CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
M. POIARES MADURO
apresentadas em 21 de Maio de 2008 [1]

1. A questão em causa no presente reenvio prejudicial tem por objecto a compatibilidade do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, instituído por uma directiva comunitária, com o princípio da igualdade, e pressupõe que sejam feitas apreciações de facto complexas. Pode parecer paradoxal que uma questão técnica como esta tenha origem num acórdão da maior importância sobre as relações entre o direito constitucional nacional e o direito comunitário. Cerca de vinte anos após a prolação, pelo mesmo órgão jurisdicional de reenvio, do acórdão Nicolo [2], que regulava a questão do primado do direito comunitário sobre as leis, o acórdão Arcelor, proferido pela Assemblée du contentieux du Conseil d'État, em 8 de Fevereiro de 2007, vem efectivamente esclarecer, em termos de princípio, a questão das relações entre a Constituição francesa e o direito comunitário e das formas de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais administrativos franceses, quando nestes órgãos jurisdicionais é suscitada a questão da constitucionalidade de uma directiva comunitária. Conforme se verá, o aparente paradoxo deve-se ao facto de ter sido o suscitar da inconstitucionalidade da directiva que esteve na origem da impugnação da sua validade à luz do princípio comunitário da igualdade. Assim, o presente processo dá ao Tribunal de Justiça a oportunidade para, por seu lado, também esclarecer a questão da natureza das relações entre as constituições nacionais e o direito comunitário. O Tribunal poderá assim dissipar alguns receios de que exista um eventual conflito, que, como veremos, não se justificam de maneira nenhuma, atentos os fundamentos constitucionais comuns em que assentam as ordens jurídicas nacionais e comunitária.

2. A própria questão prejudicial também não deixa de ser abrangente: questiona a legalidade de um diploma legislativo que constitui um dos principais marcos da política da Comunidade em matéria de protecção ambiental e convida o Tribunal de Justiça a pronunciar-se sobre as relações, por natureza dialécticas, entre a prática da experimentação legislativa e as exigências normativas da igualdade de tratamento.

I — Quadro jurídico

3. O diploma em causa no presente processo foi adoptado na perspectiva do cumprimento pela Comunidade e pelos seus Estados-Membros dos compromissos assumidos ao abrigo do Protocolo de Quioto da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as alterações climáticas (a seguir «Protocolo de Quioto»). Adoptado em 11 de Dezembro de 1997, o referido protocolo visa a redução

1 — Língua original: francês.
2 — V. Conseil d'État, Ass., 20 de Outubro de 1989, Lebon, p. 190.

do total das emissões de gases com efeito de estufa em pelo menos 5%, em relação aos níveis de 1990, no período de 2008-2012. Aprovado pela Comunidade por decisão de 25 de Abril de 2002, inclui os compromissos, assumidos pela Comunidade Europeia e pelos seus Estados-Membros, de reduzir as suas emissões de gases com efeito de estufa em 8%, em relação aos níveis de 1990, no período de 2008 a 2012, compromissos estes que a Comunidade e os seus Estados-Membros acordaram em cumprir conjuntamente.

4. Sem esperar pela entrada em vigor do Protocolo de Quioto, que ocorreu em 16 de Fevereiro de 2005, a Comunidade e os seus Estados-Membros decidiram cumprir antecipadamente as obrigações assumidas. Para este efeito, o Parlamento Europeu e o Conselho adoptaram a Directiva 2003/87/CE, em 13 de Outubro de 2003, com base no artigo 175.º, n.º 1, CE [3]. Esta entrou em vigor em 25 de Outubro de 2003, tendo o prazo para a sua transposição sido fixado em 1 de Janeiro de 2005.

5. A fim de promover a redução das emissões de gases com efeito de estufa, em condições que ofereçam uma boa relação de custo-eficácia e que sejam economicamente eficientes, a Directiva 2003/87 cria um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa. Durante a primeira fase, de 2005 a 2007, a directiva só abrange, nos termos do seu artigo 4.º, um dos gases com efeito de estufa indicados no anexo II, isto é, o dióxido de carbono (ou CO2), e apenas as emissões resultantes das actividades enumeradas no anexo I. O regime de comércio de licenças que institui só é assim aplicável, no decurso desta primeira fase, às actividades desenvolvidas no sector da energia, à produção e transformação de metais ferrosos (gusa, aço), à indústria mineral (cimento, vidro, cerâmica) e à produção de pasta de papel, de papel e de cartão. Todavia, o artigo 30.º da Directiva 2003/87 prevê uma revisão que terá por objecto uma eventual alteração do anexo I, a fim de aí incluir outras actividades e as emissões de outros gases com efeito de estufa.

6. Nos termos do artigo 4.º da Directiva 2003/87, qualquer instalação que desenvolva uma actividade enumerada no seu anexo I e que provoque emissões de CO2 deve deter um título emitido pela autoridade competente, o qual só será atribuído se o operador provar que é capaz de monitorizar e comunicar as emissões de CO2. A quantidade total de licenças de emissão atribuídas por cada Estado-Membro aos operadores das instalações enumeradas no referido anexo I é estabelecida com base num plano nacional de atribuição de licenças de emissão. Este plano especifica, para o primeiro período de três anos e, em seguida, para subsequentes períodos de cinco anos, não só a quantidade total de licenças de emissão que o Estado-Membro tenciona atribuir para o período considerado mas também os critérios com base nos quais se propõe atribuí-las.

7. O artigo 10.º da directiva estabelece a obrigação de os Estados-Membros atribuírem gratuitamente pelo menos 95% das licenças de

3 — Directiva relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Directiva 96/61/CE do Conselho (JO L 275, p. 32).

emissão para a primeira fase e pelo menos 90% para o segundo período. Por último, nos termos do artigo 12.º, as licenças podem ser transferidas entre pessoas no interior da Comunidade e entre pessoas no interior da Comunidade e pessoas de países terceiros.

8. A transposição da Directiva 2003/87 para o direito francês foi feita por despacho de 15 de Abril de 2004, que cria um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, devendo as normas de execução ser definidas por decreto a adoptar pelo Conseil d'État. Com esta base, foi adoptado o Decreto n.º 2004-832, de 19 de Agosto de 2004.

II — Litígio no processo principal e questão prejudicial

9. A sociedade Arcelor e outras empresas siderúrgicas requereram, em 12 de Julho de 2005, ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro, ao Ministro da Ecologia e do Desenvolvimento Sustentável e ao Ministro delegado para a Indústria, a revogação do artigo 1.º do Decreto n.º 2004-832, de 19 de Agosto de 2004, na medida em que estabelece que o mesmo é aplicável às instalações do sector siderúrgico. Tendo o seu pedido sido indeferido, as recorrentes interpuseram no Conseil d'État, em 15 de Novembro de 2005, um recurso, com fundamento em ilegalidade, das decisões tácitas de indeferimento do pedido de revogação e pediram que fosse ordenado às autoridades administrativas competentes que procedessem à revogação solicitada. Em apoio do seu recurso, invocaram a violação de vários princípios de valor constitucional, como o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa e o princípio da igualdade.

10. No seu acórdão de reenvio, o Conseil d'État observou que o artigo 1.º do decreto controvertido, ao submeter as actividades siderúrgicas ao regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, se limita a reproduzir, em termos idênticos, o conteúdo da Directiva 2003/87. Com efeito, o anexo I da referida directiva, que estabelece a lista das actividades às quais se aplica, refere, nomeadamente, a respeito das emissões de dióxido de carbono, as actividades de «produção e transformação de metais ferrosos», ou seja, as «instalações de ustulação ou sinterização de minério metálico (incluindo sulfuretos)» e as «instalações para a produção de gusa ou aço (fusão primária ou secundária), incluindo vazamento contínuo, com uma capacidade superior a 2,5 toneladas por hora». De igual modo, o artigo 1.º do Decreto de 19 de Agosto de 2004 dispõe que «[o] presente decreto é aplicável às instalações classificadas para a protecção do ambiente, que produzem ou transformam metais ferrosos, que produzem energia, produtos minerais, papel ou pasta de papel e que preenchem os critérios estabelecidos no anexo do presente decreto, no que diz respeito às suas emissões de dióxido de carbono para a atmosfera»; e, nos termos do ponto II-A do anexo ao dito decreto, são referidas, a respeito das actividades de produção e de transformação de metais ferrosos, as «instalações de ustulação ou sinterização de minério metálico, incluindo sulfuretos» e as «instalações de produção de gusa ou de aço (fusão primária ou secundária), incluindo vazamento contínuo com uma capacidade superior a 2,5 toneladas por hora». Como correctamente observa o Conseil d'État, esta reprodução do conteúdo da directiva era imposta

por este diploma, que exclui a possibilidade de um Estado-Membro subtrair actividades referidas no seu anexo I do âmbito do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa.

11. Assim, contestar a constitucionalidade do decreto equivale a pôr indirectamente em causa a conformidade da própria directiva com a Constituição francesa. Sobre este ponto, o Conseil d'État começa por recordar o primado da Constituição na ordem jurídica interna. Observa, no entanto, que decorre da aceitação, pelo poder constituinte, da participação da República Francesa na construção europeia, formulada no artigo 88.º-1 da Constituição francesa de 4 de Outubro de 1958, «uma obrigação constitucional de transposição das directivas», à qual não se pode, por isso, em princípio, obstar. Daqui decorre que a fiscalização, por uma directiva, do respeito de princípios e normas de valor constitucional só pode ser exercida pelo Conseil d'État, no caso de não haver equivalência de protecção, ou seja, se não existir nenhuma norma nem nenhum princípio geral de direito comunitário que, atendendo à sua natureza e ao seu alcance, de acordo com a sua interpretação no estado actual da jurisprudência comunitária, garanta, através da sua aplicação, a efectividade do respeito da disposição ou do princípio constitucional invocado. Se, pelo contrário, houver equivalência de protecção, o juiz nacional efectua a «translação» [4] para a esfera comunitária do conflito entre a norma comunitária e a norma constitucional nacional: o fundamento relativo à violação de normas ou princípios de valor constitucional é requalificado, de modo que a contestação da constitucionalidade da directiva se torna numa contestação da sua validade à luz do direito comunitário; e, em caso de dificuldades sérias, a apreciação da justeza da referida contestação é remetida ao Tribunal de Justiça, em conformidade com a jurisprudência Foto-Frost [5].

12. Aplicando o quadro de fiscalização assim apresentado, o Conseil d'État observa desde logo que o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa são igualmente garantidos na ordem jurídica comunitária, com um alcance equivalente, e conclui que não se pode considerar que a directiva controvertida os viole. Quanto à crítica de violação do princípio constitucional da igualdade, que resulta de um tratamento uniforme de situações diferentes, o juiz administrativo francês rejeita-a por ser inoperante, visto que o princípio constitucional da igualdade, diferentemente do princípio comunitário da igualdade, não obriga a tratar de forma diferente situações diferentes [6].

13. Restava ainda o fundamento de violação do princípio constitucional da igualdade, que é causada pelo tratamento diferente de situações comparáveis. A este respeito, o Conseil d'État observa que existe um prin-

4 — Retomando a expressão feliz de Matthias Guyomar, agente do Governo, nas suas observações neste processo, RFDA 2007, p. 384, especialmente p. 394.

5 — Acórdão de 22 de Outubro de 1987 (314/85, Colect., p. 4199).

6 — V., neste sentido, Conseil d'État, Ass., 28 de Março de 1997, Société Baxter, Lebon, p. 114, e Conseil d'État, Sect., 19 de Março de 2007, Le Gac, petição n.º 300 467 e o.

cípio geral de direito comunitário que, pelo âmbito que lhe confere a jurisprudência do Tribunal de Justiça, «garante a efectividade do princípio constitucional». E a validade da Directiva 2003/87 à luz deste princípio comunitário da igualdade suscita uma dificuldade séria. As dúvidas do juiz de reenvio sobre a questão da validade assentam nas considerações seguintes: as indústrias do plástico e do alumínio estão numa situação comparável à das indústrias do sector siderúrgico, porque emitem gases com efeito de estufa idênticos àqueles cuja emissão a Directiva 2003/87 pretendeu limitar, e estão em situação de concorrência com a indústria siderúrgica, na medida em que produzem materiais que podem substituir parcialmente os produzidos por esta; ora, estas indústrias estão sujeitas a um tratamento diferente porque não estão abrangidas, enquanto tais, pelo regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa; é duvidoso que haja uma justificação objectiva para tal diferença de tratamento, mesmo que a decisão de não incluir imediatamente, enquanto tais, as indústrias do plástico e do alumínio no regime tenha sido tomada tendo em consideração a sua quota-parte relativa nas emissões totais de gases com efeito de estufa e a necessidade de assegurar a criação progressiva de um sistema global.

14. É por estas razões que o Conseil d'État considera necessário submeter ao Tribunal de Justiça a questão da validade da directiva de 13 de Outubro de 2003 à luz do princípio da igualdade, na medida em que estabelece que o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa é aplicável às instalações do sector siderúrgico, sem nela incluir as indústrias do alumínio e do plástico.

III — Apreciação

15. Pode parecer que, tendo sido chamado a pronunciar-se sobre a conformidade da Directiva 2003/87 com a Constituição francesa, o Conseil d'État se tenha visto confrontado com a tarefa impossível de ter de conciliar o inconciliável: como assegurar a protecção da Constituição na ordem jurídica interna, sem ofender a exigência existencial do primado do direito comunitário? Esta reivindicação concorrente de soberania jurídica é a própria manifestação do pluralismo jurídico que marca a originalidade do processo de integração europeia. Da solução que lhe foi dada pelo juiz de reenvio surge a presente questão prejudicial. Longe de obstar à aplicação uniforme do direito comunitário, leva o juiz *a quo* a pedir orientação ao Tribunal de Justiça, pela via prejudicial, para garantir o respeito, pelos actos comunitários, dos valores e princípios igualmente reconhecidos na sua constituição nacional. Neste pedido, não há nada que nos surpreenda, uma vez que a própria União assenta nos princípios constitucionais comuns aos Estados-Membros, como recorda o artigo 6.º, n.º 1, UE. Na realidade, o que o Conseil d'État pede ao Tribunal de Justiça não é que verifique a conformidade de um acto comunitário com certos valores constitucionais nacionais — o que, aliás, não podia fazer —, mas que fiscalize a sua legalidade à luz de valores constitucionais europeus análogos. É por esta via que o que, à primeira vista, parecia irreconciliável, foi, de facto, reconciliado. A União Europeia e as ordens jurídicas nacionais baseiam-se nos mesmos valores jurídicos fundamentais. Enquanto compete aos órgãos jurisdicionais nacionais garantir o respeito

destes valores no âmbito de aplicação das respectivas constituições, é ao Tribunal de Justiça que cabe a responsabilidade de fazer o mesmo no âmbito da ordem jurídica comunitária.

16. O artigo 6.º UE exprime o respeito devido aos valores constitucionais nacionais. Indica também as medidas adequadas para evitar um verdadeiro conflito com estes, nomeadamente ancorando os fundamentos constitucionais da União nos princípios constitucionais comuns aos Estados-Membros. Com esta disposição, é assegurado aos Estados-Membros que o direito da União não ameaçará os valores fundamentais das suas constituições. No entanto, ao mesmo tempo, transferiram para o Tribunal de Justiça a responsabilidade de proteger estes valores no âmbito do direito comunitário. A este respeito, o Conseil d'État tem razão ao presumir que há identidade entre os valores fundamentais da sua constituição e os da ordem jurídica comunitária. Deve, contudo, sublinhar-se que esta congruência estrutural só pode ser garantida num plano sistémico e que só pode existir a nível comunitário e através dos mecanismos previstos no Tratado. É esta identidade sistémica que é recordada no artigo 6.º UE e que garante que as constituições nacionais não serão violadas, mesmo que estas já não possam ser utilizadas como normas de referência para a fiscalização da legalidade dos actos comunitários. Se assim fosse, na medida em que o conteúdo e os instrumentos de protecção das constituições nacionais variam muito, a aplicação de actos comunitários poderia ser objecto de derrogações num Estado-Membro e não noutro. Tal resultado violaria os princípios enunciados no artigo 6.º UE e, em particular, prejudicaria o entendimento da Comunidade como sendo uma Comunidade de direito. Por outras palavras, se as constituições nacionais pudessem ser invocadas para impor uma aplicação selectiva e discriminatória das normas comunitárias no território da União, seria alterada, paradoxalmente, a conformidade da ordem jurídica comunitária com as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros. É por isso que o Tribunal de Justiça, no acórdão Internationale Handelsgesellschaft, declarou que «a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-Membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado» [7]. Por conseguinte, o primado do direito comunitário constitui efectivamente uma exigência existencial da ordem jurídica de uma Comunidade de direito.

17. O artigo 6.º UE limita-se a explicitar o que já decorria desta exigência existencial, ou seja, que o exame da compatibilidade dos actos comunitários com os valores e princípios constitucionais dos Estados-Membros só pode ser efectuado através do próprio direito comunitário, estando limitado, no essencial, aos valores fundamentais que fazem parte das suas tradições constitucionais comuns. Tendo o direito comunitário integrado assim os valores constitucionais dos Estados-Membros, as constituições nacionais devem adaptar as suas pretensões à supremacia, a fim de respeitar a exigência existencial de primado do direito comunitário no seu âmbito de aplicação. Isto não significa que os órgãos jurisdicionais nacionais não desempenhem

7 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Colect. 1969-1970, p. 625, n.º 3).

nenhum papel na interpretação a dar aos princípios gerais e direitos fundamentais comunitários. Pelo contrário, é inerente à própria natureza dos valores constitucionais da União, enquanto valores constitucionais comuns aos Estados-Membros, a necessidade de serem precisados e desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça em diálogo constante com os órgãos jurisdicionais nacionais, nomeadamente com os que são responsáveis pela interpretação autêntica das constituições nacionais. O instrumento adequado deste diálogo é o reenvio prejudicial e é nesse contexto que a presente questão deve ser compreendida.

18. Feitas estas observações preliminares, verifica-se que o presente reenvio prejudicial convida o Tribunal de Justiça a responder a duas perguntas. A primeira diz respeito aos pontos sobre os quais pode exercer a fiscalização da validade da directiva controvertida. É a questão do âmbito da análise de validade. A segunda corresponde ao próprio objecto da questão prejudicial. É a questão da conformidade da directiva impugnada com o princípio da igualdade.

A — *Âmbito da análise de validade*

19. A questão prejudicial de validade submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio só tem por objecto a conformidade da Directiva 2003/87 com o princípio da igualdade «na medida em que estabelece que o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa é aplicável às instalações do sector siderúrgico, sem nela incluir as indústrias do alumínio e do plástico». No entanto, as recorrentes no processo principal convidam o Tribunal de Justiça a alargar a sua análise de validade a outros fundamentos de legalidade que, na sua maioria, já haviam invocado, no essencial, no âmbito do processo jurisdicional nacional. Estes fundamentos são relativos à violação do princípio da igualdade, na medida em que a directiva implica também um tratamento uniforme de situações diferentes, à violação da liberdade de estabelecimento, do direito de propriedade, do direito ao livre exercício das actividades profissionais e dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica.

20. Estes fundamentos invocados pelas recorrentes no processo principal são admissíveis? Até onde pode ir a fiscalização da legalidade pelo Tribunal de Justiça no âmbito de um processo de reenvio prejudicial para apreciação da validade?

21. Em princípio, a análise efectuada pelo Tribunal de Justiça no âmbito de um reenvio prejudicial é delimitada pela questão colocada pelo juiz que conhece do mérito da causa. As

partes não podem modificar-lhe o conteúdo [8] nem o Tribunal de Justiça pode ceder ao convite destas [9]. A razão é que o artigo 234.º CE institui uma cooperação directa entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais através de um processo não contencioso, alheio a qualquer iniciativa das partes e no decurso do qual estas apenas são convidadas a apresentar as suas observações [10]. A cooperação jurisdicional que esta disposição institui assenta numa nítida separação de funções entre o órgão jurisdicional nacional e o Tribunal de Justiça, pelo que só ao juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a proferir, compete apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça [11]. A estas razões materiais relativas à própria essência do processo prejudicial acresce uma outra de ordem processual, segundo a qual qualquer alteração à substância das questões prejudiciais afecta a obrigação de o Tribunal de Justiça assegurar aos governos dos Estados-Membros e às partes interessadas a possibilidade de apresentarem observações, em conformidade com o artigo 23.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça (ex-artigo 20.º), tendo em conta que, nos termos desta disposição, apenas as decisões de reenvio são notificadas às partes interessadas [12].

22. É certo que o respeito da competência do órgão jurisdicional nacional para estabelecer o âmbito da análise da questão prejudicial não exclui uma certa flexibilidade. Assim, se a questão prejudicial de validade estiver formulada abertamente, ou seja, se a sua redacção só a título exemplificativo especificar as causas de invalidade, o Tribunal de Justiça considera-se autorizado a proceder à mais ampla análise de validade [13]. Mais ainda, o Tribunal revela por vezes uma grande liberdade face à redacção das questões e, se for caso disso, não hesita em reformulá-las. Até acontece chegar a transformar uma questão de interpretação numa questão de validade [14]. Por outro lado, a interpretação dada a uma medida comunitária pode por vezes levá-lo a analisar a sua validade [15], ou mesmo a declarar a sua invalidade [16].

23. Todavia, quando a questão prejudicial indica as causas de invalidade, o Tribunal de Justiça, salvo no caso de um eventual exame oficioso de um fundamento de ordem pública [17], limita a sua fiscalização ao exame das referidas causas, com exclusão dos fundamentos invocados pelas partes no

8 — V. acórdãos de 9 de Dezembro de 1965, Singer (44/65, Colect. 1965-1968, p. 251, especialmente p. 253), e de 17 de Setembro de 1998, Kainuun Liikenne e Pohjolan Liikenne (C-412/96, Colect., p. I-5141, n.º 23).

9 — V. acórdão de 12 de Fevereiro de 2004, Slob (C-236/02, Colect., p. I-1861, n.º 29).

10 — V., por exemplo, acórdão de 6 de Julho de 2000, ATB e o. (C-402/98, Colect., p. I-5501, n.º 29).

11 — V., ainda recentemente, acórdãos de 26 de Junho de 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone e o. (C-305/05, Colect., p. I-5305, n.º 18), e de 15 de Abril de 2008, Nuova Agricast (C-390/06, Colect., p. I-2577, n.º 43).

12 — V., designadamente, acórdãos de 30 de Janeiro de 1997, Wiljo (C-178/95, Colect., p. I-585, n.º 30), e de 20 de Março de 1997, Phytheron International (C-352/95, Colect., p. I-1729, n.º 14).

13 — V., por exemplo, acórdãos de 30 de Novembro de 1978, Welding (87/78, Recueil, p. 2457, Colect., p. 863); de 7 de Julho de 1981, Rewe-Handelsgesellschaft Nord e Rewe-Markt Steffen (158/80, Recueil, p. 1805), e de 17 de Julho de 1997, Affish (C-183/95, Colect., p. I-4315).

14 — V., por exemplo, acórdãos de 1 de Dezembro de 1965, Schwarze (16/65, Recueil, p. 1081, especialmente pp. 1094-1095, Colect. 1965-1968, p. 239), e de 15 de Outubro de 1980, Roquette Frères (145/79, Recueil, p. 2917, n.os 6 e 7).

15 — V. acórdãos de 27 de Setembro de 1988, Lenoir (313/86, Colect., p. 5391), e de 6 de Abril de 2000, Polo/Lauren (C-383/98, Colect., p. I-2519).

16 — V. acórdãos de 14 de Junho de 1990, Weiser (C-37/89, Colect., p. I-2395), e de 7 de Setembro de 1999, De Haan (C-61/98, Colect., p. I-5003).

17 — V., por exemplo, acórdão de 18 de Fevereiro de 1964, Rotterdam e Putterskoek (73/63 e 74/63, Colect. 1962-1964, p. 369, 375-376).

processo principal, que não tenham sido referidos pelo juiz de reenvio [18]. Da confiança devida ao juiz nacional enquanto juiz comunitário e do respeito pela missão que exerce a esse título decorre que o Tribunal de Justiça não pode invalidar a apreciação que o juiz nacional fez da legalidade de um acto comunitário, sem correr o risco de pôr em causa a aplicação uniforme do direito comunitário [19].

24. Por isso, o Tribunal de Justiça não devia discutir os fundamentos de invalidade da Directiva 2003/87, evocados pelas recorrentes no processo principal nas suas observações, relativos à violação de princípios diferentes do da igualdade. O argumento apresentado por estas, relativo à existência de um recurso de anulação da directiva controvertida pendente no Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, em apoio do qual os fundamentos invocados são mais abrangentes do que a causa de invalidade referida pelo Conseil d'État, não pode levar a uma conclusão diferente. Consequentemente, alinhar o âmbito do exame do Tribunal de Justiça pelo do Tribunal de Primeira Instância seria ignorar a autonomia das duas vias legais que são o recurso de anulação e o reenvio prejudicial, uma vez que o processamento de cada uma delas é concebido em função do objecto que lhe é próprio.

25. O Tribunal de Justiça pode, apesar disso, examinar também a alegação de violação do princípio da igualdade por tratamento idêntico de situações diferentes, que as recorrentes invocam no processo principal tanto perante o próprio Tribunal como perante o juiz de reenvio? É verdade que, segundo o alcance que lhe foi conferido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, o princípio comunitário da igualdade visa proibir não só o tratamento diferente de situações comparáveis mas também o tratamento uniforme de situações diferentes [20]. A dificuldade surge porque a norma com base na qual as recorrentes tinham, no âmbito do processo principal, criticado o tratamento uniforme de situações diferentes não era o princípio comunitário da igualdade. As recorrentes tinham invocado o princípio da igualdade de direito constitucional francês, desenvolvendo assim uma crítica à constitucionalidade interna da directiva. Ora, dado que o princípio francês não se opõe ao tratamento idêntico de situações diferentes, o Conseil d'État rejeitou o fundamento por ser inoperante, sem examinar a sua procedência. Por outras palavras, devido ao âmbito mais restrito do direito interno em matéria de igualdade, posição esta em que as recorrentes se colocaram, a argumentação destas não obriga o juiz de reenvio a arbitrar um conflito

18 — Para exemplos de recusa especialmente firme em analisar fundamentos de invalidade invocados pelas partes no processo principal, mas não referidos pelo órgão jurisdicional de reenvio, v. acórdãos, já referidos, Ordre des barreaux francophones et germanophone e o. (n.os 17 a 19) e Nuova Agricast (n.os 42 a 44).

19 — Esquece-se, efectivamente, com demasiada frequência que o acórdão Foto-Frost, já referido, reconhece ao juiz nacional o poder de examinar a validade dos actos comunitários, ficando reservada para o Tribunal de Justiça apenas a declaração da sua invalidade.

20 — Para uma jurisprudência muito recente, v. acórdão de 23 de Outubro de 2007, Polónia/Conselho (C-273/04, Colect., p. I-8925, n.º 86).

entre a directiva e o direito constitucional nacional. Por esta razão, o referido juiz, para evitar que a fiscalização da conformidade da directiva com a Constituição francesa pudesse obstar à aplicação do direito comunitário, não tinha de transferir o conflito para a esfera comunitária através de uma requalificação do fundamento de constitucionalidade em fundamento relativo à violação do princípio comunitário da igualdade e através do reenvio do seu exame ao Tribunal de Justiça.

26. O destino do fundamento relativo ao tratamento uniforme de situações diferentes seria sem dúvida diferente se as recorrentes se tivessem baseado no princípio comunitário da igualdade: o juiz do processo principal teria examinado a sua procedência e, em caso de dúvida sobre a validade da directiva a este respeito, submetido a questão ao Tribunal de Justiça. Todavia, se aceitasse analisar esta dimensão do princípio da igualdade, o Tribunal de Justiça poderia assim dar a impressão, incómoda, de reparar um erro de estratégia contenciosa.

27. Ao invés, não se pronunciar sobre o referido fundamento equivaleria, afinal, a alinhar o âmbito do princípio comunitário da igualdade pelo do, menos protector, princípio de direito francês correspondente. Isto seria contrariar a autonomia do direito comunitário. Por conseguinte, parece-me que o Tribunal de Justiça deveria igualmente examinar a crítica relativa ao tratamento idêntico de situações diferentes. Além disso, na medida em que, desta forma, a fiscalização da validade continuaria limitada à verificação do respeito do princípio que gerou as dúvidas e o reenvio do juiz *a quo*, pode sustentar-se, sem recorrer demasiado às soluções estabelecidas na matéria, que o exame do Tribunal de Justiça permaneceria «no âmbito da questão prejudicial» que lhe é submetida [21].

B — *Validade da Directiva 2003/87 à luz do princípio da igualdade*

28. O princípio geral da igualdade, enquanto princípio geral de direito comunitário, exige que «situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, excepto se esse tratamento for objectivamente justificado» [22].

21 — Acórdão de 28 de Outubro de 1982, Dorca Marina e o. (50/82 a 58/82, Recueil, p. 3949, n.º 13).

22 — Acórdãos de 13 de Dezembro de 1984, Sermide (106/83, Recueil, p. 4209, n.º 28); de 20 de Setembro de 1988, Espanha/ /Conselho (203/86, Colect., p. 4563, n.º 25); de 19 de Março de 1992, Hierl (C-311/90, Colect., p. I-2061, n.º 18); de 5 de Outubro de 1994, Crispoltoni e o. (C-133/93, C-300/93 e C-362/93, Colect., p. I-4863, n.º 51); de 10 de Setembro de 1996, Comissão/Reino Unido (C-222/94, Colect., p. I-4025, n.º 34); de 9 de Setembro de 2004, Espanha/ /Comissão (C-304/01, Colect., p. I-7655, n.º 31); e Polónia/ /Conselho, já referido (n.º 86).

29. O exame da validade da directiva controvertida à luz do princípio comunitário da igualdade deve, como se disse, incidir sobre as duas dimensões que a jurisprudência do Tribunal de Justiça lhe reconhece.

30. Antes de se proceder a esse exame, importa recordar o objecto e a intensidade da fiscalização do respeito do princípio da igualdade exercida pelo Tribunal de Justiça.

31. O princípio da igualdade criou uma presunção por força da qual qualquer diferença de tratamento constitui uma discriminação, a menos que o legislador aduza uma justificação aceitável [23], ou seja, objectiva e razoável [24]. Em todos os sistemas jurisdicionais, a intensidade da fiscalização exercida sobre essa justificação e da diferença de tratamento que daí decorre varia de acordo com o domínio e com as razões apresentadas pelo legislador [25].

32. Se o legislador utilizar classificações suspeitas, ou seja, relacionadas com a raça, o sexo, a origem étnica, as opiniões políticas ou religiosas, etc., a fiscalização será muito rigorosa e poderá alargar-se até à fiscalização estrita da proporcionalidade. De igual modo, em direito comunitário, o facto de o Tratado ser particularmente cauteloso em relação a determinados critérios de diferenciação, como a nacionalidade (artigo 12.º CE) ou os critérios enunciados no artigo 13.º CE, cria uma presunção de discriminação que desencadeia, também aí, uma fiscalização jurisdicional que inclui geralmente um exame estrito da proporcionalidade.

33. Em contrapartida, em determinados domínios, especialmente no da regulamentação económica e social, quando o legislador não recorra a essas classificações suspeitas, ou seja, quando só esteja em causa a igualdade perante a lei, o grau de intensidade da

23 — V. Benedettelli, M. V. — *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle comunità europee,* Dott. A. Milani, Pádua, 1989, p. 20.

24 — V. Hernu, R. — *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes,* LGDJ 2003, pp. 427 e segs.

25 — V., neste sentido, para uma apresentação de conjunto da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão na matéria: Somek, A. — «The Deadweight of formulae: what might have been the second germanization of american equal protection review», *Journal of Constitutional Law,* 1998-1999, p. 284; Sachs, M. — «The Equality Rule Before the German Federal Constitutional Court», *Saint-Louis-Warsaw transatlantic Law Journal,* 1998, p. 139; v., também, para uma jurisprudência recente, BverfGE, 13 de Março de 2007, 1BvF 1/05, §§ 79 a 82. Na sua jurisprudência, o Conselho Constitucional francês revela igualmente uma gradação da fiscalização jurisdicional em função dos domínios de aplicação do princípio da igualdade e dos tipos de discriminação criados pelo legislador (v. Mélin-Soucramanien, F. — *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* Económica 1997, pp. 130 a 162).

fiscalização é menos elevado. Esta constatação vale para todos os sistemas judiciais nacionais, mesmo que os marcadores desta limitação da fiscalização («reasonableness», «rational basis», erro manifesto, «Willkürverbot», etc.) e a amplitude desta possam variar. Podem apresentar-se três justificações para este grau inferior de fiscalização. Primeira, como o princípio da igualdade pode ser invocado contra todo o tipo de medidas governamentais, quaisquer que sejam os interesses ou actividades afectadas, se os juízes exercessem sempre uma fiscalização aprofundada, submeteriam frequentemente as opções económicas e sociais do legislador a uma segunda apreciação, o que poria em causa, simultaneamente, a sua legitimidade e a sua capacidade de tratamento judicial. Segunda, toda a actividade legislativa implica opções e tem efeitos redistributivos: em princípio, embora estas opções e efeitos redistributivos favoreçam inevitavelmente certas categorias sociais ou económicas em detrimento de outras, não constituem discriminações, competindo ao processo político discutir, definir e repartir estes efeitos redistributivos. Terceira, somente quando grupos específicos, que muitas vezes estão sub-representados no processo de decisão política, são identificados e protegidos pela lei é que os juízes têm legitimidade para fiscalizar com maior rigor as diferenças de tratamento decididas pela política.

34. Considerações análogas conduzem também, no direito comunitário, ao reconhecimento de um poder discricionário ao titular do poder normativo e à limitação consecutiva da fiscalização jurisdicional. Uma vez que fazer opções e arbitrar interesses divergentes implica fazer apreciações complexas, o Tribunal de Justiça concedeu, para o efeito, uma grande margem de apreciação ao legislador comunitário, quer em matéria agrícola [26], social [27], comercial [28] ou ainda no domínio dos transportes [29]. O mesmo aconteceu em matéria de política ambiental, «tendo em conta, por um lado, a necessidade da ponderação de determinados objectivos e princípios referidos no artigo 130.º-R do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 174.º CE), […] e, por outro, a complexidade da aplicação dos critérios que o legislador comunitário deve respeitar no quadro da implementação da política ambiental» [30].

35. Consequentemente, a fim de respeitar o poder discricionário das instituições e não usurpar, sem consideração pela separação de poderes, as responsabilidades políticas que lhes incumbe, substituindo pela sua própria

26 — V. acórdão de 5 de Outubro de 1994, Alemanha/Conselho (C-280/93, Colect., p. I-4973, n.os 89 e 90).

27 — V. acórdão de 12 de Novembro de 1996, Reino Unido/Conselho (C-84/94, Colect., p. I-5755, n.º 58).

28 — V. acórdão de 19 de Novembro de 1998, Reino Unido/Conselho (C-150/94, Colect., p. I-7235, n.º 53).

29 — V. acórdão de 17 de Julho de 1997, SAM Schiffahrt e Stapf (C-248/95 e C-249/95, Colect., p. I-4475).

30 — Acórdão de 15 de Dezembro de 2005, Grécia/Comissão (C-86/03, Colect., p. I-10979, n.º 88). V., também, acórdãos de 14 de Julho de 1998, Safety Hi-Tech (C-284/95, Colect., p. I-4301, n.º 37) e Bettati (C-341/95, Colect., p. I-4355, n.º 35).

apreciação a apreciação reservada às referidas instituições [31], o Tribunal de Justiça limita a sua fiscalização, a partir do momento em que não estão em causa classificações suspeitas, à detecção de algum erro manifesto de apreciação cometido nas opções legislativas efectuadas. Pode observar-se esta limitação da fiscalização jurisdicional nesses domínios, incluindo quando se trata de verificar a compatibilidade da medida tomada com os princípios gerais do direito comunitário, em particular com o princípio da igualdade [32].

36. Esta limitação da fiscalização jurisdicional não pode ser considerada como uma falta de fiscalização. Quando a fiscalização restrita incide sobre o respeito do princípio da igualdade, pode ser esquematicamente apresentada do seguinte modo:

— o Tribunal de Justiça verifica, em primeiro lugar, se as diferenciações efectuadas pelo legislador obedecem a critérios objectivos, ou seja, ligados a uma finalidade legalmente admissível prosseguida pela legislação em causa [33];

— o Tribunal de Justiça vela também, sempre com a preocupação de prevenir a arbitrariedade, pela manutenção da coerência interna da legislação em causa, ou seja, pelo respeito dos critérios objectivos adoptados pelo legislador e pela ponderação que destes critérios decidiu efectuar;

— o Tribunal de Justiça verifica, por último, a adequação entre a diferença de tratamento instituída e a finalidade prosseguida e, nessa perspectiva, limita-se, na maioria dos casos, a verificar se a medida tomada não é manifestamente inapropriada.

37. O que é então um erro manifesto? Mesmo que se trate de um padrão jurisprudencial cujos contornos o Tribunal de Justiça define em cada processo, resulta de uma sistematização da sua jurisprudência que o erro manifesto é, antes de mais, o erro *evidente*. Teoricamente, é certo que a evidência pode ser procurada «com o entusiasmo de um detective míope» [34] ou, pelo contrário, perseguida «à maneira […] dos maiores heróis da

31 — Resulta, com efeito, de jurisprudência assente que o Tribunal de Justiça baseia o poder discricionário, e a limitação consecutiva da sua fiscalização, na necessidade, comandada pelo princípio da separação de poderes, de respeitar as «responsabilidades políticas» que o Tratado confere ao legislador comunitário e, por consequência, de não substituir este último nas opções que tem de efectuar (v., por exemplo, acórdãos de 11 de Julho de 1989, Schräder HS Kraftfutter, 265/87, Colect., p. 2237, n.º 22, e de 13 de Novembro de 1990, Fedesa e o., C-331/88, Colect., p. I-4023, n.º 14).

32 — V., designadamente, acórdão de 21 de Fevereiro de 1990, Wuidart e o. (C-267/88 a C-285/88, Colect., p. I-435, n.os 13 a 18). V., também, acórdãos de 26 de Março de 1987, Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons (58/86, Colect., p. 1525, n.os 14 a 17), e de 8 de Junho de 1989, AGPB (167/88, Colect., p. 1653, n.os 29 a 33).

33 — V. n.º 42 das presentes conclusões.

34 — Segundo a bela fórmula de Kornprobst, M. — «L'erreur manifeste', *Recueil Dalloz*, 1965, Chronique, p. 121, especialmente p. 124.

literatura policial» [35]. Mas, também aí, resulta de uma leitura atenta da jurisprudência comunitária que, em geral, um erro que não é incontestável não é evidente: se subsistir alguma dúvida, se o recorrente não chegar a demonstrar que a autoridade demandada no Tribunal de Justiça não tem razão; se, dito ainda de outro modo, a autoridade comunitária «pôde» ou «podia» adoptar o acto [36], ou seja, podia ter razão, a petição é rejeitada. O erro manifesto é também o erro *grave*, pois, na verdade, o erro que atinge um determinado limiar de gravidade torna-se evidente [37]. Assim entendido, o conceito de erro manifesto de apreciação não se afasta muito do de «reasonableness» ou de «unreasonableness», que constitui o limite da análise, pelos tribunais britânicos, da legalidade dos actos administrativos discricionários [38]. Não é, de resto, certamente por acaso que o Tribunal de Justiça, em determinados acórdãos, após ter recordado a restrição da sua fiscalização, na matéria, ao erro manifesto de apreciação, rejeitou o fundamento, porque a autoridade comunitária «podia razoavelmente» efectuar a apreciação contestada [39], porque esta era «razoavelmente admissível» [40]. Parece igualmente próxima do conceito de arbitrariedade, especialmente utilizado no direito alemão [41].

38. A fiscalização do erro manifesto de apreciação — detecção de um vício grave, evidente, sanção da apreciação desrazoável, censura do arbitrário — não se destina, portanto, a que a medida cuja adopção exigia apreciações complexas fosse a melhor possível; é consentida ao legislador uma certa margem de erro, desde que não seja transposto o limiar do manifesto.

39. Estes constituem, em minha opinião, o objecto e a intensidade da fiscalização do respeito do princípio da igualdade efectuada pelo Tribunal de Justiça em matéria económica [42] e, portanto, é a este exame que vou agora proceder neste processo, para responder à questão prejudicial submetida.

35 — Bourgois, J.-P. — *L'erreur manifeste d'appréciation, la décision administrative, le juge et la force de l'évidence,* ed. L'Espace juridique, 1988, especialmente p. 231.

36 — V., por exemplo, acórdãos de 18 de Março de 1975, Deuka (78/74, Recueil, p. 421, n.º 9, Colect., p. 163), e de 13 de Dezembro de 1994, SMW Winzersekt (C-306/93, Colect., p. I-5555, n.os 25 a 27).

37 — V. a formulação particularmente esclarecedora que o Tribunal de Justiça utilizou no acórdão de 17 de Junho de 1965, Itália/Comissão (32/64, Recueil, p. 473, especialmente pp. 486-487, Colect. 1965-1968, p. 111).

38 — Sobre o conceito de «reasonableness» ou «unreasonableness», v. MacCormick, N. — «On reasonableness», in Ch. Perelman e R. Van der Elst — *Les notions à contenu variable en droit*, ed. E. Bruylant, Bruxelas, 1984, p. 131.

39 — Acórdão Wuidart e o., já referido, n.os 16 a 18.

40 — Acórdão de 10 de Maio de 1979, Itália/Comissão (12/78, Recueil, p. 1731, n.os 30 e 31).

41 — Nada melhor para ilustrar a equivalência destes diferentes marcadores da limitação da fiscalização do princípio da igualdade do que referir os seguintes extractos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe: «[o] princípio da igualdade é violado quando não se pode encontrar, na base de uma diferença ou de uma igualdade de tratamento legal, uma justificação razoável, resultante da natureza das coisas ou de uma qualquer razão objectivamente plausível, ou seja, quando a disposição deve ser considerada arbitrária» [BverfGE, 23 de Outubro de 1951, 1, 14 (52)], considerando-se que um comportamento arbitrário consiste numa «inadequação objectiva e manifesta da medida legal à situação de facto que deve reger» [BverfGE, 7 de Maio de 1953, 2, 266 (281)].

42 — Esta é também a intensidade da fiscalização que o Tribunal Constitucional Federal alemão efectuou sobre uma lei de transposição da Directiva 2003/87 à luz do princípio da igualdade garantido pela Lei Fundamental. Ao considerar que a referida directiva tinha, nesta matéria, deixado margem de manobra aos Estados-Membros para cumprirem a obrigação de transposição, concluiu poder fiscalizar a disposição legislativa contestada sem pôr em causa a constitucionalidade da própria directiva. Seguidamente, referindo a existência de uma grande margem de liberdade do legislador alemão no que respeita às medidas legislativas relativas à protecção do ambiente, o tribunal, reiterando jurisprudência assente, limitou a sua fiscalização ao respeito do Willkürverbot (BverfGE, 13 de Março de 2007, 1BvF 1/05).

1. Quanto ao tratamento diferente de situações comparáveis

40. A questão colocada pelo Conseil d'État francês, recorde-se, respeita à «validade da directiva de 13 de Outubro de 2003 à luz do princípio da igualdade, na medida em que estabelece que o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa é aplicável às instalações do sector siderúrgico, sem nela incluir as indústrias do alumínio e do plástico». Decorre da fundamentação da decisão do juiz *a quo* que as dúvidas que motivaram o reenvio da referida questão prejudicial dizem respeito à existência de uma justificação objectiva para esta diferença de tratamento instituída pela directiva impugnada entre, por um lado, o sector siderúrgico e, por outro, os sectores do plástico e do alumínio, quando os referidos sectores se encontram em situações comparáveis.

41. Há que afastar imediatamente a objecção aduzida pela Comissão e pelo Parlamento, segundo a qual a diferença de tratamento de situações comparáveis, admitindo que exista, não constitui uma discriminação, na medida em que, só por si, não traz desvantagens para a siderurgia, relativamente ao alumínio e ao plástico. As duas instituições alegam que os Estados-Membros continuam a poder decidir sobre a quantidade total de licenças que têm a intenção de atribuir, a sua repartição entre os sectores e que, portanto, podem conceder ao sector da siderurgia licenças que cubram a totalidade das suas necessidades. Acrescentam ainda que os Estados-Membros podem sujeitar os sectores não incluídos a medidas nacionais mais rigorosas do que o regime de comércio de licenças, a fim de respeitar os seus compromissos de redução dos gases com efeito de estufa assumidos por força do Protocolo de Quioto. Esta objecção equivale a sustentar que a discriminação que a directiva impõe ou autoriza pode ser corrigida pela política dos Estados-Membros. Ora, a existência de uma discriminação deve ser apreciada à luz do texto em causa e do dispositivo que cria. A referida objecção não pode, por isso, ser acolhida.

42. Para melhor circunscrever o objecto da questão colocada, importa esclarecer desde logo que determinar se um tratamento diferente de situações comparáveis é objectivamente justificado, ou seja, está baseado num critério objectivo, equivale, na realidade, a determinar se a diferença de tratamento é justificada por uma diferença de situações [43]. Com efeito, as situações nunca são idênticas em todos os pontos, não podendo nunca existir igualdade em todos os termos da comparação. Por conseguinte, adquire uma importância determinante a escolha do *tertium comparationis*, que permitirá ao legislador comunitário isolar, entre a infinidade de traços característicos das situações a comparar, os que se revelarem pertinentes para decidir da sua semelhança. Ora, a

43 — V., neste sentido, Lenaerts, K. — «L'égalité de traitement en droit communautaire', *Cahiers de droit européen,* 1991, p. 3, especialmente p. 11; Barents, R. — «The significance of the Non-Discrimination Principle for the Common Agricultural Policy: between Competition and Intervention», *Mélanges H. G. Schermers,* vol. 2, Martinus Nijhoff, 1994, p. 527, especialmente p. 536.

jurisprudência impõe que o critério usado seja «objectivo» [44], isto é, esteja relacionado com o objecto e com a finalidade da regulamentação a aplicar [45]. Por outras palavras, é à luz das finalidades da medida em questão que deve ser determinada a analogia das situações em causa. Por consequência, na medida em que o critério de diferenciação objectiva, como o critério de comparação das situações, se deve referir à finalidade prosseguida, invocá-lo para justificar uma diferença de tratamento de situações semelhantes equivale, afinal, a considerar a identidade das situações invocada como não sendo pertinente à luz do objectivo visado. Por outras palavras, a questão de validade que é objecto do presente reenvio prejudicial convida o Tribunal de Justiça a verificar se a inclusão do sector siderúrgico no âmbito do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa e a exclusão dos sectores do alumínio e do plástico deste regime encontram justificação em considerações objectivas, ou seja, são função do objecto e da finalidade da directiva impugnada.

43. Ora, nos termos do artigo 1.º da referida directiva, o regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa destina-se a «promover a redução das emissões de gases com efeito de estufa em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes». À luz deste objectivo, ainda que a existência de uma relação de concorrência entre os operadores económicos em causa possa desempenhar um papel, essa relação não pode ser considerada determinante em si mesma. Admitindo-se, como sustenta o juiz de reenvio e as recorrentes no processo principal, que as indústrias do aço e do alumínio sejam concorrentes, daqui não resulta que se deva considerar que estão em situações comparáveis, independentemente dos objectivos visados [46], e que, por consequência, devem ser tratadas da mesma maneira, à luz do regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa.

44. Também é verdade que o objectivo prosseguido de redução das emissões de gases com efeito de estufa impõe *a priori* a sujeição de todos os sectores industriais responsáveis por emissões à directiva controvertida e, por consequência, também os sectores dos metais não ferrosos e da indústria química. Mas a instituição pela Comunidade de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa

44 — V., por exemplo, acórdão de 13 de Julho de 1978, Milac (8/78, Recueil, p. 1721, n.º 18, Colect., p. 599); de 9 de Julho de 1985, Bozzetti (179/84, Recueil, p. 2301, n.º 34), e de 29 de Junho de 1995, SCAC (C-56/94, Colect., p. I-1769, n.º 28).

45 — Já em 1971, em matéria agrícola, o Tribunal de Justiça declarou, com efeito, que o carácter comparável ou não das situações «deve ser apreciado à luz dos objectivos do regime agrícola da Comunidade» (acórdão de 27 de Outubro de 1971, Rheinmühlen Düsseldorf, 6/71, Recueil, p. 823, n.º 14, Colect., p. 305). V. também as conclusões do advogado-geral F. Capotorti no processo Ruckdeschel e o. (acórdão de 19 de Outubro de 1977, 117/76 e 16/77, Recueil, p. 1753, especialmente p. 1779, Colect., p. 619).

46 — V., no mesmo sentido, acórdão de 11 de Março de 1987, Rau Lebensmittelwerke e o./Comissão (279/84, 280/84, 285/84 e 286/84, Colect., p. 1069, n.ºs 27 a 34): a acção «manteiga de Natal» foi considerada não discriminatória em relação à margarina, produto concorrente, «tendo em conta as diferenças objectivas que caracterizam os mecanismos jurídicos e as condições económicas dos mercados em causa». V., também, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Fevereiro de 1995, Campo Ebro e o./Conselho (T-472/93, Colect., p. II-421, n.ºs 84 e segs.): não foi declarado contrário ao princípio da igualdade um regulamento que previa a concessão de ajudas exclusivamente aos produtores de açúcar, apesar de haver uma relação de concorrência entre o açúcar e a isoglucose, visto que a situação destes dois produtos não era comparável à luz do objectivo pretendido pelo regulamento em causa, que era compensar os custos adicionais causados pela manutenção das existências de produtos.

inscreve-se no âmbito de uma abordagem «step by step», também denominada «learning by doing». Como todas as instituições intervenientes sublinharam, o regime instituído pela Directiva 2003/87 foi o primeiro do género no mundo. Devia servir de exemplo não só para os actores implicados na Comunidade mas também para os Estados terceiros e, para este efeito, devia imperativamente demonstrar a sua eficácia. A novidade do dispositivo, a complexidade do mecanismo de monitorização, notificação e verificação das emissões que o regime implica recomendavam uma certa prudência. Importava evitar a criação desde o início de um regime cujo âmbito de aplicação englobasse a maioria dos sectores industriais e a maior parte dos gases com efeito de estufa. Demasiada ambição podia levar ao insucesso, como recorda a sabedoria popular no seu provérbio: «quem muito abraça pouco aperta».

45. De facto, particularmente em domínios que comportam riscos societários inéditos e/ /ou em que o legislador inicia novas políticas, é geralmente sensato, tendo-se tornado comum, agir com prudência ao experimentar, em áreas limitadas, o novo dispositivo. De igual modo, os direitos dos Estados-Membros admitem, e até consagram, o recurso à experimentação legislativa [47]. O próprio Tribunal de Justiça reconheceu na sua jurisprudência a legitimidade de uma harmonização legislativa progressiva [48], atendendo, nomeadamente, à «complexidade da matéria» [49] a regular. E concedeu ao legislador uma margem de apreciação para decidir da oportunidade e do ritmo de uma harmonização progressiva [50].

46. Assim, faz parte da própria natureza da experimentação legislativa entrar em tensão com o princípio da igualdade. A própria ideia de «learning by doing» supõe, com efeito, a aplicação da nova política a apenas um número limitado dos seus potenciais sujeitos num primeiro momento; conduz a uma delimitação artificial do seu âmbito de aplicação, a fim de testar as consequências antes de alargar as suas regras a todos os operadores que possam, à luz dos seus objectivos, ficar sujeitos a ela. Todavia, o reconhecimento da legitimidade da experimentação legislativa não impede todas as eventuais críticas à luz do princípio da igualdade. Inevitavelmente, as discriminações que uma legislação experimental implica só podem ser compatíveis com o princípio da igualdade se estiverem preenchidas certas condições.

47 — O direito à experimentação normativa é assim reconhecido às colectividades territoriais no artigo 72.° da Constituição francesa de 4 de Outubro de 1958, desde a revisão constitucional de 28 de Março de 2003.

48 — V. acórdãos de 29 de Fevereiro de 1984, Rewe-Zentrale (37/83, Recueil, p. 1229, n.° 20); de 17 de Junho de 1999, Socridis (C-166/98, Colect., p. I-3791, n.° 26); e de 13 de Julho de 2006, Sam Mc Cauley Chemists e Sadja (C-221/05, Colect., p. I-6869, n.° 26).

49 — V. acórdãos de 29 de Fevereiro de 1996, Skanavi e Chryssanthakopoulos (C-193/94, Colect., p. I-929, n.° 27), e de 13 de Maio de 1997, Alemanha/Parlamento e Conselho (C-233/94, Colect., p. I-2405, n.° 43).

50 — V. acórdão Rewe-Zentrale, já referido, n.° 20; acórdão de 18 de Abril de 1991, Assurances du crédit/Conselho e Comissão (C-63/89, Colect., p. I-1799, n.° 11).

47. Antes de mais, é necessário que as medidas experimentais tenham carácter transitório. É o que efectivamente se passa com a directiva controvertida. O seu artigo 30.º prevê a revisão do referido diploma com base na «experiência adquirida» e nos «progressos registados na monitorização das emissões de gases com efeito de estufa», de modo a incluir no regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa outros sectores industriais e as emissões de outros gases com efeito de estufa. Ao abrigo desta disposição, a Comissão propôs a inclusão das actividades da aviação [51]. Sobretudo, com vista a reduzir as emissões de gases com efeito de estufa em, pelo menos, 20% relativamente aos seus níveis de 1990, sugeriu alargar o regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, por um lado, às emissões de CO2 provenientes de produtos petroquímicos, amoníaco e alumínio e, por outro, às emissões de N2O decorrentes da produção dos ácidos nítrico, adípico e glioxílico e às emissões de PFC do sector do alumínio [52].

48. Em seguida, é necessário que a delimitação do âmbito de aplicação da medida experimental obedeça a critérios objectivos. No caso em apreço, a exclusão ou a inclusão no regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa deve, assim, responder a considerações relacionadas com as finalidades prosseguidas pela directiva. Conforme já recordei, esta directiva visa reduzir as emissões de gases com efeito de estufa, com o mínimo de custos, ou seja, com a menor redução possível do desenvolvimento económico e do emprego [53]. Para este efeito, o legislador comunitário decidiu aplicar prioritariamente o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa às emissões de dióxido de carbono, uma vez que o CO2 representava, em 1999, mais de 80% das emissões de gases com efeito de estufa na Comunidade e que a monitorização das emissões de dióxido de carbono permitia produzir dados de boa qualidade e de modo consistente, enquanto que a monitorização das emissões de outros gases com efeito de estufa levantava ainda demasiados problemas [54]. Assim, sujeitou à directiva controvertida apenas os sectores industriais que emitiam mais CO2, pois, quanto maiores são as quantidades de emissões provenientes de um sector industrial, menor é o peso dos custos fixos (contabilização e declaração de emissões, verificação destas por um organismo independente, formação e emprego do pessoal necessário para gerir o comércio de emissões) que gera a aplicação do regime de comércio de licenças e que devem ser suportados por todos os operadores que nele participam; para os pequenos emissores, que só dispõem de um volume limitado de licenças susceptíveis de ser comercializadas, os eventuais benefícios que podem retirar de um regime de comércio de licenças são, pelo contrário, necessariamente menos importantes do que os que podem ser retirados pelos grandes emissores.

51 — Proposta de directiva de 20 de Dezembro de 2006 [COM (2006) 818 final].

52 — **Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Janeiro de 2008, que altera a Directiva 2003/87/CE a fim de melhorar e alargar o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa da Comunidade [COM(2008) 16 final].**

53 — V. quinto considerando da Directiva 2003/87.

54 — V. n.º 10 da exposição de motivos da Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2001, relativa à criação do quadro de comércio de direitos de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade Europeia e que altera a Directiva 96/61/CE do Conselho [COM(2001) 581 final].

49. Privilegiar o gás mais «responsável» pelo efeito de estufa e fixar as quantidades deste gás emitidas por cada sector industrial constituem seguramente critérios objectivos. No entanto, as recorrentes no processo principal contestam ter sido a quantidade de emissões de CO2 o critério determinante. Citam uma estatística do Registo Europeu das Emissões de Poluentes para o ano de 2001, de acordo com a qual as emissões de CO2 do sector químico representam 5,35%, na sua totalidade, e as do sector do alumínio, 2% das emissões globais das actividades industriais na União Europeia, enquanto que as do sector do aço ascendem a 5,4%, as do sector do vidro, da cerâmica e dos materiais de construção, a 2,7%, e as do sector do papel e da impressão, a 1%. No entanto, estes números não podem ser considerados, pois, como observaram as instituições intervenientes, não fazem distinção entre as emissões directas [55] e indirectas [56] de cada um dos sectores em causa. Ora, na medida em que as próprias emissões indirectas produzidas por instalações de combustão com uma potência superior a 20 megawatts estão abrangidas porque integram o sector da energia, o legislador decidiu só ter em conta as quantidades de emissões directas de CO2 de outros sectores. O facto de apenas considerar as emissões de CO2 no momento e no local em que são produzidas é, aliás, conforme com os princípios do poluidor-pagador e da correcção na fonte dos danos causados ao ambiente, enunciados no artigo 174.º CE. A este respeito, de acordo com um estudo referido por todas as instituições intervenientes e no qual o legislador comunitário se baseou, o sector da siderurgia, contrariamente ao que sustentam as recorrentes no processo principal, não se encontra na mesma situação que os sectores do alumínio e do plástico: as emissões directas de CO2 da siderurgia (aço e gusa) ascenderam a 174,8 milhões de toneladas, em 1990, contra 16,2 milhões de toneladas para os metais não ferrosos e 26,2 milhões de toneladas para o sector químico.

50. As recorrentes no processo principal retorquem que o sector do papel e da pasta de papel foi incluído, embora só tenha produzido 10,6 milhões de toneladas de emissões directas de CO2 em 1990, o que é muito inferior ao emitido pelo sector da indústria química e também inferior ao dos metais não ferrosos. Mas o legislador comunitário teve também em conta a viabilidade administrativa da inclusão dos sectores industriais no regime de comércio de licenças. Uma vez que o bom funcionamento do referido regime pressupõe a criação de um mecanismo complexo de monitorização ao nível de cada instalação, a inclusão, desde o início, dos sectores que têm um grande número de instalações em relação ao volume total de emissões que causam podia tornar mais pesado o mecanismo de monitorização e, consequentemente, prejudicar a qualidade da monitorização das emissões e a fiabilidade dos dados, sem que se obtivesse um benefício ambiental notável. Ora, o número de instalações químicas na Comunidade era particularmente elevado, da ordem das 34 000

55 — Ou seja, as emissões que correspondem aos gases emitidos no local de produção do produto, no seu ciclo de produção.

56 — Ou seja, as emissões que correspondem aos gases emitidos a montante do ciclo de produção, por exemplo, por uma central eléctrica que produz a energia que será, em seguida, consumida no processo de produção de certos produtos.

unidades [57]. O sector do papel, pelo contrário, é muito concentrado. Esta consideração das dificuldades administrativas de gestão do regime de comércio responde ao objectivo enunciado no artigo 1.º da directiva impugnada, de reduzir as emissões de gases com efeito de estufa «em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes». Além disso, o Tribunal de Justiça admitiu que a preocupação de evitar despesas administrativas desproporcionadas pode objectivamente justificar uma diferença de tratamento [58].

51. A este argumento de viabilidade administrativa, as recorrentes no processo principal objectaram, no entanto, na audiência, que só um pequeno número de instalações era responsável pela grande maioria das emissões de dióxido de carbono do sector químico e que, para decidir da inclusão no regime de comércio de licenças, era, assim, necessário proceder a uma ponderação por instalação, e não por sector, e incluir as instalações químicas que ultrapassam um determinado limiar de emissões. Todavia, tal abordagem poria em perigo a igualdade entre grandes e pequenas instalações do mesmo sector, entre as quais a concorrência é total.

52. Também é verdade que o argumento da eficácia administrativa não consegue justificar a exclusão do sector do alumínio, na medida em que este conhece uma concentração comparável à do sector do papel. Mas este último está muito exposto à concorrência internacional. Por conseguinte, não podendo integrar os custos gerados pela sujeição ao regime de comércio de licenças sem incorrer em perdas de mercado, as empresas com instalações de alumínio podem sentir-se tentadas a deslocalizar-se para países terceiros não sujeitos aos objectivos de Quioto. Completamente diferente é, a este respeito, a situação do sector do papel e da pasta de papel: como alegou a Comissão na audiência, o risco de deslocalizações é minimizado pelo facto de as instalações não poderem ser facilmente afastadas das suas fontes de abastecimento de matérias-primas e pelo facto de a concorrência internacional ser afectada pela circunstância de o transporte de longo curso desses produtos de baixo valor unitário não ser rentável.

57 — V. n.º 11 da exposição de motivos da proposta de directiva de 23 de Outubro de 2001, já referida.

58 — V. acórdão de 23 de Fevereiro de 1983, Wagner (8/82, Recueil, p. 371, n.os 19 a 21).

53. É certo que o sector da siderurgia conhece igualmente uma concorrência internacional muito forte e que existe o risco de deslocalizações para países sem o objectivo de Quioto. As emissões de CO2 deste sector são, no entanto, muito mais importantes do que as provenientes do sector do alumínio, mais de 10 vezes superiores, justificando, portanto, desde o início, a sua inclusão no regime de comércio de licenças.

54. Das considerações precedentes resulta, por conseguinte, que, embora algumas das críticas que as recorrentes no processo principal formularam à luz do princípio da igualdade não sejam absolutamente destituídas de pertinência, se puderam, legitimamente, suscitar no juiz *a quo* dúvidas sobre a validade da directiva controvertida, que motivaram o presente reenvio, não se verifica, como foi acima demonstrado, que, na aplicação do princípio da igualdade, a escolha dos critérios e a ponderação efectuada entre estes tenham sido desarrazoadas, particularmente num contexto de experimentação legislativa. Os argumentos apresentados pelas instituições intervenientes a favor da medida legislativa tomada revelam-se defensáveis. Podiam, sem dúvida, conceber-se outras opções; podia mesmo existir uma melhor solução. Mas não compete ao juiz dizê-lo. Quando há várias opiniões que se podem situar a igual distância da verdade absoluta e objectiva, que juiz é que pode arrogar-se eliminar uma delas? Se entrasse por esta via, o Tribunal de Justiça retiraria o carácter objectivo à fiscalização da legalidade e seria levado a substituir a apreciação de política económica do legislador comunitário pela sua [59] e, portanto, a usurpar as responsabilidades políticas deste, sem consideração pela separação de poderes. Por todos estes motivos, a directiva não padece de violação do princípio da igualdade.

55. O facto de a proposta de directiva de 23 de Janeiro de 2008 incluir, no âmbito de uma segunda fase, o alumínio e o sector químico, quando a quantidade de emissões de CO2 proveniente destes sectores, o número das suas instalações e o seu grau de exposição à concorrência internacional não sofreram alterações, não pode, contrariamente ao que sustentam as recorrentes no processo principal, pôr em causa esta conclusão e demonstrar que a exclusão inicial dos referidos sectores padecia de erro manifesto de apreciação na aplicação do princípio da igualdade. Com efeito, como o Conselho e a Comissão alegaram na audiência, a apreciação dos

59 — Quando evitar um tal desvirtuamento da sua fiscalização da legalidade constitui a própria razão de ser da limitação desta (v., por exemplo, acórdãos de 14 de Março de 1973, Westzucker, 57/72, Recueil, p. 321, n.° 14, Colect., p. 167, e de 13 de Maio de 1997, Alemanha/Parlamento e Conselho, já referido, n.° 56).

critérios não pode ser a mesma no momento da criação do regime e quando se decide submeter sectores a um regime que já deu provas. É, de algum modo, a própria essência da abordagem «step by step».

2. Quanto ao tratamento uniforme de situações diferentes

56. As recorrentes no processo principal sustentam que o sector siderúrgico não está na mesma situação que os outros sectores industriais incluídos no âmbito de aplicação da directiva impugnada. Diferentemente destes últimos, não está tecnicamente preparado para reduzir estas emissões de CO2 num futuro próximo. As instalações siderúrgicas vêem-se obrigadas, por isso, a adquirir licenças adicionais, quando, contrariamente às empresas dos outros sectores sujeitos ao regime de comércio de licenças, estão expostas a uma forte concorrência internacional, o que as impede de repercutir o custo das licenças nos seus clientes, sob pena de perderem quotas de mercado. Nestas circunstâncias, verifica-se uma redução substancial das suas margens de lucro e, por conseguinte, uma diminuição das suas possibilidades de investimento.

57. A argumentação das recorrentes no processo principal não pode ser acolhida. Importa observar, em primeiro lugar, que, na audiência, o Governo francês contestou a incapacidade das empresas siderúrgicas para reduzir significativamente as suas emissões de dióxido de carbono, referindo várias técnicas que podem ser utilizadas para esse fim. Mais ainda, mesmo supondo que não é este o caso e que a indústria siderúrgica se encontra efectivamente, a este respeito, numa situação diferente, o legislador comunitário tomou devidamente em conta a referida diferença de situação. Com efeito, o anexo III, n.º 3, da Directiva 2003/87 obriga os Estados-Membros, para a atribuição de licenças, a terem em conta o potencial, incluindo o potencial tecnológico, de redução das emissões produzidas pelas actividades abrangidas pelo regime de comércio de licenças. De resto, resulta do debate na audiência que todas as emissões do grupo Arcelor estavam abrangidas por licenças atribuídas gratuitamente e que o balanço contabilístico da Arcelor para o ano de 2006 revela mesmo um ganho obtido com a venda de licenças excedentárias. Assim, e atendendo à limitação da fiscalização relacionada com o poder discricionário reconhecido ao legislador comunitário na matéria, a crítica de violação do princípio da igualdade relativa ao tratamento uniforme de situações diferentes não pode ser acolhida.

IV — Conclusão

58. Atentas as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma à questão prejudicial submetida pelo Conseil d'État:

«A análise da questão submetida não revelou nenhum elemento susceptível de afectar a validade da Directiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Directiva 96/61/CE do Conselho.»