CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN MISCHO

apresentadas em 22 de janeiro de 1987 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

O processo que opõe no Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas a Société pour l'exportation des sucres (a seguir designada «sociedade» ou «adjudicatária») ao Office belge de l'économie et de l'agriculture (OBEA) diz respeito à qualidade de um lote de açúcar oferecido pela Comunidade a título de auxílio alimentar ao UNRWA («Secretariado de Assistência e de Trabalho das Nações Unidas para os Refugiados da Palestina no Médio Oriente»).

Na sequência de um processo de adjudicação aberto pelo OBEA, a sociedade foi encarregada de entregar à organização beneficiária uma quantidade de 755 toneladas de açúcar de qualidade 2 (ou qualidade-tipo).

Ora, verificou-se, após controlo, que o açúcar fornecido era de qualidade 3, porque a coloração da solução ultrapassava em 0,7 ponto a margem de 6 pontos, limite máximo para a qualidade 2, correspondendo todos os outros critérios à qualidade 2.

A sociedade não foi entretanto informada desta deficiência a não ser após o açúcar ter chegado ao porto de Ashdod (Israel) e ter sido recebido pelo UNRWA.

A adjudicação em questão tinha sido efectuada com base no Regulamento n.° 434/82 da Comissão, de 25 de Fevereiro de 1982 [1], relativo a uma adjudicação permanente para a mobilização de açúcar branco comunitário a fornecer ao UNRWA a título de auxílio alimentar, alterado parcialmente pelo Regulamento n.° 939/82 da Comissão, de 21 de Abril de 1982 [2].

As sanções previstas por este regulamento para o caso de uma ou outra condição da adjudicação não ser preenchida estão expostas com grande clareza no início do relatório para audiência. Permito-me remeter para esse relatório igualmente no que respeita aos detalhes dos factos, aos argumentos das partes e ao texto das três questões colocadas pelo Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas.

Seguirei igualmente o esquema do relatório para audiência examinando em conjunto as duas primeiras questões.

Quanto às duas primeiras questões

A primeira questão consiste em saber em que momento se deve verificar o controlo qualitativo previsto no artigo 9.°, n.° 3, do regulamento e até que momento pode a qualidade do açúcar ser contestada.

Segundo o artigo 9.°, n.° 5, o controlo qualitativo efectua-se «no embarque».

A fim de o tornar possível, o fornecedor tem a obrigação de comunicar *o mais rapidamente possível* ao organismo competente do Estado-membro de exportação um aviso que designe o nome do navio e indique a data de carregamento [artigo 15.°, n.° 1, alínea a)].

Por fim, o artigo 15.°, n.° 3, prevê que «se o açúcar for de qualidade inferior à quali-

* Tradução do francês.

1 — JO L 55 de 26.2.1982, p. 34.

2 — JO L 111 de 24.4.1982, p. 13.

dade-tipo é recusado por conta e risco do adjudicatário».

Pode razoavelmente deduzir-se da combinação destas disposições que o controlo deve em princípio ser efectuado:

— quando a mercadoria a entregar está pronta para o embarque;

— num momento em que o resultado das análises possa ainda ser conhecido antes de o navio levantar âncora, por forma que a mercadoria possa ser recusada antes da partida.

O regulamento não prevê a hipótese de, como no caso concreto, os resultados das análises só serem conhecidos após a partida do navio ou mesmo após a distribuição da mercadoria.

É, no entanto, possível depreender, por via interpretativa, a solução aplicável nesta hipótese partindo dos elementos seguintes:

Nos termos do n.° 2 do artigo 1.° do regulamento, «o açúcar (a fornecer) deve ser da qualidade-tipo tal como definida no artigo 1.° do Regulamento (CEE) n.° 793/72».

É nesta base que é suposto o adjudicatário ter feito a sua oferta e foi com esta condição expressa que o contrato lhe foi atribuído.

O adjudicatário tem, pois, como primeiro dever o de *certificar-se ele próprio* de que o açúcar que se dispõe a fornecer corresponde efectivamente a essa exigência.

O controlo qualitativo no acto de embarque não pode ter por efeito isentá-lo desta responsabilidade. Como indicam o Governo belga e o OBEA, o controlo previsto pelo regulamento não foi instituído no interesse do adjudicatário mas no do doador, a Comunidade, e no do destinatário, o UNRWA.

No acórdão de 5 de Dezembro de 1985 [3] o Tribunal confirmou este princípio nos seguintes termos:

«Os controlos exercidos (pelos Estados-membros) não têm por fim nem como efeito isentar, de qualquer forma, o adjudicatário das responsabilidades decorrentes da adjudicação.»

Em segundo lugar, não poderia caber ao beneficiário do auxílio alimentar verificar ou certificar o respeito da condição relativa ao tipo a que deve pertencer o açúcar a fornecer.

Como vimos, o regulamento prescreve, de facto, expressamente, que este controlo se deve fazer no momento do embarque. Com efeito, é lógico que seja o organismo encarregado pela Comunidade de levar a cabo o auxílio alimentar a verificar a conformidade do produto com os critérios prescritos.

Por outro lado, não é certo que todos os países do Terceiro Mundo ou os organismos beneficiários disponham de laboratórios equipados para fazer as necessárias análises.

O certificado a fornecer pelo beneficiário do auxílio, nos termos do artigo 10.°, n.° 1, não poderia, desde logo, incidir sobre este elemento. Tem unicamente por objectivo certificar que o açúcar *foi entregue* nas «condições exigidas» tais como são definidas no artigo 9.°, nomeadamente, nas quantidades previstas, na data convencionada e em sacos conformes à descrição.

É também lógico que o beneficiário do auxílio verifique igualmente se a mercadoria não sofreu qualquer avaria no decurso da viagem. É neste sentido que é preciso enten-

3 — Direktoratet for Markedsordningerne/Corman et Fils, processo 124/83, Recueil 1985, p. 3777, n.° 21.

der, em minha opinião, a menção «in good and sound condition» que figura no certificado entregue pelo UNRWA. Esta declaração não tem por fim certificar que o açúcar fornecido corresponde à qualidade 2.

Esta verificação limitada, efectuada por conta do doador, não tem por efeito criar vínculos jurídicos entre o adjudicatário e o terceiro beneficiário do auxílio. Este último não pode, de modo algum, ser comparado a um comprador que tivesse procedido a «aceitação» ou «recepção» da mercadoria.

Em terceiro lugar, é certo que a qualidade da mercadoria, sobretudo no âmbito de uma operação de auxílio alimentar, é um elemento absolutamente essencial do contrato de adjudicação. Não é desde logo concebível que a qualidade já não possa ser contestada se o resultado das análises só estiver disponível após a partida do navio ou mesmo após a distribuição do auxílio.

Tal como salienta a Comissão, correctamente, parece-me, seria demasiado fácil se o adjudicatário pudesse, por negligência ou deliberadamente, faltar à sua obrigação de informar o organismo competente o mais rapidamente possível a respeito da data de partida do navio, e escapar assim a qualquer contestação da qualidade da mercadoria fornecida, argumentando com uma suposta «recepção» da mercadoria pelo donatário.

Pelas razões acima indicadas, a contestação da qualidade da mercadoria deve continuar a ser possível igualmente na hipótese de ter sido na sequência de uma negligência ou de uma falta do próprio organismo competente que os resultados das análises não foram fornecidos senão após a partida do navio.

Mesmo nesta fase, o organismo competente deve, pois, ainda poder recusar a mercadoria, o que se traduzirá, nomeadamente, na recusa do pagamento do preço convencionado.

Tal como a Comissão, considero, contudo, que tal negligência por parte do organismo competente pode, eventualmente, dar lugar a indemnização por danos com base no direito do país onde a adjudicação foi feita.

E parece-me dever ser esse particularmente o caso quando a contestação da qualidade surge após a distribuição do auxílio alimentar aos beneficiários finais, na ocorrência os refugiados da Palestina.

Nesta hipótese, não é já possível «recusar a mercadoria», no sentido de a colocar à disposição do adjudicatário para que este possa, por exemplo, tentar vendê-la no país em que foi desembarcada.

Parece-me que, no caso concreto, tal indemnização teve lugar por acordo, pois o OBEA aceitou pagar o açúcar com base no seu valor real.

Proponho assim que se responda como se segue às duas primeiras questões:

«Os artigos 1.°, 9.°, 10.° e 15.°, n.° 3, do Regulamento (CEE) n.° 434/82 da Comissão, de 24 de Fevereiro de 1982, alterado pelo Regulamento (CEE) n.° 939/82 da Comissão, de 21 de Abril de 1982, devem ser interpretados no sentido de que o controlo qualitativo do açúcar a entregar a título de auxílio alimentar deve ser efectuado por forma que os seus resultados possam ser conhecidos antes da partida do produto do território do Estado-membro de exportação.

Quando o açúcar entregue for de qualidade inferior à qualidade-tipo, o organismo competente é obrigado, nos termos do artigo 15.°, n.° 3, a recusar os pagamentos provisórios e definitivos do preço convencionado, previstos no artigo 10.°, n.° 1, mesmo que não tenha tido conhecimento deste elemento senão após a distribuição do produto e que estejam preenchidos os outros requisitos exigidos para o pagamento, nomeadamente o certificado do beneficiário previsto no artigo 10.°, n.° 1, terceiro parágrafo.

Quanto à terceira questão

Deve a caução ser perdida apesar de o açúcar ter sido distribuído aos destinatários e ter sido consumido sem perigo para estes? Assim sendo, a perda total da caução não é contrária ao princípio da proporcionalidade, uma vez que o açúcar entregue apenas violava um critério qualitativo entre vários?

Eis o que vos pergunta o tribunal belga na terceira questão.

A este propósito queria fazer, antes de mais, duas observações gerais.

A Comunidade conheceu casos em que os produtos fornecidos a título de auxílio alimentar se revelaram de deficiente qualidade. A Comissão retirou daí ilações tornando mais rigorosos os textos respeitantes à verificação da qualidade dos produtos a fornecer.

No caso, a deficiência apresentada pelo açúcar entregue não era, é verdade, de modo a impedir a sua utilização, com toda a segurança, pelos consumidores.

É, no entanto, necessário velar para não se abrir uma brecha no sistema e não criar a impressão, junto de futuros concorrentes, de que poderão, sem demasiados riscos, permitir-se não levar a sério os critérios de qualidade aprovados pela Comissão.

No âmbito de operações de auxílio alimentar anteriores, esta havia prescrito apenas a qualidade 3. Se ela exige doravante a qualidade superior é sem dúvida porque considera ter boas razões para o fazer.

Em segundo lugar, a definição da qualidade do produto visa também manter a igualdade entre todos os concorrentes. Se os organismos competentes dos Estados-membros se dispusessem a aceitar pagar as mercadorias não conformes às prescrições aos preços correspondentes à sua qualidade real, sem aplicar qualquer sanção pelo cumprimento defeituoso do contrato, os mecanismos de adjudicação seriam desvirtuados.

Tal atitude poderia encorajar os fornecedores a proporem desde o início um preço inferior ao correspondente normalmente à qualidade-tipo exigida, porque à partida teriam a intenção de fornecer apenas uma qualidade inferior. Conseguiriam assim uma vantagem concorrencial induzida em relação aos concorrentes que tivessem a intenção de respeitar a condição prescrita.

Por outro lado, os argumentos literais seguintes jogam a favor da não liberação da caução no caso concreto.

1. Segundo o artigo 15.°, n.° 3, do regulamento em questão, uma mercadoria de qualidade inferior à qualidade-tipo deve ser recusada por conta e risco do adjudicatário.

A Comissão quis afastar totalmente a possibilidade de uma mercadoria não conforme às prescrições poder ser entregue.

Resulta, é certo, do artigo 9.°, n.° 5 (controlo no acto de embarque) e da economia do regulamento que a recusa da mercadoria deve ocorrer, normalmente, antes de ela deixar o território do Estado-membro. Deste modo, pode eventualmente ser substituída à última hora por mercadoria em conformidade com as regras.

Mas se tal não for possível há recusa pura e simples da mercadoria; a caução deve ficar perdida porque o contrato não foi cumprido correctamente.

Do mesmo modo, se, na sequência da necessidade de substituir a mercadoria, ou por outra razão, esta não puder ser entregue no prazo convencionado, aplica-se o artigo 15.°, n.° 2. Este prevê que em caso de atraso na entrega da mercadoria o preço fixado seja reduzido de 0,12 ecu/100 quilogramas e por dia «sem prejuízo do artigo 7.°, n.° 3». Esta última remissão significa que, no respeitante às quantidades chegadas em atraso, a caução é perdida na totalidade, mesmo que o atraso seja mínimo.

Se a totalidade da mercadoria chega com atraso, a caução é totalmente perdida, mesmo que o açúcar seja depois consumido pelos beneficiários.

O regulamento está pois manifestamente baseado no princípio de que uma violação das condições do contrato que afecte o conjunto da mercadoria implica a perda da totalidade da caução.

É certo que se a recusa da mercadoria não se pode dar antes da partida do navio por os resultados das análises não estarem disponíveis e a mercadoria não conforme à qualidade prescrita chegou ao destino e foi consumida, a equidade, ou eventualmente os princípios da responsabilidade extracontratual, exigem que ela seja paga segundo o seu valor real. Mas, pelo facto de ter havido execução defeituosa do contrato de adjudicação, a caução deve ser perdida.

Por outras palavras, considero que pelo pagamento do produto segundo o seu valor real foi suficientemente tido em conta o facto de ele ter sido consumido.

2. Segundo o artigo 7.°, n.° 5, «a liberação da caução tem lugar quando do pagamento definitivo».

Quando, como no caso, a mercadoria não foi paga com base no preço fixado aquando da adjudicação, mas a título de acordo amigável, não há «pagamento definitivo» na acepção desta disposição e a caução não pode portanto ser liberada.

3. Resulta, por fim, do artigo 7.°, n.° 3 (na versão que lhe foi dada pelo Regulamento n.° 939/82, já citado), que «a caução é perdida pela quantidade de açúcar que o adjudicatário não entregou no porto de destino... nas condições exigidas».

Indiquei já que no artigo 10.°, n.° 1, terceiro parágrafo, a expressão «nas condições

exigidas», visa, em minha opinião, outras condições que não a qualidade intrínseca da mercadoria, já que o respeito desta última condição deve estar em princípio verificado e qualquer deficiência eventual rectificada antes da partida do navio.

No artigo 7.°, n.° 3, esta expressão não é, contudo, utilizada em conexão com o certificado a entregar pelo UNRWA, mas num contexto mais geral. Parece-me, desde logo, poder ser invocada para demonstrar que a caução não tem de ser liberada quando é a globalidade da quantidade entregue que não corresponde às condições exigidas.

Ora, é esse o caso no presente processo.

O Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas pergunta entretanto se, no caso concreto, a perda da totalidade da caução é compatível com o princípio da proporcionalidade, dado que o incumprimento das prescrições apenas diz respeito a um dos critérios fixados.

Notemos, em primeiro lugar, que os critérios a) a d) inclusive aprovados no respeitante à qualidade-tipo (ou qualidade 2) pelo Regulamento n.° 793/72 do Conselho, de 17 de Abril de 1972, que fixa a qualidade-tipo do açúcar branco (JO L 94 de 21.4.1972, p. 1; EE 03 F5 p. 176), são idênticos aos critérios a) a d) inclusive definidos, no respeitante ao açúcar da categoria 3, pelo artigo 11.° do Regulamento n.° 1280/71 da Comissão, de 18 de Junho de 1971, que estabelece as modalidades de aplicação no que diz respeito à compra de açúcar por organismos de intervenção (JO L 133 de 19.6.1971, p. 34).

A diferença entre os dois tipos de açúcar estabelece-se, pois, com base nos quatro critérios adicionais que constam da alínea e) do artigo 1.° do Regulamento n.° 793/72. Na ocorrência é, portanto, *um critério em quatro* que *não é preenchido.*

Seria possível considerar que a deficiência em causa, que, no dizer dos peritos, apenas seria susceptível de acarretar consequências no caso de o açúcar dever servir para o fabrico de limonada, pode ser negligenciada neste caso? Não sou dessa opinião.

O legislador comunitário decidiu, no seu alto critério, que o açúcar apenas tinha a qualidade 2 ou qualidade-tipo desde que preenchesse um conjunto de critérios. Parece-me, desde logo, difícil para o Tribunal operar uma distinção entre estes e de lhes atribuir uma importância maior ou menor consoante as circunstâncias.

Reconhecer hoje que o resultado da análise efectuada segundo o «método Icumsa» pode ser negligenciado nas circunstâncias do caso, poderia conduzir no futuro a declarar um outro critério como não essencial quando se trate, por exemplo, de uma venda por adjudicação de açúcar destinado à indústria química.

Seriam todos os princípios de classificação do açúcar que, de fio a pavio, seriam postos em causa.

Vejamos agora que ensinamentos podemos retirar para o nosso processo da jurisprudência do Tribunal relativa ao princípio da proporcionalidade.

No acórdão de 23 de Fevereiro de 1983, Fromançais/FORMA [4], o Tribunal declarou

4 — Processo 66/82, Recueil 1983, p. 395, n.° 8. Ver também acórdão de 20 de Fevereiro de 1979 no processo 122/78, Recueil, p. 677, n.° 16, e acórdão de 22 de Janeiro de 1986 no processo 266/84, Denkavit France, Colect., p. 149, n.° 17.

que, «a fim de determinar se uma disposição de direito comunitário está conforme com o princípio da proporcionalidade, importa verificar, antes de mais, *se os meios* que ela utiliza para realizar o objectivo que visa *se coadunam com a importância deste* e, em segundo lugar, se *são necessários* para o atingir».

No caso em apreço o objectivo visado é *importante*: trata-se de conseguir que o adjudicatário entregue efectivamente o açúcar da qualidade prescrita.

Lembremos que o primeiro considerando do regulamento precisa, de forma expressa, «que é conveniente que o açúcar branco tenha a qualidade-tipo tal como definida no Regulamento (CEE) n.° 793/72 do Conselho, de 17 de Abril de 1972, que fixa a qualidade-tipo do açúcar branco».

Estamos inegavelmente em presença de uma das «obrigações principais» cuja violação, segundo jurisprudência constante do Tribunal [5] pode ter como sanção a perda total da caução.

O processo utilizado, uma caução equivalente a 7 % do valor do contrato, *coaduna-se*, em minha opinião, com este objectivo.

A utilização deste meio pode igualmente ser considerada como *necessária* para atingir o objectivo, dado que a simples recusa da mercadoria (com a restituição desta ou pagamento conforme o seu valor real) não poderia ter um *efeito dissuasor* suficiente, já que não geraria verdadeira perda financeira. Ora, importa que as adjudicações se desenrolem em condições correctas. Só a ameaça da perda da caução pode contribuir para isso eficazmente.

Será que esse efeito dissuasor seria garantido no futuro se se retivesse, por exemplo, apenas a metade da caução, ou seja, o equivalente de 3,5 % do valor contratual? Pode duvidar-se.

Um último elemento, e não de menor importância, a tomar em consideração é a extrema severidade que o Tribunal usa em grande parte das decisões quando se trata de violação de uma obrigação principal.

O acórdão que apresenta maiores semelhanças com o presente caso é o que foi proferido em 2 de Dezembro de 1982 no processo 272/81 (RU-MI/FORMA, Recueil, p. 4167).

Tratava-se da validade de um regulamento relativo à concessão por adjudicação de um auxílio especial ao leite desnatado em pó destinado à alimentação de outros animais que não os vitelos jovens.

Este regulamento fixava várias regras para a desnaturação do produto, das quais uma única não tinha sido convenientemente executada. O tribunal nacional, ao verificar que a desnaturação não se afastava senão ligeiramente da norma habitualmente admitida, perguntou-se se este regulamento não violava o princípio da proporcionalidade, já que permitia aplicar a mesma sanção à ausência total de desnaturação e à desnaturação realizada mas não inteiramente conforme.

5 — Ver os acórdãos de 20 de Fevereiro de 1979, Buitoni, 122/78, Recueil, p. 677; de 21 de Junho de 1979, Atalanta, 240/78, Recueil, p. 2137; de 2 de Dezembro de 1982, RU-MI, 272/81, Recueil, p. 4167; de 23 de Fevereiro de 1983, Fromançais, 66/82, Recueil, p. 395; e de 17 de Maio de 1984, Denkavit, 15/83, Recueil, p. 2171.

O Tribunal respondeu que «a Comissão está no direito de aprovar as disposições que geram a perda do auxílio e da caução para o não cumprimento da obrigação principal de adjudicação *e não é obrigada a graduar esta medida consoante a gravidade do incumprimento* por parte do concorrente. Tal medida não poderá ser considerada desproporcionada face ao fim prosseguido».

Num outro acórdão prejudicial com a mesma data (Sociedade Leiteira de Gacé/-FORMA, processo 273/81, Recueil 1982, p. 4193) usou de rigor análogo. Em ambos os casos tratava-se de processos em que o produto havia efectivamente tido o destino previsto e em que a boa fé dos agentes económicos não estava em causa.

Por todas estas razões parece-me, desde já, que uma interpretação estrita se impõe igualmente no caso em análise e proponho ao Tribunal que responda da seguinte maneira à terceira questão:

«Os artigos 15.°, n.° 3, e 7.°, n.os 3 e 5, do citado regulamento devem ser interpretados no sentido de a caução ser perdida relativamente às quantidades de açúcar entregues no destino que não tenham a qualidade-tipo.

A análise do artigo 7.°, n.° 3, do mesmo regulamento, não revelou elementos de molde a afectar a sua validade.»