CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 30 de Maio de 2002 [1]

Índice

I — Enquadramento legislativo I-2649

A — Legislação comunitária I-2649

1. O Tratado I-2649

2. As directivas de harmonização I-2652

a) A Directiva 89/107/CEE I-2653

b) A Directiva 95/2/CE I-2655

B — As disposições dinamarquesas I-2658

II — Factos e tramitação processual I-2659

A — A reacção dinamarquesa à Directiva 95/2 ..... I-2659

B — A decisão da Comissão I-2660

C — O recurso I-2661

III — Análise jurídica I-2661

Introdução I-2661

A — Quanto à alegada violação do princípio do contraditório I-2662

B — Quanto às críticas relativas ao mérito da decisão I-2667

Introdução I-2667

a) Quanto à errada interpretação das condições de aplicação do artigo 95.°, n.° 4, CE I-2667

Argumentos das partes I-2668

Apreciação I-2669

1 — Língua original: italiano.

b) Quanto à necessidade e proporcionalidade das disposições dinamarquesas I-2678
Argumentos das partes I-2678
Apreciação I-2682
c) Quanto ao carácter discriminatório das disposições dinamarquesas I-2684
d) Quanto à errada referência aos artigos 4.° e 7.° da Directiva 95/2 ..... I-2685
e) Quanto à errada apreciação dos factos na parte relativa aos sulfitos I-2686
f) Quanto à falta de tomada de posição nos termos do artigo 95.°, n.° 6, CE I-2687
C — Quanto à crítica relativa à fundamentação da decisão I-2688
Considerações finais I-2688
Quanto às despesas I-2689
IV — Conclusões I-2689

1. No presente processo, o Tribunal de Justiça é solicitado a pronunciar-se pela primeira vez sobre o recurso interposto por um Estado-Membro contra a recusa da Comissão de autorizar a manutenção de disposições nacionais derrogatórias de uma directiva adoptada com base no artigo 100.°-A do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 95.° CE). A Dinamarca pede ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 230.° CE, que se digne anular a Decisão 1999/830/CE da Comissão, de 26 de Outubro de 1999 [2], que recusou a aprovação de determinadas disposições nacionais sobre a utilização de sulfitos, nitritos e nitratos nos géneros alimentícios, em derrogação da Directiva 95/2/CE, relativa aos aditivos alimentares com excepção dos corantes e dos edulcorantes (a seguir «Directiva 95/2») [3]. Esclareça-se que a decisão da Comissão, embora solicitada nos termos do artigo 100.°-A do Tratado CE, foi tomada já depois da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão e, por conseguinte, com base no novo artigo 95.°, n.° 4, CE.

I — Enquadramento legislativo

A — *Legislação comunitária*

1. O Tratado

2. Como é sabido, a única disposição geral destinada a promover a harmonização

2 — JO L 329, p. 1.

3 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Fevereiro de 1995, relativa aos aditivos alimentares com excepção dos corantes e dos edulcorantes (JO L 61, p. 1).

legislativa para a realização do mercado comum foi, durante muito tempo, o artigo 100.° do Tratado CE (ligeiramente alterado pelo Tratado de Maastricht e que passou a artigo 94.° CE), que autoriza o Conselho, deliberando por unanimidade, a adoptar directivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum. A fim de facilitar o estabelecimento do mercado interno, previsto no artigo 7.°-A do Tratado CE (actual artigo 14.° CE), o Acto Único Europeu aditou posteriormente uma nova disposição, o artigo 100.°-A, o qual, por sua vez, sofreu várias alterações introduzidas pelos posteriores tratados de revisão.

3. Relativamente ao artigo 100.° do Tratado CE, o artigo 100.°-A, que expressamente constituía uma derrogação daquele, instituiu, na prática, a possibilidade de o Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 189.°-B do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 251.° CE), adoptar as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. Neste âmbito, o n.° 3 do artigo estabelecia como objectivo dessas medidas assegurar um nível de protecção elevado quando as mesmas incidissem sobre matérias de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores. Efectivamente, impunha à Comissão que baseasse as suas propostas naquelas matérias num nível de protecção elevado. Todavia, atendendo ao facto de se tratar de medidas a adoptar por maioria qualificada e, portanto, com o risco de sacrificar exigências nacionais dignas de protecção, o mesmo artigo abria aos Estados-Membros uma possibilidade de derrogação das medidas em questão, justificada pela protecção dessas exigências.

4. Com efeito, o n.° 4 do artigo 100.°-A dispunha que:

«Se, após a adopção de uma medida de harmonização pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, um Estado-Membro considerar necessário aplicar disposições nacionais justificadas por exigências importantes referidas no artigo 36.° ou relativas à protecção do meio de trabalho ou do meio ambiente, notificá-las-á à Comissão.

A Comissão confirmará as disposições em causa, depois de ter verificado que não constituem um meio de discriminação arbitrária ou uma restrição dissimulada no comércio entre os Estados-Membros.

Em derrogação do procedimento dos artigos 169.° e 170.°, a Comissão ou

qualquer outro Estado-Membro pode recorrer directamente ao Tribunal de Justiça se considerar que um outro Estado-Membro utiliza de forma abusiva os poderes previstos neste artigo.»

5. O Tratado de Amesterdão modificou substancialmente o disposto no artigo 100.°-A do Tratado CE, substituindo os n.^{os} 3, 4 e 5 deste artigo por oito novos números (de 3 a 10). Em consequência da nova numeração, o artigo assim alterado tornou-se o artigo 95.° CE, que tem actualmente a seguinte redacção:

«1. Em derrogação do artigo 94.° e salvo disposição em contrário do presente Tratado, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objectivos enunciados no artigo 14.° O Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 251.°, e após consulta do Comité Económico e Social, adopta as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

2. O n.° 1 não se aplica às disposições fiscais, às relativas à livre circulação de pessoas e às relativas aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados.

3. A Comissão, nas suas propostas previstas no n.° 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objectivo.

4. Se, após a adopção de uma medida de harmonização pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro considerar necessário manter disposições nacionais justificadas por exigências importantes a que se refere o artigo 30.° ou relativas à protecção do meio de trabalho ou do ambiente, notificará a Comissão dessas medidas, bem como das razões que motivam a sua manutenção.

5. Além disso, sem prejuízo do disposto no n.° 4, se, após a adopção de uma medida de harmonização pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro considerar necessário adoptar disposições nacionais baseadas em novas provas científicas relacionadas com a protecção do meio de trabalho ou do ambiente, ou motivadas por qualquer problema específico desse Estado-Membro, que tenha surgido após a adopção da referida medida de harmonização, notificará a Comissão das disposições previstas, bem como dos motivos da sua adopção.

6. No prazo de seis meses a contar da data das notificações a que se referem os n.os 4 e 5, a Comissão aprovará ou rejeitará as disposições nacionais em causa, depois de ter verificado que não constituem um meio de discriminação arbitrária ou uma restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros, nem um obstáculo ao funcionamento do mercado interno.

Na ausência de decisão da Comissão dentro do citado prazo, considera-se que as disposições nacionais a que se referem os artigos 4.° e 5.° foram aprovadas.

Se a complexidade da questão o justificar, e não existindo perigo para a saúde humana, a Comissão pode notificar o respectivo Estado-Membro de que o prazo previsto no presente número pode ser prorrogado por novo período de seis meses, no máximo.

7. Se, em aplicação do n.° 6, um Estado-Membro for autorizado a manter ou adoptar disposições nacionais derrogatórias de uma medida de harmonização, a Comissão ponderará imediatamente se deve propor uma adaptação dessa medida.

8. Sempre que um Estado-Membro levante um problema específico em matéria de saúde pública num domínio que tenha sido previamente objecto de medidas de harmonização, informará do facto a Comissão, que ponderará imediatamente se deve propor ao Conselho medidas adequadas.

9. Em derrogação do disposto nos artigos 226.° e 227.°, a Comissão ou qualquer Estado-Membro pode recorrer directamente ao Tribunal de Justiça, se considerar que outro Estado-Membro utiliza de forma abusiva os poderes previstos no presente artigo.

10. As medidas de harmonização acima referidas compreenderão, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda que autorize os Estados-Membros a tomarem, por uma ou mais razões não económicas previstas no artigo 30.°, medidas provisórias sujeitas a um processo comunitário de controlo.»

2. As directivas de harmonização

6. Na matéria em análise destacam-se, em especial, as Directivas 89/107/CEE e 95/2/CE.

a) A Directiva 89/107/CEE

7. A Directiva 89/107/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos aditivos que podem ser utilizados nos géneros destinados à alimentação humana [4] (a seguir «Directiva 89/107» ou «directiva-quadro»), é uma directiva-quadro, adoptada com base no artigo 100.°-A do Tratado CE.

8. No que ao que presente caso interessa, assinalo, antes de mais, que, nos termos da directiva, se entende por aditivo alimentar (artigo 1.°, n.° 2) «qualquer substância não consumida habitualmente como alimento em si mesma e habitualmente não utilizada como ingrediente característico na alimentação, com ou sem valor nutritivo, e cuja adição intencional aos géneros alimentícios, com um objectivo tecnológico, na fase de fabrico, transformação, preparação, tratamento, acondicionamento, transporte ou armazenagem, tenha por efeito, ou possa legitimamente considerar-se como tendo por efeito, que ela própria ou os seus derivados se tornem directa ou indirectamente um componente desses géneros alimentícios». O anexo I da directiva enumera as várias categorias de substâncias que constituem aditivos alimentares de acordo com esta definição.

9. A directiva prevê, além disso, a adopção de disposições especiais «através de uma directiva global, que integrará, nomeadamente, as directivas específicas existentes relativas a certas categorias de aditivos» (artigo 3.°, n.° 1). Essas directivas específicas deverão estabelecer, em especial — para cada categoria — os aditivos cuja utilização está autorizada e as condições dessa adição (artigo 3.°, n.° 2).

10. Segundo dispõe o artigo 2.°, n.° 3, da directiva, os critérios gerais para a utilização dos aditivos alimentares são os indicados no anexo II, cujo n.° 1 prevê que:

«1. Os aditivos alimentares só podem ser aprovados quando:

— se puder demonstrar a existência de uma necessidade tecnológica suficiente e o objectivo pretendido não puder ser alcançado por outros métodos económica e tecnologicamente exequíveis,

— não apresentarem, nas doses propostas, qualquer perigo para a saúde do consumidor, na medida

4 — JO L 40, p. 27.

em que os dados científicos disponíveis permitam formular uma opinião a esse respeito,

— a sua utilização não induzir o consumidor em erro.»

11. Além disso, nos termos do n.º 2 do anexo II, «só se poderá encarar a utilização de um aditivo alimentar se se provar que a utilização proposta do aditivo traz ao consumidor vantagens demonstráveis; por outras palavras, há que comprovar o que habitualmente se designa por uma 'necessidade'».

12. A fim de se determinarem os eventuais efeitos nocivos de um aditivo alimentar ou dos seus derivados, o n.º 3 do anexo II prescreve que «o aditivo deve ser submetido a ensaios e a uma avaliação de toxicidade adequados. Essa avaliação deve igualmente ter em conta, por exemplo, qualquer efeito cumulativo, sinérgico ou de potencialização decorrente da sua utilização, bem como o fenómeno da intolerância humana às substâncias estranhas ao organismo».

13. Nos termos do n.º 6 do mesmo anexo, para a aprovação dos aditivos alimentares, é necessário especificar os géneros alimentícios a que esses aditivos podem ser adicionados e as condições dessa adição; a incorporação de aditivos deve limitar-se à dose mínima estritamente necessária para se alcançar o efeito desejado e deve ter em conta, na medida do possível, a dose diária admissível (a seguir «DDA») [5].

14. O artigo 6.º da directiva estipula que as disposições susceptíveis de ter incidência sobre a saúde pública serão adoptadas após consulta do Comité Científico da Alimentação Humana (a seguir «CCAH») [6].

15. Por último, o artigo 4.º introduz uma cláusula de salvaguarda, com a seguinte redacção:

«1. Se na sequência de novas informações ou de uma reanálise das informações existentes, que se produzam após a adopção da presente directiva ou da directiva global prevista no artigo 3.º um Estado-Membro tiver razões precisas para considerar que a utilização de um aditivo nos géneros alimentícios, embora conforme com a presente directiva ou com qualquer lista elaborada ao abrigo do artigo 3.º apresenta riscos para a saúde humana, esse Estado-

5 — A DDA representa a quantidade média que pode ser ingerida sem risco todos os dias durante uma vida.

6 — V. também o sexto considerando. O Comité Científico da Alimentação Humana foi instituído pela Decisão 74/234/CEE da Comissão (JO L 136, p. 1; EE 13 F3 p. 219).

Membro pode provisoriamente suspender ou restringir a aplicação, no seu território, das disposições em questão. Do facto informará imediatamente os outros Estados-Membros e a Comissão, indicando os motivos que justificam a sua decisão.

2. A Comissão analisará logo que possível, no âmbito do Comité Permanente dos Géneros Alimentícios, os motivos invocados pelo Estado-Membro referido no n.º 1, emitindo o seu parecer sem demora e tomando as medidas adequadas.

3. Se a Comissão considerar que são necessárias alterações à presente directiva ou à directiva global prevista no artigo 3.º com vista a solucionar os problemas referidos no n.º 1 e a garantir a protecção da saúde humana, desencadeará o processo previsto no artigo 11.º a fim de adoptar essas alterações; nesse caso, o Estado-Membro que tiver tomado medidas de salvaguarda pode mantê-las até à adopção das alterações.»

b) A Directiva 95/2/CE

16. A lista dos aditivos alimentares autorizados consta de três directivas específicas de execução da directiva-quadro, entre as quais a Directiva 95/2, já referida [7].

17. O artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 95/2 indica que esta «é uma directiva específica que faz parte da directiva global na acepção do artigo 3.º da Directiva 89/107/CEE, aplicável aos aditivos», em especial aos aditivos alimentares que desenvolvem funções conservantes e antioxidantes. O n.º 3, alínea a) do artigo 1.º define os conservantes como «as substâncias que prolongam a durabilidade dos géneros alimentícios protegendo-os contra a deterioração causada por microrganismos»; a alínea b) define os antioxidantes como «as substâncias que prolongam a durabilidade dos géneros alimentícios, protegendo-os contra a deterioração causada pela oxidação, tal como a rancidez das gorduras e as alterações de cor». A directiva permite a utilização, como conservantes e antioxidantes, de várias substâncias que se inscrevem nas categorias dos nitritos, nitratos e sulfitos.

18. Nesta matéria, parece-me oportuno assinalar, desde já, que os sulfitos têm um efeito conservante e/ou antioxidante, inibindo a formação de bactérias, bolores e

7 — As outras duas são a Directiva 94/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1994, relativa aos edulcorantes para utilização nos géneros alimentares (JO L 237, p. 3) e a Directiva 94/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1994, relativa aos corantes para utilização nos géneros alimentícios (JO L 237, p. 13).

leveduras; devido a estas características, são frequentemente utilizados no vinho [8], na cerveja, na conservação de crustáceos, nos preparados à base de legumes e de fruta, nas compotas em conserva, nos biscoitos, na fruta seca e em muitos outros alimentos. Se absorvidos em grande quantidade, os sulfitos são nocivos à saúde, porque podem provocar lesões do aparelho digestivo; o maior risco para a saúde humana é, no entanto, o de fortes reacções alérgicas que podem ser induzidas, mesmo com níveis baixos de absorção, em indivíduos com predisposição, especialmente os asmáticos.

19. A adição dos nitratos e dos nitritos aos géneros alimentícios tem como finalidade aumentar, sobretudo nos produtos à base de carne, o efeito de conservação da defumação, da salga ou da cocção, inibindo ou sustendo o crescimento de microrganismos susceptíveis de deteriorar o produto ou de bactérias patogénicas, designadamente o *clostridium botulinum*. A contaminação de um produto à base de carne por este tipo de bactérias pode ocorrer durante toda a cadeia de produção, até à fase de consumo. Por isso, os níveis de nitritos e de nitratos devem ser calculados de modo a garantir a conservação do produto até ao momento do consumo. Quando incorporados em produtos à base de carne, os nitratos transformam-se em nitritos que, por sua vez, se transformam em nitrosaminas e, em consequência, as quantidades das duas primeiras categorias de substâncias diminuem consideravelmente com o tempo. As nitrosaminas — produto final dessa deterioração — são substâncias reconhecidamente cancerígenas e genotóxicas.

20. Regressando à directiva, lembro ainda que o seu artigo 1.º, n.º 2, com base no disposto no artigo 6.º da directiva-quadro e no respectivo anexo II, dispõe que só é permitido utilizar nos géneros alimentícios os aditivos que satisfaçam os requisitos estabelecidos pelo CCAH. Com efeito, convidado a avaliar a segurança dos aditivos, o CCAH elaborou alguns pareceres, sobre os quais a Comissão baseou as suas propostas de directivas apresentadas nesta matéria.

21. Quanto aos sulfitos, o CCAH procedeu às necessárias avaliações toxicológicas nos pareceres de 15 de Janeiro de 1981 [9] e de 25 de Fevereiro de 1994 [10]. Neste último, definiu uma dose diária admissível (DDA) de 0,7 mg de anidrido sulfuroso ou dióxido de enxofre por quilograma de peso corporal por dia, o que corresponde a 49 mg/dia para um adulto e 21 mg/dia para uma criança. O Comité assinalou que, embora

8 — Para a disciplina da utilização de sulfitos nos vinhos, a Directiva 95/2 remete para o Regulamento (CEE) n.º 822/87 do Conselho, de 16 de Março de 1987, que estabelece a organização comum do mercado vitivinícola (JO L 84, p.1), na última versão alterada pelo Regulamento n.º 1627/98/CE do Conselho (JO L 210, p. 8), cujo artigo 65.º dispõe que o teor total de anidrido sulfuroso dos vinhos licorosos «não pode exceder [...] 160 miligramas por litro para os vinhos tintos e [...] 210 miligramas por litro para os vinhos brancos e rosados ou 'rosés'».

9 — Relatório do CCAH, 11.ª série.

10 — Relatório do CCAH, 35.ª série.

os sulfitos não constituam um perigo para a saúde da grande maioria das pessoas, podem provocar problemas graves aos asmáticos. Por isso, recomendou que, na medida do possível, se limitasse a utilização de sulfitos aos géneros alimentícios em que tal utilização se justifique por razões válidas, de modo a não aumentar o número de alimentos que contêm esse tipo de aditivo, pedindo que a sua presença seja devidamente assinalada no rótulo.

22. No que se refere aos nitritos e aos nitratos, nos pareceres de 19 de Outubro de 1990 [11] e de 22 de Setembro de 1995 [12], o CCAH avaliou as necessidades tecnológicas e os riscos sanitários relacionados com a utilização destas substâncias nos géneros alimentícios. A relação entre a incorporação de nitritos e a produção de nitrosaminas — substâncias cancerígenas e genotóxicas — ficou evidenciada logo no primeiro parecer, tendo sido recomendado que se reduzisse a incorporação de nitritos e de nitratos, nos géneros alimentícios, às quantidades mínimas necessárias para obter o efeito de conservação e garantir a segurança microbiológica, de modo a reduzir a exposição dos consumidores às nitrosaminas.

23. O artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 95/2 — com base nas indicações do CCAH — estipula que apenas é permitido utilizar nos géneros alimentícios, como conservantes e antioxidantes, as substâncias indicadas no anexo III da directiva. O artigo 2.°, n.° 4, preceitua que os aditivos enumerados no anexo III apenas podem ser utilizados nos géneros alimentícios indicados nesses anexos e nas condições aí especificadas.

24. Lembro, em especial, que, no anexo III, a parte B precisa, por meio de uma tabela, as condições de utilização do dióxido de enxofre ou anidrido sulfuroso (E 220) e dos sulfitos: sulfito de sódio (E 221), sulfito ácido de sódio (E 222), bissulfito de sódio (E 223), bissulfito de potássio (E 224), sulfito de cálcio (E 226), sulfito ácido de cálcio (E 227) e sulfito ácido de potássio (E 228). Essa tabela [13] inclui um elenco de 61 géneros alimentícios, indicando, para cada um deles, a quantidade máxima permitida, em mg/kg ou em mg/l, consoante o mais apropriado, expressa em SO_2.

25. No anexo III, a parte C precisa, por meio de uma tabela, as condições de utilização do nitrito de potássio (E 249), do nitrito de sódio (E 250), do nitrato de sódio (E 251) e do nitrato de potássio (E 252). Face à referida transformação que sofrem os nitratos e os nitritos, quando

11 — Relatório do CCAH, 26.ª série.
12 — Relatório do CCAH, 38.ª série.
13 — Reproduzida no n.° 4 da decisão impugnada e que, portanto, se considera desnecessário transcrever.

incorporados em produtos à base de carne, a parte C do anexo III determina a dose indicativa de incorporação e a quantidade residual máxima.

26. Nos termos do artigo 9.º da Directiva 95/2:

«Os Estados-Membros adoptarão as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva o mais tardar em 25 de Setembro de 1996, a fim de:

— permitir, o mais tardar em 25 de Setembro de 1996, a comercialização e a utilização de produtos conformes com as disposições da presente directiva,

— proibir, o mais tardar em 25 de Março de 1997, a comercialização e a utilização de produtos não conformes com as disposições da presente directiva; no entanto os produtos colocados no mercado ou rotulados antes dessa data e não conformes com as disposições da presente directiva poderão ser comercializados até ao esgotamento das existências».

B — *As disposições dinamarquesas*

27. Antes da entrada em vigor da Directiva 95/2/CE, a legislação dinamarquesa nesta matéria, que remonta a 1973, estabelecia as condições de utilização dos aditivos nos géneros alimentícios, incluindo os nitratos, os nitritos e os sulfitos, mediante um elenco de géneros em que estas substâncias podiam ser utilizadas, com a indicação das respectivas quantidades admitidas; posteriormente, esse elenco foi várias vezes alterado, em função das exigências sanitárias e das necessidades técnicas.

28. A Directiva 95/2 foi transposta na Dinamarca pelo Decreto n.º 1055, de 18 de Dezembro de 1995, do Ministério da Saúde [14], complementado pelo Decreto n.º 834, de 23 de Setembro de 1996. Este último precisa as condições de utilização dos sulfitos nos géneros alimentícios, com excepção do vinho. As disposições dos dois decretos retomam o essencial das disposições em vigor antes da adopção da directiva, relativamente aos sulfitos. Essas disposições autorizam a utilização de tais substâncias e reduzem as quantidades de aditivos admitidas em 16 categorias de géneros alimentícios, de entre as 61 contempladas pela Directiva 95/2. Também quanto à utilização dos nitritos e dos nitratos nos produtos à base de carne, o

14 — Sundhedsministeriets bekendtgørelse nr. 1055 af 18.12.1995 om tilsaetningsstoffrer til levnedsmidler. Sundhedsmin. j. nr. 95-3400-24. Levnedsmiddelstyrelsen, j. nr. 100-0066. Lovtidende A haefte 198 udgivet den 30.12.1995 s. 5571. GBEK.

decreto dinamarquês de 1995 adopta uma abordagem diferente da Directiva 95/2. Enquanto esta impõe limites ao resíduo de nitritos e nitratos nos géneros alimentícios, fixando de forma indicativa a quantidade acrescentada, as disposições dinamarquesas fixam limites às quantidades adicionadas admissíveis; além disso, essas quantidades são tendencialmente inferiores às indicadas na directiva. No entanto, para alguns produtos dinamarqueses tradicionais, é permitida a incorporação de quantidades de nitritos e nitratos significativamente mais elevadas do que as fixadas em geral.

II — Factos e tramitação processual

A — *A reacção dinamarquesa à Directiva 95/2*

29. Em 15 de Dezembro de 1994, na altura da adopção da Directiva 95/2 pelo Conselho, a delegação dinamarquesa votou contra, fazendo acompanhar o seu voto da seguinte declaração:

«A delegação dinamarquesa vota contra a adopção da directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos aditivos alimentares com excepção dos corantes e dos edulcorantes. No que respeita à utilização de nitritos/nitratos, sulfitos e fosfatos de alumínio sódico, a directiva não responde de modo satisfatório aos requisitos de carácter sanitário, que, segundo a Dinamarca, são importantes no contexto do regulamento sobre os aditivos para os produtos alimentares.

[...]

O Governo dinamarquês continua a considerar importante que o Comité Científico da Alimentação Humana, em conformidade com as declarações apresentadas pela Comissão, se pronuncie o mais brevemente possível sobre os nitritos/nitratos e sulfitos. O Governo dinamarquês apreciará atentamente o parecer do Comité, reservando-se o direito de manter as disposições nacionais necessárias à protecção da saúde e da vida das pessoas, nos termos do artigo 100.°-A, n.° 4, do Tratado» [15].

30. De acordo com esta declaração, a Dinamarca decidiu manter as disposições nacionais mais restritivas que acima referi, relativamente aos nitritos, aos nitratos e aos sulfitos. Consequentemente, nos termos do artigo 100.°-A, n.° 4, notificou-as à Comissão, entre Julho de 1996 e Maio de 1997.

15 — Documento n.° 11620/94 Add. 1 do Conselho, de 5 de Dezembro de 1994.

31. Através de uma primeira carta, de 15 de Julho de 1996, notificando as medidas de execução da Directiva 95/2, a Dinamarca declarou não ter transposto para a sua ordem jurídica as disposições da Directiva 95/2/CE relativa aos nitratos e aos nitritos nos produtos à base de carne e aos sulfitos, remetendo para a referida declaração de voto. Nesses termos, comunicou a intenção de manter as suas «disposições nacionais destinadas a assegurar a protecção da saúde pública», em conformidade com o artigo 100.°-A, n.° 4, do Tratado CE, remetendo para um relatório científico apenso, justificativo da sua posição.

32. Essa posição foi posteriormente confirmada por uma carta remetida à Comissão, de que esta tomou nota embora com a reserva de só se pronunciar quando recebesse a notificação oficial integral do pedido dinamarquês.

33. Entretanto, na sequência de uma queixa apresentada em Novembro de 1996 por operadores comerciais privados, em 20 de Janeiro de 1997 a Comissão enviou às autoridades dinamarquesas um pedido de informações, a que aquelas responderam circunstanciadamente, em 20 de Maio de 1997.

34. Esta resposta, lida conjuntamente com a declaração de Julho de 1996 e completada pela referida troca de correspondência, foi considerada pela Comissão como notificação oficial do pedido dinamarquês.

35. Posteriormente, na sequência de novas reclamações de operadores privados, denunciando entraves à comercialização, na Dinamarca, de géneros alimentícios em cuja composição entravam sulfitos e de produtos à base de carne em cuja composição entravam nitritos e/ou nitratos, realizaram-se ulteriores contactos informais entre os serviços da Comissão e as autoridades dinamarquesas. Designadamente, em 19 de Novembro de 1997 teve lugar uma reunião de funcionários da Comissão e do Governo dinamarquês. Finalmente, em 14 de Julho de 1998, o Governo dinamarquês transmitiu à Comissão algumas informações complementares.

36. Recorde-se que, no decurso do processo, a Comissão transmitiu a notificação da Dinamarca aos outros Estados-Membros, para parecer. Dos sete Estados-Membros que enviaram pareceres, quatro formularam reservas ao pedido dinamarquês. No entanto, essa resposta não foi formalmente comunicada ao Governo dinamarquês.

B — *A decisão da Comissão*

37. Na pendência do processo, entrou em vigor (em 1 de Maio de 1999) o Tratado de

Amesterdão que, como recordei, modificou substancialmente o artigo 100.°-A do Tratado CE. Por carta datada de 29 de Julho de 1999, a Comissão informou as autoridades dinamarquesas de que a sua notificação relativa à utilização dos sulfitos, dos nitritos e dos nitratos nos géneros alimentícios passava a ser considerada à luz da nova disposição, ou seja, do artigo 95.° CE.

38. Foi precisamente com essa base jurídica que, em 26 de Outubro de 1999, a Comissão fundamentou a sua recusa de autorizar as disposições dinamarquesas, considerando que não preenchiam as condições impostas por aquela norma. A Comissão considerou que as referidas disposições não eram necessárias nem proporcionadas para alcançar o objectivo prosseguido e que, além disso, não correspondiam a uma situação específica da Dinamarca; além disso, via nelas aspectos de discriminação.

C — *O recurso*

39. Notificado da decisão [16], o Governo dinamarquês aprovou imediatamente o Decreto n.° 822, de 5 de Novembro de 1999, revogando as disposições nacionais aplicáveis aos nitritos, aos nitratos e aos sulfitos. Todavia, em 6 de Janeiro seguinte, o Governo dinamarquês interpôs o presente recurso, pedindo a anulação da decisão da Comissão e a condenação desta nas despesas.

40. Por despacho de 4 de Outubro de 2000, o Tribunal de Justiça autorizou o Reino da Noruega e a República da Islândia a intervirem em apoio das conclusões da Dinamarca. Foram também formuladas algumas perguntas às partes, antes da audiência.

III — **Análise jurídica**

Introdução

41. O Governo dinamarquês baseia o pedido de anulação da decisão da Comissão em vários fundamentos, abundantemente ilustrados no ponto III do recurso, que denunciam a existência de vícios de forma e de violações do direito. Quanto aos primeiros, acusa a Comissão de ter violado o princípio do contraditório no procedimento que levou à adopção da decisão controvertida e de fundamentação insuficiente. Mais numerosas, como adiante se

16 — A decisão controvertida foi notificada ao Governo dinamarquês em 28 de Outubro de 1999, pela carta n.° SG (99)D/8669.

verá, são as violações de direito denunciadas no recurso. Analisarei seguidamente, antes de mais, o primeiro dos vícios de forma alegados, a saber, a violação do princípio do contraditório. Quanto ao segundo, só me pronunciarei depois de ter examinado as alegadas violações de direito, uma vez que a análise daquele pressupõe a discussão destas.

A — *Quanto à alegada violação do princípio do contraditório*

42. O Governo dinamarquês, apoiado neste ponto pelo Governo islandês, considera a decisão da Comissão viciada por violação de formalidades essenciais, porque teria sido adoptada sem observar o princípio do contraditório, tal como estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Isto porque, antes de mais, apesar de ter havido, desde o início, contactos regulares entre as autoridades dinamarquesas e a Comissão, esta não teria dado ao governo interessado a oportunidade de se pronunciar sobre o conteúdo ou as implicações da decisão da Comissão antes de esta ser tomada, nem teria apresentado uma exposição precisa e completa dos fundamentos da decisão. Além disso, aquele governo não teria tido condições para conhecer e apresentar as suas observações relativamente aos pareceres dos outros Estados-Membros sobre as disposições nacionais por ele notificadas. Este facto seria tanto mais grave quanto, como já tive ensejo de dizer, alguns desses pareceres foram expressamente tidos em consideração pela Comissão, na fundamentação da sua decisão.

43. Para tomar posição sobre este fundamento de impugnação é necessário, antes de mais, pronunciar-se sobre a natureza do procedimento conducente à adopção de uma decisão, nos termos do artigo 95.°, n.° 4, CE. Com efeito, segundo a Comissão, «o princípio do contraditório é um princípio fundamental do direito comunitário aplicável a qualquer processo administrativo instaurado relativamente a uma determinada pessoa e susceptível de levar a um acto lesivo dos seus interesses, mas não se impõe nos processos legislativos» [17]. No entanto, na opinião da Comissão, seria essa precisamente a natureza do processo previsto no artigo 95.°, n.os 4 e 6, CE, porque não passaria de uma fase do procedimento previsto naquele artigo, que reveste natureza legislativa, na medida em que leva à adopção de um acto de alcance geral. Idêntica natureza deveria, portanto, ser reconhecida ao processo de autorização de manutenção de medidas nacionais de derrogação, uma vez que dele pode resultar uma alteração parcial do âmbito de aplicação subjectivo e/ou objectivo da directiva, produzindo efeitos não só em relação ao Estado que é seu destinatário directo mas também em relação aos outros Estados-Membros.

17 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 16 de Julho de 1998, Bergaderm e Goupil/Comissão (T-199/96, Colect., p. II-2805, n.° 58); no mesmo sentido, v. acórdão de de 11 de Dezembro de 1996, Atlanta/Comissão (T-521/93, Colect., p. II-1707, n.° 70).

44. Não concordo com esta conclusão. É verdade que, como sustenta a Comissão, a derrogação de um acto de alcance geral, mesmo que justificada por exigências individuais, acarreta a alteração, com efeitos *erga omnes*, do âmbito de aplicação do acto derrogado, porque, indirectamente, também produz efeitos na esfera jurídica dos outros destinatários do acto. Nem por isso, porém, o procedimento que conduz à decisão derrogatória deve ser considerado parte do processo legislativo que levou à adopção do acto geral. Isto é verdade, obviamente, quando se trata de alterar directamente esse acto e, com efeito, o n.º 7 do artigo 95.º prevê que qualquer «adaptação» de alcance geral que a Comissão entenda útil fazer à medida de harmonização, à luz das exigências evidenciadas por disposições nacionais autorizadas, será objecto de um processo legislativo normal, que se inicia com uma proposta da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. A situação é diferente quando se trata do procedimento de autorização previsto no n.º 4 e seguintes do artigo 95.º CE, que é um procedimento formalmente distinto e com características significativamente diferentes do que o que conduz à adopção (ou à alteração) da medida de harmonização objecto de derrogação. Basta pensar que este tem lugar numa altura em que a intervenção legislativa está aperfeiçoada, tanto que a decisão da Comissão pode ser tomada mesmo depois da entrada em vigor do acto legislativo. Além disso, a adopção deste último e a da derrogação incumbem a instituições diferentes e a segunda está sujeita a regras e mecanismos processuais típicos de um processo administrativo, tanto assim que, por exemplo, se a Comissão não se pronunciar num determinado prazo, as disposições derrogatórias devem considerar-se autorizadas [18] por força do princípio de direito administrativo segundo o qual o silêncio constitui um acto tácito de aprovação.

45. Uma vez que, no caso em apreço, se está perante um processo administrativo, torna-se necessário verificar se foi garantido o respeito do princípio do contraditório. Recordo, a este propósito, que o Tribunal de Justiça teve já oportunidade de esclarecer que este princípio exige que os destinatários de decisões que afectem de modo sensível os seus interesses sejam colocados em condições de dar utilmente a conhecer o seu ponto de vista no decurso do processo administrativo e, por conseguinte, em condições de conhecer os documentos utilizados pela Comissão [19]. Por outras palavras, devem poder, durante esse

18 — Recordo, aliás, que o advogado-geralA. Saggio chegou à mesma conclusão no processo Burstein, afirmando que «[o] n.º 4 do artigo 100.º-A reconhece a um Estado-Membro que, depois de ter adoptado uma medida de harmonização, considere necessário aplicar disposições nacionais justificadas por exigências (não económicas) importantes referidas no artigo 36.º ou relativas à protecção do meio de trabalho ou do meio ambiente a possibilidade de o fazer, desde que adopte um certo procedimento e fique sujeito a um duplo *controlo, administrativo (atribuído à Comissão)* e, eventualmente, jurisdicional»: n.º 19 das conclusões apresentadas no processo Burstein (C-127/97, Colect. 1998, p. I-6005), sublinhado meu. Em sentido análogo, confrontar o n.º 23 das conclusões do mesmo advogado-geral apresentadas no processo Kortas (C-319/97, Colect. 1999, p. I-3145), n.º 23.

19 — V., em especial, os acórdãos de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão (40/85, Colect., p. 2321); de 12 de Fevereiro de 1992, Países Baixos e o./Comissão (C-48/90 e C-66/90, Colect., p. I-566, n.º 44); de 29 de Junho de 1994, Fiskano/Comissão (C-135/92, Colect., p. I-2885, n.º 39); e de 24 de Outubro de 1996, Comissão/Lisrestal (C-32/95 P, Colect., p. I-5373, n.º 21).

processo, «expor o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e das circunstâncias alegadas bem como, se for caso disso, sobre os documentos tidos em consideração» [20].

46. Para esse efeito, não é exigida forma especial a não ser, como é evidente, nos casos em que estiver taxativamente prevista em disposições específicas [21]. A actuação do princípio é modulada em função da natureza do processo e dos efeitos que o acto adoptado se destina a produzir. No caso do processo que aqui interessa, parece-me absolutamente óbvio que o Estado que requer a autorização tem um interesse directo e específico na medida e que, por conseguinte, deve estar em condições, durante o decurso do procedimento administrativo perante a Comissão, de expor de modo útil as suas razões. Mas os outros Estados-Membros são igualmente interessados no resultado do processo em análise, porque a autorização para manter as disposições derrogatórias implica uma limitação do âmbito de aplicação de um acto legislativo de carácter geral. Por isso, a eventual decisão pela qual, nos termos do artigo 95.°, n.° 4, CE, a Comissão autoriza o Estado requerente a manter disposições nacionais de derrogação produz inevitavelmente efeitos também em relação aos outros Estados-Membros. Nestas circunstâncias, embora o artigo 95.° CE não comine qualquer obrigação nesse sentido, a Comissão adopta a prática — a meu ver, correcta — de informar os outros Estados-Membros de que recebeu um pedido nos termos do n.° 4 daquele artigo e de dar a cada um deles a oportunidade de apresentar o seu parecer sobre o processo [22]. Isto apesar de esclarecer que, formalmente, a comunicação aos outros Estados-Membros não tem a ver com o exercício do direito de defesa, mas se destina exclusivamente a dar a oportunidade, aos que queiram fazê-lo, de apresentar observações sobre o processo em curso.

47. Mas, isto assente, recordo que a Comissão alega ter respeitado o princípio do contraditório, pelo menos de facto, uma vez que a Dinamarca teve a possibilidade de expor os seus pontos de vista no decurso de várias reuniões e através da troca de correspondência a que me referi na exposição dos factos [23]. Designadamente, depois de ter apresentado o seu pedido, mas antes ainda de adoptada a decisão controvertida,

20 — Acórdão de 7 de Maio de 1991, Nakajima/Conselho (C-69/89, Colect., p. I-2069, n.° 108). V. também, mais recentemente, o acórdão de 5 de Outubro de 2000, Alemanha/Comissão (C-288/96, Colect., p. I-8237, n.os 99 e segs.), em que o Tribunal de Justiça confirmou que «o respeito do direito de defesa em qualquer processo dirigido contra uma pessoa e susceptível de levar à adopção de um acto que lese os interesses desta constitui um princípio fundamental do direito comunitário e deve ser garantido mesmo na falta de regulamentação especial». V. ainda os acórdãos de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffman-La Roche (85/76, Colect., p. 217), para um processo em matéria de concorrência; de 20 de Março de 1985, Timex Corp. (264/82, Recueil, p. 849), em matéria de processos antidumping; e de 10 de Julho de 1986, Bélgica/Comissão (234/84, Colect., p. 2263), sobre o procedimento relativo aos auxílios de Estado.

21 — Como, por exemplo, no caso do procedimento previsto no artigo 88.°, n.° 2, CE, em matéria de auxílios de Estado.

22 — Na contestação, a Comissão recorda que semelhante prática foi seguida tanto na decisão de 14 de Setembro de 1994, relativa à proibição do PCP (pentaclorofenol), notificada pela República Federal da Alemanha (JO L 316, p. 43), como na decisão de 26 de Fevereiro de 1996, relativa à proibição do pentaclorofenol (PCP) notificada pela Dinamarca (JO L 68, p. 32), e na decisão de 21 de Dezembro de 1998, relativa às disposições nacionais notificadas pelo Reino da Suécia respeitantes à utilização de determinados corantes e edulcorantes nos géneros alimentícios (JO L 3, p. 13).

23 — V. *supra*, n.os 33 a 35.

o Governo dinamarquês apresentou as suas observações numa reunião que teve lugar em 19 de Novembro de 1997. Além disso, a Comissão salienta que deu seguimento ao pedido da Dinamarca, instruindo o processo com base nas informações por esta fornecidas e à luz dos dados científicos disponíveis, que eram do conhecimento público (os relatórios do CCAH).

48. Ao invés, o Governo dinamarquês, contestando que a referida reunião de 19 de Novembro de 1997 possa ser considerada uma verdadeira audição, sustenta que, para assegurar o respeito do princípio do contraditório, não basta permitir que o Estado interessado exponha os seus pontos de vista. É necessário dar a esse Estado a possibilidade de desenvolver as suas observações sobre o projecto de decisão da Comissão e sobre a sua fundamentação e, em especial, a possibilidade de conhecer os pareceres dos outros Estados-Membros.

49. A este respeito, a Comissão responde que, da correspondência trocada entre Martin Bangemann, membro da Comissão, e Henrik Dam Kristensen, Ministro para a Alimentação dinamarquês (cartas de 8 de Fevereiro de 1999 e de 16 de Março de 1999), resulta claramente que a Comissão solicitou e recebeu esses pareceres e que o Governo dinamarquês teve disso conhecimento; no entanto, não requereu cópia dos pareceres nem quis comentá-los. E mais, segundo a Comissão, aquele governo tinha já em seu poder o projecto de decisão e até deu a sua opinião sobre ele, numa carta de 22 de Outubro de 1999, dirigida aos comissários Byrne e Liikanen.

50. Decorre dos autos que, embora não tendo havido uma observância rigorosa do princípio, o governo recorrente participou em todo o processo, tendo sido informado do pedido de parecer transmitido aos outros Estados-Membros (o que, dados os precedentes na matéria, deveria ter presumido) e da recepção de algumas observações. Decorre ainda que, apesar disso, o Governo dinamarquês nunca pediu para tomar conhecimento dessas observações; só em sede judicial é que decidiu lamentar o facto de não ter tido a possibilidade de comentar as referidas observações e a reacção da Comissão.

51. Nestes termos, considero poder concluir que, no caso em apreço, não houve violação do princípio do contraditório.

52. Cumpre-me acrescentar, no entanto, que, se o Tribunal de Justiça seguir uma

orientação oposta, fica por verificar, como assinalou a Comissão, se a violação do princípio em questão teve incidência no caso em apreço. Com efeito, é sabido que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma violação dos direitos da defesa não implica a anulação da decisão impugnada se não tiver tido qualquer consequência no resultado do processo [24].

53. A este respeito, cumpre salientar que a decisão controvertida se baseia num conjunto de dados de natureza científica, assentes essencialmente nos referidos pareceres do CCAH, de que o Governo dinamarquês tinha pleno conhecimento e sobre os quais teve toda a possibilidade de dar a conhecer o seu ponto de vista. A decisão impugnada não se baseia, por conseguinte, nos pareceres apresentados pelos outros Estados-Membros no decurso do processo, pareceres que embora tenham provavelmente contribuído para reforçar a opinião da Comissão, limitam-se, na realidade, a uma apreciação da compatibilidade do pedido dinamarquês com o artigo 95.° CE, à luz dos mesmos dados científicos utilizados pela Comissão e pela Dinamarca. Recordo, a propósito, que o Tribunal de Justiça, em resposta a uma objecção semelhante, precisou que «a decisão em causa está suficientemente apoiada em elementos objectivos referidos na sua fundamentação, dos quais o governo estava plenamente informado e sobre os quais teve toda a possibilidade de fazer conhecer, em tempo útil, o seu ponto de vista. Donde resulta que, mesmo na ausência das observações que a Comissão recebeu de terceiros interessados no decurso do processo, a decisão não poderia ter tido um conteúdo diferente. Nestas circunstâncias, o simples facto de a Comissão ter referido na sua decisão estas observações, sem ter dado ao Estado-Membro em causa a ocasião de as comentar, não justifica a anulação desta decisão» [25].

54. Por último, acrescento que, como também já disse, resulta dos autos que o Governo dinamarquês tomou conhecimento do projecto de decisão antes de esta ter sido tomada e, portanto, teve a possibilidade de dar a conhecer o seu ponto de vista sobre a matéria de facto e de direito que a Comissão considerou determinante para recusar a autorização pedida, inclusive sobre as posições dos outros Estados-Membros quanto ao procedimento de consulta controvertido. Ora, também se pode sustentar que o facto de tal ter acontecido de modo por assim dizer indirecto e por vias não oficiais, consente dúvidas quanto ao pleno respeito do princípio do contraditório, mas permite, sobretudo, excluir que a alegada violação do princípio tenha impedido, em concreto, o exercício do direito de defesa e, por conseguinte, alterado definitivamente os resultados do processo, a ponto de justificar a anulação do acto apenas por este motivo.

55. Considero, por isso, que não deve ser acolhida a crítica dinamarquesa relativa à violação do princípio do contraditório.

24 — Acórdãos de 11 de Novembro de 1987, França/Comissão (259/85, Colect., p. 4393, n.° 13), e de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (C-142/87, Colect., p. 959, n.° 48).

25 — Acórdão Bélgica/Comissão, já referido, n.° 30.

B — *Quanto às críticas relativas ao mérito da decisão*

Introdução

56. Quanto ao mérito, como adiantei, a Dinamarca invoca vários aspectos da ilegalidade da decisão, enquadrando-os numa gama muito variada e articulada de fundamentos, que não é fácil expor pela ordem seguida no recurso, sem correr o risco de perder de vista a essência de um litígio cujos contornos foram melhor precisados no decurso do processo. Por isso, para pôr em relevo sobretudo o essencial do debate, não seguirei rigorosamente a ordem do recurso, mas procurarei, sobretudo, esclarecer o seu percurso lógico.

57. A posição dinamarquesa assenta na ideia de que, nos termos do artigo 95.°, n.° 4, CE, um Estado-Membro pode manter em vigor disposições nacionais derrogatórias da legislação comunitária se, com base numa apreciação efectuada pelo mesmo Estado, considerar que as referidas disposições são necessárias para assegurar um nível de protecção mais elevado das exigências mencionadas naquela disposição. Em consequência, para justificar as disposições derrogatórias, o Estado não tem de aduzir outras justificações e, designadamente, de invocar necessariamente exigências que lhe são próprias, antes deve apenas demonstrar que tais disposições são realmente necessárias para assegurar o nível de protecção mais elevado por ele pretendido e que não são excessivas para atingir esse objectivo. Fica ressalvado, naturalmente, o preenchimento das condições em que está previsto o controlo da Comissão, nos termos do artigo 95.°, n.° 6, CE.

58. Nestes termos, a Dinamarca refuta as objecções da Comissão que assentam na inexistência de uma situação própria daquele país que justificasse a derrogação em causa, contestando depois as considerações sobre a falta dos requisitos de necessidade e de proporcionalidade das disposições nacionais em questão, bem como o seu alegado carácter discriminatório. Por fim, para além de alguns aspectos de menor relevo da decisão impugnada, reprova a omissão da verificação prevista no artigo 95.°, n.° 6, CE.

59. Desenvolverei a análise das críticas de mérito, seguindo precisamente este *iter* lógico.

a) Quanto à errada interpretação das condições de aplicação do artigo 95.°, n.° 4, CE

60. Começo pela questão que, do ponto de vista dos princípios, constitui, em minha opinião, o ponto central e mais delicado deste caso, ou seja, a questão de saber se a

autorização da derrogação deve ou não estar subordinada à existência de uma situação que é própria do Estado-Membro que a solicita. Quanto a esta questão, o debate processual principiou sem grande chama, mas reavivou-se com o decorrer do processo, à medida que as posições das partes se foram tornando mais claras.

Argumentos das partes

61. Para fundamentar a sua resposta negativa à questão enunciada, a Dinamarca, em parte com o apoio da Islândia e da Noruega, teve certamente em conta o facto de o texto da disposição em análise nada dizer sobre a condição da especificidade; antes chamou a atenção, sobretudo, para o contexto histórico-político que rodeou o artigo 100.°-A, n.° 4, do Tratado CE, que passou a artigo 95.°, n.° 4, CE. Lembra, em especial, que o artigo 100.°-A foi aditado pelo Acto Único Europeu, como contrapartida da passagem do regime de unanimidade para o de maioria qualificada de votos para a adopção das medidas de harmonização a que se refere o n.° 1 do mesmo artigo e a fim de dar aos Estados-Membros uma garantia contra o risco de diminuição, em consequência da harmonização, do grau de protecção já alcançado na sua ordem jurídica nacional. A disposição traduziria, assim, um «compromisso político» destinado a não privar os Estados-Membros da liberdade de fazerem uma escolha diversa da comunitária, como contrapartida da alteração das regras de votação.

62. Segundo o Governo dinamarquês, o artigo 100.°-A do Tratado, precisamente por ter constituído, desde o início, uma ruptura com os princípios até então vigentes em matéria de harmonização, não podia ser sujeito aos critérios restritivos normalmente aplicáveis a todas as disposições que têm natureza derrogatória. Devia antes ser interpretado à luz do compromisso político que traduz e, por conseguinte, no sentido de deixar ao Estado-Membro interessado ampla liberdade de proceder a uma ponderação dos interesses em causa, eventualmente diversa da efectuada pelo legislador comunitário.

63. Por seu lado, a Comissão não partilha dessa posição, embora desenvolva a sua com algumas oscilações entre os argumentos da decisão impugnada e os das alegações no processo, confirmando, ao que julgo, uma persistente incerteza de fundo. Como as apreciações do contexto político relativamente ao Acto Único Europeu e ao artigo 100.°-A não depõem univocamente no sentido propugnado pela Dinamarca, a Comissão recorda que de acordo com uma jurisprudência constante, quando as directivas comunitárias procedem à harmonização de um determinado sector, um Estado-Membro deixa de poder invocar as exigências mencionadas no artigo 30.°

(ex-artigo 36.°) CE para se eximir à aplicação dessas medidas [26]. O mesmo deve valer para as medidas de harmonização adoptadas com base no artigo 95.°, n.° 1, CE, e sobretudo para estas, porque, nos termos do n.° 3 deste artigo, têm como objectivo, por definição, assegurar um nível de protecção elevado das exigências importantes nos domínios da saúde, da segurança, da protecção do ambiente e da defesa dos consumidores. Em consequência, segundo a Comissão, depois de o legislador comunitário ter analisado os elementos pertinentes, fixando o nível de protecção desejável, e depois de emanado o acto, um Estado-Membro não pode simplesmente substituir a sua avaliação do risco à efectuada pelo legislador comunitário e pretender, só por isso, derrogar a consequente medida de harmonização. Pelo contrário, tem que provar, com base em dados científicos novos ou em elementos que deveriam ter sido tomados em consideração pelo legislador comunitário, que tal medida não é adequada para assegurar um nível de protecção elevado das «exigências importantes» mencionadas na disposição em análise; mas o Estado interessado pode também alegar a existência de uma situação que lhe seja própria e que justifique a derrogação. Segundo a Comissão, ao invés do n.° 5, o n.° 4 do artigo 95.° não exige necessariamente a existência desta última condição, mas permite ao Estado interessado socorrer-se dela como mais uma possibilidade para justificar a derrogação solicitada.

26 — V., entre muitos outros, os acórdãos de 5 de Outubro de 1977, Tedeschi (5/77, Recueil, p. 1555, n.° 35, Colect., p. 555); de 5 de Abril de 1979, Ratti (148/78, Recueil, p. 1629, n.° 36); de 8 de Novembro de 1979, Denkavit (251/78, Recueil, p. 3369, n.° 14); de 20 de Setembro de 1988, Moormann (190/87, Colect., p. 4689, n.° 10); e de 5 de Outubro de 1994, Crespelle (C-323/93, Colect., p. I-5077, n.° 30).

Apreciação

64. Como se viu, esta crítica põe em causa um aspecto central do sistema delineado no artigo 95.° CE e, em especial, a repartição de competências entre os Estados-Membros e as instituições comunitárias, no que diz respeito à avaliação dos níveis de protecção da saúde, do meio do trabalho e do meio ambiente, depois de ter sido adoptada uma medida comunitária de harmonização das disposições nacionais com incidência no estabelecimento do mercado interno. A divergência que nesta matéria se registou entre as partes é profunda e reflecte visões bastante diferentes do referido sistema. Convém, por isso, reanalisar em termos globais o sentido e o alcance da disposição em causa, até porque, por meu lado, não posso subscrever a posição dinamarquesa, mas também não posso partilhar inteiramente a da Comissão.

65. Como já várias vezes aqui recordei, o artigo 95.° (e, antes dele, o artigo 100.°-A) institui uma competência geral da Comunidade para adoptar medidas de harmonização das disposições nacionais pertinentes, com vista ao estabelecimento e funcionamento do mercado interno. Essa competência é exercida pelo Conselho em co-decisão (anteriormente em cooperação) com o Parlamento Europeu, segundo o processo de co-decisão. Tanto a Comissão, no exercício do seu poder de apresentar propostas, como os outros dois protago-

nistas do processo legislativo devem basear-se, quando se trate de matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores, num nível de protecção elevado; em especial, devem ter em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos (n.º 3). No entanto, uma vez estabelecida a harmonização (depois das alterações do artigo 100.º-A já não importa se por maioria qualificada ou por unanimidade) um Estado-Membro pode pedir uma derrogação, justificada por razões atinentes à protecção (da vida, da saúde) do meio de trabalho ou do meio ambiente (ou por outras exigências importantes a que se refere o artigo 30.º CE), a fim de manter disposições nacionais já em vigor, mas contrárias à disciplina harmonizada (n.º 4), ou para adoptar essas disposições *ex novo*, em virtude de um problema específico que tenha surgido (n.º 5). O n.º 6 do artigo define o papel da Comissão para efeitos de autorização da derrogação nos dois casos indicados e reserva-lhe o controlo da proibição de discriminação arbitrária e de restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros.

66. Desta exposição sucinta decorre, com toda a clareza, que a disposição em análise visa fazer face a duas exigências distintas e nem sempre facilmente conciliáveis: por um lado, impulsionar a realização do mercado comum e, por outro, assegurar níveis de protecção elevados em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores. Quanto a esta última, em especial, o artigo 95.º mostra claramente querer ter em conta as preocupações legitimamente expressas pelos Estados-Membros num processo legislativo que, a seguir ao artigo 100.º-A, pode agora ser concluído também por maioria qualificada, mas isto partindo da premissa de que aquelas preocupações se presumem, em princípio, já satisfeitas pela própria medida de harmonização, visto que, por definição, esta deve basear-se num nível de protecção elevado. Todavia, a ser assim, se esse nível de protecção elevado já está inscrito, se me é permitida a expressão, no ADN da medida de harmonização, então é possível chegar a duas proposições significativas, a que seguidamente me referirei. Por um lado, não parece justificar-se, em princípio, a pretensão de eximir a disposição em análise à aplicação da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, que comina uma interpretação restritiva das condições de admissibilidade de uma derrogação às regras fundamentais do direito comunitário (no caso, a unicidade do mercado) [27]. Por outro lado, não basta alegar, em termos genéricos, que o nível de protecção garantido pela medida de harmonização é inadequado para que a manutenção ou derrogação dessa medida seja autorizada.

67. Passando agora a analisar mais de perto a questão perspectivada, devo, antes

27 — V., entre outros, os acórdãos de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651); de 5 de Dezembro de 1996, Merck & Co. Inc. (C-267/95 e C-268/95, Colect., p. I-6285); e de 11 de Janeiro de 2000, Kreil (C-285/98, Colect., p. I-69).

de mais, recordar que, segundo o Governo dinamarquês, o n.º 4 do artigo 95.º não menciona as condições previstas no n.º 5 do mesmo artigo. Na verdade, o n.º 5 é bastante mais pormenorizado e, pelo menos na sua letra, mais restritivo do que o número anterior, porque, para autorizar a adopção de disposições nacionais de derrogação à harmonização comunitária exige que sejam preenchidas três condições: as disposições nacionais devem basear-se em novas provas científicas nas matérias indicadas, devem ser motivadas por qualquer problema específico do Estado requerente e esse problema deve ter surgido após a adopção da directiva.

68. O enunciado mais genérico que o n.º 4 do artigo 95.º reserva para as hipóteses de manutenção de disposições nacionais derrogatórias da harmonização comunitária permitiria, assim, concluir que, nessas hipóteses, não se exige qualquer das referidas condições. Com efeito, por um lado, as disposições nacionais não seriam, nesse caso, adoptadas *ex novo* e, por conseguinte, não seria necessário aduzir novas provas científicas; por outro lado, face ao silêncio da norma, o Estado-Membro interessado não seria obrigado a invocar a existência de uma situação que lhe é própria. Só precisaria de provar que as referidas medidas permitem efectivamente — mas sem exceder tal objectivo — assegurar o nível de protecção mais elevado que, na opinião do próprio Estado, é necessário para satisfazer as «exigências importantes» a que se refere a disposição em análise. Nada mais seria exigido a este último para poder legitimamente restringir o âmbito de aplicação da regulamentação comum, com excepção, evidentemente, do controlo da Comissão nos termos do n.º 6 do artigo 95.º CE.

69. Embora reconhecendo que a interpretação do artigo 95.º não é de modo algum fácil, tenho de confessar que se me torna muito difícil subscrever a tese que acabo de resumir. Com efeito, como melhor se verá, em minha opinião esta tese não só se compagina mal com a lógica e com a finalidade do sistema, como resulta, com toda a probabilidade, de um erro de perspectiva, de um cotejo precipitado entre o n.º 4 e o n.º 5 do artigo e, possivelmente, também de uma igualmente precipitada reconstituição da evolução normativa que marcou a passagem do artigo 100.º-A, n.º 4, do Tratado CE, a artigo 95.º, n.ºs 4 e 5, CE. Por outras palavras, parece-me que a tese em questão parte da ideia de que o artigo 100.º-A, n.º 4, previa unicamente a hipótese de manutenção das disposições nacionais de derrogação da harmonização comunitária com base numa apreciação da necessidade das mesmas por parte do Estado-Membro interessado; o posterior artigo 95.º CE teria retomado a mesma hipótese no n.º 4, mas acrescentando ao n.º 5 uma outra, regulada de modo mais analítico e restritivo, para a eventual adopção de novas disposições nacionais derrogatórias da referida harmonização.

70. Julgo, no entanto, que, para efeitos da correcta interpretação das disposições refe-

ridas, esta reconstituição é precipitada e enganosa, por uma série de razões que seguidamente procurarei ilustrar.

71. Em primeiro lugar, assinalo que o artigo 100.°-A, n.° 4, não se limitava apenas à possibilidade de «manter» disposições nacionais derrogatórias da harmonização; pelo contrário, referia-se mais genericamente ao caso de um Estado-Membro considerar necessário «aplicar» essas disposições e, por conseguinte, prestava-se já a abranger ambas as hipóteses, ou seja, tanto a manutenção de disposições preexistentes como a adopção de disposições novas[28]. No artigo 95.° que lhe sucedeu, as duas hipóteses foram explicitamente separadas e o termo genérico «aplicar» foi substituído pelos mais específicos «manter» e «adoptar»; o que confirma indirectamente, em minha opinião, que, na realidade, o artigo 100.°-A já contemplava as duas hipóteses.

72. Poder-se-ia objectar, aliás, que só o n.° 4 do artigo 95.° retoma a formulação genérica do artigo 100.°-A, na medida em que o n.° 5 põe explicitamente como condição a existência de uma problema específico do Estado-Membro interessado; esta circunstância confirmaria não só a continuidade entre o artigo 100.°-A, n.° 4, e *tão-somente* o n.° 4 do artigo 95.°, mas também a inexistência daquela condição, no primeiro. Note-se, no entanto, que esta objecção assenta, por sua vez, numa premissa não demonstrada e, a meu ver, discutível, a saber, que o silêncio do artigo 100.°-A, n.° 4, quanto às condições para autorização da derrogação confere ao referido Estado total liberdade para avaliar a necessidade da derrogação. Parece-me, pelo contrário, pelas razões que daqui a pouco explicitarei, que não é possível inferir esta conclusão ilógica desse silêncio, e que os pressupostos de aplicação da derrogação, embora não explicitados naquele artigo (que é, como disse, menos elaborado e articulado que o posterior artigo 95.°), devem ser retirados do sistema, entre eles o relativo à especificidade da situação invocada como fundamento das disposições nacionais derrogatórias.

73. De resto, considero significativo que, justamente no primeiro processo em que se discutiu uma decisão da Comissão tomada com base no artigo 100.°-A, n.° 4 (portanto, antes da sua substituição pelo artigo 95.° CE), o advogado-geral G. Tesauro, embora reconhecendo que aquela disposição constituía efectivamente um «contrapeso» ou uma «compensação» pelo abandono do princípio da unanimidade, sublinhou que «teria sido, assim, necessário esclarecer as *exigências específi-*

28 — Neste sentido se havia manifestado já uma parte da doutrina, desde os primeiros comentários; v., em especial, Gulmann, C., *The Single European Act — Some Remarks from a Danish Perspective*, CMLR 24 (1987), pp. 31-40, designadamente p. 38.

cas que justificam a adopção [no Estado-Membro requerente], de medidas ainda mais restritivas» do que as previstas numa directiva de harmonização [29]. Merece também ser recordada a alusão do advogado-geralA. Saggio, relativamente ao artigo 100.°-A, n.° 4, ao princípio de que qualquer derrogação aos princípios da aplicação uniforme do direito comunitário e da unidade do mercado deve ser interpretada em sentido restritivo. Deste modo, ao dispor expressamente que constitui uma derrogação, o referido artigo não pode deixar de ser «interpretado restritivamente, subordinando-se a operatividade do mesmo a condições rigorosas quer com referência ao conjunto das justificações previstas, quer ao procedimento de 'administração' da cláusula de salvaguarda» [30].

74. Não obstante, se, para efeitos das hipóteses nele previstas, o artigo 95.°, n.° 5, é explícito na estatuição das condições de aplicação da derrogação, deve deduzir-se que tais condições não são exigidas para as hipóteses previstas no n.° 4 (tal como não o teriam sido para o correspondente número do artigo 100.°-A). Com efeito, não há dúvida de que, referindo-se embora a situações distintas, os n.os 4 e 5 do artigo 95.° propõem uma disciplina diferente; no entanto, há que perceber quais são realmente essas diferenças e quais as consequências que acarretam.

Em minha opinião, não podem deixar de atender ao elemento que distingue claramente as duas hipóteses, ou seja, ao facto de o n.° 5 se referir à adopção de medidas derrogatórias *posteriores* à medida comunitária e justificadas por novas provas científicas. Donde se segue que, no âmbito do regime de derrogação, mais preciso e articulado, previsto pelo artigo 95.° CE, o n.° 5 desta disposição é ainda mais «especial» do que o número anterior (como de algum modo ele próprio confirma, ao ressalvar esse número) e subordina a hipótese nele prevista a critérios mais restritivos do que os enunciados para a outra. Isto tanto no que respeita às «exigências importantes» consideradas, já que, neste caso, só está prevista a possibilidade de uma medida de salvaguarda para a «protecção do meio de trabalho ou do ambiente», como, sobretudo, no que concerne às condições de operatividade da disposição. De facto, como já tive ocasião de afirmar, a disposição nacional deve basear-se em «novas provas científicas» ou ser motivada por qualquer problema específico do Estado interessado, que tenha surgido após a adopção da directiva.

75. Estas duas últimas condições são estreitamente interdependentes, no sentido de que, para justificar a disposição nacional posterior, não basta a especificidade do problema, é necessária também a superve-

29 — Conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo França/Comissão (C-41/93, Colect. 1994, p. 1831, n.° 14); o sublinhado é meu. O acórdão de 17 de Maio de 1994 proferido neste processo está publicado na Colectânea, na p. I-1829.

30 — Conclusões do advogado-geralA. Saggio no processo Kortas, já referido, n.° 23.

niência de novas provas científicas. Na verdade, se a referência se tivesse limitado à primeira condição, teria sido possível encontrar um argumento em abono da tese aqui criticada, mas a norma exige também a superveniência de novas provas; e é precisamente por este motivo que se faz referência expressa à condição de especificidade. Com efeito, como a superveniência dessas provas pode, eventualmente, afectar de modo relevante todos ou muitos Estados-Membros, tornou-se necessário enunciar com a máxima clareza, neste número (e não no n.º 4), uma condição de especificidade do Estado requerente relacionada com novas provas que, no seu caso, justificasse *especificamente* uma derrogação da medida de harmonização. Se esta reconstituição não convencesse, ficaria por explicar por que misteriosa razão um Estado-Membro tem de invocar um problema que lhe é próprio quando pretende introduzir disposições derrogatórias depois da adopção da directiva, mas não pretende manter as preexistentes, em especial se considerar que, quanto a estas, teve também a oportunidade de defender as suas razões em sede dos trabalhos preparatórios da directiva.

76. Que a condição de especificidade se impõe mesmo na hipótese contemplada no n.º 4 do artigo 95.º, como já antes acontecia no caso do artigo 100.º-A, parece-me confirmado sobretudo por considerações de carácter sistemático. Com efeito, antes de mais, devo repetir, com a Comissão, que, na medida em que introduz «uma excepção aos princípios da aplicação uniforme do direito comunitário e da unidade do mercado», o artigo 95.º, n.º 4, CE, como todas as disposições que têm natureza derrogatória, deve ser objecto de uma «interpretação estrita», o «que exclui a sua extensão para além dos casos taxativamente previstos» [31]. A tese dinamarquesa, ao contrário da que aqui se propõe, permite essa extensão. Em todo o caso, parece-me bastante difícil conciliar com esse critério interpretativo a pretensão de um Estado-Membro de invocar a insuficiência do nível de protecção assegurado pelo legislador comunitário para, com base numa avaliação unilateral da necessidade de elevar esse nível, solicitar a manutenção ou adopção de uma derrogação daquele e, por conseguinte, do princípio da unicidade do mercado. Julgo que acolher essa pretensão faria do disposto no artigo 95.º, n.º 4, CE, uma verdadeira cláusula de *opting out* permanente, relativamente a qualquer directiva de harmonização, em manifesta contradição com os princípios e com as finalidades do sistema e com a lógica que, para protecção do interesse geral, inspira a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros.

77. Na realidade, se se quiser evitar esta consequência paradoxal, há que admitir a existência de motivações e condições ulte-

31 — Conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo C-41/93, já referidas, n.º 4 (Colect. 1994, p. 1833).

riores para que a derrogação possa ser legitimamente pedida; e estas só podem consubstanciar-se na existência de um problema específico do Estado interessado, a que as medidas gerais contempladas na directiva não consigam fazer face. Na verdade, se se tratar de um problema comum a todos ou à maior parte dos Estados-Membros, deve presumir-se que já foi resolvido pela directiva, mas se o não for, há que verificar se existem condições para impugnar directamente a directiva, já que esta deve assegurar não apenas uma protecção genérica, mas um «nível de protecção elevado»; de qualquer maneira, o problema seria de natureza geral e não se compreende, por isso, por que razão deveria ser resolvido em favor dos afortunados cidadãos de um Estado-Membro mais escrupuloso, em detrimento da aplicação uniforme da disciplina harmonizada e, por conseguinte, do funcionamento do mercado comum. Se, pelo contrário, o nível de protecção for considerado adequado, também não se compreende por que razão se há-de admitir a possibilidade de um Estado-Membro o elevar unilateralmente, ainda que no louvável intuito de assegurar aos seus cidadãos um nível mais elevado de protecção, em detrimento da unicidade do mercado, a menos que esse Estado não consiga demonstrar a existência de uma sua situação que lhe é própria e que justifique tais consequências.

78. Acrescente-se que a tese exposta permite ainda explicar o facto de, possivelmente já nos termos do artigo 100.°-A, mas seguramente à luz do artigo 95.°, a manutenção das disposições nacionais mais exigentes poder ser solicitada mesmo no caso de a directiva ter sido adoptada por unanimidade e de, portanto, não ser reservada aos Estados «colocados em minoria», mas poder ser invocada também por um Estado que tenha aprovado a directiva. Quer isto dizer que a derrogação não está necessariamente ligada a um juízo negativo sobre a directiva, porque um Estado-Membro pode considerar que, em geral, o nível de protecção assegurado pelo legislador comunitário é adequado e, portanto, aprovar a directiva, sabendo embora que tem um problema específico e reservando-se, por isso, a faculdade de pedir a derrogação. Na óptica da tese oposta, a hipótese de um pedido de derrogação por parte de um Estado que aprovou a directiva seria dificilmente explicável, visto que o ponto de partida daquela tese deveria ser o juízo negativo desse Estado sobre o nível de protecção estabelecido pela directiva.

79. Por outro lado, é significativo que o governo recorrente não tenha aduzido muitos argumentos em apoio da sua tese. Com efeito, preocupou-se sobretudo em justificar as incongruências sistemáticas que há pouco apontei; e fê-lo, como recordei, insistindo em especial no «contexto histórico-político em que foi adoptada a disposição» e na necessidade de a interpretar «à luz do compromisso político que traduz». Como testemunha directa que fui, não tenho qualquer dificuldade em

reconhecer a existência daquele «contexto» e do ambiente de preocupação que rodeou as negociações do Acto Único Europeu, no que concerne ao artigo 100.°-A. Poderia ainda lembrar, a propósito, a declaração feita pela Dinamarca no final das negociações, que reflecte bem a intenção de alguns Estados-Membros e, em especial, da própria Dinamarca, de se reservarem a possibilidade de fazer uma escolha diferente da comunitária [32]. Não quero, contudo, envolver-me numa discussão sobre aquela declaração, tanto mais que nem sequer foi invocada pelo governo recorrente. Observo apenas que não foi retomada em relação ao Tratado de Maastricht nem ao Tratado de Amesterdão, confirmando que reflectia sobretudo as tensões da negociação das referidas inovações em matéria de votação, que depois deram lugar a apreciações mais ponderadas, induzidas pela prática posterior de aplicação daquela disposição.

80. Parece-me mais útil dedicar algumas palavras à insistência do Governo dinamarquês no «contexto» e no «compromisso político» reflectidos tanto no artigo 100.°-A, n.° 4, como no posterior artigo 95.°, n.° 4, e que justificariam as pretensões do recorrente. Repito que não tenho qualquer dificuldade em reconhecer, à semelhança do que fez o advogado-geral G. Tesauro, que «a possibilidade oferecida a um Estado-Membro de continuar a aplicar a sua regulamentação nacional, apesar da harmonização de uma matéria a nível comunitário, visa assegurar uma protecção 'reforçada' de determinados interesses especialmente importantes e, sobretudo, dar uma resposta às preocupações manifestadas por alguns países, na altura das negociações do Acto Único, de que uma eventual harmonização aprovada por maioria pudesse determinar uma diminuição do grau de protecção garantido a esses interesses a nível nacional» [33]. Isto assente, insisto que, em minha opinião, nem o «compromisso político» nem a consequente necessidade de uma «protecção reforçada» justificam a subversão dos princípios do sistema em que se traduziria o acolhimento das teses do Governo dinamarquês. E isto é tanto mais verdade quanto se considerar que as disposições em análise já têm amplamente em conta aquelas exigências, visto que, por isso mesmo, introduziram uma derrogação pertinente ao princípio sedimentado de que, quando existe uma harmonização comunitária em determinado sector, os Estados-Membros deixam de poder adoptar disposições unilaterais justificadas pela protecção das exigências mencionadas no artigo 30.° CE (v., *supra*, n.° 63). Assim, no caso em apreço, embora respeitando as condições estabelecidas, essas disposições não podem ser autorizadas; em minha opinião, isto constitui, por si só, um reforço relevante das garantias solicitadas. Ir além disso e traduzir aquelas condições numa

32 — Refiro-me à declaração do Governo do Reino da Dinamarca (declaração n.° 18 anexa ao Acto Único Europeu), relativa ao artigo 100.°-A do Tratado que institui a Comunidade Europeia: «O Governo dinamarquês faz notar que, no caso de um Estado-Membro considerar que uma medida de harmonização adoptada com base no artigo 100.°-A não salvaguarda exigências superiores respeitantes ao meio de trabalho, à protecção do ambiente, ou outras exigências referidas no artigo 36.°, o n.° 4 do artigo 100.°-A garante que o Estado-Membro em causa pode aplicar medidas nacionais. As medidas nacionais serão tomadas com o objectivo de dar satisfação às exigências acima referidas e não devem constituir um proteccionismo disfarçado».

33 — Conclusões referidas, n.° 4.

possibilidade de derrogação *ad libitum*, não seria um compromisso, mas um abuso.

81. Antes de dar este ponto por encerrado, devo ainda acrescentar algumas palavras sobre a discutível posição que a Comissão assumiu no presente caso. Depois de ter dado a entender que também considerava necessária uma condição de especificidade do Estado que pede a derrogação, invocando-a na decisão impugnada e baseando na sua inexistência um dos principais fundamentos da recusa de autorização, nas suas alegações a Comissão atribuiu depois a essa condição um carácter quase subordinado ou alternativo relativamente às outras condições. Em sua opinião, o Estado-Membro que invoca a aplicação do artigo 95.°, n.° 4, pode também limitar-se a aduzir a existência de dados científicos novos ou de elementos que deveriam ter sido levados em consideração pela legislação comunitária em causa, se susceptíveis de provar que esta não assegura uma protecção suficiente.

82. Na realidade, parece-me que, se a tese dinamarquesa dá margem ao arbítrio dos Estados, na da Comissão o arbítrio reside na escolha das condições acabadas de referir, e isto não só porque não se descortina qualquer vestígio delas na disposição, mas também porque não decorrem da lógica do sistema nem de critérios de racionalidade. Pelo contrário, vendo bem, não servem para resolver o problema em análise mas tão-só para o protelar porque, mesmo que se verificasse a sua existência, ficaria sempre por demonstrar por que razão, na falta de uma exigência específica do Estado-Membro que pede a derrogação, as referidas inovações deveriam jogar a seu favor e não a favor de todos os Estados-Membros (ou de muitos deles). O n.° 5 do artigo 95.° dá uma resposta inequívoca a este propósito, ao exigir que exista também um problema específico do Estado requerente; ao invés, a tese da Comissão não dá resposta ou, pelo menos, não a dá de modo claro e unívoco. Acrescento ainda, mais especificamente, que me é realmente difícil imaginar que uma directiva negociada durante anos possa ter menosprezado elementos tão decisivos que justifiquem a derrogação em análise e, sobretudo, que esses elementos (ou novos dados científicos) possam surgir no brevíssimo interregno que, como o caso em apreço demonstra, decorre entre a aprovação da directiva e o pedido de manutenção das disposições nacionais. O que parece normal na hipótese do n.° 5 do artigo 95.° e justifica a sua especial redacção, parece francamente pouco verosímil no caso ora em análise.

83. Quanto à exigência, sublinhada pela Comissão, de que o Estado interessado prove a insuficiência da protecção assegurada pela directiva comunitária, não lhe

contesto o fundamento, embora seja claro que está estreitamente ligada à condição da especificidade, no sentido de que a derrogação só pode ser autorizada se, como prevê o n.º 5 do artigo 95.º, se demonstrar a insuficiência da referida protecção relativamente a um problema específico do Estado interessado. Portanto, em certo sentido, a existência desse problema é a condição prejudicial para que o Estado tenha legitimidade para invocar a derrogação; a insuficiência da protecção é a condição de fundo para a concessão da derrogação.

84. Em vista do exposto, considero que as disposições dinamarquesas relativas aos sulfitos, aos nitratos e aos nitritos só podem ser justificadas por uma situação específica da Dinamarca; em minha opinião, como essa justificação não foi fornecida nem sequer invocada, a presente crítica deve ser rejeitada.

b) Quanto à necessidade e proporcionalidade das disposições dinamarquesas

85. Como acima adiantei, o governo recorrente justifica o seu pedido de manutenção das disposições nacionais de derrogação da harmonização comunitária arguindo a inadequação desta última e, por conseguinte, a necessidade de manter níveis de protecção mais elevados. Estas justificações são contestadas pela Comissão que, além disso, também vislumbra elementos discriminatórios nas disposições nacionais derrogatórias. Na análise desta divergência, procurarei, na medida do possível, não tornar à condição da especificidade, que já antes analisei longamente, embora esta volte a aflorar várias vezes e apareça também nos argumentos das partes sobre a questão ora em análise.

Argumentos das partes

86. Contestando as conclusões a que a Comissão chegou na decisão impugnada, o governo recorrente defende o carácter necessário e proporcionado das suas disposições invocando, em geral, o princípio da precaução, que permitiria aos Estados-Membros elevar o nível de protecção, a fim de evitar riscos para a saúde humana.

87. Isto seria particularmente verdade no que diz respeito aos sulfitos. A Dinamarca não nega que a sua legislação seja mais restritiva do que a directiva, tanto na medida em que limita as categorias de alimentos em que tais aditivos podem ser

utilizados como na medida em que reduz as quantidades que podem ser adicionadas. Mas estas restrições seriam impostas pelos perigos para a saúde resultantes da utilização desses produtos e da abordagem injustificadamente tolerante adoptada pela directiva, sobretudo se confrontada com a rigidez de outras normas de direito comunitário derivado pertinentes na matéria.

88. Em especial, a Dinamarca salienta, por um lado, o perigo de graves reacções alérgicas nos indivíduos com predisposição, que não poderiam ser remediadas devido às lacunas da regulamentação comunitária em matéria de rotulagem; por outro lado, chama a atenção para o risco de ultrapassagem da dose diária admissível (DDA), fixada em 45-50 mg pelo parecer do CCAH de 25 de Fevereiro de 1994; tudo isto apesar de nem a quantidade de aditivo nem a lista dos produtos em que a utilização daquelas quantidades é permitida nos termos da directiva se justificarem por uma necessidade tecnológica suficiente. Por outro lado, a escolha efectuada pelas disposições dinamarquesas em questão, de reduzir a exposição da população aos sulfitos, seria motivada pela impossibilidade de tomar medidas quanto à utilização dos sulfitos no vinho, já que o respectivo regulamento não permite a aprovação de medidas nacionais de salvaguarda; nestas condições, a única solução era limitar o recurso aos sulfitos para os outros produtos.

89. Quanto aos nitritos e aos nitratos, a Dinamarca refuta, antes de mais, as afirmações da decisão impugnada de que as disposições em causa não são necessárias nem adequadas às exigências de protecção da saúde. Segundo a Comissão, por um lado, as quantidades de aditivos autorizadas pela directiva são tecnologicamente necessárias para garantir a segurança microbiológica dos produtos à base de carne, sem ocasionar qualquer risco de ultrapassagem da DDA de nitritos ou nitratos; por outro lado, a legislação dinamarquesa permite, apesar de tudo, uma utilização excessiva dos referidos aditivos em alguns produtos da indústria de carnes, dando lugar à formação de quantidades elevadas das próprias nitrosaminas cancerígenas que o Governo dinamarquês afirma querer combater.

90. O governo recorrente objecta, em primeiro lugar, que a decisão impugnada incorreu num erro manifesto, ao declarar o carácter desnecessário daquelas disposições relativamente à pretensa ultrapassagem da DDA de nitritos e nitratos; isto tanto mais que a Dinamarca defende ser essa a justificação das suas disposições, tendo-as relacionado sobretudo com o risco resultante da degradação dos nitritos e nitratos em nitrosaminas.

91. Com efeito, em sua opinião, a directiva menospreza as claras recomendações do CCAH, permitindo uma utilização excessiva de nitritos e nitratos e uma consequente formação de nitrosaminas, substâncias de notórios efeitos cancerígenos e

genotóxicos. Ora, o CCAH pôs em evidência a correlação existente entre a quantidade de nitritos e nitratos adicionados e a formação de nitrosaminas voláteis. Por este motivo, excluiu a possibilidade de se definir um limiar abaixo do qual a utilização de nitritos e nitratos não implique o risco de formação de tumores e recomendou que se reduzisse a utilização destes aditivos ao mínimo necessário para obter o efeito de conservação desejado e para garantir a segurança microbiológica. Este resultado só pode ser atingido através da fixação de quantidades máximas de incorporação.

92. Quanto à racionalidade das suas escolhas, o governo recorrente refuta as acusações de incoerência que a decisão controvertida aponta às disposições em causa, por terem permitido, no quadro de uma redução generalizada das quantidades de aditivos, a utilização de doses diferentes e mais elevadas para alguns produtos. A Dinamarca salienta que a exigência tecnológica varia consoante o produto e depende, como o próprio CCAH põe em evidência, de múltiplos parâmetros, tais como a temperatura de conservação e a composição do próprio produto. A legislação dinamarquesa teria simplesmente adaptado as doses de nitritos e nitratos às necessidades dos diversos produtos, que o governo recorrente cuida de descrever em pormenor. Por isso, a Comissão teria feito mal em basear-se nos diferentes níveis de nitratos previstos para os vários produtos da lista dinamarquesa, a fim de criticar a sua incoerência.

93. A título subsidiário, o Governo dinamarquês alega que, embora tivesse demonstrado, logo no próprio pedido, tanto a inadequação da directiva como o carácter adequado das disposições nacionais, a Comissão excedeu os limites do seu poder de apreciação, limitando-se a afirmar, sem qualquer prova científica, que os teores máximos fixados pela legislação dinamarquesa para a utilização dos nitritos e dos nitratos nos produtos à base de carne são contrários às exigências que decorrem do princípio da proporcionalidade.

94. Por seu lado, a Comissão objecta, em linhas gerais, que as autoridades dinamarquesas, sem terem apresentado qualquer dado novo, pretendem manter as disposições nacionais em causa exclusivamente com base numa interpretação diferente dos mesmos dados de que o Conselho dispunha na altura da adopção da Directiva 95/2. Como mais acima recordei, no entender da Comissão, essa pretensão não é admissível, a menos que o Estado-Membro prove que o nível de protecção estabelecido pela directiva é manifestamente insuficiente, quer produzindo novas provas quer demonstrando a existência de dados omitidos pelo legislador comunitário. O que não sucedeu no caso em apreço.

95. No fundo, a Comissão contesta a acusação dinamarquesa de que não teria tido em consideração que a existência de uma exigência tecnológica constitui a condição prévia e necessária para a autoriza-

ção de um aditivo. Na realidade, segundo a recorrida, no caso em apreço existe a exigência tecnológica, tanto no que diz respeito aos nitritos e nitratos como aos sulfitos e, ao contrário da legislação dinamarquesa, a directiva teve em conta essa circunstância.

96. Quanto às observações dinamarquesas, a Comissão observa, antes de mais, que, relativamente aos sulfitos, a Directiva 95/2 é conforme aos pareceres pertinentes do CCAH e, por isso, suficiente para assegurar a protecção da saúde pública. Mais especificamente, objecta que o problema das reacções alérgicas já tinha sido tratado a nível comunitário, com a regulamentação da rotulagem dos géneros alimentícios e que, por conseguinte, não é necessária qualquer intervenção nacional; a serem necessários aperfeiçoamentos, deveriam ser prosseguidos em sede de alteração da regulamentação relativa à rotulagem e não através de uma derrogação da Directiva 95/2. O mesmo se pode dizer quanto ao problema da utilização de sulfitos nos vinhos, que exigiria igualmente, se fosse caso disso, uma intervenção específica noutra sede. De qualquer modo, continua a Comissão, as disposições dinamarquesas, ao permitirem a utilização de quantidades demasiado baixas de conservantes, não seriam adequadas para assegurar a exigência tecnológica de utilização dos sulfitos.

97. Quanto aos nitritos, a Comissão replica que a decisão impugnada respondeu circunstanciadamente às preocupações do Governo dinamarquês sobre a correlação entre a quantidade de aditivo incorporada e a formação de nitrosaminas. Designadamente, refere que, ao adoptar a Directiva 95/2, o legislador comunitário conhecia perfeitamente os pareceres do CCAH e que o nível de protecção estabelecido pela directiva corresponde efectivamente às conclusões do parecer do CCAH de 19 de Outubro de 1990, confirmadas, no essencial, pelo posterior parecer de 22 de Setembro de 1995. A Comissão recorda que, no seu primeiro parecer, o CCAH afirmou que os dados disponíveis sobre as nitrosaminas, cujo efeito cancerígeno é conhecido, indicavam que «aux niveaux auquels elles ont été détectées dans les aliments, les effets nocifs pour la santé sont probablement faibles»; não obstante, o Comité recomendou que fosse reduzida ao mínimo a exposição às nitrosaminas pré-formadas e presentes nos alimentos, utilizando meios tecnológicos adequados e, em especial, mediante a diminuição das doses de nitritos e de nitratos adicionados ao nível mínimo indispensável para obter o efeito de conservação pretendido e para garantir a segurança microbiológica. A Comissão acrescenta que, como o CCAH não fixou qualquer limite especial para as doses de incorporação nem para as quantidades residuais, compete ao legislador comunitário definir os instrumentos necessários para alcançar os resultados recomendados e fixar o nível mínimo exigido, que deve ser «les plus bas que l'on puisse atteindre». Por isso, segundo a Comissão, é manifestamente infundada a afirmação do Governo dinamarquês de que a Directiva 95/2 não é conforme ao parecer do CCAH e, consequentemente, é inadequada.

98. Ao invés, inadequadas são, no entender da Comissão, as disposições dinamarque-

sas, dado que as doses máximas nelas previstas só permitem garantir a segurança microbiológica em condições de higiene particularmente seguras. Na falta de uma adopção generalizada e completa de técnicas adequadas de prevenção, como a chamada «análise dos riscos e dos pontos críticos para o seu controlo» (HACCP), essas condições não estariam asseguradas na Comunidade, pelo menos no estado actual do direito comunitário.

Apreciação

99. Passando à apreciação das teses em causa, devo antes de mais repetir que, de um ponto de vista geral, o juízo sobre a necessidade e a proporcionalidade das disposições nacionais derrogatórias é formulado, como observa a Comissão, à luz dos padrões estabelecidos pela regulamentação harmonizada; ou seja, deve ser formulado tendo em conta, como observou o advogado-geral G. Tesauro nas já referidas conclusões apresentadas no processo França/Comissão, que «a fiscalização que é confiada às instituições comunitárias pelo artigo 100.°-A, n.° 4, parece dever inspirar-se em critérios mais rigorosos que os adoptados em relação ao disposto no artigo 36.°, uma vez que não se podem deixar de ter em conta os níveis de protecção já fixados pela regulamentação harmonizada» (n.° 6).

100. Ainda de um ponto de vista geral, saliente-se que a Dinamarca invocou o princípio da precaução como parâmetro de avaliação, por parte da Comissão, do carácter necessário e proporcional das disposições nacionais *de quibus*. Com efeito, é incontestável que desse princípio decorre a possibilidade de adoptar disposições de protecção motivadas por possíveis perigos para a saúde; sublinhe-se, no entanto, que, como regra, essas disposições devem ser adoptadas exclusivamente pelas instituições comunitárias e não unilateralmente pelos Estados-Membros, sobretudo nos sectores em que já tenha sido tomada uma medida comunitária de harmonização. Acresce que, em nome daquele princípio, os Estados podem ser autorizados a adoptar as referidas disposições nos casos permitidos pelo Tratado, como o que está em análise, mas (e tão-só) dentro dos limites permitidos pelo Tratado. No caso em apreço, isto significa que, onde a cláusula de salvaguarda prevista pelo artigo 4.° da Directiva 89/107 não for aplicável, a manutenção das disposições derrogatórias pressupõe a existência das condições previstas no artigo 95.°, n.° 4. Não se verificando a existência destas, também não existe, naturalmente, a possibilidade de sindicar a decisão da Comissão por presumida violação do princípio da precaução, no contexto da referida disposição, ressalvando-se, no entanto, na ausência de tais condições, a possibilidade de interpor recursos de anulação autónomos.

101. Por último, e ainda no plano dos princípios, devo acrescentar que, ao invés do que, surpreendentemente, pretende o Governo dinamarquês, em contradição

com os princípios gerais na matéria, não é à Comissão mas ao Estado requerente que, como salientou o advogado-geral G. Tesauro nas conclusões já referidas, «incumbe o ónus de provar que [as] disposições [derrogatórias] [...] são necessárias e proporcionadas» (n.º 7) em relação aos objectivos inscritos no artigo 95.º, n.º 4. De resto, é a própria letra do artigo 95.º, n.º 4, que, ao fazer referência a «disposições nacionais justificadas por exigências importantes», não deixa qualquer margem de incerteza, ficando claro que o ónus da «justificação» recai sobre o Estado que invoca a necessidade da derrogação.

102. Indo ao fundo da questão, mas sem querer alongar-me sobre o debate relativo aos sulfitos, porque partilho as observações pertinentes desenvolvidas a este respeito pela Comissão, limito-me a remeter para essas observações, a fim de excluir que a Dinamarca tenha demonstrado a necessidade e a proporcionalidade das suas disposições nacionais nesta matéria.

103. A minha apreciação é, todavia, totalmente diferente no que concerne aos nitratos e aos nitritos, relativamente aos quais julgo poder subscrever as observações dinamarquesas.

104. De facto, antes de mais, parece-me que a Comissão não apresenta argumentos convincentes para se concluir que as medidas harmonizadas são mais adequadas do que as dinamarquesas, e ainda menos que estas últimas sejam inadequadas para prosseguir o objectivo que declaradamente prosseguem, ou seja, o reforço da protecção da saúde dos consumidores. Além disso, e é isto sobretudo que conta, penso que tem de se reconhecer que, enquanto as disposições dinamarquesas se compaginam com as recomendações do CCAH, a Directiva 95/2 parece clamorosamente desconforme com o parecer do CCAH de 1995. De facto, longe de retomar as suas conclusões de 1990, sem mais acrescentar, como inexactamente afirma a Comissão na decisão impugnada, o CCAH criticou claramente as quantidades de aditivos autorizadas pela directiva, na medida em que não são necessárias nem proporcionadas [34]. Essa crítica é retomada na notificação do Governo dinamarquês que, em minha opinião, a Comissão injustamente atacou com uma fundamentação muito discutível.

105. Julgo, por isso, poder concluir que, no que respeita às disposições nacionais relativas aos nitritos e aos nitratos, mas não no que concerne aos sulfitos, a Dinamarca demonstrou efectivamente tanto a sua necessidade como a sua proporcionalidade e racionalidade. Neste aspecto, por conseguinte, a crítica dinamarquesa deve considerar-se fundada.

34 — É verdade que o CCAH recomenda, como o fez cinco anos antes, «que a exposição às nitrosaminas pré-formadas e existentes nos alimentos seja reduzida [...] ao mínimo exigido para obter o efeito de conservação necessário para garantir a segurança microbiológica», mas observa também «que a quantidade residual de nitritos autorizada pela Directiva 95/2/CE (tabela 1) é em muito superior às previsões baseadas nos níveis máximos de incorporação de nitritos e nitratos que, segundo as informações obtidas pelo Comité na altura do anterior relatório, podem ser justificadas por razões tecnológicas» (parecer de 1995, pp. 3, 22 e segs.).

c) Quanto ao carácter discriminatório das disposições dinamarquesas

106. A Dinamarca contesta as observações da Comissão quanto ao carácter discriminatório das disposições dinamarquesas, a começar pelas relativas aos sulfitos. De facto, nos n.os 26 e 27 da decisão impugnada, a Comissão objectou que o elenco de produtos para os quais aquelas disposições permitem a utilização dos aditivos parecia arbitrariamente limitada porque, das 61 categorias contempladas pela directiva, o elenco incluía tão-só 16, todas elas relativas a produtos que, embora não tradicionais, já se encontravam colocados no mercado dinamarquês. Além disso, não foi apresentada qualquer justificação para a exclusão das outras 45 categorias.

107. O governo recorrente nega o carácter arbitrário da inclusão das 16 categorias, demonstrando, em relação a cada um deles, também em resposta a uma questão específica do Tribunal de Justiça, que o recurso à utilização de sulfitos corresponde a uma exigência tecnológica.

108. Quanto às outras 45 categorias, a sua exclusão seria consequência das limitações impostas pelo artigo 95.° CE. Com efeito, segundo observa o Governo dinamarquês, para introduzir na ordem jurídica interna produtos não contemplados pela respectiva legislação, teria sido necessário alterar essa legislação; no entanto, como se sabe, a disposição comunitária referida apenas permite manter em vigor a legislação existente. Assim, considerando, por um lado, necessário restringir a exposição da população aos sulfitos, mas não podendo, por outro lado, inovar a legislação vigente, de modo a incluir produtos enumerados na directiva, o governo recorrente nada mais pôde fazer do que optar pelo mal menor, mantendo as categorias já presentes na sua legislação.

109. Quanto aos nitritos e aos nitratos, a Dinamarca refuta igualmente a acusação de ter efectuado escolhas discriminatórias ao impor, por um lado, uma redução substancial das doses de conservante permitidas para a generalidade dos produtos e autorizar, por outro lado, em certos casos, o recurso a doses maiores de conservante, comparáveis às previstas de modo geral pela directiva, exclusivamente para alguns produtos tradicionais dinamarqueses, tais como o toucinho tipo Wiltshire e a salsicha de carne enrolada tipo *rullepølse*. Segundo o governo recorrente, esta solução teria em conta os métodos e condições de fabrico especiais desses produtos tradicionais na Dinamarca, que necessitam doses mais elevadas de conservantes para garantir a segurança microbiológica.

110. Por meu lado, considero que a Comissão tem razão ao considerar que as dispo-

sições dinamarquesas são intrinsecamente discriminatórias, tanto no que respeita aos sulfitos como aos nitritos e aos nitratos.

111. Quanto aos primeiros, parece-me que a Dinamarca invoca, em sua defesa, uma interpretação distorcida do mecanismo instituído pelo artigo 95.°, n.° 4, CE. O facto de este autorizar apenas a manutenção da legislação vigente não implica, evidentemente, que um Estado-Membro, ao transpor a directiva de harmonização, não possa eventualmente alterar parcialmente a legislação vigente na sequência da directiva, mantendo-a todavia quanto ao resto. Pelo contrário, ao prever a possibilidade de «manter» (apenas) uma parte da legislação vigente, o artigo 95.° pressupõe justamente que esta deve coexistir com as disposições compatíveis da directiva e com as respectivas normas de execução.

112. Nestes termos, no caso em apreço, a Dinamarca podia ter adaptado o elenco dos produtos em questão, pelo que não pode agora vir invocar o artigo 95.° para justificar a limitação desse elenco aos produtos tradicional ou comummente produzidos ou comercializados naquele país.

113. Quanto aos nitritos e aos nitratos, partilho as objecções dirigidas pela Comissão ao governo recorrente, segundo as quais não é só na Dinamarca mas também nos outros Estados-Membros que existem produtos tradicionais cuja natureza ou cujo método de fabrico requerem doses mais elevadas de conservantes. Pergunta-se, por isso, por que motivo essas justificações devem valer para um e não para os outros Estados. Se o método de fabrico e as condições de produção tornam efectivamente necessários teores máximos mais elevados de conservantes, estes devem valer não só para os produtos dinamarqueses mas também para todos os produtos tradicionais das outras regiões europeias, a que são adicionadas quantidades análogas de conservante e para os quais exista uma exigência tecnológica análoga.

114. Nestes termos, à luz do exposto, parece-me poder concluir que tanto as disposições dinamarquesas relativas aos sulfitos como as relativas aos nitritos e aos nitratos têm carácter discriminatório e comportam uma restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros.

d) Quanto à errada referência aos artigos 4.° e 7.° da Directiva 95/2

115. A Dinamarca acusa ainda a Comissão, embora, valha a verdade, com argumentos pouco claros, de ter atribuído, nos

n.os 28 e 43 da decisão, um sentido errado ao artigo 4.° da Directiva 89/107 e ao artigo 7.° da Directiva 95/2 [35], os quais permitem rever as disposições comunitárias na matéria, modificando o elenco positivo. De facto, a Comissão teria, erradamente, baseado a decisão negativa impugnada na existência da cláusula de salvaguarda e de um procedimento especificamente previsto para alteração da disciplina harmonizada, porque estes elementos não são pertinentes para efeitos da verificação a que a Comissão deve proceder nos termos do artigo 95.°, n.° 4. Além disso, a disposição relativa à cláusula de salvaguarda não seria de modo algum aplicável ao caso dinamarquês: de facto, enquanto a aplicação da referida cláusula pressupõe a existência de novos elementos ou dados científicos, o pedido dinamarquês relativamente ao artigo 95.°, n.° 4, tem como base relatórios preexistentes do CCAH.

116. Tal como a Comissão assinala, o argumento da Dinamarca mais parece um subterfúgio, porque as passagens controvertidas da fundamentação são manifestamente desprovidas de pertinência na economia da decisão. De facto, a Comissão não utilizou a referência à cláusula de salvaguarda para recusar o pedido dinamarquês; depois de ter verificado a falta dos requisitos exigidos pelo artigo 95.°, n.° 4, CE, limitou-se, na realidade, a lembrar «que a revisão da Directiva 95/2 poderia ser efectuada segundo diversas hipóteses», entre as quais precisamente as do artigo 4.° da Directiva 89/107, que pode conduzir à modificação do elenco positivo e do artigo 7.° da Directiva 95/2, que impõe aos Estados-Membros e à Comissão o acompanhamento da evolução do consumo dos aditivos, a fim de permitir à Comissão propor as alterações eventualmente necessárias.

117. Por conseguinte, esta crítica também deve ser rejeitada.

e) Quanto à errada apreciação dos factos na parte relativa aos sulfitos

118. A Dinamarca sustenta que a decisão da Comissão, ao partir do pressuposto da inexistência de um risco sanitário resultante da aplicação da Directiva 95/2, se baseia numa apreciação insuficiente e errada da matéria de facto. Com efeito, inferir-se-ia do n.° 23 da decisão impugnada que a Directiva 95/2 se baseia no parecer do CCAH de 25 de Fevereiro de 1994, que fixa uma DDA para os sulfitos. Na realidade, a posição comum do Conselho relativamente àquela directiva remonta a 16 de Dezembro de 1993 e, por conseguinte, a directiva baseia-se no parecer de 1981 relativo aos sulfitos, que não faz referência

35 — O artigo prevê a criação de mecanismos nacionais destinados a acompanhar o consumo e a utilização de aditivos alimentares e que, com base nos resultados dos controlos e dos dados relativos às alterações verificadas no mercado dos aditivos alimentares, a Comissão pode reexaminar as condições de utilização daquelas substâncias e propor as alterações eventualmente necessárias.

à DDA. Segundo a Comissão, o n.º 23 da decisão controvertida não afirma de todo que a Directiva 95/2 se baseia no parecer de 1994, mencionando-o apenas a título indicativo.

119. Parece-me que o teor literal da decisão, no ponto controvertido, confirma a versão da Comissão. Mas, ainda que assim não fosse, não vejo como isso poderia acarretar a ilegalidade da decisão, dado o carácter absolutamente marginal da eventual inexactidão, tanto mais que a directiva de base não exige necessariamente que se tenha em consideração a DDA [36] e que o valor da DDA é meramente cautelar [37], pelo que a sua eventual ultrapassagem não implica qualquer risco efectivo.

f) Quanto à falta de tomada de posição nos termos do artigo 95.º, n.º 6, CE

120. Por último, com uma crítica que não surpreende, o Governo dinamarquês alega a insuficiência da tomada de posição da Comissão nos termos do artigo 95.º, n.º 6, CE. Não tendo apreciado explicitamente se as disposições dinamarquesas constituíam uma discriminação arbitrária ou uma restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros, nem se consubstanciavam um obstáculo ao funcionamento do mercado interno, a Comissão não cumpriu uma obrigação que lhe é imposta pelo Tratado. Nos termos ao artigo 95.º, n.º 6, CE, a Comissão devia ter-se pronunciado também sobre esses aspectos específicos, não podendo basear a sua decisão unicamente no que se refere à protecção da saúde pública.

121. Realmente, a análise da decisão revela que a Comissão teve em consideração o aspecto da discriminação; no entanto, aparte isso, cumpre observar que a autorização de medidas nacionais derrogatórias de uma directiva de harmonização adoptada com base no artigo 95.º, n.º 1, CE, pressupõe que se verifiquem tanto as condições positivas contempladas no n.º 4 como as condições negativas previstas no n.º 6 do artigo 95.º A lógica exige que, quando se verifique a não ocorrência das primeiras, concorram desde logo os pressupostos para que a Comissão recuse o pedido, sem que seja necessário verificar também a inexistência das segundas.

122. Foi esta precisamente a situação no caso em apreço, pelo que me parece evidente a falta de fundamentação da queixa.

36 — De facto, segundo o anexo II da Directiva 89/107, a avaliação dos efeitos nocivos «*deve igualmente* ter em conta, por exemplo, qualquer efeito cumulativo»: trata-se, portanto, de uma orientação e não de um imperativo. O sublinhado é meu.

37 — Segundo o n.º 24 da decisão, que neste aspecto não foi contestado em juízo, a DDA «compreende um factor de segurança habitual de 100 (podendo chegar a 500)».

C — *Quanto à crítica relativa à fundamentação da decisão*

123. Por último, o Governo dinamarquês alega que, para efeitos da apreciação do pedido por ele apresentado, a decisão não devia ter-se limitado (admitindo que foi o caso) a atender à existência das condições previstas no n.º 6, primeiro parágrafo, do artigo 95.º CE, antes devia ter tomado uma posição expressa a este respeito. Uma vez que não se pronunciou de todo sobre este ponto, a decisão impugnada está ferida de violação de formalidades essenciais, por fundamentação insuficiente.

124. A Comissão contrapõe que a decisão controvertida cumpre integralmente a obrigação de fundamentação prevista no artigo 235.º CE, na interpretação do Tribunal de Justiça, dado que, nos n.os 20 a 34, relativamente aos sulfitos, e nos n.os 37 e 38 e 41 a 44, relativamente aos nitritos e aos nitratos, contém uma exposição circunstanciada das matérias de facto e de direito que justificam a decisão.

125. Por meu lado, e abstraindo de qualquer outra consideração, esta crítica parece-me infundada porque, nos pontos da decisão recordados pela Comissão constam claramente, como acima se viu [38], as razões que a levaram a recusar o pedido dinamarquês.

126. Nestes termos, este fundamento do recurso também deve ser rejeitado.

Considerações finais

127. Decididamente, julgo poder concluir que a Comissão tinha múltiplas razões para considerar que não existiam as condições para autorizar a derrogação solicitada pelo Governo dinamarquês. Embora para fundamentar esta conclusão a decisão impugnada não siga um *iter* argumentativo muito rigoroso e, nalguns pontos, seja mesmo criticável, considero que as passagens verdadeiramente essenciais da decisão são correctas e não são afectadas pelas críticas que a Dinamarca contra elas desfere. Por conseguinte, em minha opinião, deve ser negado provimento ao recurso na totalidade.

38 — V. n.os 63, 85, 96, 106 e 109.

Quanto às despesas

128. Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Como a Comissão pediu a condenação do Reino da Dinamarca, que foi vencido, este último deve ser condenado nas despesas.

129. O artigo 69.°, n.° 4, do Regulamento de Processo, dispõe que os Estados partes no acordo EEE, quando intervenham no processo, devem suportar as respectivas despesas. Em consequência, a República da Islândia e o Reino da Noruega deverão suportar as respectivas despesas.

IV — Conclusões

Em vista das considerações que antecedem, proponho ao Tribunal de Justiça que declare o seguinte:

«1) É negado provimento ao recurso.

2) O Reino da Dinamarca é condenado nas despesas.

3) A República da Islândia e o Reino da Noruega suportarão as respectivas despesas.»