CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL L. A. GEELHOED

apresentadas em 13 de Dezembro de 2001 [1]

I — Introdução

1. Neste processo prejudicial, o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se uma legislação nacional que proíbe a presença de um microrganismo patogénico — *listeria monocytogenes* — em produtos à base de peixe fumado destinados ao consumo humano é compatível com o direito comunitário. O Bezirksgericht Innere Stadt Wien (Áustria) solicitou a interpretação da Directiva 91/493/CEE do Conselho, de 22 de Julho de 1991, que adopta as normas sanitárias relativas à produção e à colocação no mercado dos produtos da pesca (a seguir «directiva») [2]. A resposta a esta questão implica que se aprecie se a «tolerância zero» é compatível com os artigos 28.° CE e 30.° CE, relativos à livre circulação de mercadorias.

II — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

2. A directiva contém regras de base que visam garantir uma higiene correcta aquando da manipulação dos produtos da pesca frescos ou transformados em todas as fases da produção, da armazenagem e do transporte [3]. Estas regras de base são, em parte, enunciadas de modo bastante pormenorizado; noutros pontos, consistem em normas gerais, que carecem de ser ulteriormente precisadas.

3. Nos termos do artigo 3.°, n.° 1, alínea d), da directiva, a colocação no mercado de produtos da pesca capturados em meio natural está sujeita a um controlo sanitário nos termos do capítulo V do anexo. A parte II deste capítulo estabelece condições especiais, nomeadamente para os controlos microbiológicos. No que respeita a estes

1 — Língua original: neerlandês.

2 — JO L 268, p. 15.

3 — V. o quarto considerando.

controlos, o capítulo V, parte II, ponto 4, dispõe que a Comissão ou o Conselho poderão fixar critérios microbiológicos de acordo com o procedimento previsto no artigo 15.° da directiva, caso seja necessário para a protecção da saúde pública.

4. O artigo 6.°, n.° 1, da directiva obriga os Estados-Membros a zelar por que os responsáveis pelos estabelecimentos tomem todas as medidas necessárias para que sejam observadas as prescrições da presente directiva, designadamente no que respeita à identificação dos pontos críticos e ao estabelecimento e aplicação de métodos de vigilância e de controlo desses pontos críticos. Nos termos do seu artigo 6.°, n.° 3, as regras de execução destes princípios serão estabelecidas de acordo com o procedimento previsto no artigo 15.° da directiva.

5. Tendo designadamente em conta este artigo 6.°, n.° 3, da directiva, a Comissão adoptou, em 20 de Maio de 1994, a Decisão 94/356/CE, que fixa regras de execução da Directiva 91/493/CEE do Conselho no que respeita aos autocontrolos sanitários relativos a produtos da pesca (a seguir «decisão») [4].

6. O artigo 2.°, n.° 1, da decisão considera como «ponto crítico», nos termos do artigo 6.°, n.° 1, da directiva, «qualquer ponto, fase ou processo em que um perigo para a segurança alimentar pode ser evitado, eliminado ou reduzido a um nível aceitável por uma acção de controlo adequada». Para a identificação destes pontos críticos, são aplicáveis as disposições previstas no capítulo I do anexo da decisão.

7. O ponto 6 do capítulo I do anexo prevê o estabelecimento da lista dos perigos e das medidas necessárias para os dominar. O ponto 6, alínea a), do capítulo I, determina que deve entender-se por «perigo» «tudo o que seja susceptível de prejudicar a saúde e que se enquadre nos objectivos higiénicos da Directiva 91/493/CEE». Pode, designadamente, tratar-se de: «contaminação a uma taxa inaceitável», de natureza biológica, designadamente por microrganismos, e de sobrevivência ou multiplicação «a taxas inaceitáveis» de microrganismos patogénicos. Segundo o ponto 6, alínea b), do capítulo I, as medidas de domínio correspondem às acções e actividades que podem ser utilizadas para evitar um perigo, para o eliminar ou para reduzir o seu impacto ou probabilidade de surgimento a um «nível aceitável». Além disso, uma medida de domínio pode servir para controlar vários perigos. A título de exemplo, refere-se que «a pasteurização ou a cozedura controlada podem dar garantias de uma redução suficiente do nível das salmonelas e das listerias».

4 — JO L 156, p. 50.

B — *Legislação nacional*

8. Nos termos do § 51 do Lebensmittelgesetz 1975 (lei de 1975 sobre géneros alimentícios) (a seguir «LMG»)[5], o Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz (Ministro federal da Saúde e Ambiente) adopta o Österreichisches Lebensmittelbuch, ou *Codex Alimentarius Austriacus* (Código Alimentar Austríaco). Este *Codex* define os produtos e os conceitos, estabelece os métodos de análise, os princípios de avaliação, bem como as directivas para a comercialização dos produtos sujeitos à LMG. A jurisprudência nacional determinou que o *Codex* não tem a natureza de regulamento, mas oferece um quadro geral de referência para a protecção dos consumidores.

9. O § 52, n.º 1, da LMG prevê a criação de uma «comissão Codex», chamada a dar pareceres ao Ministro federal nos domínios abrangidos por esta lei federal, bem como a preparar o *Codex Alimentarius Austriacus*. De acordo com o § 53 da LMG, a comissão Codex designa, por sua vez, o Comité de Higiene, órgão consultivo em que estão representados diferentes grupos de interesses.

10. De acordo com o § 8, alínea a), da LMG, os géneros alimentícios e os bens de consumo são considerados nocivos para a saúde quando sejam susceptíveis de pôr em perigo ou de prejudicar a saúde. O § 56, n.º 1, ponto 1, da LMG estipula que incorre na prática de um crime quem comercializar géneros alimentícios ou bens de consumo nocivos para a saúde. O § 57, n.º 1, do mesmo diploma, criminaliza também a conduta negligente.

11. A directiva e a decisão foram transpostas para o direito austríaco pelo Verordnung der Bundesministerin für Frauenangelegenheit und Verbraucherschutz über Hygienebestimmungen für das Inverkehrbringen von Fischerzeugnissen (regulamento da Ministra federal da Condição Feminina e da Protecção dos Consumidores, que estabelece as normas sanitárias relativas à comercialização de produtos à base de peixe) (a seguir «Fischhygieneverordnung»)[6].

III — Matéria de facto, processo e questão prejudicial

12. No processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio descreveu do seguinte modo a matéria de facto e os antecedentes.

5 — BGBl. 1975, n.º 86, na versão modificada.

6 — BGBl. 1997, n.º 260.

13. W. Hahn e os responsáveis da empresa Nordsee são acusados de actuação negligente ao colocarem no mercado géneros alimentícios nocivos para a saúde. Sobretudo em finais de 1998, princípio de 1999, foram recolhidas várias amostras na sede e nas filiais da empresa Nordsee, bem como nos supermercados que esta abastecia de produtos à base de peixe. Os controlos por amostragem foram efectuados, tanto por meio de controlos de rotina efectuados pelos serviços de certificação, como no seguimento de queixas assentes, nomeadamente, em sintomas de intoxicação alimentar. Os géneros alimentícios chumbados eram produtos à base de peixe fumado (salmão fumado de primeira, salmão fumado da Dinamarca e do Mar do Norte, em fatias e enrolado).

14. No controlo organoléptico dos produtos (aspecto, cheiro e sabor), não foi detectada qualquer particularidade que despertasse a atenção; o prazo de validade ainda não tinha expirado. Os géneros alimentícios em causa apresentavam, porém, uma contaminação por *listeria monocytogenes*, detectável em cada amostra de 25 gramas. Não foi realizada qualquer análise quantitativa complementar à análise qualitativa. Os géneros alimentícios foram declarados impróprios para consumo e foi instaurado procedimento criminal.

15. O órgão jurisdicional de reenvio salienta que, em 9 de Fevereiro de 1998, o Comité de Higiene competente estabeleceu um procedimento para a avaliação do *listeria monocytogenes*. De acordo com esse procedimento, uma amostra com um peso líquido constante de 25 gramas, quer se trate de produtos não tratados, mas de outra forma estabilizados (nomeadamente, produtos fumados, salgados ou embalados no vácuo), quer de géneros alimentícios crus prontos a serem consumidos e de géneros alimentícios submetidos a aquecimento, só pode ser objecto de uma avaliação negativa se o *listeria monocytogenes* for «não detectável em 25 gramas» (tolerância zero). Caso se detecte a presença de *listeria monocytogenes*, o género alimentício deve ser considerado nocivo para a saúde.

16. Ainda segundo o órgão jurisdicional de reenvio, investigações científicas revelam que semelhante tolerância zero não se justifica. Isto deve-se, nomeadamente, ao facto de o *listeria monocytogenes* existir em abundância no ambiente e nos produtos alimentares e de o número de casos de doença ser bastante limitado. Além disso, a sua completa eliminação do processo de tratamento dos géneros alimentícios não se afigura viável, mesmo em boas condições de produção.

17. Não obstante, em 30 de Março de 1998, o Comité de Higiene competente decidiu manter a tolerância zero. Esta decisão foi posteriormente relativizada, considerando-se que em relação a produtos não sujeitos a tratamento térmico, mas a um processo de conservação químico, a presença de *listeria monocytogenes* até ao limiar de 100 por grama não prejudica a saúde.

18. O órgão jurisdicional de reenvio considera que, para o processo penal, é determinante saber se uma disposição legal pode prescrever uma tolerância zero ao *listeria monocytogenes* ou se, em conformidade com a directiva, os riscos devem ser reduzidos a um «nível aceitável». Por essa razão, o Bezirksgericht Innere Stadt Wien, por despacho de 21 de Março de 2000, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 30 de Março de 2000, submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve-se interpretar, na sua globalidade, a Directiva 91/493/CEE do Conselho, de 22 de Julho de 1991, que adopta as normas sanitárias relativas à produção e à colocação no mercado dos produtos da pesca, transposta para a ordem jurídica interna pelo Verordnung der Bundesministerin für Frauenangelegenheiten und Verbrauchershutz über Hygienebestimmungen für das Inverkehrbringen von Fischereierzeugnissen (Fischhygieneverordnung) [regulamento da Ministra Federal da Condição Feminina e da Protecção dos Consumidores que estabelece as normas sanitárias quanto à comercialização de pescado] (a seguir 'regulamento sanitário do pescado'), BGBl. n.º 260/1997, no sentido de que se opõe à aplicação de normas nacionais que prescrevam para os produtos à base de peixe (em especial, salmão fumado) uma tolerância zero quanto à contaminação destes géneros alimentícios por *listeria monocytogenes*?»

19. Apresentaram observações escritas W. Hahn, o Staatsanwaltschaft Wien, a República da Áustria e a Comissão. Em 23 de Outubro de 2001 realizou-se uma audiência, no decurso da qual W. Hahn e a Comissão desenvolveram as suas posições.

IV — Apreciação

A — *Introdução*

20. O cerne da questão apresentada pelo Bezirksgericht consiste em saber se o direito comunitário permite a um Estado-Membro manter a tolerância zero em relação à presença de *listeria monocytogenes* em produtos à base de peixe não conservados por um processo químico, em especial o salmão fumado.

21. Nas suas observações, W. Hahn, a República da Áustria e a Comissão aludiram quer ao direito comunitário derivado quer às disposições do Tratado CE relativas à livre circulação das mercadorias. W. Hahn sugeriu ao Tribunal de Justiça que interpretasse a directiva e, a título subsidiário, os artigos 28.° CE e 30.° CE, no sentido de que se opõem às normas nacionais que prescrevam a tolerância zero controvertida. A República da Áustria e a Comissão consideram que a tolerância zero é compatível com o direito comunitário.

22. Como se verificará em seguida, partilho os pontos de vista da República da Áustria e da Comissão. Em minha opinião, a aplicação da tolerância zero à presença de *listeria monocytogenes* em produtos à base de peixe fumado, em litígio no processo principal, respeita os limites da directiva e também é compatível com o regime do Tratado CE relativo à livre circulação de mercadorias.

B — *Admissibilidade*

23. Todavia, há que examinar, antes de mais, a alegação do Staatsanwaltschaft Wien segundo a qual não existem no direito austríaco quaisquer normas «que prevejam para os produtos à base de peixe não conservados por um processo químico (em especial, salmão fumado) uma tolerância zero quanto à contaminação destes géneros alimentícios por *listeria monocytogenes*». Segundo o Staatsanwaltschaft, o *Codex* indica, em termos gerais, quando é que os produtos à base de peixe são nocivos para a saúde pública. Para o efeito, apoia-se em relatórios de peritos geralmente aceites, que não vinculam os tribunais nem impedem a livre apreciação da prova. O órgão jurisdicional tampouco está vinculado ao parecer do Comité de Higiene Permanente. Por esse motivo, o Staatsanwaltschaft considera que o pedido do Bezirksgericht diz respeito a uma mera questão de facto.

24. O Staatsanwaltschaft pretende, assim, de forma implícita, que o Tribunal de Justiça se declare incompetente, uma vez que no processo principal não se coloca qualquer questão de direito. Considero que o argumento não pode ser acolhido. Basta referir que o Bezirksgericht expôs, de forma suficientemente clara, que a questão da incompatibilidade com o direito comunitário da tolerância zero à presença de *listeria monocytogenes* é determinante para o presente processo penal, independentemente da natureza jurídica que a disposição em causa tenha no direito nacional. Se o direito comunitário não admitir a tolerância zero, está então excluída, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a responsabilidade penal do acusado. A interpretação que se pede do direito comunitário está, pois, relacionada com o objecto do processo principal e diz respeito a um litígio real. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça é competente para responder à questão prejudicial [7].

7 — V., por exemplo, acórdão de 17 de Maio de 2001, TNT Traco (C-340/99, Colect., p. I-4109, n.os 30 e 31).

C — *Apreciação da tolerância zero ao abrigo do direito comunitário derivado*

25. W. Hahn afirma que a posição das autoridades austríacas segundo a qual a presença de *listeria monocytogenes* numa amostra de 25 gramas é automaticamente nociva para a saúde contradiz os termos da directiva e as regras de execução da decisão. Se o *listeria monocytogenes* não pudesse sequer estar presente nos produtos à base de peixe, isso teria de ser expressamente indicado mediante a inclusão da tolerância zero nessas normas. De acordo com W. Hahn, o legislador comunitário parte, no entanto, por um lado, de taxas «inaceitáveis» e, por outro (especialmente em relação ao *listeria monocytogenes*), de uma redução a um «nível aceitável» [8]. Daí resultaria que a simples presença de *listeria monocytogenes* não pode, por si só, conduzir à retirada do mercado de produtos à base de peixe. Além disso, a medida austríaca assenta numa ficção do direito aplicável aos géneros alimentícios, ao considerar que a presença de *listeria monocytogenes* numa amostra de 25 gramas se traduz num perigo para a saúde pública.

26. Considero, todavia, que a Comissão e o Governo austríaco têm razão ao afirmarem que o direito comunitário derivado não prevê uma harmonização exaustiva dos valores-limite para combater a contaminação por *listeria monocytogenes* dos produtos à base de peixe fumado. Isto deduz-se da inexistência de valores concretos dessa natureza na legislação comunitária, bem como dos termos e da economia da directiva.

27. A própria directiva não estabelece critérios microbiológicos, mas confere ao legislador comunitário, no capítulo V, parte II, ponto 4, competência para os fixar de acordo com o procedimento do Comité previsto no artigo 15.° Até à data, apenas foram estabelecidos critérios microbiológicos através desse procedimento em relação aos crustáceos e moluscos cozidos [9]. O ponto 1 do anexo da Decisão 93/51 (germes patogénicos) estabelece, em relação à *Salmonela spp*, o valor-limite «ausência em 25 gramas». O ponto 1 refere ainda que «não devem estar presentes, em quantidades nocivas para a saúde dos consumidores, microrganismos patogénicos e respectivas toxinas, cuja pesquisa deve ser feita em função da análise dos riscos». A Comissão salientou, a este respeito, que os *listeria monocytogenes* fazem incontestavelmente parte destes dois grupos. Estes critérios referem-se, é certo, apenas ao grupo relativamente restrito dos crustáceos e moluscos cozidos e não se aplicam ao salmão fumado nem a outros produtos à base de peixe fumado.

8 — V., por exemplo, o ponto 6, alíneas a) e b), do capítulo I do anexo da decisão, já referido no n.° 7 destas conclusões.

9 — Decisão 93/51/CEE da Comissão, de 15 de Dezembro de 1992, relativa aos critérios microbiológicos aplicáveis à produção e consumo de crustáceos e moluscos cozidos (JO 1993, L 13, p. 11). Esta decisão baseia-se no capítulo IV, parte IV, ponto 7, alínea c), do anexo da directiva.

28. Por outro lado, até à data, o legislador comunitário parece só ter fixado valores-limite microbiológicos concretos à presença de *listeria monocytogenes* em alguns produtos à base de leite. Em relação ao queijo e ao queijo de pasta dura o critério é «ausência em 25 gramas» e para os outros produtos lácteos «ausência em 1 grama» [10].

29. O legislador comunitário é efectivamente competente para fixar valores-limite específicos, incluindo a tolerância zero, à presença de *listeria monocytogenes*, mas ainda não foram tomadas medidas concretas de aplicação desta ordem para os produtos à base de peixe fumado. O mesmo resulta ainda dos seguintes elementos. A Comissão indicou expressamente, numa recomendação recente sobre o controlo dos géneros alimentícios, que continuam a não existir a nível comunitário padrões microbiológicos específicas para o peixe fumado [11]. Além disso, nas suas observações escritas, a Comissão fez saber que se encontra a preparar um projecto de decisão baseado no parecer que o «Scientific Committee on Veterinary Measures Relating to Public Health» emitiu em 23 de Setembro de 1999, sobre o *listeria monocytogenes*, que em seguida abordarei. Esse projecto de decisão, baseado também na directiva, contempla padrões microbiológicas concretos para o peixe fumado.

30. Por outro lado, a alegação de W. Hahn segundo a qual o termo «aceitável», na acepção do ponto 6, alíneas a) e b), do capítulo I do anexo da decisão, não pode em caso algum abranger a tolerância zero é, em meu entender, manifestamente infundada. Os Estados-Membros têm a faculdade, ao abrigo dessas disposições, de impor aos estabelecimentos a limitação dos perigos a níveis «aceitáveis», através da fixação de critérios microbiológicos. A medida em que a contaminação ou o perigo podem ser aceitáveis está relacionada com o limite máximo admitido, para além do qual o produto deixa de ser considerado próprio para consumo. Todavia, aquelas disposições não incluem critérios baseados num valor mínimo. A decisão não impede, portanto, os Estados-Membros de apenas considerarem aceitável para determinados riscos uma tolerância zero.

31. Na falta de um regime comunitário exaustivo, os Estados-Membros podem continuar a aplicar a sua própria legislação, sem prejuízo, naturalmente, do respeito das disposições gerais do Tratado CE. Por conseguinte, uma regulamentação como a que está em causa no litígio do processo principal deve também ser analisada à luz dos artigos 28.° CE e 30.° CE [12].

10 — Anexo C, capítulo II, parte A, ponto 1, da Directiva 92/46/CEE do Conselho, de 16 de Junho de 1992, que adopta as normas sanitárias relativas à produção de leite cru, de leite tratado termicamente e de produtos à base de leite e à sua colocação no mercado (JO L 268, p. 1).

11 — V. o ponto 6.1 da recomendação 2001/337/CE da Comissão, de 18 de Abril de 2001, relativa a um programa coordenado de controlo oficial dos géneros alimentícios para 2001 (JO L 120, p. 41).

12 — V., em sentido análogo, por exemplo, acórdãos de 6 de Maio de 1986, Muller e o. (304/84, Colect., p. 1511, n.° 14), e, mais recentemente, de 3 de Dezembro de 1998, Bluhme (C-67/97, Colect., p. I-8033, n.os 11 a 13).

D — *Apreciação da tolerância zero ao abrigo dos artigos 28.° CE e 30.° CE*

32. É pacífico que a cominação do § 56, n.° 1, da LMG, conjugada com o conceito de «nocivo para a saúde» constante da mesma lei e a exigência da tolerância zero determinada pelo Comité de Higiene Permanente, proíbe efectivamente a colocação no mercado de produtos à base de peixe, como o salmão fumado, nos quais tenha sido detectada a presença de *listeria monocytogenes*. A proibição constitui um entrave ao comércio visado pelo artigo 28.° CE. Com efeito, pode entravar de forma directa, actual ou potencialmente, a importação para a Áustria de produtos regularmente produzidos e comercializados noutros Estados-Membros [13]. O despacho de reenvio indica, a este propósito, que os produtos à base de peixe declarados impróprios para consumo eram, em todo o caso, oriundos da Dinamarca e do Mar do Norte [14].

33. Uma vez que a harmonização comunitária dos valores-limite aplicáveis à presença de *listeria monocytogenes* nos produtos à base de peixe ainda não é completa, coloca-se a questão de saber se uma medida desta natureza se justifica ao abrigo do artigo 30.° CE, por razões relacionadas com a protecção da saúde das pessoas.

34. Segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, entre os bens ou interesses protegidos pelo artigo 30.° CE, a saúde e a vida das pessoas ocupam o primeiro lugar, competindo aos Estados-Membros, na falta de uma harmonização exaustiva a nível comunitário, determinar o nível de protecção da saúde e da vida das pessoas que pretendem garantir. Dispõem, para o efeito, de uma ampla margem de apreciação, mas devem respeitar as exigências da livre circulação de mercadorias. Uma regulamentação ou prática nacional não usufrui da derrogação do artigo 30.° CE se a saúde e a vida das pessoas puderem ser protegidas com a mesma eficácia por medidas menos restritivas das trocas intracomunitárias [15]. O Tribunal de Justiça deduz este princípio da proporcionalidade da última frase do artigo 30.° CE, segundo a qual as medidas restritivas baseadas no interesse geral não devem constituir «nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros» [16].

35. O Tribunal de Justiça clarificou estes princípios de base, designadamente ao apreciar as regulamentações nacionais relativas ao emprego de aditivos nos géneros alimentícios. As partes citaram amplamente essa jurisprudência nas suas observações e na audiência [17]. Além disso, o Governo austríaco referiu sucintamente nas

13 — Acórdão de 11 de Julho de 1974, Dassonville (8/74, Recueil, p. 837, n.° 5, Colect., p. 423). V., também, acórdão de 6 de Junho de 1984, Melkunie (97/83, Recueil, p. 2367, n.° 11).

14 — Ignora-se se os produtos importados também se comercializavam legalmente noutro Estado-Membro. Segundo o que se depreende do despacho de reenvio, esta questão não foi suscitada no processo principal.

15 — V., por exemplo, acórdãos de 16 de Abril de 1991, Eurim-Pharm (C-347/89, Colect., p. I-1747, n.os 26 e 27), e de 19 de Março de 1991, Comissão/Grécia (C-205/89, Colect., p. I-1361, n.° 8).

16 — Acórdão de 14 de Julho de 1983, Sandoz (174/82, Recueil, p. 2445, n.° 18).

17 — Por exemplo, acórdão de 4 de Junho de 1992, Debus (C-13/91 e C-113/91, Colect., p. I-3617, n.os 13 a 18).

suas observações escritas os acórdãos Melkunie [18] e Heijn [19]. Considero que estes acórdãos, mais do que a jurisprudência dita «dos aditivos», oferecem a chave da resposta a dar ao Bezirksgericht.

36. Com efeito, no acórdão Melkunie, o Tribunal de Justiça já se pronunciara sobre compatibilidade de disposições nacionais que limitam a admissibilidade de microrganismos patogénicos nos géneros alimentícios com os artigos 28.° CE e 30.° CE. O litígio no processo principal girava em torno de duas condições que a legislação neerlandesa da época impunha aos produtos lácteos pasteurizados. Em primeiro lugar, proibia a presença de bactérias coliformes cultiváveis num mililitro de produtos lácteos pasteurizados. O Tribunal de Justiça limitou-se a considerar que essa tolerância zero devia considerar-se justificada no sentido do artigo 30.° CE. Resultava dos autos que a presença de bactérias coliformes cultiváveis num produto lácteo constituía um verdadeiro indício da presença de microrganismos patogénicos. Esta presença era, por sua vez, um indício directo de que o produto representava um perigo efectivo para a saúde das pessoas [20].

37. Em segundo lugar, a legislação neerlandesa autorizava a presença de, no máximo, 50 000 microrganismos cultiváveis por mililitro (200 000 para as natas batidas). A este propósito, o Tribunal de Justiça decidiu que, no estado actual da investigação científica, não é possível fixar com segurança o número exacto de microrganismos a partir do qual um produto lácteo pasteurizado representa um perigo para a saúde. Compete, portanto, aos Estados-Membros decidir, tendo em conta as exigências da livre circulação de mercadorias, o nível a que pretendem assegurar a protecção da saúde e da vida das pessoas. Com base nisso, o Tribunal de Justiça concluiu que uma legislação nacional destinada a evitar que determinado produto lácteo contenha, no momento em que é consumido, microrganismos não patogénicos em quantidade susceptível de pôr em perigo a saúde de determinados consumidores, particularmente sensíveis, deve ser considerada conforme às exigências do artigo 30.° CE [21].

38. O acórdão Heijn confirma que, na falta de regulamentação comunitária, os Estados-Membros dispõem de uma ampla margem de apreciação para tomarem as medidas que se revelem necessárias à protecção da saúde pública, na acepção do artigo 30.° CE. Neste processo, o Tribunal de Justiça considerou justificada uma legislação neerlandesa que proibia a colocação no mercado de maçãs legalmente comercializadas na Itália, devido à presença de 1 mg/kg de vinchlozolina, um resíduo de pesticida. Como é sabido, os pesticidas podem ser nocivos para a saúde humana e animal. Uma vez que é impossível prever e controlar as quantidades absorvidas pelo

18 — Já referido na nota 13.

19 — Acórdão de 19 de Setembro de 1984 (94/83, Recueil, p. 3263).

20 — Acórdão Melkunie, já referido na nota 13, n.° 15.

21 — *Ibidem*, n.° 18.

consumidor, designadamente sob a forma de resíduos em géneros alimentícios, o Tribunal de Justiça considera que são necessárias «medidas rigorosas a fim de limitar os riscos em que incorre o consumidor». Por conseguinte, os Estados-Membros podem adoptar medidas distintas, segundo as condições do país, e podem autorizar diferentes quantidades de um mesmo pesticida para os diversos alimentos [22].

39. Analisaremos em seguida, tendo em conta os resultados da reconhecida investigação científica internacional, se a ausência de *listeria monocytogenes* nos produtos à base de peixe fumado é objectivamente necessária para efeitos da protecção da saúde pública. Embora o Tribunal de Justiça não o tenha expressamente referido nos acórdãos Melkunie e Heijn, a medida adoptada ao abrigo do artigo 30.°, segunda frase, CE deve respeitar também o critério da proporcionalidade [23].

40. No estado actual da ciência, considera-se que a presença de *listeria monocytogenes* nos géneros alimentícios pode representar um perigo efectivo para a saúde pública. Os autos contêm dados a esse respeito. O órgão jurisdicional de reenvio indica que o *listeria monocytogenes* é um agente patogénico que pode provocar, no ser humano e nos animais, uma infecção — a listeriose. São particularmente vulneráveis as crianças, as pessoas idosas e os imunodeficientes. A doença evolui frequentemente em septicemia (envenenamento do sangue) ou em meningite (inflamação aguda ou crónica das meninges, membranas do sistema nervoso central que protegem o encéfalo e a espinal medula). No caso de gravidez, pode levar a contracções precoces e a abortos.

41. Tudo isso resulta também de um estudo internacional recente, conforme referido no parecer que o «Scientific Committee on Veterinary Measures Relating to Public Health» proferiu em 23 de Setembro de 1999 sobre o *listeria monocytogenes* e que a Comissão juntou em anexo às suas observações escritas [24]. O parecer inclui um certo número de observações e de recomendações que interessam ao presente processo e que assentam numa vasta análise bibliográfica. Embora a doença esteja relativamente pouco disseminada (2 a 15 casos por milhão de habitantes), o número de vítimas parece situar-se entre 20% e 40%, chegando a atingir 75% entre os imunodeficientes. A ideia de que o *listeria monocytogenes* é uma bactéria que só esporadicamente provoca doenças, mas que pode ter

22 — Acórdão Heijn, já referido na nota 19, n.os 15 e 16.

23 — Nas conclusões que cada um apresentou nos processos Melkunie e Heijn, os advogados-gerais P. VerLoren Van Themaat e C. O. Lenz remetem expressamente para o princípio da proporcionalidade.

24 — O parecer foi elaborado a pedido da Comissão e não tem referência.

consequências graves, designadamente para algumas categorias vulneráveis de pessoas, é confirmada num relatório conjunto adoptado em Julho de 2000 a pedido da FAO e da Organização Mundial de Saúde [25].

42. A *listeria monocytogenes* pode ser transmitida por numerosos géneros alimentícios, de entre os quais o peixe. A experiência adquirida sobre a qualidade bacteriológica do peixe fumado serviu de base a uma recente recomendação da Comissão relativa a um programa coordenado de controlo oficial dos géneros alimentícios. A recomendação refere que uma percentagem considerável de peixe fumado pode ser contaminada por microrganismos patogénicos como a *listeria monocytogenes*. A adopção de novas técnicas de produção e de transformação pode aumentar ainda o risco de contaminação bacteriológica. A Comissão entende que «a *listeria monocytogenes* é conhecida por provocar surtos de *listeriosis* alimentar nos seres humanos, com consequências potencialmente fatais para certas categorias da população, pelo que deverão ser encetadas acções destinadas a reduzir o risco de *listeriosis* humana provocada por consumo alimentar [...] [de] peixe fumado» [26].

43. A necessidade de medidas destinadas a prevenir a contaminação por *listeria monocytogenes* de produtos à base de peixe fumado, a saber, de protecção da saúde pública, não suscita qualquer dúvida. As partes discordam, todavia, quanto à competência de um Estado-Membro para excluir completamente a presença de *listeria monocytogenes* nos géneros alimentícios em causa.

44. W. Hahn alega que uma proibição absoluta de comercialização de produtos à base de peixe que contenham *listeria monocytogenes* não é compatível com o princípio da proporcionalidade. Em seu entender, semelhante proibição não se justifica objectivamente e as autoridades austríacas nada parecem ter feito no sentido de fixar de modo objectivo os limites a partir dos quais se torna necessária uma proibição de comercialização por razões de saúde pública. Na Áustria, existiriam meras suspeitas quanto à existência de um nexo de causalidade entre o consumo dos referidos produtos à base de peixe e o aparecimento de doenças.

45. W. Hahn não nega que tem sido reconhecido ao princípio da precaução uma importância crescente na Comunidade. Considera, no entanto, que o *listeria monocytogenes* só representa um perigo para a saúde de um grupo restrito de pessoas e, mesmo em relação a estas, não é seguro que uma presença inferior a 100 *listeria monocytogenes* por grama seja perigosa. Por um lado, estas categorias vulneráveis de pessoas devem saber que são particularmente sensíveis ao consumo de determinados géneros alimentícios. Por outro lado, isso poderia ser-lhes comunicado através de uma informação dirigida

25 — V. «Report of the Joint FAO/WTO Expert Consultation on Risk Assessment of Microbiologicaal Hazards in Foods», relatório de uma reunião *ad hoc* de peritos realizada em Roma, de 17 a 21 de Julho de 2000 (http://www.fao.org/WAICENT/FAOINFO/ECONOMIC/ESN/pagerisk/riskpage.htm; http://www.who.int/fsf/mbriskassess/index.htm).

26 — V. recomendação 2001/337 da Comissão, já referida na nota 11, ponto 6.1.

aos consumidores, instrumento que, na opinião de W. Hahn, se insere perfeitamente nos esforços envidados pela Comunidade no sentido de reforçar a informação na luta contra os riscos inerentes aos géneros alimentícios.

46. Em contrapartida, a Comissão e o Governo austríaco alegam que a tolerância zero é conforme ao princípio da proporcionalidade. A Comissão invoca o actual debate científico sobre os exactos padrões microbiológicos aplicáveis à presença de bactérias patogénicas, em especial o *listeria monocytogenes*, nos diferentes géneros alimentícios. Na opinião da Comissão, o princípio da proporcionalidade não conduz forçosamente à conclusão de que não são necessários padrões mais elevados do que a tolerância zero e que os padrões menos elevados devem ser qualificados de medidas de efeito equivalente menos restritivas do comércio intracomunitário. Enquanto os resultados provisórios da investigação científica levada a cabo neste domínio não se traduzirem num regime comunitário, a Comissão entende que os Estados-Membros permanecem competentes para decretar padrões microbiológicos estritos com base no princípio da precaução, designadamente para proteger a saúde dos grupos de risco.

47. Considero que o princípio da proporcionalidade não é um conceito estático, mas deve ser analisado à luz do objectivo prosseguido. Das observações escritas do Governo austríaco e da Comissão deduzo que a medida em causa visa, designadamente, proteger um certo número de grupos de consumidores vulneráveis, como as crianças, as mulheres grávidas e as pessoas de idade. Esse objectivo é legítimo. Conforme anteriormente referido, considera-se, no actual estado da ciência, que o consumo de géneros alimentícios contaminados pela *listeria monocytogenes* pode ter consequências fatais precisamente para estas categorias de consumidores. Além disso, o Tribunal de Justiça reconheceu expressamente no acórdão Melkunie que as medidas sanitárias destinadas a proteger «determinados consumidores, particularmente sensíveis», são autorizadas [27].

48. A medida austríaca que proíbe a presença de *listeria monocytogenes* nos produtos à base de peixe não conservados por um processo químico constitui, em si mesma, um regime estrito. Subjacente a essa medida, está a ideia de que os produtos podem ser considerados nocivos para a saúde com base numa mera análise qualitativa. A simples presença de *listeria monocytogenes* no género alimentício é suficiente para desencadear a responsabilidade criminal do comerciante. No entanto, precisamente por prosseguir o ambicioso objectivo de protecção de grupos vulneráveis, o princípio da proporcionalidade permite, em minha opinião, adoptar medidas estritas a fim de limitar os riscos para os consumidores em questão. Se não me engano, este é também o entendimento subjacente aos acórdãos Melkunie e Heijn.

49. Por outro lado, a medida austríaca, objectivamente considerada, não é impra-

27 — V. n.º 37 das presentes conclusões.

ticável. Uma vez que o legislador comunitário suprimiu a competência residual nacional no domínio das medidas contra o *listeria monocytogenes*, parte-se igualmente da tolerância zero. Remeto, a este propósito, para o valor-limite «ausência em 25 gramas» decretado em relação ao queijo e ao queijo de pasta dura [28]. De resto, um estudo de direito comparado revela que a tolerância zero existe também em outros países da União Europeia e fora dela [29].

50. Actualmente, não existem valores-limite internacionalmente vinculativos para as contaminações por *listeria monocytogenes*. Resulta do relatório do Comité Científico de 23 de Setembro de 1999, bem como das verificações feitas pelos peritos reunidos por iniciativa conjunta da FAO e da OMS, em 2000, que — ao contrário do que o órgão jurisdicional de reenvio e W. Hahn parecem defender — subsistem ainda incertezas quanto aos valores-limite de contaminação por *listeria monocytogenes* aceitáveis nos grupos mais vulneráveis. De um modo geral, aceita-se que um limiar de tolerância inferior a 100 ufc/g [30] comporta riscos mínimos também para esses grupos, embora não exista uma certeza absoluta a esse respeito. Os factores que podem contribuir para o aparecimento da doença são o tipo de género alimentício, o modo de preparação e de conservação, e talvez ainda as quantidades consumidas de um produto. Os relatórios científicos denunciam, no entanto, claramente a falta de dados adequados e fidedignos.

51. Devido a estas incertezas, o princípio da precaução pode justificar a tolerância zero estrita, tal como indicou a Comissão. O facto de a Áustria não aplicar a tolerância zero à presença de *listeria monocytogenes* em todos os géneros alimentícios nada altera. Já no acórdão Heijn, o Tribunal de Justiça admitiu semelhantes distinções. A diferenciação nesta matéria vai ainda ao encontro dos debates que os peritos conduzem no âmbito da FAO e da OMS e o legislador comunitário tampouco se baseia num critério uniforme.

52. Simultaneamente, o fomento da educação e da informação dos consumidores enquanto medida menos restritiva, conforme sugere W. Hahn, não constitui, em meu entender, uma alternativa equivalente à fixação de valores-limite estritos destinados a combater uma perigosa fonte de contaminação como o *listeria monocytogenes*.

53. Por conseguinte, considero que uma legislação nacional que prescreva, para os produtos à base de peixe não conservados por um processo químico, uma tolerância zero quanto à contaminação destes géneros alimentícios por *listeria monocytogenes* se justifica na acepção do artigo 30.° CE.

28 — V. n.° 28 das presentes conclusões.

29 — A Comissão salientou, nas suas observações escritas, que a Itália e os Estados Unidos da América mantêm a tolerância zero à presença de *listeria monocytogenes* nos géneros alimentícios, enquanto países como a Dinamarca e o Canadá proíbem a presença de *listeria monocytogenes* num determinado número de géneros alimentícios.

30 — Unidades formadoras de colónias por grama.

V — Conclusão

54. Pelos fundamentos expostos, proponho que o Tribunal de Justiça responda do seguinte modo à questão do Bezirksgericht Innere Stadt Wien:

«1) No seu actual estado de aplicação, a Directiva 91/493/CEE do Conselho, de 22 de Julho de 1991, que adopta as normas sanitárias relativas à produção e à colocação no mercado dos produtos da pesca, não se opõe à aplicação de normas nacionais que prescrevam para os produtos à base de peixe não conservados por um processo químico (em especial, salmão fumado) uma tolerância zero para a contaminação destes géneros alimentícios por *listeria monocytogenes*.

2) Estas normas nacionais satisfazem igualmente as exigências do artigo 30.° CE.»