CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO
apresentadas em 13 de Dezembro de 1991 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

O objecto da presente acção é a legislação portuguesa relativa à apresentação de declarações aduaneiras por conta de outrem por uma categoria de operadores, as empresas transitárias, concorrentes — na prestação de tal serviço — dos despachantes oficiais. Na opinião da Comissão essa legislação é incompatível com o Regulamento (CEE) n.° 3632/85 do Conselho, de 12 de Dezembro de 1985, que define as condições segundo as quais uma pessoa é admitida a fazer uma declaração aduaneira (JO L 350, p. 1), na medida em que proíbe as empresas transitárias de apresentarem, pelo menos a título profissional, declarações aduaneiras por conta de outrem.

Façamos um resumo breve — remetendo quanto ao restante para o relatório para audiência — dos elementos essenciais das disposições comunitárias e nacionais em confronto.

O regime comunitário

O Regulamento n.° 3632/85, define as condições segundo as quais uma pessoa é admitida a fazer uma declaração aduaneira. Para esse efeito, o artigo 2.° do regulamento dispõe que a declaração pode ser feita por qualquer pessoa em condições de apresentar ou de fazer apresentar nos serviços aduaneiros a mercadoria em causa bem como a documentação exigida. Nos termos do artigo 3.° a declaração aduaneira pode ser apresentada segundo três diferentes formas:

a) em nome e por conta própria;

b) em nome e por conta de outrem, e portanto, mediante mandato com representação;

c) em seu próprio nome, mas por conta de outrem, mediante mandato sem representação.

Todavia, o artigo 3.°, n.° 2, dispõe que a fórmula prevista na alínea c) só pode ser utilizada se os Estados-membros tiverem decidido nesse sentido.

Quando um Estado-membro autorize a apresentação de declarações aduaneiras em nome próprio e por conta de outrem, o artigo 3.°, n.° 3, dispõe que o mesmo Estado pode reservar às pessoas que exercem, enquanto actividade não assalariada, a profissão que consiste em fazer declarações adua-

* Língua original: italiano.

neiras (quer a título principal quer a título acessório) o direito de:

a) fazer declarações em nome e por conta de outrem, ou, *em alternativa,* o de

b) fazer declarações em seu próprio nome mas por conta de outrem.

Além disso, o artigo 6.° prevê que o regulamento não prejudica as disposições nacionais que reservem, em conformidade com o artigo 3.°, n.° 3, o exercício da profissão de declarante aduaneiro, em nome e por conta de outrem ou em nome próprio mas por conta de outrem, às pessoas autorizadas para esse efeito pelas entidades competentes do respectivo Estado-membro, nas condições por este definidas no que diz respeito, nomeadamente às qualificações profissionais necessárias e às garantias consideradas necessárias para o exercício da profissão.

A legislação nacional

No respeitante à legislação nacional pertinente no caso em apreço, limito-me a mencionar os seguintes aspectos.

Em primeiro lugar, o regime aduaneiro português prevê que a declaração aduaneira pode ser efectuada quer mediante mandato com representação quer mediante mandato sem representação (além de, obviamente, em nome e por conta própria).

Em segundo lugar, a legislação portuguesa contempla uma categoria profissional específica, os despachantes oficiais referidos no artigo 426.°, n.° 4, da Lei da Reforma Aduaneira (a seguir «Reforma Aduaneira») [1], que exerce a actividade que consiste na apresentação de declarações aduaneiras por conta de outrem. Estes despachantes oficiais são legalmente os únicos a poder operar na qualidade de mandatários sem representação; gozam assim de uma exclusividade absoluta relativamente a essa forma de mandato; além disso, têm a faculdade de intervir como mandatários com representação.

Em terceiro lugar é também um facto que a legislação em causa permite também a outras pessoas que não os despachantes oficiais apresentar declarações aduaneiras por conta de outrem [2]; isto, todavia, com uma dupla limitação:

— as referidas pessoas podem agir apenas em nome e por conta de outrem, sendo o mandato sem representação reservado exclusivamente aos despachantes oficiais;

— as pessoas, que não sejam despachantes oficiais, *não podem agir a título profissional,* na medida em que só têm legitimidade para representar um único mandante e não, portanto, uma pluralidade de partes.

Em quarto lugar, no que diz respeito especificamente às empresas transitárias — sociedades comerciais cuja actividade é regulamentada pelo Decreto-Lei n.° 43/83 de 25

1 — O Decreto-Lei n.° 46311 de 27 de Abril de 1965, alterado pelo Decreto-Lei n.° 450/80 de 7 de Outubro de 1980.

2 — Trata-se das pessoas autorizadas nos termos dos n.os 1 a 3 do artigo 426.° da Reforma Aduaneira.

de Janeiro de 1983 — estas não podem exercer nos termos do artigo 7.°, n.° 4, do mesmo decreto-lei «a actividade contemplada pelo artigo 426.° da Reforma Aduaneira», ou seja, a actividade inerente à apresentação de declarações aduaneiras.

As teses das partes

O presente processo de incumprimento é relativo à compatibilidade do artigo 7.°, n.° 4, do Decreto-Lei n.° 43/83 com o artigo 3.°, n.° 3, do Regulamento n.° 3632/85.

A Comissão alega a este propósito que o artigo 7.°, n.° 4, atrás referido, constitui, relativamente aos transitários, uma proibição *absoluta* de fazer declarações aduaneiras. Estes, portanto, não podem agir nem como mandatários sem representação (modalidade reservada pela legislação portuguesa aos despachantes oficiais) nem como mandatários com representação.

Tal situação estaria em evidente contradição com o artigo 3.°, n.° 3, do regulamento. Este último, na opinião da Comissão, permite aos Estados-membros reservar a uma categoria profissional apenas *uma* das duas modalidades do mandato. A outra modalidade, pelo contrário, não pode ser sujeita a nenhuma exclusividade e deve, portanto ser livremente acessível a todos os operadores interessados. Ora, no caso em apreço, nos termos do artigo 7.°, n.° 4, o Decreto-Lei n.°43/83, as empresas transitárias estariam impedidas do exercício de *ambas* as formas de mandato.

O Governo português reconhece que o artigo 7.°, n.° 4, seria incompatível com o regulamento no caso de impedir *completamente* as empresas transitárias de agirem como mandatários. Todavia, contesta dizendo que a acusação feita deve ser considerada infundada porque a Comissão baseou-se numa interpretação errada da legislação nacional em causa. Na verdade, o artigo 7.°, apesar da sua letra, não proíbe, de forma absoluta, aos transitários fazerem declarações aduaneiras por conta de outrem. Interpretada sistematicamente, à luz das expressões gerais contidas na Reforma Aduaneira, a norma pretende apenas impedir aos transitários o exercício *a título profissional* de tal actividade. Assim, estes, analogamente às outras pessoas a que o artigo 426.° da Reforma Aduaneira faz referência, podem fazer declarações em nome e por conta de outrem, mas estão legitimados para agir exclusivamente como *mandatários de um único cliente.*

Como foi referido, a Comissão replica a este argumento afirmando, que, mesmo admitindo que ao artigo 7.°, n.° 4, seja reconhecido o alcance atribuído pelo Governo português, tal não faria de qualquer modo desaparecer a infracção imputada.

Segundo a Comissão, o artigo 3.°, n.° 3, do Regulamento n.° 3632/85 garante, de facto, que uma das duas modalidades do mandato não seja reservada a uma categoria profissional e possa, assim, ser livremente exercida pelos operadores interessados. A partir do momento que o regulamento comunitário não põe qualquer limite a esse exercício, deve considerar-se que o mandato não abrangido pela reserva deve poder, no caso concreto, ser exercido *também a título profissional.* A restrição em causa prevista

pela legislação portuguesa é, portanto, de qualquer modo, incompatível com a legislação comunitária.

O alcance do artigo 7.°, n.° 4 do Decreto-Lei n.° 43/83

Relativamente à interpretação do artigo 7.°, n.° 4, saliento que, ainda durante a audiência a Comissão insistiu na afirmação de que a disposição proíbe, em absoluto, aos transitários fazerem declarações aduaneiras, enquanto o Governo demandado alegou sistematicamente que os transitários podem fazer as referidas declarações, em nome e por conta de outrem, desde que actuem a título não profissional.

Ora, na presença desta disparidade de opiniões, parece-me que nem a fase escrita do processo nem a audiência permitiram afastar as dúvidas existentes e chegar a uma certeza segura sobre o efectivo alcance da disposição controvertida.

Na verdade o texto da disposição, na medida em que dispõe, em termos gerais e sem posteriores especificações, que a actividade contemplada pelo artigo 426.° da Reforma Aduaneira não pode ser exercida por empresas transitárias, parece confirmar a interpretação dada pela Comissão.

Efectivamente o artigo 426.°, atrás referido, é a norma que especifica as diversas categorias de pessoas que podem fazer declarações aduaneiras. Portanto, logicamente, a restrição do artigo 7.°, n.° 4, parece justamente querer excluir os transitários do número dessas pessoas.

Mas também é verdade que o Governo português afirmou que o artigo 7.°, n.° 4, nunca foi entendido e aplicado nesse sentido. Concretamente, aos transitários nunca foi proibido fazerem declarações em nome e por conta de outrem, mas apenas fazerem tais declarações a título profissional.

Ora, saliente-se também que a Comissão não forneceu qualquer elemento capaz de contradizer esta afirmação. Em especial, não fez referência, não digo a uma prática administrativa, mas nem sequer a um único caso concreto em que tivesse sido proibido a um transitário fazer, a título não profissional, declarações em nome e por conta de outrem. E sublinhe-se que, verosimilmente, a Comissão não deveria ter encontrado grandes dificuldades para obter elementos desse tipo, atendendo que agiu de acordo com os transitários interessados, que, com a sua exposição, estão na origem do presente processo.

Parece-me portanto que, no caso em apreço, não pode considerar-se determinado o alcance da norma controvertida. Considero que o Tribunal de Justiça não pode declarar que a República Portuguesa violou o direito comunitário mantendo em vigor uma norma que impede *absolutamente* uma categoria de operadores — as empresas transitárias — de fazerem as declarações aduaneiras em nome e por conta de outrem.

Isto não significa, porém, a improcedência da acção.

A este respeito poderia, em primeiro lugar, observar-se que o texto do artigo 7.°, n.° 4, é pelo menos ambíguo, na medida em que pode objectivamente fazer crer que os transitários são totalmente impedidos de fazer declarações aduaneiras. Assim, a norma parece censurável pelo menos na medida em que não assegura a necessária certeza jurídica, impedindo aos destinatários, e aos terceiros em geral, terem um conhecimento preciso do alcance dos próprios direitos.

Ora, essa incerteza poderia constituir, só por si, um incumprimento das obrigações comunitárias a partir do momento em que o direito dos transitários, como de qualquer outro operador não oficial, de fazerem declarações aduaneiras por conta de outrem é reconhecido pelo artigo 3.°, n.° 3, do Regulamento n.° 3632/85. Daí resulta que a incerteza, que o texto da norma é capaz de originar, pode prejudicar o exercício da faculdade garantida pelo direito comunitário e que, como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à execução das directivas, equivale a uma aplicação incorrecta das disposições comunitárias em causa (v. recentemente o acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Comissão/Alemanha, C-131/88, Colect., p. I-825).

No entanto, não me parece que seja este o caminho a seguir no caso em apreço. Efectivamente, deve salientar-se que o presente processo não tem por objecto o carácter incerto e ambíguo de disposições como o artigo 7.°, n.° 4, do Decreto-Lei n.° 43/83, mas a sua incompatibilidade substancial com o artigo 3.°, n.° 3, do Regulamento n.° 3632/85, e que essa incompatibilidade subsiste, na opinião da Comissão, mesmo que o artigo 7.°, n.° 4, tivesse efectivamente o alcance que o Governo demandado lhe atribuiu.

Aliás, é esta a razão pela qual a Comissão, embora estando perfeitamente consciente, desde a fase pré-contenciosa (como resulta da carta de notificação por incumprimento), da falta de clareza do artigo 7.°, n.° 4, não pediu ao Tribunal de Justiça, a título subsidiário, que se pronunciasse sobre esta questão e declarasse, consequentemente, que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações comunitárias, na medida em que manteve em vigor uma disposição ambígua: uma disposição que, tal como está formulada, poderia ser interpretada no sentido de que não reconhece, de forma absoluta, a determinados operadores económicos, direitos que, pelo contrário, lhe são garantidos pela legislação comunitária.

Na verdade, aquilo que a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare — ainda que esse aspecto não esteja especificamente referido nos pedidos da acção — é que o artigo 7.°, n.° 4, ainda que seja entendido na perspectiva referida pelo Governo português, é, apesar disso, incompatível com o artigo 3.°, n.° 3, do Regulamento n.° 3632/85. Portanto, a questão que se deve examinar é a de saber se o disposto no artigo 7.°, n.° 4, interpretado conjuntamente com as disposições da Reforma Aduaneira, está em contradição com a norma regulamentar citada, na medida em que impede que uma categoria de operadores — as empresas transitárias — façam, a título *profissional*, declarações aduaneiras em nome e por conta de outrem.

O alcance do artigo 3.°, n.° 3, do Regulamento n.° 3632/85

A este respeito é talvez oportuno referir, como sublinhou a Comissão na audiência, que o Regulamento n.° 3632/85 constitui o ponto de encontro de dois diferentes sistemas de regulamentação da declaração aduaneira. Efectivamente nas negociações entre os Estados-membros confrontaram-se as posições, por um lado, daqueles onde esta actividade é reservada de forma exclusiva a uma determinada categoria profissional e, por outro, dos Estados-membros onde tal reserva é totalmente desconhecida e onde, por isso, qualquer operador pode fazer declarações por conta de outrem.

Considerada sob este aspecto a *ratio* do artigo 3.°, n.° 3, do regulamento emerge de modo bastante transparente. Na verdade a norma aponta para uma solução de compromisso, destinada a conciliar, na medida do possível, duas exigências. Por um lado, autoriza a manutenção de uma reserva a favor dos despachantes oficiais, por outro, limita taxativamente essa reserva a uma das duas formas de mandato, fazendo com que, em relação à fórmula não coberta pela exclusividade, se possa desenvolver a livre concorrência entre os operadores interessados.

Noutros termos, o artigo 3.°, n.° 3, faz um reconhecimento limitado, mínimo, da categoria profissional dos despachantes oficiais no sentido de que pretende evitar que estes últimos venham a deter o monopólio absoluto relativamente ao serviço em causa e gozem, portanto, de uma espécie de posição privilegiada cujos efeitos nas trocas comerciais intracomunitárias apenas poderiam ser prejudiciais. O regime consubstanciado no regulamento, de resto em sintonia com aquilo que o Tribunal de Justiça afirmou no acórdão de 25 de Outubro de 1979, Comissão/Itália (159/78, Recueil, p. 3247) visa, assim, assegurar que os importadores de mercadorias não sejam constrangidos a dirigir-se exclusivamente aos despachantes oficiais, para fazerem as declarações aduaneiras, e que possam ter uma certa liberdade de escolha entre diferentes tipos de operadores concorrentes.

Além disso, esse objectivo é perfeitamente coerente com a exigência mais geral de proteger a liberdade de circulação de mercadorias. A necessidade de «passar» por intermédio dos despachantes oficiais traduz-se, de facto, num desperdício de recursos e, sobretudo, num agravamento de encargos que incide negativamente sobre as mercadorias importadas.

Daqui resulta que, se a *ratio* do artigo 3.°, n.° 3, consiste em garantir aos importadores, no âmbito de uma determinada forma de mandato, a liberdade de se dirigirem, se for caso disso, a mandatários diferentes dos despachantes oficiais, essa faculdade de escolha deve poder ser exercida de modo *efectivo*. Isto pressupõe que os mandatários que não sejam despachantes oficiais possam actuar a título *profissional*.

Na verdade, parece-me até evidente que, se os mandatários (não oficiais) que já são prejudicados pela circunstância de poderem agir no âmbito de *uma única* forma de mandato, fossem ainda impedidos do exercício *profissional* da actividade de fazer declarações aduaneiras, nenhuma efectiva liberdade de escolha seria oferecida aos importadores. Se efectivamente cada mandatário (não oficial) só pode agir por conta de um só importador, a possibilidade de estes últimos se dirigirem a operadores diferentes dos despa-

chantes oficiais seria de tal modo limitada que não constituiria no plano comercial uma real e efectiva alternativa a esses despachantes oficiais.

Considero portanto que, de acordo com a sua *ratio*, o artigo 3.°, n.° 3, consubstancia e garante uma alternativa *profissional* entre despachantes oficiais e outros operadores (ainda que no âmbito da fórmula de mandato não sujeita a reserva).

Daqui resulta que, se — como afirma o Governo português — o alcance do artigo 7.°, n.° 4, do Decreto-Lei n.° 43/83, interpretado conjuntamente com as disposições da Reforma Aduaneira, consiste apenas em impedir aos transitários o exercício profissional da actividade de fazer declarações aduaneiras, tal limitação é, em qualquer caso, incompatível com o disposto no artigo 3.°, n.° 3 do Regulamento n.° 3632/85. De facto essa limitação torna puramente virtual e priva de efeitos concretos a alternativa entre despachantes oficiais e outros operadores concorrentes.

Certamente, pode ser verdade, como é referido pelo Governo português, que a interpretação antes exposta reduza sensivelmente a possibilidade de acção dos despachantes oficiais. É verosímil, de facto, que os operadores que utilizam os serviços de um transitário para a importação de mercadorias não tenham interesse em dirigir-se aos despachantes oficiais para a declaração aduaneira, a partir do momento em que o próprio transitário pode agir como mandatário também para o cumprimento das formalidades relativas a tal declaração.

Considero contudo que tais dificuldades não podem ter qualquer influência na interpretação do artigo 3.°, n.° 3. Na verdade este, sublinhei-o várias vezes, não visa certamente criar uma posição privilegiada para os despachantes alfandegários (os quais, em todo o caso, gozam de exclusividade para uma das duas formas de mandato), antes, e pelo contrário, destina-se a permitir uma efectiva liberdade de escolha aos importadores: liberdade que, para não ser puramente formal, deve poder exercer-se no plano profissional.

A luz das considerações antecedentes concluo propondo ao Tribunal de Justiça que:

1) declare que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que resultam do Regulamento (CEE) n.° 3632/85, na medida em que o artigo 7.°, n.° 4, do Decreto-Lei n.° 43/83, de 25 de Janeiro de 1983, impede a uma categoria de operadores, as empresas transitárias, o exercício a título profissional da actividade que consiste em fazer declarações aduaneiras em nome e por conta de outrem;

2) condene a República Portuguesa nas despesas do processo.