamente porque houve que tomar em consideração pareceres de outros ministérios interessados e, além disso, ainda recentemente foram apresentadas propostas de alteração. Para além disto, o Governo italiano limitou-se a afirmar, no que diz respeito ao artigo 95.°, primeiro parágrafo, que não estavam preenchidas as condições em vigor fixadas pela jurisprudência. Com efeito, não se poderia falar de similaridade a propósito de bananas e de frutos italianos por apresentarem qualidades muito diferentes entre si, devendo reconhecer-se que as bananas e a outra fruta não se destinam a satisfazer necessidades comparáveis. A propósito disto, referiu-se, por exemplo, ao alto teor em água das peras, que lhes confere propriedades calmantes da sede, que faltariam às bananas. Observou-se também que, pelo menos no mercado italiano, as bananas eram consideradas como frutos nutritivos e energéticos adequados à primeira infância, sendo, por isso, consideradas como um complemento de outras frutas.

10. *b)* Passemos primeiro à análise do *artigo 95.°, primeiro parágrafo*, cujo teor é o seguinte:

«Nenhum Estado-membro fará incidir, directa ou indirectamente, sobre os produtos de outros Estados-membros imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam, directa ou indirectamente, sobre produtos nacionais similares.»

Neste contexto, há que ter presente que, segundo a jurisprudência, são considerados produtos similares aqueles que «tenham aos olhos do consumidor as mesmas características e correspondam às mesmas necessidades», podendo a classificação na mesma posição pautal da pauta aduaneira comum ser uma referência essencial para isso (acórdão proferido no processo 45/75, Recueil 1976, p. 193, n.° 12 [2]). A jurisprudência também frisou (acórdão proferido no processo 170/78, Recueil 1980, p. 433, n.° 9 [3]) que

2 — Acórdão de 17 de Fevereiro de 1976 no processo 45/75, Rewe-Zentrale des Lebensmittel-Großhandels GmbH/ /Hauptzollamt Landau (Pfalz), Recueil, p. 181.

3 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 1980 no processo 170/78, Comissão/Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Recueil, p. 417.

no primeiro parágrafo do artigo 95.° cabem «produtos largamente comparáveis», que (no acórdão proferido no processo 216/81, Recueil 1982, p. 2712, n.° 7 [4]) o primeiro parágrafo do artigo 95.° deve ser interpretado extensivamente e que o conceito de produto similar deve ser interpretado com bastante flexibilidade, para o que é importante o critério da utilização equiparável do produto.

11. Se com base nestes critérios se tentar responder à questão de saber se o imposto italiano sobre o consumo de bananas cabe na previsão do artigo 95.°, primeiro parágrafo, é bastante difícil retirar qualquer elemento do facto de as bananas se incluírem na posição pautal 08.01. B e do facto de outras frutas que a Comissão considera como «similares» se inserirem noutras posições pautais (08.02: citrinos; 08.03: figos; 08.04: uvas; 08.06: maçãs, peras e marmelos; 08.07: frutas de caroço, como damascos, pêssegos, cerejas e ameixas; 08.08: bagas, como morangos). Assim, entretanto, também a jurisprudência esclareceu que por esta via não podem ser obtidos quaisquer indícios conclusivos relativamente à similaridade na acepção do primeiro parágrafo do artigo 95.° do Tratado CEE (acórdão proferido no processo 169/78, Recueil 1980, p. 407, n.° 31 [5]).

12. Sempre se terá que reconhecer que no caso das bananas, por um lado, e de outros frutos, por outro lado, não se pode sem mais falar de uma grande semelhança. Eles não têm — e isso foi explicitado pelo Governo italiano — exactamente as mesmas propriedades e não se destinam a satisfazer as mesmas necessidades, sendo algumas dessas propriedades (sabor e teor em água) nitidamente diferentes.

13. *c)* No entanto, relativamente à questão de saber se, de facto, é aplicável o *primeiro parágrafo* do artigo 95.°, tão-pouco há necessidade de proferir um acórdão terminante, à semelhança do que aconteceu noutros processos (ver o processo 168/78 [6]), em que esta questão também se suscitou. Para a apreciação do caso concreto temos também a norma complementar do artigo 95.°, *segundo parágrafo*, cujo alcance é mais vasto e com base na qual poderia proferir-se um acórdão sem dificuldades especiais. Ela tem o seguinte teor:

«Além disso, nenhum Estado-membro fará incidir sobre os produtos dos outros Estados-membros imposições internas de modo a proteger indirectamente outras produções.»

14. *aa)* Seja-me permitido recordar que a jurisprudência esclareceu que esta norma se aplica no caso das imposições que incidem em diferente medida sobre produtos que têm em comum um número suficiente de características para constituírem, pelo menos em determinadas circuntâncias, uma alternativa para o consumidor (acórdão proferido no processo 168/78, Recueil 1980, p. 369, n.° 40); basta que o produto importado concorra com o produto nacional protegido em uma ou mais utilizações económicas, sendo que, por exemplo, o sabor e os hábitos de consumo não constituem critérios de diferenciação apropriados (acórdão proferido no processo 168/78, n.os 6 e 37 — em que, como se sabe, se tratava de aguardentes).

15. Em termos igualmente amplos, o acórdão proferido no processo 170/78 (Recueil 1980, p. 434, n.° 14) considerou suficiente que os produtos em causa possam, de al-

4 — Acórdão de 15 de Julho de 1982 no processo 216/81, Cogis (Compagnia generale interscambi)/Administração financeira do Estado, Recueil, p. 2701.

5 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 1980 no processo 169/78, Comissão/República Italiana, Recueil, p. 385.

6 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 1980 no processo 168/78, Comissão/República Francesa, Recueil, p. 347.

guma maneira, satisfazer as mesmas necessidades, de modo a que se deva admitir um certo grau de substituição entre eles (afirma-se no acórdão proferido no processo 171/78, Recueil 1980, p. 465, n.° 12[7], que deve haver, pelo menos, uma concorrência parcial ou potencial). Em consonância com isto, afirma o acórdão proferido no processo 216/81 (Recueil 1982, p. 2713, n.° 9), que o segundo parágrafo do artigo 95.° se pode aplicar a «qualquer forma de proteccionismo fiscal indirecto, no caso de produtos que, não sendo similares na acepção do primeiro parágrafo, não deixam de concorrer pelo menos parcial, indirecta ou potencialmente com determinados produtos do país importador».

16. Não é, pois, de estranhar que o segundo parágrafo do artigo 95.° tenha sido aplicado em casos de tributação diferente da «aquavit» em relação a outras aguardentes, do uisque em relação ao conhaque, das aguardentes de cereais e de cana-de-açúcar em relação às aguardentes de vinho e de bagaço, e do vinho em relação à cerveja.

17. *bb)* Como já disse, não tenho dúvidas de que, não se considerando a imposição sobre bananas como uma imposição de efeito equivalente a um direito aduaneiro, tal disposição se aplica também ao caso concreto, que se caracteriza pelo facto de se cobrar uma elevada imposição sobre bananas essencialmente importadas, permanecendo a fruta de produção nacional isenta de qualquer imposição (na audiência, a Comissão demonstrou claramente, em relação a duas qualidades de fruta italiana, a maneira como tal se reflecte sobre os preços). De facto, dificilmente se poderá contestar — e até um leigo na matéria está à altura de fazer um tal juízo — que, se não todas, há pelo menos uma série de características das bananas que são idênticas ou semelhantes às da outra fruta, podendo, portanto, afirmar-se que tais produtos são, na prática, em larga medida análogos entre si e, em certos casos, substituíveis para os consumidores.

18. Há, ainda, que referir o critério decisivo do *carácter proteccionista* de uma norma fiscal impugnada, enunciado no acórdão proferido no processo 168/78 (n.° 41), ou que, no acórdão proferido no processo 170/78 (Recueil 1980, p. 438, n.° 24), o Tribunal declarou verificada uma *tendência proteccionista,* com base na análise comparativa do desenvolvimento dos sistemas fiscais em causa. Desta perspectiva, reveste interesse para o caso concreto o facto de a imposição sobre bananas em causa ter sido introduzida quando o monopólio das bananas foi abolido em Itália. Significativo é também o excerto de uma nota da representação permanente de Itália, relativa a esse monopólio das bananas, de 11 de Abril de 1972, citado no processo 193/85 pela requerente no processo principal. Aí se afirmava tratar-se de uma organização do mercado no interesse da produção de fruta nacional a que as bananas faziam concorrência (e contra a qual essa produção deveria ser protegida) e que o regime fiscal sucedâneo (ou seja o imposto sobre o consumo de bananas) teria a mesma função.

19. Muito instrutivo parece ser também o facto de o governo requerido ter asseverado, em primeira linha, pretender suprimir a imposição sobre bananas provenientes dos departamentos ultramarinos franceses e dos estados ACP (forneceu, na audiência, informações sobre o estado mais recente das consultas). Em minha opinião, não se pode considerar isso senão como um reconhecimento tácito da justeza das teses defendidas pela requerente.

7 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 1980 no processo 171/78, Comissão/Reino da Dinamarca, Recueil, p. 447.

20. Por outro lado, é evidente que a resposta do requerido no processo prejudicial 193/85 — não se aplicaria o segundo parágrafo do artigo 95.° porque a imposição sobre as bananas se destinaria não só à protecção da fruta italiana mas também à protecção de tais produtos em toda a Comunidade — não pode ser acolhida. Abstraindo do facto de ser, naturalmente, de supor que o legislador italiano tivesse principalmente em vista os produtos italianos, observar-se-á a este propósito — com a Comissão — que o disposto no segundo parágrafo do artigo 95.° não se refere especificamente à produção nacional mas a «outras produções». Há, também, que sublinhar que, dada a existência de uma organização comum do mercado da fruta, caracterizada por um determinado sistema de protecção, não pode um Estado-membro vir instituir, por sua livre iniciativa, mecanismos suplementares de protecção para determinados tipos de fruta, pondo, eventualmente, em causa o interesse específico de outros Estados-membros em produtos concorrentes abrangidos pelas normas de protecção nacionais.

21. *cc)* Partindo-se do pressuposto de que o artigo 95.° é aplicável ao caso concreto, haverá que considerar como fundamentado o argumento da Comissão segundo o qual constitui infracção a esta disposição a fixação de uma imposição que onera na sua maior parte produtos importados e apenas uma parte absolutamente irrelevante da produção nacional, enquanto que outros produtos nacionais, que se encontram numa relação de concorrência com aqueles, não são submetidos a qualquer imposição.

C — 22. No entanto, como sou da opinião, acima assinalada, de que a requerente deveria ter apreciado o regime fiscal em causa à luz das disposições relativas à cobrança de imposições equivalentes a um direito aduaneiro, resta-me, a finalizar, propor o não provimento do pedido apresentado pela Comissão com base no artigo 95.° do Tratado CEE, e a condenação da mesma nas despesas do processo.