Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 23 de dezembro de 2015 [1]

Processo C-358/14

República da Polónia
contra
Parlamento Europeu
e

Conselho da União Europeia

«Recurso de anulação — Aproximação das legislações — Diretiva 2014/40/UE — Fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco e produtos afins — Cigarros de mentol — Escolha do artigo 114.º TFUE como base jurídica — Princípio da proporcionalidade — Princípio da subsidiariedade»

I – **Introdução**

1. Podia o legislador da União proibir a venda de cigarros de mentol no mercado interno da União Europeia a partir de 20 de maio de 2020? Esta questão que apresenta uma carga emocional [2] situa-se no cerne do problema jurídico que a República da Polónia coloca no caso em apreço ao Tribunal de Justiça, com o seu recurso de anulação contra a Diretiva 2014/40/UE [3]. Este recurso inscreve-se numa série de litígios que surgiram ao longo dos anos em relação a diferentes normas adotadas a nível da União em matéria de fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco e produtos afins no mercado interno da União [4].

2. Ao invés de procedimentos anteriores, no presente caso não se questiona, em princípio, a adequação do artigo 114.º TFUE (ex-artigo 95.º CE ou artigo 100.º-A do Tratado CEE) como base jurídica para a nova diretiva, mas só se discutem alguns aspetos de detalhe. Logo, o tema da competência legislativa já não ocupa aqui uma posição tão central como antes. O interesse centra-se agora na questão de saber se uma proibição, em toda a União, de cigarros de mentol é compatível com o princípio da proporcionalidade. Paralelamente, trata-se dos requisitos que decorrem do princípio da subsidiariedade para um regime como o que é aqui controvertido.

1 — Língua original: alemão.

2 — Nos meios de comunicação foi noticiado, por exemplo, que um antigo Chanceler alemão, entretanto falecido, tinha tomado precauções face ao anunciado desaparecimento de cigarros de mentol: «Iminente proibição da UE: Helmut Schmidt parece ter constituído um stock de 200 pacotes de cigarros de mentol» (*Spiegel Online* – Politik – 9 de julho de 2013).

3 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco e produtos afins e que revoga a Diretiva 2001/37/CE (JO L 127, p. 1, a seguir «diretiva»).

4 — V., a este respeito, em especial, acórdãos Alemanha/Parlamento e Conselho (C-376/98, EU:C:2000:544); British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741); Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800); Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802); Alemanha/Parlamento e Conselho (C-380/03, EU:C:2006:772); e Comissão/Dinamarca (C-468/14, EU:C:2015:504).

3. Subjacente a estas questões jurídicas, que parecem ter consideráveis implicações económicas, especialmente na Polónia, e que, além disso, afetam diariamente a vida de milhões de cidadãos da União, está um problema muito básico: de que margem de manobra dispõe o legislador da União para assegurar que os produtos podem ser colocados no mercado de acordo com regras uniformes à escala da União, sem negligenciar o objetivo fundamental de um elevado nível de proteção da saúde, que é consagrado em posição proeminente pelo direito primário [artigos 9.° TFUE, 114.°, n.º 3, TFUE, 168.°, n.º 1, TFUE e 35.°, segundo período, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»)]?

4. Além do presente recurso de anulação da Polónia, estão atualmente pendentes outros dois processos prejudiciais, com os quais um tribunal britânico interroga o Tribunal de Justiça sobre a validade da diretiva. Um destes processos [5] refere-se exclusivamente ao novo regime sobre cigarros eletrónicos no artigo 20.º da diretiva; coloca questões jurídicas relativas ao princípio da proporcionalidade, ao princípio da subsidiariedade e aos direitos fundamentais da União. O outro [6] diz respeito a várias disposições específicas da diretiva e, em particular, à escolha do artigo 114.º TFUE como base jurídica, ao princípio da subsidiariedade, aos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, a questões ligadas aos direitos fundamentais da União, bem como a problemas que se colocam face aos artigos 290.° TFUE e 291.° TFUE com a delegação na Comissão de poderes legislativos e de execução. Apresento hoje as minhas conclusões também nestes dois processos.

II – **Disposições controvertidas da diretiva**

5. A expressão «aroma distintivo» nos termos da definição constante do artigo 2.º, n.º 25, da diretiva designa:

«um odor ou sabor claramente percetível que não seja de tabaco, resultante de um aditivo ou de uma combinação de aditivos incluindo, mas não se limitando a fruta, especiarias, ervas aromáticas, álcool, rebuçados, mentol ou baunilha, e que é constatável antes ou durante o consumo do produto do tabaco».

6. No artigo 6.º da diretiva, intitulado «Lista prioritária de aditivos e obrigações reforçadas de comunicação» prevê-se que, para determinados aditivos em cigarros e tabaco para enrolar incluídos numa lista prioritária elaborada e atualizada pela Comissão, se aplicam obrigações reforçadas de comunicação. Neste contexto, o artigo 6.º, n.º 2, da diretiva prevê o seguinte:

«2. Os Estados-Membros exigem que os fabricantes e os importadores dos cigarros e de tabaco para enrolar que contêm um aditivo que conste da lista prioritária [...] efetuem estudos circunstanciados para examinar se cada um dos aditivos:

[...]

b) Resulta num aroma característico;

[...]»

7. O artigo 7.º da diretiva contém disposições sobre a «Regulamentação dos ingredientes» e dispõe, designadamente, o seguinte:

«1. Os Estados-Membros proíbem a comercialização de produtos do tabaco com um aroma distintivo.

5 — Processo C-477/14 (Pillbox 38).

6 — Processo C-547/14 (Philip Morris Brands e o.).

Os Estados-Membros não proíbem a utilização de aditivos essenciais para o fabrico de produtos do tabaco, [...]

[...]

2. A Comissão, a pedido de um Estado-Membro ou por sua própria iniciativa, determina através de atos de execução se um produto do tabaco é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1. Esses atos de execução são adotados pelo procedimento de exame referido no artigo 25.º

3. A Comissão adota atos de execução que estabelecem regras uniformes sobre os procedimentos para determinar se um produto do tabaco é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1. Esses atos de execução são adotados pelo procedimento de exame referido no artigo 25.º

4. É criado um painel consultivo independente, a nível da União. Os Estados-Membros e a Comissão podem consultar este painel antes de tomarem medidas em aplicação dos n.os 1 e 2 do presente artigo. A Comissão adota atos de execução que estabelecem os procedimentos de criação e funcionamento deste painel.

Esses atos de execução são adotados pelo procedimento de exame referido no artigo 25.º

5. Quando o nível de teor ou concentração de certos aditivos ou a sua combinação tiverem como resultado proibições, em aplicação do n.º 1 do presente artigo, em pelo menos três Estados-Membros, a Comissão fica habilitada a adotar atos delegados, nos termos do artigo 27.º, para estabelecer níveis máximos de teor para aqueles aditivos ou combinação de aditivos que resultem no aroma distintivo.

[...]

7. Os Estados-Membros proíbem a comercialização de produtos do tabaco que contêm aromatizantes nos seus componentes tais como filtros, papéis, embalagens, cápsulas ou quaisquer características técnicas que permitam modificar o odor ou o sabor dos produtos do tabaco em causa ou a intensidade do seu fumo. [...]

[...]

12. Os produtos do tabaco que não sejam cigarros e tabaco de enrolar são isentos das proibições previstas nos n.os 1 e 7. A Comissão adota atos delegados, nos termos do artigo 27.º, para retirar essa isenção numa determinada categoria de produtos caso se verifique uma alteração substancial das circunstâncias, tal como estabelecido num relatório da Comissão.

13. Os Estados-Membros e a Comissão podem cobrar taxas proporcionadas aos fabricantes e importadores de produtos do tabaco por avaliarem se um produto do tabaco tem um aroma distintivo, se são usados aditivos ou aromas proibidos [...]

14. No caso dos produtos do tabaco com um aroma distintivo cujos volumes de vendas em toda a União representem 3% ou mais de uma determinada categoria de produto, o disposto no presente artigo é aplicável a partir de 20 de maio de 2020.

[...]»

8. Quanto à «Apresentação do produto», o artigo 13.º da diretiva dispõe, designadamente, o seguinte:

«1. A rotulagem de uma embalagem individual e de qualquer embalagem exterior, bem como o próprio produto do tabaco, não incluem nenhum elemento ou característica que:

[...]

c) Se refira ao sabor, odor, qualquer aromatizante ou outros aditivos ou à sua ausência;

[...]»

III – **Tramitação do processo e pedidos das partes**

9. Por petição de 22 de julho de 2014 a República da Polónia, baseando-se no artigo 263.º TFUE, interpôs o presente recurso de anulação contra o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia.

10. Foi admitida a intervenção da Roménia em apoio da recorrente e da Irlanda, da República Francesa, do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, bem como da Comissão Europeia em apoio dos recorridos.

11. A República da Polónia pede que o Tribunal se digne:

— anular o artigo 2.º, n.º 25, o artigo 6.º, n.º 2, alínea b), o artigo 7.º, n.os 1 a 5, n.º 7, primeiro período, e n.os 12 a 14, bem como o artigo 13.º, n.º 1, alínea c), da diretiva;

— condenar o Parlamento e o Conselho nas despesas.

12. A Roménia pede ao Tribunal que anule os artigos 7.°, n.os 1 a 5, n.º 7, primeiro período, e n.os 12 a 14, da diretiva.

13. O Parlamento e o Conselho pedem que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a Polónia nas despesas.

14. A Comissão pede que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso; e

— condenar a recorrente nas despesas.

15. A Irlanda, a República Francesa e o Reino Unido pedem, por seu lado, que seja negado provimento ao recurso. A Irlanda pede ainda que a República da Polónia seja condenada nas despesas do processo.

16. No caso de o Tribunal de Justiça dar provimento ao recurso da República da Polónia, o Parlamento, o Conselho e a República Francesa pedem, a título subsidiário, que os efeitos das disposições eventualmente anuladas da diretiva sejam mantidos até que, dentro de um prazo razoável, entre em vigor uma nova diretiva.

17. No âmbito do recurso interposto pela República da Polónia, foram apresentadas no Tribunal de Justiça alegações escritas e, posteriormente, em 30 de setembro de 2015, alegações orais.

IV – **Apreciação**

A – *Admissibilidade do recurso*

18. Antes de apreciar o conteúdo das alegações da República da Polónia, importa examinar brevemente a admissibilidade do presente recurso de anulação. Em primeiro lugar, coloca-se a questão de saber se as disposições sobre aromas distintivos podem ser impugnadas isoladamente. Em segundo lugar, há que verificar se os argumentos da recorrente sobre algumas das disposições controvertidas da diretiva estão suficientemente circunstanciados. E, em terceiro lugar, importa analisar a crítica do Conselho, segundo a qual a argumentação da República da Polónia quanto ao princípio da igualdade de tratamento no quadro da segunda troca de articulados – mais concretamente na réplica da República da Polónia – constitui um novo fundamento inadmissível, por ser apresentado tardiamente.

1. Quanto à limitação do recurso de anulação a determinados artigos da diretiva

19. A República da Polónia – com o apoio da Roménia – não solicita a anulação da diretiva no seu conjunto, mas limita-se a impugnar algumas das suas disposições, concretamente todas as que têm por objeto os aromas distintivos ou simplesmente os aromas.

20. De acordo com jurisprudência constante, a anulação parcial de um ato da União só é possível se os elementos cuja anulação é pedida forem separáveis da parte restante do ato (o chamado requisito da separabilidade)[7]. A separabilidade não se verifica quando a anulação parcial do ato impugnado tiver por efeito modificar a substância deste[8].

21. As disposições aqui impugnadas da diretiva contêm regras especiais para os produtos do tabaco com aromas distintivos, que são independentes das restantes disposições da diretiva. No Tribunal de Justiça não foram apresentados indícios de que as disposições da diretiva sobre tais aromas sejam indissociáveis da validade das restantes disposições da diretiva. Assim, mesmo que o Tribunal de Justiça no presente processo declare inválidas algumas disposições sobre aromas, as restantes normas da diretiva continuariam a ter a sua razão de ser e o seu alcance não seria alterado.

22. Neste contexto, deve partir-se do princípio de que as disposições sobre aromas distintivos são uma parte separável da diretiva e de que uma eventual declaração da sua invalidade não afetaria a substância desta diretiva.

23. Pelas mesmas razões – contrariamente ao entendimento defendido pela República da Polónia na audiência – em teoria nada se opõe a que as disposições da diretiva sobre aromas distintivos sejam anuladas apenas parcialmente, na medida em que delas resulte uma proibição de cigarros de mentol.

2. Quanto à questão da suficiente substanciação das alegações da recorrente

24. É de notar que a República da Polónia, embora solicite a anulação de várias disposições individuais da diretiva, não apresenta argumentos detalhados sobre algumas delas, concretamente sobre os artigos 6.°, n.º 2, alínea b), 7.°, n.ºs 12 e 14, nem sobre o artigo 13.º, n.º 1, alínea c).

7 — Acórdãos Jamet/Comissão (37/71, EU:C:1972:57, n.º 11); Comissão/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, n.º 38); Comissão/Parlamento e Conselho (C-427/12, EU:C:2014:170, n.º 16); e Comissão/Conselho (C-425/13, EU:C:2015:483, n.º 94).

8 — Acórdãos França/Parlamento e Conselho (C-244/03, EU:C:2005:299, n.º 13); Comissão/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, n.º 38); Comissão/Parlamento e Conselho (C-427/12, EU:C:2014:170, n.º 16); e Comissão/Conselho (C-425/13, EU:C:2015:483, n.º 94); v., no mesmo sentido, acórdão França e o./Comissão (C-68/94 e C-30/95, EU:C:1998:148, n.ºs 257 a 259).

25. Importa recordar que a argumentação do recorrente na sua petição inicial deve estar suficientemente circunstanciada. Por força do artigo 120.º, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e da jurisprudência a ele relativa, a petição inicial deve indicar o objeto do litígio, os fundamentos e argumentos invocados e uma exposição sumária desses fundamentos. Esta indicação deve ser suficientemente clara e precisa para permitir ao recorrido preparar a sua defesa e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização. Daqui resulta que os elementos essenciais de facto e de direito em que se funda uma ação devem decorrer, de forma coerente e compreensível, do texto da própria petição, e que os pedidos desta última devem ser formulados de forma inequívoca, a fim de evitar que o Tribunal de Justiça decida *ultra petita* ou não conheça de uma acusação [9].

26. No caso em apreço, não é explicado na petição inicial por que motivo a República da Polónia solicita, em particular, a anulação do artigo 6.º, n.º 2, alínea b), do artigo 7.º, n.ºs 12 e 14, bem como do artigo 13.º, n.º 1, alínea c), da diretiva. O contexto geral do recurso de anulação interposto pela República da Polónia também não permite tirar quaisquer ilações a este respeito.

27. Pelo contrário: atendendo aos argumentos formulados pela República da Polónia na petição inicial e às suas explicações orais perante o Tribunal de Justiça, ela contesta unicamente a proibição de cigarros de mentol pelo direito da União. Contudo, essa proibição não consta, como tal, das mencionadas disposições da diretiva.

28. É possível, sem dúvida, argumentar que a eventual anulação da proibição de cigarros de mentol pelo Tribunal de Justiça se estenderia necessariamente também a essas disposições da diretiva, que são indissociáveis dessa proibição. Todavia, essa extensão só afetaria, entre as normas referidas, quando muito o artigo 13.º, n.º 1, alínea c), da diretiva, que proíbe a referência ao sabor, odor, e aromatizantes em maços de cigarros. Se os cigarros de mentol – como desejam a República da Polónia e a Roménia – continuarem a poder ser vendidos no futuro, também deveria ser permitido mencionar o mentol como ingrediente na embalagem destes cigarros. Caso contrário, como poderia o consumidor escolher entre produtos do tabaco aromatizados e não aromatizados?

29. Contudo, as outras disposições mencionadas da diretiva não apresentam uma relação tão estreita com a proibição de cigarros de mentol que sejam dela indissociáveis. Assim, o artigo 6.º, n.º 2, alínea b), da diretiva impõe aos fabricantes e importadores de cigarros e tabaco para enrolar a obrigação de realizar certos estudos, a qual não tem qualquer relação direta com a proibição de cigarros de mentol. O mesmo se pode dizer sobre o artigo 7.º, n.º 12, da diretiva, que regula *exceções* à proibição da comercialização de produtos do tabaco com um aroma distintivo. Por último, no respeitante ao artigo 7.º, n.º 14, da diretiva, ele também não contém qualquer proibição de cigarros de mentol, mas limita-se a fixar o início de determinadas proibições, incluindo a proibição de mentol em 20 de maio de 2020.

30. Logo, o recurso da República da Polónia é inadmissível por não estar suficientemente circunstanciado na parte em que contesta o artigo 6.º, n.º 2, alínea b), e o artigo 7.º, n.ºs 12 e 14, da diretiva.

9 — Jurisprudência constante; v., por exemplo, acórdãos Comissão/Parlamento e Conselho (C-411/06, EU:C:2009:518, n.º 27); Reino Unido/Conselho (C-209/13, EU:C:2014:283, n.º 30); e Parlamento/Conselho (C-540/13, EU:C:2015:224, n.º 9).

3. Quanto à alegada existência de um fundamento novo, extemporâneo quanto ao princípio da igualdade de tratamento

31. O Conselho, baseando-se no artigo 127.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, afirma que a República da Polónia invocou tardiamente aquando da segunda troca de articulados – mais concretamente na réplica – um novo fundamento, com o qual alega uma violação do princípio da igualdade de tratamento, decorrente do facto de a diretiva tratar os cigarros de mentol como os outros produtos do tabaco aromatizados, apesar da existência de diferenças objetivas entre eles.

32. É manifesto que esta alegação do Conselho se baseia numa leitura errónea dos argumentos da recorrente na fase escrita do processo. É verdade que a República da Polónia sublinha, em várias passagens das suas observações escritas, as supostas diferenças entre os cigarros de mentol e os outros produtos do tabaco aromatizados. Mas esta alegação – como também se tornou manifesto na audiência – *não* constitui um fundamento distinto mas, pelo contrário, uma argumentação apresentada em apoio dos três verdadeiros fundamentos formulados pela recorrente. Esta argumentação foi apresentada pela primeira vez na petição inicial. Além disso, como resulta claramente da réplica, na segunda troca de articulados a República da Polónia limita-se a responder, com uma versão mais detalhada desta argumentação, a um argumento específico do Parlamento e do Conselho, visando definir com maior precisão o objeto do litígio. Este modo de proceder é perfeitamente admissível.

33. Assim, este fundamento do Conselho deve ser considerado improcedente.

4. Conclusão intercalar

34. O recurso da República da Polónia é inadmissível por não estar suficientemente circunstanciado, na medida em que impugna os artigos 6.º, n.º 2, alínea b), e 7.º, n.ºs 12 e 14, da diretiva. O recurso é admissível quanto ao restante.

B – *Procedência do recurso*

35. Com o seu recurso de anulação, a República da Polónia contesta uma série de disposições da diretiva, todas elas relacionadas com a utilização de aromas distintivos em produtos do tabaco. Pretende, com este recurso, pôr termo à proibição da comercialização de cigarros de mentol no mercado interno da União que, nos termos do artigo 7.º, n.º 14, da diretiva, deve entrar em vigor em 20 de maio de 2020 [10].

36. Para este fim, são alegados três fundamentos. Em primeiro lugar, a República da Polónia sustenta que a proibição de cigarros de mentol não devia ter sido baseada no artigo 114.º TFUE. Em segundo lugar, alega a violação do princípio da proporcionalidade. Em terceiro lugar, entende que é violado o princípio da subsidiariedade.

1. Quanto à escolha do artigo 114.º TFUE como base jurídica (primeiro fundamento)

37. Com o seu primeiro fundamento, a República da Polónia alega que o artigo 114.º TFUE não pode constituir a base jurídica para uma proibição, em toda a União, de cigarros de mentol.

10 — A data de 20 de maio de 2020 resulta do artigo 7.º, n.º 14, da diretiva, dado que o volume de vendas de cigarros de mentol em toda a União representa mais de 3%, segundo as afirmações concordantes das partes no litígio.

38. Note-se a este respeito que um ato baseado nesta disposição deve abranger, por um lado, medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros e, por outro, deve ter por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno [11]. Além disso, tais medidas de harmonização do mercado interno nos termos do artigo 114.º TFUE devem ter efetivamente por finalidade a melhoria das condições de estabelecimento e de funcionamento do mercado interno [12].

39. Para este fim, segundo jurisprudência assente, o artigo 114.º TFUE autoriza o legislador da União a proibir a comercialização de um determinado produto em todo o mercado interno europeu, sempre que isso ajude a eliminar os obstáculos ao comércio para um grupo de produtos ou mesmo apenas a evitar o surgimento de tais obstáculos ao comércio [13].

40. Isto pode ser ilustrado com o exemplo dos produtos do tabaco aqui em causa: a proibição, pelo direito da União, de determinadas formas de apresentação do tabaco visa criar condições de mercado uniformes para todos os produtos do tabaco no conjunto da União. Deste modo, a proibição, a nível da União, de produtos do tabaco com aromas distintivos, constitui, de certo modo, o preço para que os produtos do tabaco «normais», que cumprem os requisitos da diretiva, possam circular livremente no mercado interno europeu, garantindo ao mesmo tempo um elevado nível de proteção da saúde [14]. Dito de outra maneira, os produtos do tabaco podem, em princípio, continuar a ser comercializados na União, mas apenas sem aromas distintivos.

41. Assim, no caso em apreço, a República da Polónia também não parece questionar que o artigo 114.º TFUE pode, em princípio, ser uma base jurídica adequada para medidas de harmonização do mercado interno em relação a produtos do tabaco, incluindo a proibição de comercialização de alguns produtos de uma categoria mais ampla de produtos do tabaco.

42. Mas, na opinião da República da Polónia, particularmente quanto aos cigarros de mentol, não existia no momento da adoção da diretiva uma divergência entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais [primeira parte do primeiro fundamento; v. alínea a), *infra*] nem era de esperar uma evolução diferente dessas disposições [segunda parte do primeiro fundamento, v. alínea b), *infra*]. A República da Polónia deduz daí que a proibição controvertida de cigarros de mentol não podia assentar no artigo 114.º TFUE [15].

a) Quanto à eliminação de obstáculos existentes ao comércio (primeira parte do primeiro fundamento)

43. A primeira parte do primeiro fundamento baseia-se, no essencial, no argumento de que as normas controvertidas da diretiva não são adequadas para eliminar os obstáculos ao comércio que existem, mas que, pelo contrário, levam à criação de novos obstáculos ao comércio.

11 — Acórdão Reino Unido/Parlamento e Conselho (C-270/12, EU:C:2014:18, n.º 100).

12 — Acórdãos British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, n.º 60); Vodafone e o. (C-58/08, EU:C:2010:321, n.º 32); e Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:535, n.º 26).

13 — Acórdãos Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, n.ºs 34 e 35) e Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, n.ºs 33 e 34). O acórdão Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:535), recentemente proferido, refere-se também a uma situação em que se tinha recorrido ao artigo 95.º CE (atual artigo 114.º TFUE) como base jurídica para a proibição da comercialização de produtos no mercado interno europeu.

14 — V., também, artigo 24.º, n.º 1, da diretiva.

15 — Na medida em que a República da Polónia utiliza os mesmos argumentos também no quadro do segundo fundamento, em relação ao princípio da proporcionalidade, passo a examiná-los em conjunto e não voltarei a abordá-los.

i) Quanto à divergência entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais

44. Segundo jurisprudência assente, o legislador da União pode recorrer ao artigo 114.º TFUE, nomeadamente em caso de divergências entre as legislações nacionais, quando estas são suscetíveis de colocar entraves às liberdades fundamentais e de ter, assim, uma influência direta no funcionamento do mercado interno [16] ou de criar distorções significativas de concorrência [17].

45. A República da Polónia, apoiada pela Roménia, alega que no momento de adoção da diretiva não existiam divergências entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros *sobre os cigarros de mentol*.

46. Esta argumentação não é convincente. Com efeito, baseia-se claramente na suposição errada de que o legislador da União só teria podido recorrer ao artigo 114.º TFUE para adotar regras sobre a utilização de mentol como aroma distintivo em produtos do tabaco se, em particular quanto aos cigarros de mentol, existissem diferenças entre os regimes dos Estados-Membros.

47. Deve ser rejeitada tal «tática do salame», que considera separadamente cada segmento do mercado que também é regulado por uma medida de harmonização do mercado interno e mesmo diversos componentes concretos de produtos. Importante é sim se a diretiva, no seu conjunto, se podia basear no artigo 114.º TFUE.

– Nenhuma razão justifica o exame isolado de cigarros de mentol

48. O exame isolado de cigarros de mentol, como propugnam a República da Polónia e a Roménia, só seria concebível se os cigarros de mentol tivessem uma posição especial em comparação com outros produtos do tabaco aromatizados.

49. É verdade que, no processo perante o Tribunal de Justiça, a República da Polónia defendeu precisamente que os cigarros de mentol tinham essa posição. Contudo, esta argumentação não colhe. Com efeito, entre os cigarros de mentol, por um lado, e outros cigarros aromatizados, por outro, existem suficientes pontos comuns, para que o legislador da União os possa tratar de maneira uniforme na diretiva.

50. Isto resulta de uma comparação entre ambos os tipos de cigarros atendendo a todos os fatores relevantes. A este respeito, importa considerar que ambos os produtos apresentam propriedades objetivas semelhantes [18] e ainda que, tendo em conta os objetivos das normas em causa, se encontram numa situação comparável [19].

51. Atendendo, em primeiro lugar, às características físicas dos diferentes tipos de cigarros, não é possível constatar diferenças significativas entre os cigarros de mentol e outros cigarros aromatizados. De qualquer modo, são consumidos da mesma maneira: em ambos os casos o tabaco é queimado e o fumo exalado ou inalado [20].

16 — Acórdãos Alemanha/Parlamento e Conselho (C-380/03, EU:C:2006:772, n.º 37); Vodafone e o. (C-58/08, EU:C:2010:321, n.º 32); e Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:535, n.º 26).

17 — Acórdãos Alemanha/Parlamento e Conselho (C-376/98, EU:C:2000:544, n.ºs 84 e 106); Vodafone e o. (C-58/08, EU:C:2010:321, n.º 32); e Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:535, n.º 26).

18 — Acórdãos Rewe-Zentrale des Lebensmittel-Großhandels (45/75, EU:C:1976:22, n.º 12); John Walker (243/84, EU:C:1986:100, n.º 11); Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, n.º 69); e Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, n.º 71).

19 — Acórdãos Arcelor Atlantique et Lorraine e o. (C-127/07, EU:C:2008:728, n.ºs 25 e 26); Association belge des Consommateurs Test-Achats e o. (C-236/09, EU:C:2011:100, n.º 29); Ziegler/Comissão (C-439/11 P, EU:C:2013:513, n.º 167); e Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, n.º 51).

20 — Nesta medida, o presente caso é fundamentalmente diferente do processo Pillbox 38 (C-477/14; v. as minhas conclusões nesse processo, n.ºs 47 a 49), no qual não se comparam tipos diferentes de produtos tradicionais do tabaco, mas é feita uma contraposição entre produtos tradicionais do tabaco, por um lado, e cigarros electrónicos, por outro, o que mostra diferenças consideráveis.

52. Também não é possível constatar diferenças significativas ao comparar os cigarros de mentol com outros cigarros aromatizados, atendendo ao objetivo geral da diretiva, que consiste em assegurar a circulação de produtos do tabaco no mercado interno da União, garantindo ao mesmo tempo um elevado nível de proteção da saúde [21]. Com efeito, todos os aromas distintivos – quer se trate de mentol quer de outros aromas – podem, em princípio, conduzir a que o sabor em regra muito amargo, mesmo acre, do fumo do tabaco possa ser atenuado ou dissimulado. Isto cria o grave risco de que os cigarros aromatizados facilitem aos não fumadores o início do consumo de tabaco [22] e dificultem aos fumadores inveterados – pelo menos a alguns deles – a superação da dependência da nicotina [23].

53. A este respeito, a República da Polónia alega, sem convencer, que os cigarros de mentol são um produto «tradicional», presente desde há muitos anos no mercado e que é menos atrativo para adolescentes e jovens adultos que outros cigarros aromatizados [24].

54. Com efeito, por um lado, não existe nenhuma razão objetiva para aplicar a produtos supostamente «tradicionais» e estabelecidos no mercado critérios de proteção da saúde menos rigorosos que os aplicáveis a produtos novos. É certo que pode estar justificado tratar determinados produtos, em especial devido à sua novidade, mais rigorosamente que outros ou estabelecer para eles um regime especial [25]. Mas daqui não se pode deduzir *a contrario* que aos produtos já estabelecidos no mercado devem, como regra geral, ser aplicadas disposições menos rigorosas que a produtos novos.

55. Por outro lado, a argumentação da República da Polónia ignora totalmente que o objetivo prosseguido com a diretiva, de assegurar um elevado nível de proteção da saúde no mercado interno da União, não se limita, de modo algum, à proteção de adolescentes e jovens adultos, embora a diretiva vise especialmente este grupo de pessoas [26]. Com efeito, como se acabou de referir [27], a diretiva destina-se também, de maneira geral, a garantir um elevado nível de proteção da saúde humana (v., por exemplo, artigo 1.º da diretiva), o que evidentemente inclui o apoio à superação da dependência da nicotina pelos fumadores inveterados.

56. Nestas condições, não é relevante se a proibição controvertida de cigarros de mentol tem efeitos positivos em especial para a saúde dos jovens. Na verdade, mesmo que em larga medida não seja esse o caso, a proibição de cigarros de mentol pode ter efeitos sobre outros grupos de consumidores [28] e contribuir assim, em geral, para melhorar o nível de proteção da saúde no mercado interno da União. Logo isto é suficiente para justificar o estabelecimento, na diretiva, de uma proibição uniforme de comercialização de cigarros de mentol e de outros cigarros aromatizados.

57. Em suma, há que rejeitar a tese da República da Polónia e da Roménia, de que os cigarros de mentol se encontram numa posição especial que os diferencia de outros cigarros com um aroma distintivo e que exige uma exceção à proibição de comercialização imposta pela diretiva, em toda a União, para essa categoria de produtos do tabaco [29].

21 — V., em particular, artigo 1.º, *in fine*, e considerandos 5, 6, 8 e 36 da diretiva.

22 — V., a este respeito, também considerando 16 da diretiva.

23 — V., a este respeito, a referência aos padrões de consumo no considerando 16 da diretiva.

24 — A República da Polónia deduz daí que os cigarros de mentol não induzem os jovens de maneira significativa a iniciar o consumo de tabaco.

25 — Acórdãos Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, n.º 69) e Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, n.º 71).

26 — Artigo 1.º, *in fine*, bem como considerandos 8 e 19 da diretiva.

27 — V. n.os 40 e 52 das presentes conclusões.

28 — V., a este respeito, a avaliação de impacto («Impact Assessment»), apresentada pelos serviços da Comissão em 19 de dezembro de 2012, Doc. SWD (2012) 452 final, em especial a parte 1, p. 101. É aí indicado, a propósito da proibição prevista de aromas distintivos: «[...] a certain impact is also expected for established smokers».

29 — V., no mesmo sentido, o Relatório do Órgão de Recurso da OMC, de 4 de abril de 2012 (WT/DS406/AB/R, «United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes», disponível no sítio Internet da OMC www.wto.org), no qual se parte da comparabilidade entre cigarros com aroma de cravo-da-índia e com aroma de mentol (v. em especial o raciocínio no n.º 298 desse relatório).

– Existiam divergências suficientes entre os regimes nacionais

58. Por consequência, para recorrer ao artigo 114.º TFUE, é relevante apenas se, ao ser adotada a diretiva, era preciso eliminar as diferenças entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros quanto à utilização de aromas distintivos em produtos do tabaco – quer de mentol quer de outros aromas – diferenças que poderiam constituir obstáculos ao comércio no mercado interno da União.

59. Como, em especial, o Conselho e o Reino Unido expuseram detalhadamente no processo no Tribunal de Justiça, sem serem contestados, certos Estados-Membros tinham já regulado a utilização de aromas distintivos, mas outros não. Onde existiam disposições nacionais, o seu conteúdo era muito diferente e não se referiam necessariamente aos mesmos aromas [30]. Esta manta de retalhos de regimes nacionais podia suscitar obstáculos consideráveis ao comércio no mercado interno de produtos do tabaco, que se caracteriza por um ativo comércio transfronteiriço [31].

60. Mesmo que, especialmente em relação com os cigarros de mentol, não tivessem existido obstáculos significativos ao comércio, isto não impediria o recurso ao artigo 114.º TFUE, cuja aplicação não pressupõe que cada detalhe de uma medida de harmonização do mercado interno assente nesta base jurídica deva responder a divergências concretas entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais. Pelo contrário, é decisivo atender ao regime no seu conjunto [32].

61. Como corretamente assinalam as instituições da União recorridas e algumas das partes que as apoiaram, no caso em apreço, o legislador da União também podia ter em conta que a proibição de cigarros com aromas distintivos contribuiria muito menos para atingir um elevado nível de proteção da saúde se os consumidores, atuais ou potenciais, de produtos do tabaco aromatizados continuassem a dispor no mercado interno de cigarros de mentol como alternativa [33].

62. Além disso, ao ser adotada a diretiva pelo menos dois Estados-Membros – o Reino da Bélgica e a República Federal da Alemanha – tinham mesmo já proibido determinadas cápsulas de mentol em cigarros, de modo que em qualquer caso esta variante concreta de cigarros de mentol não podia ser comercializada [34]. Pelo contrário, quanto é sabido, não existiam proibições comparáveis noutros Estados-Membros. Logo, a crítica da República da Polónia de que não existiam divergências entre os regimes nacionais em particular sobre os cigarros de mentol é não apenas pouco convincente em geral atendendo ao funcionamento do artigo 114.º TFUE mas também objetivamente incorreta no caso concreto.

30 — Por exemplo, a República Federal da Alemanha proibia a utilização de todas as cápsulas aromatizadas em cigarros, ao passo que o Reino da Bélgica só proibia a utilização de cápsulas de mentol. A República Francesa estabelecia valores-limite para a utilização de aditivos para dar um sabor doce ou ácido. Por seu turno, a República da Lituânia proibia totalmente determinados aromas, por exemplo, todos os que criem um sabor de baunilha ou de cravo-da-índia. Um quadro geral desta situação encontra-se na avaliação de impacto («Impact Assessment»), apresentada pelos serviços da Comissão em 19 de dezembro de 2012, Doc. SWD (2012) 452 final, em especial parte 1, p. 34, e parte 4, p. 6.

31 — Considerando 6 da diretiva; no mesmo sentido, logo acórdãos British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, n.º 64); Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, n.º 39); e Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, n.º 38).

32 — Para utilizar as palavras do Tribunal de Justiça, o recurso ao artigo 114.º TFUE como base jurídica não pressupõe a existência de um vínculo efectivo com a livre circulação entre os Estados-Membros em cada uma das situações contempladas pelo ato que assenta em tal base. Determinante é que o ato adotado com base no artigo 114.º TFUE se destine, no seu conjunto, a melhorar efectivamente as condições de estabelecimento e funcionamento do mercado interno (v. acórdão Alemanha/Parlamento e Conselho, C-380/03, EU:C:2006:772, n.º 80).

33 — V., a este respeito, também considerando 16 da diretiva, do qual se pode inferir que o legislador da União estava especialmente preocupado com aromas distintivos que podem afetar os padrões de consumo.

34 — V., a este respeito, dados na avaliação de impacto («Impact Assessment»), apresentada pelos serviços da Comissão em 19 de dezembro de 2012, Doc. SWD (2012) 452 final, em especial a parte 1, p. 34.

63. Note-se, a este respeito, que o número de Estados-Membros que legislaram ou que tinham a intenção de legislar no domínio em causa, na data da proposta da Comissão, não é, em si mesmo, determinante para a apreciação da legalidade do recurso, pelo legislador da União, ao artigo 114.º TFUE, desde que as condições de recurso a esse artigo estivessem reunidas na data da adoção do ato legislativo em causa [35].

64. Com efeito, os pressupostos da atuação do legislador da União, ao abrigo do artigo 114.º TFUE, não são de tipo quantitativo, mas sim qualitativo. Portanto, a adoção de uma medida de harmonização não depende tanto de saber se e em quantos Estados-Membros determinado produto é objeto de regulamentação ou mesmo de proibição. Qualquer perturbação, existente ou previsível, do comércio no mercado interno pode legitimar a adoção de uma medida de harmonização, desde que os princípios gerais do exercício das competências de harmonização – em especial os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (artigo 5.º, n.os 3 e 4, TUE) [36] – sejam respeitados [37].

65. Logo, deve ser rejeitada a primeira crítica formulada pela República da Polónia no quadro desta primeira parte do primeiro fundamento.

ii) Quanto à alegada criação de novos obstáculos ao comércio

66. A República da Polónia, com o apoio da Roménia, afirma ainda nesta primeira parte do primeiro fundamento, que o âmbito de aplicação material da proibição da comercialização de produtos do tabaco com aromas distintivos não é suficientemente precisado no artigo 7.º, n.º 1, da diretiva, que não contém qualquer lista das substâncias aromáticas autorizadas ou proibidas. A República da Polónia considera que isto conduz não à eliminação de obstáculos ao comércio que possam existir, mas, pelo contrário, à criação de novos obstáculos, pois é de temer que os Estados-Membros exerçam de maneira divergente a sua margem de apreciação a este respeito.

67. Contudo, também esta crítica não é convincente.

68. Por um lado, é natural que sejam utilizados conceitos jurídicos indeterminados na legislação. Isto sucede *a fortiori* no caso de normas em diretivas, que têm sempre de ser transpostas para o direito nacional (v. artigo 288.º, terceiro parágrafo, TFUE). Neste contexto, o legislador da União dispõe de uma margem de apreciação quanto à técnica de aproximação mais adequada para alcançar o resultado pretendido [38].

69. Por outro lado, é dificilmente concebível, em qualquer caso, em que medida uma proibição *de todos* os produtos do tabaco com aromas distintivos, como a que está estabelecida no artigo 7.º, n.º 1, da diretiva para toda a União, possa dar lugar a discrepâncias tão significativas na transposição nos Estados-Membros, que sejam seriamente de temer novos obstáculos às trocas comerciais.

70. Mas, mesmo que surjam divergências a este respeito, o legislador da União adotou na diretiva suficientes precauções para o evitar. Assim, o artigo 7.º, n.os 2 a 5, da diretiva permite à Comissão adotar, nas condições que aí se especificam, atos de execução e atos delegados para eliminar as incertezas que restem.

35 — Acórdão Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:535, n.º 24). No mesmo sentido, acórdãos Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, n.º 38) e Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, n.º 37).

36 — V., a este respeito, considerações que teci sobre o segundo e terceiro fundamentos.

37 — V. minhas conclusões no processo Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:190, n.º 51).

38 — Acórdãos Reino Unido/Parlamento e Conselho (C-66/04, EU:C:2005:743, n.º 45); Reino Unido/Parlamento e Conselho (C-217/04, EU:C:2006:279, n.º 43); e Vodafone e o. (C-58/08, EU:C:2010:321, n.º 35).

71. A adoção, a nível da União, de uma lista de substâncias aromáticas permitidas ou proibidas (uma espécie de «lista positiva» ou «lista negativa»), sugerida pela República da Polónia como alternativa ao artigo 7.º da diretiva, tem o grave inconveniente de que tal técnica legislativa seria complicada e fácil de eludir, além de que a lista, devido à rápida evolução neste setor, precisaria de ser constantemente atualizada. Mas desta maneira também se reduziria excessivamente a margem de manobra das autoridades nacionais, violando o princípio da proporcionalidade (artigo 5.º, n.º 4, TUE).

72. Deste modo, a primeira parte do primeiro fundamento de recurso é improcedente na sua totalidade.

b) Quanto ao risco de uma evolução futura diferente das disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais (segunda parte do primeiro fundamento)

73. Com a segunda parte do primeiro fundamento, a República da Polónia defende que é «altamente improvável» que no futuro apareçam obstáculos às trocas comerciais no mercado interno da União devido às proibições nacionais de cigarros de mentol.

74. A seguir, abordarei esta problemática apenas a título subsidiário. Com efeito, resulta da minha análise da primeira parte do primeiro fundamento que, logo no momento da adoção da diretiva, existiam obstáculos significativos às trocas comerciais devido às divergências entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros sobre produtos do tabaco com aromas distintivos. Logo, já não é necessário examinar a questão do surgimento de *futuros* obstáculos ao comércio.

75. Parece-me ainda que a argumentação da República da Polónia é contraditória. A sua afirmação, no contexto desta segunda parte do primeiro fundamento, de que não é de esperar uma evolução diferente das disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais é dificilmente compatível com o receio, expresso na primeira parte do primeiro fundamento, de que os Estados-Membros optem por soluções diferentes ao transporem a proibição de aromas distintivos [39].

76. De qualquer modo, segundo jurisprudência assente, o artigo 114.º TFUE pode ser utilizado como base jurídica a fim de prevenir obstáculos futuros às trocas comerciais resultantes da evolução heterogénea das legislações nacionais, desde que o aparecimento desses obstáculos seja provável e a medida de harmonização tomada tenha por objeto a sua prevenção [40].

77. É exatamente o que sucede no presente caso, em particular tendo em conta, como contexto internacional, os trabalhos da Organização Mundial de Saúde (OMS).

78. As instituições da União recorridas e algumas das partes que as apoiaram alegaram de maneira convincente que a União e os seus Estados-Membros têm, nos termos da Convenção-Quadro da OMS para a Luta Antitabaco [41], a tarefa de limitar ou proibir a utilização de ingredientes, em produtos do tabaco, que possam melhorar o seu sabor – incluindo a utilização de mentol. É certo que isto não resulta do próprio teor da convenção-quadro, mas das diretrizes para a aplicação dos seus artigos 9.° e 10.°, adotadas pela Conferência das Partes Contratantes há alguns anos [42].

39 — V., a este respeito, n.º 66 das presentes conclusões.

40 — Acórdãos Alliance for Natural Health e o. (C-154/04 e C-155/04, EU:C:2005:449, n.º 29); Alemanha/Parlamento e Conselho (C-380/03, EU:C:2006:772, n.ºs 38 e 41); e Irlanda/Parlamento e Conselho (C-301/06, EU:C:2009:68, n.º 64).

41 — Aprovada pela Decisão 2004/513/CE do Conselho de 2 de junho de 2004, relativa à celebração da Convenção-Quadro da Organização Mundial de Saúde para a Luta Antitabaco (JO L 213, p. 8).

42 — V., a este respeito, «Diretrizes parciais para a aplicação dos artigos 9.° e 10.°», adotadas pela Conferência das Partes da Convenção-Quadro da OMS para a Luta Antitabaco aquando da sua quarta sessão em Punta del Este (2010), FCTC/COP/4(10), e modificadas no quadro da sua quinta sessão em Seoul (2012), FCTC/COP/5(6); a seguir também «diretrizes» ou «diretrizes da OMS». O ponto 3.1.2.2 dessas diretrizes, que se refere expressamente também ao mentol como aditivo de sabor, é do seguinte teor: «Parties should regulate, by prohibiting or restricting, ingredients that may be used to increase palatability in tobacco products».

79. Embora estas diretrizes não sejam, em si mesmas, vinculativas, constituem recomendações de caráter universal para a implementação da Convenção-Quadro da OMS pelas suas partes contratantes [43]. Logo, também servem de orientação aos Estados-Membros da União, que celebraram essa convenção-quadro.

80. Nestas condições, o legislador da União podia legitimamente admitir que, não sendo adotado um regime uniforme a nível da União, seriam brevemente adotadas a nível nacional regras sobre a utilização de mentol e outros aromas distintivos em produtos do tabaco. A Irlanda e a República Francesa também o confirmaram muito claramente no processo perante o Tribunal de Justiça, em relação às respetivas práticas nacionais. O facto, sublinhado pela República da Polónia, de que, durante um longo período de tempo, foram na realidade adotadas poucas regras nacionais a este respeito pelos Estados-Membros da União parece resultar apenas de que a Comissão [44] mais ou menos quando apareceram as diretrizes da OMS tinha preparado e iniciado, no seio da União, o processo legislativo para a adoção da diretiva contestada [45].

81. O legislador da União podia ainda razoavelmente admitir que as regras nacionais para implementar a Convenção-Quadro da OMS seriam diferentes de um Estado-Membro para outro, o que daria lugar ao surgimento de novos entraves ao comércio no mercado interno se não fosse adotada uma medida de harmonização a nível da União. Com efeito, as diretrizes não estipulam quaisquer medidas concretas para as partes na convenção, conferindo-lhes uma ampla margem de manobra. Em particular, permitem-lhes escolher entre proibições e meras restrições no que toca à utilização de aromatizantes em produtos do tabaco e só contêm exemplos de tais ingredientes.

82. Nestas condições, a segunda parte do primeiro fundamento deve também ser julgada improcedente.

c) Conclusão intercalar

83. Consequentemente, há que julgar improcedente o primeiro fundamento na sua integralidade.

2. Quanto ao princípio da proporcionalidade (segundo fundamento)

84. O segundo fundamento refere-se ao princípio da proporcionalidade. A República da Polónia alega que as normas controvertidas da diretiva não são compatíveis com o princípio da proporcionalidade, tal como está consagrado no artigo 5.º, n.º 4, TUE.

43 — *Ibidem*, ponto 1.1.

44 — A Proposta da Comissão de uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, 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 e produtos afins, COM(2012) 788 final, foi apresentada em 19 de dezembro de 2012. Assim, os preparativos internos e as consultas da Comissão tiveram lugar anteriormente.

45 — V., no mesmo sentido, minhas conclusões no processo Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:190, n.º 34, último período).

a) Considerações gerais sobre o princípio da proporcionalidade

85. Segundo jurisprudência constante, o princípio da proporcionalidade é um dos princípios gerais do direito da União e está consagrado no artigo 5.º, n.º 4, TUE, especialmente tendo em vista o exercício das competências das instituições da União. Ele exige que os atos das instituições da União sejam adequados para alcançar os objetivos legítimos prosseguidos pelo regime em causa e não ultrapassem os limites do que é necessário para alcançar tais objetivos [46]. Neste contexto, quando se pode escolher entre várias medidas adequadas, deve recorrer-se à menos gravosa e os encargos impostos não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos prosseguidos [47].

86. No âmbito da fiscalização jurisdicional da proporcionalidade de atos da União, importa ter em conta que o poder de apreciação do legislador da União pode ser limitado em função de uma série de fatores, quando estão em causa ingerências em direitos fundamentais. Entre estes fatores figuram, designadamente, o domínio afetado, a natureza do direito fundamental em causa, a natureza e a gravidade da ingerência, bem como a finalidade desta [48].

87. No caso em apreço é afetado o direito fundamental da liberdade de empresa (artigo 16.º da Carta). Segundo jurisprudência constante, a liberdade de empresa pode ser sujeita a um amplo leque de intervenções do poder público suscetíveis de estabelecer, no interesse geral, limitações ao exercício da atividade económica [49], dispondo o legislador da União de um amplo poder discricionário quando se trata de um domínio que envolve decisões políticas, económicas ou sociais e no qual devem ser realizadas apreciações e avaliações complexas [50].

88. É inegável que, ao adotar a diretiva, o legislador da União foi confrontado precisamente com tais questões complexas de índole económica, social e política o que, de resto, também não é seriamente posto em causa por nenhuma das partes no processo. Deste modo, tinha de ser reconhecido ao legislador da União um amplo poder discricionário relativamente às opções subjacentes à diretiva, em particular quanto às medidas com as quais pode ser atingido da melhor maneira o elevado nível de proteção da saúde, que deve ser garantido no mercado interno da União (artigos 9.° TFUE, 114.°, n.º 3, TFUE, 168.°, n.º 1, TFUE e artigo 35.º, segundo período, da Carta). Isto também porque, por natureza, os prognósticos sobre o funcionamento futuro do mercado podem ser revistos, em qualquer caso, quanto à sua plausibilidade.

89. Esse poder discricionário implica que a violação do princípio da proporcionalidade pelo legislador da União só existe quando o ato da União em causa é *manifestamente desproporcionado*, isto é, quando é manifestamente inadequado para atingir os legítimos objetivos prosseguidos, vai manifestamente para além do que é necessário para atingir esses objetivos ou implica desvantagens que são manifestamente desproporcionadas em relação a esses objetivos [51]. Ao invés, é irrelevante se a medida tomada com o ato é a única concebível ou apenas a mais oportuna.

90. É à luz destes critérios que importa apreciar a seguir a proporcionalidade das disposições controvertidas da diretiva.

46 — Acórdãos Maizena e o. (137/85, EU:C:1987:493, n.º 15); Reino Unido/Conselho (C-84/94, EU:C:1996:431, n.º 57); British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, n.º 122); Digital Rights Ireland e o. (C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, n.º 46); e Gauweiler e o. (C-62/14, EU:C:2015:400, n.º 67).

47 — Acórdãos Schräder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, n.º 21); Jippes e o. (C-189/01, EU:C:2001:420, n.º 81); e ERG e o. (C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, n.º 86); no mesmo sentido, também acórdão Gauweiler e o. (C-62/14, EU:C:2015:400, n.º 91).

48 — Acórdão Digital Rights Ireland e o. (C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, n.º 47).

49 — Acórdão Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.º 46).

50 — Acórdãos British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, n.º 123); S.P.C.M. e o. (C-558/07, EU:C:2009:430, n.º 42); Vodafone e o. (C-58/08, EU:C:2010:321, n.º 52); e Gauweiler e o. (C-62/14, EU:C:2015:400, n.º 67).

51 — Acórdão Gauweiler e o. (C-62/14, EU:C:2015:400, n.ºs 74, 81 e 91); no mesmo sentido, acórdãos Vodafone e o. (C-58/08, EU:C:2010:321, n.º 52); S.P.C.M. e o. (C-558/07, EU:C:2009:430, n.º 42); e Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419, n.º 46).

b) Adequação e necessidade da proibição de venda (primeira e segunda partes do segundo fundamento)

91. Com as duas primeiras partes deste segundo fundamento, a República da Polónia alega que a proibição de cigarros de mentol não é adequada nem necessária para atingir o elevado nível de proteção da saúde visado pelo legislador da União com a diretiva.

i) Observações preliminares sobre o princípio da precaução

92. Note-se, antes de mais, que nenhuma das partes no processo nega os riscos que o tabaco implica para a saúde [52]. Em princípio, também todas as partes estão de acordo em que os aromas distintivos facilitam ou incentivam o consumo de tabaco e, portanto, podem criar riscos para a saúde [53].

93. Foi objeto de viva controvérsia entre as partes a questão do impacto de uma proibição de cigarros de mentol sobre os hábitos de consumo de fumadores atuais e potenciais. Todas as partes baseiam as suas teses em estudos científicos e criticam-se mutuamente alegando a insuficiência de fundamentos científicos das suas afirmações.

94. Mas, para apreciar a legalidade da diretiva e, em especial, a proporcionalidade das disposições controvertidas, é irrelevante se as considerações de saúde tecidas pelo legislador da União sobre os cigarros de mentol – que pessoalmente me parecem muito razoáveis – podem ser provadas de maneira suficientemente precisa no atual estado da ciência.

95. Com efeito, o legislador da União tinha de respeitar o princípio da precaução ao adotar a diretiva [54]. Precisamente quando é impossível determinar com certeza a existência ou o alcance do risco alegado devido à natureza insuficiente, não conclusiva ou imprecisa dos resultados dos estudos levados a cabo, mas persista a probabilidade de um prejuízo real para a saúde pública na hipótese de o risco se concretizar, o princípio da precaução justifica que sejam tomadas medidas restritivas, desde que sejam objetivas e não discriminatórias [55].

96. Também o apelo, feito no âmbito da OMS, no sentido de limitar ou proibir em todo o mundo a utilização de ingredientes em produtos do tabaco que possam melhorar o seu sabor, entre eles o mentol [56], nada mais é do que uma expressão do princípio da precaução.

52 — O Tribunal de Justiça reconhece, por sua vez, que a nicotina contida nos produtos do tabaco provoca dependência e que a sua toxicidade está fora de questão (acórdãos Arnold André, C-434/02, EU:C:2004:800, n.º 50, e Swedish Match, C-210/03, EU:C:2004:802, n.º 52).

53 — V., a este respeito, n.º 52 das presentes conclusões.

54 — V., neste sentido, acórdão Alliance for Natural Health e o. (C-154/04 e C-155/04, EU:C:2005:449, n.º 68), no qual o Tribunal de Justiça sublinhou que o legislador da União tem de «tomar em consideração o princípio da precaução no momento em que adopte, no quadro da política do mercado interno, medidas de proteção da saúde humana».

55 — Acórdãos Reino Unido/Comissão (C-180/96, EU:C:1998:192, n.º 99); Comissão/Dinamarca (C-192/01, EU:C:2003:492, n.ºs 52 e 53); Comissão/França (C-333/08, EU:C:2010:44, n.º 93); Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419, n.ºs 60 a 62); e Acino/Comissão (C-269/13 P, EU:C:2014:255, n.º 57).

56 — V., a este respeito, n.ºs 77 a 79 das presentes conclusões.

97. O princípio da precaução exige, é certo, que o legislador da União baseie todas as suas decisões nos dados científicos disponíveis mais fiáveis e nos resultados mais recentes da investigação internacional [57] (v., também, neste sentido, artigo 114.º, n.º 3, TFUE). Mas nem a República da Polónia nem a Roménia contestam seriamente que o legislador da União cumpriu esta obrigação no caso em apreço [58]. As partes estão em desacordo apenas quanto às conclusões a tirar dos conhecimentos científicos examinados. Ora, o legislador da União dispõe, a este respeito, de uma ampla margem de apreciação, cujos limites não foram, de modo algum, excedidos no presente caso.

98. Logo, era admissível e possivelmente mesmo necessário, de acordo com o princípio da precaução, incluir na diretiva normas restritivas sobre a utilização de aromas distintivos em produtos do tabaco, em especial dado que, por força do direito primário, deve ser assegurado um *elevado* nível de proteção da saúde (artigos 9.° TFUE, 114.°, n.º 3, TFUE, 168.°, n.º 1, TFUE e artigo 35.º, segundo período, da Carta).

ii) Caráter adequado de uma proibição de venda (primeira parte do segundo fundamento)

99. A República da Polónia formula três argumentos para contestar a adequação da proibição de comercialização de cigarros de mentol para alcançar o objetivo prosseguido com a diretiva, de melhorar o nível de proteção da saúde – sobretudo dos jovens. Em primeiro lugar, afirma que os cigarros de mentol são um produto «tradicional», que é menos atrativo para os jovens que outros produtos do tabaco aromatizados. Em segundo lugar, não está objetivamente provado que uma proibição de cigarros de mentol seja sequer adequada para dissuadir os jovens de fumarem ou para reduzir o número de fumadores em geral. E, em terceiro lugar, sustenta que o mercado negro para cigarros de mentol florescerá na Europa.

– Quanto aos efeitos na saúde da proibição de cigarros de mentol

100. No que respeita aos primeiros dois argumentos da República da Polónia, já atrás expliquei, em relação ao artigo 114.º TFUE, que não existe nenhuma razão objetiva para aplicar a produtos supostamente «tradicionais» e estabelecidos no mercado critérios menos estritos quanto à proteção da saúde que a produtos mais recentes [59]. Como a República Francesa muito acertadamente assinala, o caráter tradicional de um produto não justifica a sua permanência no mercado, se isso dificultar o alcance de um elevado nível de proteção da saúde.

101. Além disso, considero que é incorreto o argumento da República da Polónia de que as instituições da União devem demonstrar objetivamente que uma proibição de cigarros de mentol tem por efeito reduzir o consumo de tabaco pelos jovens ou diminuir o número de fumadores em geral.

102. Como já foi referido, ao apreciar a adequação das disposições controvertidas, não é determinante se os efeitos que o legislador da União atribui à proibição de aromas distintivos sobre o comportamento de consumo dos fumadores (atuais ou potenciais) podem ser cientificamente provados com suficiente precisão. Os prognósticos sobre a evolução do funcionamento do mercado no futuro não podem ser provados *per se*, mas, quando muito, ser controlados quanto à sua plausibilidade.

57 — Acórdãos Comissão/Dinamarca (C-192/01, EU:C:2003:492, n.º 51); Comissão/França (C-333/08, EU:C:2010:44, n.º 92); e Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419, n.º 60); v. também acórdão Monsanto Agricoltura Italia e o. (C-236/01, EU:C:2003:431, n.º 113).

58 — Também as diretrizes da OMS (referidas na nota 42), que parecem ter inspirado o legislador da União, como resulta do artigo 1.º e do considerando 7 da diretiva, se baseiam nos «melhores dados científicos disponíveis e na experiência das Partes» (v., a este respeito, ponto 1.1 dessas diretrizes).

59 — V. n.º 53 das presentes conclusões.

103. Parece ser perfeitamente plausível que uma proibição de cigarros de mentol e outros cigarros aromatizados, como a estabelecida pelo legislador da União, torne o início do consumo de tabaco menos atrativo para adolescentes e jovens adultos e, ao mesmo tempo, facilite aos fumadores inveterados – pelo menos a alguns deles – a superação da dependência da nicotina. Em poucas palavras: se os aromas distintivos facilitam ou incentivam o consumo do tabaco porque podem atenuar ou dissimular o sabor geralmente muito amargo, mesmo acre do fumo do tabaco, é lógico pensar que a renúncia a esses aromas tenha o efeito inverso e, portanto, possa contribuir para uma melhor proteção da saúde.

104. Em caso algum a proibição de aromas distintivos em produtos do tabaco pode ser considerada *manifestamente inadequada* para atingir o objetivo referido e contribuir assim para um elevado nível de proteção da saúde no mercado interno da União. Isto aplica-se *a fortiori* quando se tem em conta o princípio da precaução, bem como a ampla margem de apreciação de que o legislador da União dispõe ao escolher as medidas com as quais pode ser melhor atingido o elevado nível de proteção da saúde a garantir no mercado interno.

– Quanto ao alegado florescimento do mercado negro para cigarros de mentol

105. O prognóstico, feito pela República da Polónia, do florescimento do mercado negro para cigarros de mentol não é mais do que uma simples afirmação, que além disso é pouco fundamentada.

106. As instituições da União recorridas e algumas das partes que as apoiaram tentam refutar tal afirmação, sobretudo remetendo para as novas disposições dos artigos 15.° e 16.° da diretiva, que estabelecem exigências detalhadas em matéria de rastreabilidade de maços de cigarros e de elementos de segurança a serem aplicados a essas embalagens.

107. É certo que a República da Polónia tem razão ao afirmar que tais precauções não bastam, por si sós, para impedir o eventual contrabando de cigarros de mentol de Estados terceiros, bem como a venda de cigarros de mentol ilegalmente importados ou comercializados no mercado negro na União.

108. Penso que também é irrelevante se desta maneira se pode impedir eficazmente o contrabando e as transações no mercado negro [60]. Ao invés, são importantes dois fatores: por um lado, os artigos 15.° e 16.° da diretiva dificultam as atividades ilegais e facilitam a sua deteção. Por outro – e sobretudo – torna-se mais difícil para os consumidores, após a entrada em vigor da proibição de comercialização de produtos do tabaco com aromas distintivos, abastecerem-se com cigarros de mentol e outros cigarros aromatizados. Por si só, este facto permite supor que essa proibição não deixa de contribuir para alcançar um elevado nível de proteção da saúde. O facto de as proibições poderem ser contornadas em certos casos não significa, em princípio, que não sejam adequadas para alcançar o fim visado.

109. Logo, a primeira parte do segundo fundamento é improcedente.

iii) Necessidade de uma proibição de venda (segunda parte do segundo fundamento)

110. A República da Polónia constesta ainda que seja necessário proibir a comercialização de cigarros de mentol para atingir o elevado nível de proteção da saúde no mercado interno da União, visado pela diretiva.

60 — V., no mesmo sentido, acórdão British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, n.º 129). Uma reflexão semelhante encontra-se nas minhas conclusões nos processos CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:170, n.º 123) e Belov (C-394/11, EU:C:2012:585, n.ºs 107 e 108).

111. Os argumentos esgrimidos pela República da Polónia neste contexto podem ser classificados em duas categorias: por um lado, trata-se da questão de saber se era necessária uma proibição geral de todos os aromas distintivos, incluindo o mentol, e, por outro, da questão de saber se o legislador da União não dispunha de meios menos gravosos, menos restritivos, que uma proibição.

– Quanto à necessidade de uma proibição geral de todos os aromas distintivos

112. Quanto ao primeiro destes aspetos, já expliquei atrás – em relação ao artigo 114.º TFUE – que os argumentos da República da Polónia sobre a suposta posição especial dos cigarros de mentol no segmento de mercado dos cigarros aromatizados são pouco convincentes [61].

113. Em especial, mesmo que, como a República da Polónia alega, os cigarros de mentol tenham caráter «tradicional» em comparação com outros tipos de cigarros aromatizados, isso não pode justificar qualquer desvio ao elevado nível de proteção da saúde que importa atingir no mercado interno para os produtos do tabaco.

114. Com a proibição de todos os aromas distintivos, a diretiva, segundo se depreende especialmente do seu artigo 1.º e do seu preâmbulo [62], segue as orientações elaboradas no seio da OMS [63].

115. Se o legislador da União tivesse renunciado a incluir o mentol na proibição de aromas distintivos a diretiva teria contribuído muito menos para alcançar um elevado nível de proteção da saúde. Com efeito, os consumidores atuais ou potenciais de produtos aromatizados do tabaco continuariam a ter acesso, como alternativa no mercado interno, a cigarros de mentol, o que poderia facilitar a adolescentes e jovens adultos a iniciação do consumo de tabaco e, ao mesmo tempo, dificultar aos fumadores inveterados a superação da dependência da nicotina [64].

116. Além disso, a União arriscaria um litígio no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), se não tivesse proibido cigarros de mentol da mesma maneira que outros cigarros aromatizados. Assim, o Órgão de Resolução de Litígios da OMC considerou, num relatório de 2012, que os Estados Unidos da América tinham violado as regras da OMC ao proibirem a venda de cigarros com aroma de cravo-da-índia, tendo continuado a autorizar a comercialização de cigarros de mentol [65]. Contrariamente ao entendimento da República da Polónia, não parece estar excluído, mas sim ser lógico, que este relatório da OMC possa ser aplicado à problemática em causa, tanto mais que o relatório equipara expressamente os cigarros com aroma de cravo-da-índia e os cigarros com aroma de mentol (como os chamados «produtos similares» no sentido do Acordo OMC relativo aos obstáculos técnicos ao comércio).

117. Tendo em conta estas circunstâncias, não se pode questionar seriamente a necessidade de proibir *todos* os aromas distintivos incluindo o mentol [66]. Em qualquer caso, tal proibição geral não vai *manifestamente* para além do que é necessário para atingir um elevado nível de proteção da saúde no mercado interno da União.

61 — V., a este respeito, n.ºs 48 a 57 das presentes conclusões.

62 — Considerando 7 da diretiva.

63 — V., a este respeito, n.ºs 77 a 79 e 96 das presentes conclusões.

64 — A isto não obsta o facto de que o mentol, segundo um estudo citado pela República da Polónia, seja a causa de início do tabagismo menos invocada. Com efeito, a eliminação de todas as causas, mesmo das menos importantes, é suscetível de contribuir para alcançar um elevado nível de proteção da saúde no mercado interno de produtos do tabaco.

65 — Relatório do Órgão de Recurso da OMC de 4 de abril de 2012 (WT/DS406/AB/R, «United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes», disponível no sítio Internet da OMC www.wto.org), em especial n.º 298.

66 — V., no mesmo sentido, sobre a proibição da comercialização de produtos do tabaco para uso oral, acórdãos Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, n.º 47) e Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, n.º 49).

– Quanto aos meios supostamente menos gravosos sugeridos pela República da Polónia

118. Quanto ao segundo aspeto, a República da Polónia refere, no essencial, três alternativas que, na sua opinião, constituem meios menos gravosos em comparação com uma proibição total de cigarros de mentol: a introdução de limites de idade para a venda de tais cigarros, a inclusão de advertências específicas nas suas embalagens, bem como campanhas de informação adequadas.

119. Note-se, a este respeito, que, no âmbito de um exame da proporcionalidade, só podem ser tidas em consideração, como possíveis medidas menos gravosas que as adotadas pelo legislador da União, as que são igualmente adequadas para atingir o objetivo visado com o ato da União controvertido [67].

120. Isto não sucede com os referidos limites de idade. Com efeito, como as instituições da União e vários Estados-Membros que participaram no processo indicaram de modo convincente, os limites de idade no comércio podem ser facilmente contornados, e a sua observância é extremamente difícil de controlar.

121. Por um lado, é possível que os menores sejam abastecidos com cigarros aromatizados por adultos da sua família ou do seu círculo de amigos e conhecidos. Por outro, mesmo através da exigência da maioridade para a compra de cigarros aromatizados, não pode ser assegurado que os consumidores jovens, que apenas há pouco tempo atingiram o limite de idade pertinente, possam ser protegidos de maneira adequada contra os riscos do consumo de nicotina. Como foi convincentemente exposto no processo perante o Tribunal de Justiça, são particularmente vulneráveis não apenas menores mas também jovens que atingiram a maioridade (sobretudo no grupo etário dos 18 aos 25 anos), porque o início do consumo de produtos que contêm nicotina também pode ocorrer, e é constatado, ainda na fase até aos 25 anos.

122. Do mesmo modo, uma obrigação imposta aos fabricantes e importadores de incluir advertências na embalagem de cigarros de mentol não pode ser considerada tão adequada para alcançar o objetivo de um elevado nível de proteção da saúde como uma proibição de venda de todos os produtos do tabaco com aromas distintivos. Com efeito, mesmo que fossem elaboradas advertências especiais com a mensagem de que os cigarros aromatizados não são menos perigosos que os não aromatizados, isso em nada alteraria o facto de estes produtos continuarem à disposição dos consumidores. A venda de cigarros com aromas distintivos poderia assim continuar a impedir o alcance de um elevado nível de proteção da saúde no mercado interno da União. E não só: como a Irlanda acertadamente alega, as advertências específicas respeitantes a aromas podem mesmo ser contraproducentes, dado que – de maneira não muito diferente de uma mensagem publicitária – são suscetíveis de chamar a atenção do consumidor para a existência de aromas distintivos de modo especial e mais intenso que uma mera indicação do conteúdo.

123. O mesmo se pode dizer sobre a ideia lançada pela República da Polónia de campanhas de informação sobre a perigosidade de produtos do tabaco com aromas distintivos. Em qualquer caso, como a Comissão corretamente nota, tais campanhas de informação não são adequadas para eliminar os obstáculos existentes ao comércio nos termos do artigo 114.º TFUE, resultantes das diferenças entre os regimes nacionais sobre a utilização de aromas distintivos ou para evitar o seu surgimento.

124. Por conseguinte, as primeiras duas partes deste segundo fundamento não podem ser acolhidas.

67 — Acórdãos Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, n.º 55) e Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, n.º 56).

c) Proporcionalidade em sentido estrito (terceira parte do segundo fundamento)

125. Com a terceira parte deste segundo fundamento, a República da Polónia invoca a proporcionalidade em sentido estrito. A República da Polónia lamenta as dificuldades económicas e sociais que lhe serão causadas pela proibição de cigarros de mentol, e isto com muito mais intensidade que noutros Estados-Membros. Além disso, critica o legislador da União por não ter realizado uma análise de custos-benefícios, ou pelo menos dedicada especificamente aos cigarros de mentol.

126. Ao contrário do entendimento do Reino Unido, o exame da proporcionalidade em sentido estrito constitui uma terceira etapa autónoma do raciocínio no quadro do princípio da proporcionalidade. Como já foi referido, significa que os inconvenientes causados por um ato da União não devem ser excessivos em relação aos objetivos prosseguidos [68]. Por isso, o legislador da União deve verificar sempre se os objetivos prosseguidos com a medida escolhida podem justificar consequências económicas negativas, mesmo consideráveis, para determinados operadores [69] (v. também – para projetos de atos legislativos – artigo 5.º, último período, do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade [70]).

127. No presente caso, o Parlamento e o Conselho, na sua qualidade de instituições legislativas da União, podiam apoiar-se em especial na avaliação de impacto [71] realizada pela Comissão, na qual são também analisadas as consequências económicas e sociais das medidas introduzidas pela diretiva [72].

128. Dado que, como já foi referido, os cigarros de mentol *não* se encontram numa posição especial [73], no segmento de mercado dos cigarros aromatizados, contrariamente ao entendimento da República da Polónia, não era necessária uma avaliação de impacto especificamente dirigida a este produto.

129. Pode ser que o desaparecimento dos cigarros de mentol do mercado como consequência da proibição, pelo direito da União, da venda de produtos do tabaco com aromas distintivos tenha temporariamente efeitos negativos na situação económica de determinados agricultores dedicados ao cultivo de tabaco e de determinadas empresas que se dedicam ao fabrico e à distribuição de produtos do tabaco e, no pior dos casos, levar mesmo à perda de alguns postos de trabalho.

130. Recorde-se, contudo, que na escala de valores do direito da União é reconhecida incomparavelmente mais importância à saúde humana como tal que a interesses essencialmente económicos (v., a este respeito, artigos 9.° TFUE, 114.°, n.º 3, TFUE, 168.°, n.º 1, TFUE e 35.°, segundo período, da Carta), de modo que a proteção da saúde pode justificar consequências económicas negativas, mesmo consideráveis, para determinados operadores [74].

131. Aliás, o facto de a proibição de cigarros de mentol poder vir a afetar a economia polaca mais que as economias de outros Estados-Membros não torna desproporcionada a proibição de aromas distintivos na diretiva. Face às diferenças que existem nas estruturas económicas dos Estados-Membros é difícil imaginar um caso em que um ato legislativo da União afete todas as

68 — Acórdãos Schräder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, n.º 21); Jippes e o. (C-189/01, EU:C:2001:420, n.º 81); e ERG e o. (C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, n.º 86); no mesmo sentido, também acórdão Gauweiler e o. (C-62/14, EU:C:2015:400, n.º 91).

69 — Acórdãos Arcelor Atlantique et Lorraine e o. (C-127/07, EU:C:2008:728, n.º 59); Vodafone e o. (C-58/08, EU:C:2010:321, n.º 53); e Luxemburgo/Parlamento e Conselho (C-176/09, EU:C:2011:290, n.º 63).

70 — Protocolo n.º 2, anexo ao Tratado UE e ao Tratado FUE (a seguir «Protocolo n.º 2»).

71 — «Impact Assessment», apresentada pelos serviços da Comissão em 19 de dezembro de 2012, Doc. SWD (2012) 452 final, em especial, parte 1, pp. 98 e segs., 120 e segs.

72 — Também o Tribunal de Justiça, ao examinar a validade de atos da União, atende por vezes a tal avaliação de impacto da Comissão (v., por exemplo, acórdão Vodafone e o., C-58/08, EU:C:2010:321, n.ºs 55 e 65).

73 — V. n.ºs 48 a 57 das presentes conclusões.

74 — V., no mesmo sentido, acórdão Nelson e o. (C-581/10 e C-629/10, EU:C:2012:657, n.º 81), sobre a proteção dos consumidores.

empresas e todos Estados-Membros exatamente da mesma maneira [75]. Como as instituições da União que participaram no processo no Tribunal de Justiça alegaram, acertadamente, a aproximação das legislações no mercado interno da União seria privada de grande parte do seu sentido se só pudesse ocorrer nos casos em que as condições são já muito semelhantes em todos os Estados-Membros.

132. Além disso, as perdas que a República da Polónia prevê para a sua agricultura e o seu comércio de tabaco [76] – admitindo que são exatas – parecem ser relativamente moderadas e suportáveis, tanto mais que se parece tratar de simples diminuições do volume de negócios e não de perdas líquidas.

133. Acresce que as dificuldades económicas e sociais que possam surgir com a proibição de cigarros de mentol são mitigadas com o período transitório generosamente fixado até 20 de maio de 2020 – ou seja, um período de quatro anos mais longo que o de transposição da diretiva. No respeitante, em particular, aos agricultores afetados, estes poderão receber, se necessário, subsídios de rendimento no quadro da política agrícola comum.

134. Tudo ponderado, era perfeitamente defensável do ponto de vista do legislador da União e, em qualquer caso, não *manifestamente desproporcionado* dar preferência, ao adotar a diretiva, ao elevado nível de proteção da saúde a alcançar face a considerações económicas e sociais, invocadas no presente processo pela República da Polónia.

135. Por conseguinte, também a terceira parte deste segundo fundamento é infundada.

d) Conclusão intercalar

136. Nestas condições, o segundo fundamento também não é suscetível de proceder.

3. Quanto ao princípio da subsidiariedade (terceiro fundamento)

137. O terceiro e último fundamento da República da Polónia baseia-se no princípio da subsidiariedade, tal como está consagrado no artigo 5.º, n.º 1, segundo período, TUE, em conjugação com o artigo 5.º, n.º 3, TUE.

138. Em virtude deste princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido à escala ou aos efeitos da ação considerada, ser melhor atingidos ao nível da União (artigo 5.º, n.º 3, TUE).

139. Dado que a União não dispõe de uma competência geral para regular o mercado interno [77] e este se inclui no domínio das competências partilhadas entre a União e os seus Estados-Membros [artigo 4.º, n.º 2, alínea a), TFUE], o princípio da subsidiariedade é aplicável às medidas de harmonização adotadas nos termos do artigo 114.º TFUE – e, deste modo, também à diretiva [78].

75 — Por exemplo, as disposições da União sobre a proteção do ambiente aplicáveis a automóveis afetam mais os Estados-Membros com uma importante indústria automóvel. Do mesmo modo, os atos da União relativos ao fabrico e comercialização de cerveja afetam mais os Estados-Membros com uma produção significativa desta bebida e em que o seu consumo é mais elevado.

76 — No recurso refere-se que a República da Polónia é um dos Estados-Membros com maior percentagem de produção e consumo de cigarros de mentol. No caso de uma proibição de cigarros de mentol, a República da Polónia prevê uma redução do volume de negócios entre 400 e 500 euros anuais para cada agricultor que cultiva tabaco. Além disso, considera ser provável, sem todavia a quantificar, uma redução do volume de negócios dos pontos de venda de produtos do tabaco, na maioria pequenas e médias empresas.

77 — Acórdão Alemanha/Parlamento e Conselho (C-376/98, EU:C:2000:544, n.º 83).

78 — V., no mesmo sentido, logo jurisprudência relativa à situação anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa; v. acórdãos British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, n.º 179) e Vodafone e o. (C-58/08, EU:C:2010:321, n.º 75).

140. O respeito do princípio da subsidiariedade está sujeito à fiscalização jurisdicional dos tribunais da União [79]. Esta fiscalização abrange dois aspetos em particular: por um lado, a compatibilidade material dos atos da União com o princípio da subsidiariedade [v., a este respeito, alínea a), *infra*] e, por outro, a sua fundamentação à luz deste princípio [v., este respeito, alínea b), *infra*]. Ambos os aspetos são mencionados pela República da Polónia no contexto do seu terceiro fundamento.

a) Compatibilidade material da diretiva com o princípio da subsidiariedade

141. Em primeiro lugar, a República da Polónia critica, apoiada pela Roménia, o legislador da União por não ter realizado, antes da adoção da diretiva, um «teste de eficácia comparativa».

142. A República da Polónia alude assim ao teste de duas fases que, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, TUE é determinante para a aplicação prática do princípio da subsidiariedade:

— por um lado, as instituições da União devem assegurar-se de que só agem se e na medida em que os objetivos das ações visadas não podem ser satisfatoriamente atingidos pelos Estados-Membros (*componente negativo* do teste).

— por outro lado, a intervenção da União só é admissível se e na medida em que os objetivos das ações visadas possam, devido à sua escala ou aos seus efeitos, ser mais facilmente atingidos a nível da União (*componente positivo* do teste).

Estes dois componentes do teste da subsidiariedade referem-se, em última análise, sob dois ângulos diferentes, a uma única questão, em concreto, saber se há que agir a nível da União ou dos Estados-Membros para realizar os objetivos visados.

143. Contrariamente ao entendimento das instituições da União que participaram no processo, a verificação dos requisitos do recurso ao artigo 114.º TFUE como base jurídica para a adoção de medidas de harmonização do mercado interno não basta para satisfazer os critérios deste teste. É certo que grande parte das considerações pertinentes sobre o artigo 5.º, n.º 3, TUE se assemelham às que são relevantes a respeito do artigo 114.º TFUE. Mas não coincidem exatamente.

144. Com efeito, o artigo 114.º TFUE indica se a União tem efetivamente competência para adotar medidas de harmonização do mercado interno. Por seu turno, o princípio da subsidiariedade, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, TUE, determina se e de que maneira a União exerce essa competência no caso concreto. Por outras palavras, o artigo 114.º TFUE regula a *repartição de competências* entre a União e os Estados-Membros, ao passo que o princípio da subsidiariedade fornece às instituições da União orientações juridicamente vinculativas para o *exercício* das suas *competências* (artigo 5.º, n.º 1, TUE).

145. A apreciação da observância do princípio da subsidiariedade deve ser feita, em princípio, para toda a diretiva e não para cada uma das suas disposições [80]. Neste contexto, como logo o teor do artigo 5.º n.º 3, TUE sugere, as *medidas* previstas na diretiva devem ser apreciadas atendendo aos *objetivos* com elas prosseguidos. Logo, no caso vertente, a questão da subsidiariedade não deve ser examinada apenas tendo em vista os *cigarros de mentol*, pois a proibição deste tipo específico de cigarro não pode – como já foi acima explicado [81] – ser considerada uma medida autónoma e isolada face à proibição de todos os produtos do tabaco com aromas distintivos.

79 — V., em particular, acórdãos Alemanha/Parlamento e Conselho (C-233/94, EU:C:1997:231, n.os 23 a 29); Países Baixos/Parlamento e Conselho (C-377/98, EU:C:2001:523, n.os 30 a 34); British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, n.os 177 a 185); Vodafone e o. (C-58/08, EU:C:2010:321, n.os 72 a 79); e Estónia/Parlamento e Conselho (C-508/13, EU:C:2015:403, n.os 44 a 55).

80 — V., neste sentido, também acórdão Estónia/Parlamento e Conselho (C-508/13, EU:C:2015:403, n.º 51).

81 — V. n.os 48 a 57 das presentes conclusões.

146. Quando os tribunais da União são chamados a determinar se as exigências materiais do princípio da subsidiariedade foram respeitadas ao aplicar o artigo 114.º TFUE, há que ter em conta que o exercício, pelas instituições da União, das suas competências para adotar medidas de harmonização do mercado interno envolve decisões políticas, económicas ou sociais que implicam apreciações e avaliações complexas. O seu controlo é realizado em primeira linha a nível político, com a participação dos Parlamentos nacionais, tendo o Protocolo n.º 2 instaurado um procedimento específico para este efeito. Por outro lado, como já expliquei a propósito do princípio da proporcionalidade [82], tais considerações só podem ser controladas judicialmente de modo limitado.

147. O Tribunal de Justiça só pode controlar utilmente se, ao exercerem as suas competências, as instituições políticas da União observaram os limites da sua margem de apreciação, atendendo ao princípio da subsidiariedade. A este respeito, o juiz da União examina se no caso concreto estas instituições podiam basear a sua apreciação da questão da subsidiariedade em factos suficientes e se não cometeram nesse contexto um erro manifesto de apreciação [83].

148. Um controlo jurisdicional mais rigoroso da subsidiariedade pode ser necessário quando um ato da União afete, excecionalmente, questões da identidade nacional dos Estados-Membros (artigo 4.º, n.º 2, TUE) [84]. Mas, no caso vertente, não há indícios nesse sentido, de maneira que se pode atender unicamente ao critério do erro manifesto de apreciação.

i) Componente negativo do teste da subsidiariedade: medidas que não podem ser suficientemente implementadas a nível nacional

149. No que respeita, antes de mais, ao componente negativo do teste da subsidiariedade, há que examinar se os objetivos das medidas a tomar sobre o fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco poderiam ter sido suficientemente alcançados a nível dos Estados-Membros.

150. Em geral, no contexto deste componente negativo do teste da subsidiariedade, podem ser tidos em conta, em particular, três aspetos.

151. O primeiro aspeto é a capacidade técnica e financeira dos Estados-Membros. Se alguns Estados-Membros não estão em condições de tomar as medidas necessárias para resolver um problema, isto é um indício de que se verifica o componente negativo do teste da subsidiariedade.

152. Em segundo lugar, importa perguntar se estão em jogo peculiaridades nacionais, regionais ou locais. Nesse caso, será preferível uma intervenção a nível dos Estados-Membros e o assunto deverá ser tratado por autoridades que estejam mais próximas e disponham de mais conhecimentos sobre os efeitos das medidas a tomar.

82 — V., a este respeito, n.ºs 89 e 90 das presentes conclusões.

83 — V., neste sentido, algumas das fórmulas utilizadas pela jurisprudência mais recente; v., por um lado, acórdão Estónia/Parlamento e Conselho (C-508/13, EU:C:2015:403, n.º 54: «uma vez que [...] [o legislador da União] considerou [...] com base em elementos circunstanciados e sem incorrer em erro de apreciação, que o interesse geral da União seria mais bem servido através de uma ação ao nível desta»), e por outro, acórdão Vodafone e o. (C-58/08, EU:C:2010:321, n.º 78, no qual se analisa se o legislador da União «podia legitimamente considerar» que era necessário adotar determinadas normas a nível da União).

84 — A este respeito, vale a pena consultar a jurisprudência relativa ao princípio da proporcionalidade, que aplica um critério de controlo mais ou menos estrito em função do âmbito material ou do direito fundamental afetados (v., por um lado, acórdão Digital Rights Ireland e o., C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, n.º 47, e por outro, acórdão Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, n.º 46).

153. Em terceiro lugar, há que determinar se o problema que se pretende resolver apresenta uma dimensão meramente local ou regional ou se, pelo contrário, tem um alcance transfronteiriço que, logicamente, não pode ser abordado eficazmente a nível nacional, regional ou local. A existência de problemas transfronteiriços é um dos principais indícios da verificação do componente negativo do teste da subsidiariedade [85].

154. A eliminação de entraves ao comércio transfronteiriço no mercado interno da União, que é o principal objetivo do artigo 114.º TFUE, é um exemplo clássico de uma medida cujos objetivos não podem, em regra, ser suficientemente alcançados a nível dos Estados-Membros [86]. Com efeito, abstraindo do caso muito improvável de todos os Estados-Membros afetados adotarem, em tempo útil, legislações paralelas com um conteúdo essencialmente idêntico, uma atuação a nível nacional, regional ou local dá frequentemente lugar a uma manta de retalhos de disposições díspares com as quais os obstáculos ao comércio não são eliminados, mas sim agravados [87].

155. Não obstante, no caso vertente, a República da Polónia tenta negar a existência de um problema com dimensão transfronteiriça, referindo os diferentes hábitos de consumo e as diferentes estruturas económicas nos 28 Estados-Membros da União. Dado que os cigarros de mentol só atingem quotas de mercado comparativamente elevadas em três Estados-Membros – República da Polónia, República Eslovaca e República da Finlândia – a República da Polónia entende que as medidas de saúde pública relacionadas com a utilização de mentol como aroma distintivo em produtos do tabaco podem ser adotadas a nível nacional.

156. Este argumento não é convincente por duas razões.

157. Por um lado, a República da Polónia não atende aos verdadeiros objetivos das medidas tomadas. Nem a diretiva em geral nem a proibição controvertida de cigarros de mentol em especial dizem respeito apenas à saúde pública. Ao invés, elas visam eliminar os obstáculos ao comércio de produtos do tabaco, garantindo ao mesmo tempo um elevado nível de proteção da saúde. Como já foi referido [88], a proibição de todos os aromas distintivos é o preço para que os produtos do tabaco possam circular livremente no mercado interno da União, garantindo ao mesmo tempo um elevado nível de proteção da saúde. Mas quando uma diretiva, como aqui sucede, prossegue simultaneamente dois objetivos, os quais estão além disso interrelacionados, eles não podem ser examinados em separado no contexto do teste da subsidiariedade, mas devem ser apreciados em conjunto [89].

158. Por outro lado, o facto de as condições de mercado serem diferentes de um Estado-Membro para outro não basta, por si só, para excluir a existência de um problema com dimensão transfronteiriça. Antes de ser adotada uma medida de harmonização do mercado interno só muito raramente a situação do mercado será idêntica em todos os Estados-Membros. Mas também não é disso que se trata. O fator decisivo é se no setor em questão se observa ou se pode prever um volume significativo de trocas comerciais transfronteiriças, e se os obstáculos que existem ou que são previsíveis para essas trocas comerciais podem ser eficazmente eliminados pelos próprios Estados-Membros.

85 — V., neste sentido, logo a «abordagem global relativa à aplicação do princípio da subsidiariedade», acordada pelo Conselho Europeu reunido em Edimburgo em 11 e 12 de dezembro de 1992 (v., a este respeito, conclusões da Presidência, parte A, anexo 1, secção II ponto ii), publicadas no *Bull. EG* n.º 12/1992), onde se fala de «aspetos transnacionais».

86 — Acórdão Países Baixos/Parlamento e Conselho (C-377/98, EU:C:2001:523, n.º 32).

87 — V., neste sentido, também acórdãos British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, n.º 182 e 183) e Alliance for Natural Health e o. (C-154/04 e C-155/04, EU:C:2005:449, n.ºs 106 e 107).

88 — V. n.º 40 das presentes conclusões.

89 — V., neste sentido, acórdão Estónia/Parlamento e Conselho (C-508/13, EU:C:2015:403, n.ºs 46 a 48).

159. No caso em apreço, é pacífico que o mercado para produtos do tabaco se caracteriza por um importante comércio transfronteiriço [90], que as normas em vigor nos Estados-Membros sobre a utilização de aromas distintivos diferem muito entre si e que são de esperar ainda mais divergências [91].

160. Nestas condições, não se pode assacar ao legislador da União ter cometido um erro de apreciação manifesto ao entender que existe aqui um problema com dimensão transfronteiriça, que não pode ser resolvido apenas através de medidas dos Estados-Membros [92].

ii) Componente positivo do teste da subsidiariedade: medidas que, devido ao seu alcance ou aos seus efeitos, podem ser melhor implementadas a nível da União

161. No respeitante ao componente positivo do teste da subsidiariedade, há que verificar se os objetivos visados com as medidas a tomar em matéria de fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco podem, devido ao seu alcance ou aos seus efeitos, ser melhor alcançados a nível da União.

162. Assim, nesta segunda etapa do teste da subsidiariedade, cumpre perguntar se a atuação das instituições da União apresenta um *valor acrescentado* no sentido de que o interesse geral da União pode ser melhor servido com uma medida a nível da União do que com medidas tomadas a nível dos Estados-Membros [93].

163. Em última análise, as instituições políticas da União, antes da adoção de um ato não incluído na competência exclusiva da União, devem limitar-se a regular as questões relevantes que afetam o interesse geral da União.

164. É certo que existe uma forte presunção de um valor acrescentado das ações a nível da União, quando o ato da União em causa visa solucionar problemas com dimensão transfronteiriça, em especial a eliminação de obstáculos ao comércio e, portanto, melhorar o funcionamento do mercado interno da União (artigo 26.º, n.º 1, TFUE). Contudo, uma relação com o mercado interno não pode levar automaticamente a supor que se verifica o componente positivo do teste da subsidiariedade. Caso contrário, em matérias relacionadas com o mercado interno, o princípio da subsidiariedade seria privado de grande parte da sua importância prática.

165. É preciso saber se, quantitativa e qualitativamente, a ação das instituições da União tem um valor acrescentado no sentido acima descrito – em particular em questões relativas ao mercado interno. Do ponto de vista quantitativo, o valor acrescentado de uma ação a nível da União é tanto mais evidente quantos mais cidadãos da União ou operadores económicos forem afetados e quanto maior for o volume das trocas comerciais envolvidas Do ponto de vista qualitativo, a relevância económica, social e política da matéria regulada deve ser apreciada atendendo aos objetivos da União, tal como são definidos no artigo 3.º TUE, tendo em conta os valores fundamentais em que a União se funda, nos termos do artigo 2.º TUE. Acresce que a novidade de um produto, para o qual, na falta de um regime uniforme, nem sequer existe um mercado, pode também militar a favor de uma intervenção a nível da União [94].

90 — Considerando 6 da diretiva; v., no mesmo sentido, acórdãos British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, n.º 64); Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, n.º 39); e Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, n.º 38).

91 — V. n.ºs 59 e 62 das presentes conclusões.

92 — V., a este respeito, em especial, considerando 60 da diretiva.

93 — Acórdão Estónia/Parlamento e Conselho (C-508/13, EU:C:2015:403, n.º 54).

94 — V., a este respeito, minhas conclusões no processo Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:190, n.º 52).

166. Todas estas reflexões devem ser sempre enquadradas pelo interesse geral da União. Contrariamente ao entendimento da República da Polónia, a situação individual de um ou outro Estado-Membro não é, em regra, relevante [95]. Excecionalmente, a situação pode ser diferente quando as medidas a tomar pelas instituições da União afetam a identidade nacional de um Estado-Membro (artigo 4.º, n.º 2, TUE) ou os seus interesses fundamentais. Contudo, no caso em apreço, não há indícios nesse sentido. Seria também muito surpreendente se a problemática em torno do fabrico, da venda e do consumo de cigarros de mentol fosse seriamente considerada uma questão de interesse nacional.

167. Independentemente disto, não se pode negar que o fabrico, a apresentação e a venda de produtos do tabaco e produtos afins se referem a um mercado de grandes dimensões e que afeta diariamente a vida de milhões de cidadãos da União. Acresce que, do ponto de vista qualitativo, a comercialização de produtos do tabaco reveste igualmente grande importância para além das fronteiras nacionais, devido em especial aos riscos para a saúde associados ao consumo do tabaco, pelo que estamos, sem dúvida, em presença de um interesse geral da União.

168. Nestas condições, não se pode assacar ao legislador da União ter cometido um erro de apreciação manifesto ao entender que existe aqui um problema com dimensão transfronteiriça, que pode ser melhor resolvido a nível da União que a nível dos Estados-Membros [96].

169. Esta impressão é reforçada pelas reflexões no âmbito da Convenção-Quadro da OMS para a Luta Antitabaco. Como parte na referida convenção, a União estava obrigada a contribuir para a sua aplicação, dentro do âmbito das suas competências, tendo também de ter em conta as recomendações resultantes das diretrizes para a aplicação dos artigos 9.° e 10.° da convenção [97]. Tal obrigação internacional deve também ser equacionada ao examinar a questão de saber se e de que maneira as instituições da União devem exercer as suas competências.

170. Apenas por uma questão de exaustividade, importa notar que, mesmo em presença de um interesse geral da União e de certas obrigações internacionais, nem todos os aspetos do fabrico, da apresentação e da venda de produtos do tabaco ou produtos afins precisam necessariamente de ser regulados pelo direito da União. Deste modo, a aplicação das normas adotadas, o controlo do seu cumprimento *in situ*, bem como a imposição de eventuais sanções, são questões que a União pode, em geral, considerar que são melhor resolvidas pelas autoridades nacionais, atendendo às particularidades nacionais, regionais e locais. Logo, a diretiva aqui contestada também deixa em larga medida tais tarefas aos Estados-Membros.

171. Em síntese, não se constata qualquer violação material do princípio da subsidiariedade na diretiva – como já sucedia com a predecessora [98]. De resto, esta conclusão não é posta em causa pelo facto de, durante o processo legislativo, vários Parlamentos nacionais terem apresentado pareceres fundamentados, na aceção do artigo 6.º do Protocolo n.º 2 [99]. Por um lado, o número de objeções relacionadas com a subsidiariedade, contidas nesses pareceres, não era suficiente para desencadear o processo dito de «cartão amarelo», nos termos do artigo 7.º, n.º 2, do Protocolo n.º 2, e, por outro, tais objeções baseiam-se menos numa apreciação jurídica do que política do projeto de ato legislativo apresentado pela Comissão.

95 — V. de novo acórdão Estónia/Parlamento e Conselho (C-508/13, EU:C:2015:403, n.os 53 e 54).

96 — V., a este respeito, em especial, considerando 60 da diretiva.

97 — V., a este respeito, n.os 78 e 79 das presentes conclusões.

98 — V., a este respeito, acórdão British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, n.os 181 a 185).

99 — Foram apresentados, com base no projeto de diretiva da Comissão, pareceres dos Parlamentos dos Estados-Membros seguintes: República da Bulgária, República Checa, Reino da Dinamarca, República Helénica, República Italiana, República Portuguesa, Roménia e Reino da Suécia. Mas quase nenhum destes pareceres continha argumentos substanciais sobre a proibição de cigarros de mentol aqui controvertida.

b) Fundamentação suficiente da diretiva à luz do princípio da subsidiariedade

172. Em segundo lugar, a República da Polónia alega que as exigências relativas à subsidiariedade não foram suficientemente tidas em conta no preâmbulo da diretiva. Em última análise, a República da Polónia afirma que a diretiva padece de insuficiência de fundamentação.

173. Segundo jurisprudência constante, a fundamentação exigida pelo artigo 296.º, segundo parágrafo, TFUE deve ser adaptada à natureza do ato em causa e deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, o raciocínio da instituição da União, autora do ato, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adotada e ao órgão jurisdicional competente exercer a sua fiscalização [100].

174. Quando está em causa a observância do princípio da subsidiariedade, deve resultar claramente da fundamentação do ato da União se o legislador da União ponderou suficientemente as questões relevantes face ao princípio da subsidiariedade e, em caso afirmativo, a que conclusão chegou atendendo ao referido princípio.

175. A este respeito, a República da Polónia alega que o preâmbulo da diretiva inclui apenas um único considerando dedicado ao princípio da subsidiariedade, o considerando 60, que, além disso, contém tão-só um texto *standard*.

176. Na verdade, o referido considerando 60 limita-se a declarar lapidarmente que «os objetivos da presente diretiva, a saber, aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco e produtos afins, não podem ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, mas podem, devido à sua dimensão e aos seus efeitos, ser mais bem alcançados ao nível da União», concluindo que «a União pode tomar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5.º [TUE]».

177. Esta formulação que, em última análise, se limita a reproduzir como fórmula *standard* o teor literal da disposição pertinente do Tratado UE, não é precisamente um exemplo ilustrativo da técnica tão falada de «legislar melhor», que as instituições da União fixaram como objetivo desde algum tempo.

178. É certo que a mera existência de tal fórmula *standard* no preâmbulo de um ato da União não deve levar a conclusões precipitadas quanto ao respeito das exigências de fundamentação. Não obstante, tal fórmula sugere que a fundamentação desse ato é insuficiente. Embora se possa deduzir dela que o próprio legislador da União estava convencido da observância do princípio da subsidiariedade, não permite reconhecer claramente que reflexões foram por ele feitas de modo específico sobre a problemática da subsidiariedade nem a intensidade com que analisou esta questão.

179. Não obstante, uma formulação tão retórica como a que no presente caso consta do considerando 60 da diretiva não deve implicar necessariamente a anulação do ato da União impugnado. Aspetos relevantes em matéria de subsidiariedade podem encontrar-se também noutros considerandos do preâmbulo, mesmo quando o princípio da subsidiariedade não é expressamente referido [101].

100 — Acórdãos Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e o. (II) (C-466/93, EU:C:1995:370, n.º 16); AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, n.º 58); e Gauweiler e o. (C-62/14, EU:C:2015:400, n.º 70).

101 — V., neste sentido, acórdãos Alemanha/Parlamento e Conselho (C-233/94, EU:C:1997:231, n.ºs 25 a 29) e Países Baixos/Parlamento e Conselho (C-377/98, EU:C:2001:523, n.º 33).

180. Assim acontece aqui. As insuficiências de uma ação a nível nacional, bem como as vantagens da adoção, a nível da União, de uma medida de harmonização do mercado interno são mencionadas, em particular, nos considerandos 4 a 7, 15, 16 e 36 da diretiva. Embora as considerações aí tecidas se refiram, em primeira linha, aos requisitos de aplicação do artigo 114.º TFUE como base jurídica, também são relevantes em relação ao princípio da subsidiariedade. Na verdade, como já foi referido [102], as considerações que o legislador da União deve fazer a respeito do artigo 114.º TFUE coincidem, em grande parte, com as relativas ao artigo 5.º, n.º 3, TUE.

181. Além disso, importa não esquecer que, segundo jurisprudência constante, a fundamentação de um ato da União não tem de conter todos os elementos de direito ou de facto pertinentes. O respeito do dever de fundamentação deve ser apreciado à luz não somente do teor do ato mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa [103]. Isto é válido *a fortiori* quando – como no caso em apreço – se pretende adotar regras de aplicação geral, cuja fundamentação se pode limitar a fornecer uma descrição global das grandes linhas do respetivo regime e dos objetivos com ele prosseguidos [104].

182. No caso em apreço, importa notar que o legislador da União se podia apoiar, por um lado, na fundamentação da Proposta de diretiva da Comissão [105] e, por outro, numa análise exaustiva, elaborada pelos serviços da Comissão no quadro da avaliação do impacto [106] da diretiva. Os inconvenientes que resultam de regimes nacionais divergentes, bem como as vantagens de uma ação a nível da União, são objeto de um exame aprofundado não apenas nas passagens especialmente dedicadas ao princípio da subsidiariedade mas também em várias outras partes de ambos os textos.

183. Está, portanto, suficientemente documentado que os órgãos legislativos dispunham de abundantes dados, nos quais podiam basear a sua apreciação sobre a observância do princípio da subsidiariedade.

184. Aliás, também não se pode inferir do artigo 5.º do Protocolo n.º 2 que os «elementos circunstanciados» sobre o princípio da subsidiariedade, agora exigidos pelo Tratado de Lisboa como requisito da legislação a nível da União, devam constar necessariamente do preâmbulo de cada ato finalmente adotado pelo Parlamento e pelo Conselho. Face à complexidade das considerações a tecer a este respeito, isso seria também dificilmente realizável e excederia muitas vezes o alcance do referido preâmbulo.

185. Ao invés, é determinante que os «elementos circunstanciados», exigidos no artigo 5.º do Protocolo n.º 2, estejam, como sem dúvida sucedeu no caso vertente, à disposição das instituições competentes da União e dos Parlamentos nacionais *durante* o processo legislativo, como base para as respetivas decisões. Isto pode mesmo ser inferido de uma leitura atenta do artigo 5.º do Protocolo n.º 2: esta disposição refere-se unicamente a *projetos* de atos legislativos, e não aos produtos finais da atividade legislativa do Parlamento e do Conselho.

186. Nestas condições, o argumento da fundamentação insuficiente da diretiva à luz do princípio da subsidiariedade deve ser rejeitado na íntegra.

102 — V. n.º 143 das presentes conclusões.

103 — V. de novo acórdãos Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e o. (II) (C-466/93, EU:C:1995:370, n.º 16); AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, n.º 58); e Gauweiler e o. (C-62/14, EU:C:2015:400, n.º 70); v., também, acórdão Estónia/Parlamento e Conselho (C-508/13, EU:C:2015:403, n.ºs 58, 59 e 61).

104 — V., neste sentido, acórdãos Reino Unido/Conselho (C-150/94, EU:C:1998:547, n.ºs 25 e 26); AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, n.º 59); e Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:535, n.º 29).

105 — COM(2012) 788 final, apresentada pela Comissão em 19 de dezembro de 2012.

106 — «Impact Assessment», apresentada pelos serviços da Comissão em 19 de dezembro de 2012, Doc. SWD (2012) 452 final.

c) Conclusão intercalar

187. Em suma, não é constatada qualquer violação material nem formal do princípio da subsidiariedade. Logo, também é improcedente o terceiro fundamento da República da Polónia.

188. Não obstante, recomenda-se vivamente ao legislador da União que se abstenha no futuro de formulações retóricas como as que constam do considerando 60 da diretiva e, em vez disso, inclua nos preâmbulos dos seus atos considerações suficientemente circunstanciadas e mais adequadas às medidas em causa, em relação com o princípio da subsidiariedade.

C – *Resumo*

189. Dado que nenhum dos argumentos apresentados pela República da Polónia – parcialmente apoiada pela Roménia – pode ser acolhido, deve ser negado provimento ao recurso na sua totalidade [107] em parte por ser inadmissível e em parte por ser infundado.

V – **Quanto às despesas**

190. Nos termos do artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Uma vez que, segundo a solução por mim propugnada, a República da Polónia é parte vencida e o Parlamento e o Conselho pediram a sua condenação nas despesas, a República da Polónia deve ser condenada nas despesas.

191. Por outro lado, a Irlanda, a França, a Roménia, o Reino Unido e a Comissão, na qualidade de intervenientes nos termos do artigo 140.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, suportarão as suas próprias despesas.

VI – **Conclusão**

192. Com base nas considerações expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que decida do modo seguinte:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A Irlanda, a República Francesa, a Roménia, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, bem como a Comissão Europeia, suportarão as suas próprias despesas. A República da Polónia é condenada no resto das despesas.

107 — Sobre as partes inadmissíveis deste recurso, v. n.ºs 24 a 30 e 34 das presentes conclusões.