CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL WALTER VAN GERVEN

apresentadas em 17 de Fevereiro de 1993 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. O presente processo tem como objecto uma acção intentada pela Comissão contra a República Helénica, com base no artigo 93.°, n.° 2, segundo parágrafo, do Tratado CEE. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne declarar que, ao não dar cumprimento à Decisão 89/659/CEE da Comissão, de 3 de Maio de 1989, relativa ao Decreto E 3789/128 do Governo grego que institui uma imposição especial de carácter excepcional sobre as empresas [1], a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado CEE. A República Helénica conclui pedindo que a acção seja julgada improcedente.

Matéria de facto e tramitação processual

2. Pelo Decreto ministerial E 3789/128, de 15 de Março de 1988, os poderes públicos gregos instituíram uma «imposição especial de carácter excepcional sobre as empresas». O artigo 1.°, segundo parágrafo, desse decreto isentava, porém, da imposição a parte dos lucros das empresas correspondente às receitas de exportação.

Considerando que a isenção era incompatível com o Tratado, a Comissão deu início ao procedimento previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado CEE [2]. O procedimento em questão levou à adopção da Decisão 89/659. Nesta decisão, comunicada à República Helénica por carta de 8 de Junho de 1989, a Comissão exigiu a alteração imediata da regra em causa (artigo 1.°), bem como a restituição do auxílio concedido sob a forma dessa isenção da imposição de carácter excepcional (artigo 2.°). Ordenava, por último, ao Governo helénico que a informasse das medidas tomadas (artigo 3.°).

3. O Governo helénico não interpôs recurso da Decisão 89/659, e também não solicitou às empresas beneficiadas que restituíssem o auxílio contestado pela Comissão. Depois de instados, por várias vezes, pela Comissão, os poderes públicos gregos responderam, em duas cartas, que lhes era impossível cumprir a decisão. Não tendo as discussões efectuadas a este respeito, por várias vezes, entre o Governo helénico e a Comissão levado a qualquer resultado, a Comissão intentou a presente acção.

Para mais ampla exposição dos factos, remeto para o relatório para audiência.

A legalidade da Decisão 89/659

4. O Governo helénico considera que a Decisão 89/659 não tem qualquer fundamento jurídico, porque a isenção da imposição de carácter excepcional concedida às

* Língua original: neerlandês.

1 — JO 1989, L 394, p. 1.

2 — V. comunicação 88/C 336/04 intitulada «Auxílios de Estado (Grécia)», publicada no JO 1988, C 336, p. 3.

empresas e visada pela decisão não influenciou de modo desfavorável o comércio entre os Estados-membros. Efectivamente, a imposição sobre as empresas — e, consequentemente, a isenção desta — eram únicas e excepcionais e situavam-se no quadro de uma conjuntura económica particularmente desfavorável. Além disso, a isenção não voltou a vigorar nas leis fiscais posteriores da mesma natureza.

Nenhum destes argumentos é susceptível de me convencer [3]. Parece-me estranho, por exemplo, que o Governo helénico afirme, por um lado, que a isenção concedida às empresas «não era susceptível de influenciar o comércio entre os Estados-membros» [4], mas sustente, por outro, que a não aplicação da imposição ou a sua restituição «falsearia (em) detrimento (das empresas gregas) a concorrência com as empresas correspondentes dos outros Estados-membros [5]».

5. De qualquer modo, a questão de saber se a disposição grega influenciou ou não desfavoravelmente o comércio entre os Estados-membros não está em causa no presente processo. Segundo jurisprudência constante do Tribunal, a República Helénica já não pode efectivamente, expirado o prazo previsto no artigo 173.°, terceiro parágrafo, do Tratado, pôr em causa a validade de uma decisão que lhe foi dirigida com base no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado. Permiti-lo seria «inconciliável com os princípios que regem as vias de recurso instituídas pelo Tratado e atentaria contra a estabilidade deste sistema, bem como contra o princípio da segurança jurídica no qual o mesmo se inspira» [6]. O único fundamento de defesa que o Governo helénico ainda pode invocar nesta fase do processo é a impossibilidade absoluta de executar correctamente a decisão [7].

O Tribunal já rejeitou o ponto de vista ora defendido pelo Governo helénico, que sustenta que a possibilidade de impugnar a validade da decisão através do processo prejudicial torna puramente formal o argumento relativo à intangibilidade do acto:

«Se é certo que a validade de um acto comunitário pode ser posta em causa, apesar da expiração do prazo fixado no artigo 173.°, terceiro parágrafo, através do processo prejudicial a que se refere o artigo 177.° do Tratado, não é menos certo que esse processo... obedece a finalidades e a regras diferentes... e não pode justificar uma excepção ao princípio da caducidade... sem, com isso, esvaziar de significado jurídico o artigo 173.°» [8].

A impossibilidade absoluta de recuperação dos auxílios

6. Resta, por consequência, examinar se a recuperação do auxílio ilegalmente conce-

3 — O Governo helénico afirma também que a imposição tinha carácter retroactivo. Não entendo em que é que esta afirmação sustenta o seu ponto de vista.

4 — Contestação, III. D

5 — *Ibidem*, IV. F. V. também III. D.

6 — Acórdão de 12 de Outubro de 1978, Comissão/Bélgica (156/77, Recueil, p. 1881, n.° 23). V. igualmente o acórdão de 15 de Novembro de 1983, Comissão/França (52/83, Recueil, p. 3707, n.° 10); acórdão de 11 de Julho de 1984, Comissão/Itália (130/83, Recueil, p. 2849, n.° 8); acórdão de 15 de Janeiro de 1986, Comissão/Bélgica (Boch) (52/84, Colect., p. 89, n.° 13); acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/Alemanha (94/87, Colect., p. 175, n.° 8).

7 — V., por exemplo, o acórdão Comissão/Bélgica (Boch), n.° 14; acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/Alemanha, n.° 8.

8 — Acórdão de 12 de Outubro de 1978, Comissão/Bélgica, n.° 24.

dido é de facto completamente impossível, como afirma o Governo helénico. Segundo este governo, a recuperação tomaria necessariamente a forma de uma imposição retroactiva, o que seria incompatível tanto com o artigo 78.°, n.° 2, da Constituição grega, como com os princípios gerais consagrados tanto na ordem jurídica grega como na ordem jurídica comunitária. Além disso, seria impossível determinar qual a parte do auxílio concedido que dizia respeito às exportações para os Estados-membros da Comunidade e qual a parte respeitante a exportações para países terceiros. O Governo helénico acrescentou ainda que o rendimento médio por empresa que se podia esperar da imposição e as acções administrativas necessárias de localização, verificação, liquidação e cobrança desta, bem como o custo destas operações, tornam antieconómica e irracional a recuperação da imposição em questão [9].

7. No acórdão que o Tribunal proferiu em 2 de Fevereiro de 1989 no processo Comissão/Alemanha [10], tratava-se, exactamente como no caso que ora nos ocupa, de uma obrigação incondicional e precisa de recuperação de um auxílio de Estado, obrigação essa que a Comissão tinha imposto à Alemanha através de uma decisão com carácter definitivo. O Tribunal declarou no acórdão que, quando na execução de uma decisão dessa natureza um Estado-membro encontre dificuldades imprevistas e imprevisíveis, esse Estado-membro e a Comissão devem colaborar de boa fé para superar as dificuldades, no pleno respeito das disposições do Tratado [11]. O Tribunal, que baseia este raciocínio designadamente no artigo 5.° do Tratado, acrescenta porém:

«No caso em apreço, o governo demandado limitou-se a comunicar à Comissão as dificuldades de ordem política e jurídica que o cumprimento da decisão suscitava, sem fazer nenhuma diligência junto da sociedade em causa para obter a recuperação do auxílio e sem propor à Comissão modalidades para aplicação da decisão, que teriam permitido ultrapassar as dificuldades em questão.

Nestas circunstâncias, *sem que seja necessário proceder ao exame dos argumentos invocados pela demandada* e relativos à aplicabilidade das regras processuais nacionais ao reembolso dos auxílios, forçoso é observar que o governo demandado não pode alegar a impossibilidade absoluta de executar a decisão da Comissão» (sublinhado meu) [12].

8. No presente processo, o Governo helénico também se limitou a comunicar à Comissão que o reembolso do auxílio exigido pela Decisão 89/659 era impossível. Mais precisamente, não efectuou a mínima tentativa de recuperação efectiva e não propôs qualquer solução alternativa para superar as dificuldades que tinha assinalado. Em conformidade com a jurisprudência acima citada, a República Helénica não pode, portanto, invocar a impossibilidade absoluta de executar a Decisão 89/659.

9 — Contestação, IV. G. b.

10 — V. nota 6, *supra*.

11 — Acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/Alemanha, n.° 9. V., por exemplo, também o acórdão Comissão/Bélgica (Boch), n.° 16.

12 — Acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/Alemanha, n.° 10 e 11. V., por exemplo, também o acórdão Comissão/Bélgica (Boch), n.° 16.

O facto de as dificuldades invocadas por um Estado-membro estarem ligadas à sua Constituição não altera nada. Os Estados-membros estão obrigados a assegurar a plena aplicação do direito comunitário, e isto devido ao primado deste:

«Em primeiro lugar, a aplicação do direito nacional não deve prejudicar o alcance e a eficácia do direito comunitário. Tal seria nomeadamente o caso se essa aplicação tornasse impossível na prática a recuperação de importâncias irregularmente concedidas» [13].

Isto aplica-se plenamente no que respeita à obrigação de recuperar os auxílios irregularmente concedidos [14], obrigação que o Tribunal considera uma «consequência lógica» da declaração de ilegalidade do auxílio [15].

9. Não é obviamente ao Tribunal que compete analisar de que modo o direito grego pode ser compatibilizado, no caso em apreço, com a referida obrigação de direito comunitário. Parece-me que essa compatibilização não tem necessariamente que se efectuar através de uma alteração da Constituição ou da não aplicação desta, mas que pode perfeitamente ser alcançada através de uma interpretação da Constituição conforme ao direito comunitário. Esta abordagem poderia ser adequada no caso em apreço, pois verifica-se que a Constituição grega não proíbe, em termos absolutos, qualquer retroactividade. Efectivamente, a imposição grega contestada tinha, ela própria, carácter retroactivo [16]. É preciso, além disso, ter em consideração que *não* se trata, no caso em apreço, da instituição retroactiva de uma imposição, mas de suprimir os efeitos de uma *isenção* fiscal irregularmente concedida, isto é, em violação de normas jurídicas superiores. Obter a devolução da imposição equivale, portanto, a suprimir uma situação ilegal desde o início.

10. Finalmente, relativamente ao argumento do Governo helénico segundo o qual a aplicação da Decisão 89/659 ofenderia o princípio da confiança legítima, poderei ser breve. Este argumento baseia-se na incompatibilidade da decisão com princípios superiores de direito comunitário. Diz, assim, respeito à validade da decisão e não pode, consequentemente, ser invocado depois de expirado o prazo previsto no terceiro parágrafo do artigo 173.° do Tratado [17]. Acresce que o Tribunal decidiu recentemente, sem deixar margem para dúvidas, que:

«A possibilidade de um *beneficiário* de um auxílio ilegal invocar circunstâncias excepcionais, que podem legitimamente fundamentar

13 — Acórdão de 21 de Setembro de 1983, Deutsche Milchkontor/Alemanha (205/82 a 215/82, Recueil, p. 2633, n.° 22).

14 — V., por exemplo, o acórdão de 21 de Fevereiro de 1990, Comissão/Bélgica (C-74/89, Colect., p. I-491, n.° 8, publicação sumária); acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (Tubemeuse) (C-142/87, Colect., p. I-959, n.° 61); acórdão de 20 de Setembro de 1990, C-5/89, Comissão/Alemanha (C-5/89, Colect., p. 3437, n.os 12 e 18).

15 — Acórdão Bélgica/Comissão (Tubemeuse), n.° 66; acórdão de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão (C-305/89, Colect., p. I-1603, n.° 41).

16 — Este facto é assinalado, por três vezes, pelo Governo grego na sua contestação (I, III. A, e V). Acrescenta, porém, que essa retroactividade permanece dentro dos limites definidos pelo artigo 78.°, n.° 2, da Constituição grega (tréplica, IV).

17 — Acórdão Comissão/França, n.° 10. V. igualmente o acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/Alemanha, n.os 4 a 8.

a sua confiança no carácter regular desse auxílio, e de se opor, em consequência, ao seu reembolso, não pode, certamente, ser excluída. Nesse caso, compete ao tribunal nacional a quem eventualmente seja submetida a questão apreciar, sendo caso disso, após ter colocado ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais de interpretação, as circunstâncias da causa.

Em contrapartida, um *Estado-membro* cujas autoridades concederam um auxílio em violação das normas de processo previstas no artigo 93.° *não* pode invocar a confiança legítima dos beneficiários para se subtrair à obrigação de tomar as medidas necessárias com vista ao cumprimento de uma decisão da Comissão que lhe ordena a recuperação do auxílio. Admitir tal possibilidade significaria, com efeito, privar os artigos 92.° e 93.° do Tratado de qualquer efeito útil, na medida em que as autoridades nacionais poderiam basear-se no seu próprio comportamento ilegal para anular a eficácia das decisões tomadas pela Comissão ao abrigo dessas disposições do Tratado» (sublinhado meu) [18].

Em conclusão, proponho ao Tribunal que decida do seguinte modo:

«1) Ao não dar cumprimento à Decisão 89/659/CEE da Comissão, de 3 de Maio de 1989, relativa ao Decreto ministerial E 3789/128 do Governo helénico que institui uma imposição especial de carácter excepcional sobre as empresas, a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado CEE.

2) A República Helénica é condenada nas despesas.»

18 — Acórdão de 20 de Setembro de 1990, Comissão/Alemanha, n.os 16 e 17.