CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIR GORDON SLYNN

apresentadas em 8 de Setembro de 1986 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

Neste processo a Comissão pede ao Tribunal que declare que a República Federal da Alemanha, ao proibir a comercialização de cerveja legalmente produzida e comercializada noutro Estado-membro a não ser que essa cerveja respeite os artigos 9.° e 10.° da lei fiscal alemã sobre a cerveja (Biersteuergesetz, «BStG»), não cumpriu as obrigações que decorrem do artigo 30.° do Tratado CEE.

Deixando de lado a questão de determinar a legislação da qual isso resulta, não há dúvida sobre o facto de a maior parte das cervejas produzidas em todos, menos num outro Estado-membro, a Grécia, não poder ser legalmente importada e vendida na Alemanha como cerveja. Com efeito, só se forem produzidas especialmente para respeitar a legislação alemã é que tais cervejas podem ser vendidas, como o são agora em quantidades relativamente pequenas, se bem que em aumento. Para a Comissão, a questão é, pois, importante, no contexto da tarefa de estabelecer um mercado comum, e em particular face ao artigo 30.° A República Federal considera, também, importante a defesa das suas confessadas restrições a tal importação. Fundamenta-se na necessidade de proteger o consumidor alemão da confusão sobre o que consome, e na protecção da saúde, que se alega poder estar em risco se os consumidores alemães de cerveja beberem cervejas produzidas e largamente consumidas noutros Estados-membros. A questão foi, por isso, calorosa e, nas peças escritas, volumosamente, discutida.

Na correspondência preliminar e no parecer fundamentado, tal como na petição ao Tribunal, a única legislação mencionada, tanto pela Comissão, como pela República Federal, era a BStG. Ambas as partes parecem tratá-la como se contivesse a verdadeira proibição. Foi só na sua defesa que, pela primeira vez, com base num longo parecer de um jurista, a República Federal alegou que a Comissão tinha errado neste ponto e que a proibição da importação e comercialização de cervejas estrangeiras decorria da lei alemã sobre géneros alimentícios, relacionada especialmente com a proibição de aditivos, a «Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz» (lei sobre os géneros alimentícios e bens de consumo, a seguir designada «LMBG»), e não da BStG. A especial crítica da República Federal à posição da Comissão sobre este ponto parece-me não ser justificada; se o fundamento real para a proibição das cervejas estrangeiras deriva das regras sobre aditivos, não é menos de notar que a LMBG não fosse mencionada mais cedo pela República Federal.

No entanto, permanece a questão quanto ao objecto do presente processo. À primeira vista, a Comissão ataca apenas a proibição da venda de cervejas que não respeitem os

* Tradução do inglês.

artigos 9.° e 10.° da BStG; não faz qualquer alusão às restrições a tal venda que derivem de outras disposições legais, nem uma alegação genérica de que as cervejas de outros Estados-membros não podem ser importadas para a República Federal. À luz de muitas decisões anteriores do Tribunal, pode dizer-se que a Comissão não o podia fazer porque não suscitou a questão no parecer fundamentado. [Ver, por exemplo, o processo 45/64, Comissão/Itália (Recueil 1965, p. 857), e o processo 211/81, Comissão/Dinamarca (Recueil 1982, p. 4547)]. Nem pode o objecto do processo, tal como definido na petição, ser alargado nas peças subsequentes [processo 232/78, Comissão/ /França (Recueil 1979, p. 2729), processo 124/81, Comissão/Reino Unido (Recueil 1983, p. 203, n.° 6)]. No processo 123/76, Comissão/Itália (Recueil 1977, p. 1449 a 1458), em que, como aqui, foi a ré que tentou alargar o objecto do processo, o Tribunal recusou-se a permitir-lhe que o fizesse. Com base nestas decisões, a alegada restrição com fundamento na BStG é a única em discussão neste processo. O facto de, na réplica, a Comissão aceitar o desafio lançado na contestação, não altera a posição no respeitante ao alargamento do pedido. Se esta perspectiva estiver certa, a LMBG apenas releva se se puder demonstrar que é a LMBG e não a BStG que contém uma restrição, caso em que a Comissão ficaria vencida no processo relativo à BStG.

Todavia, dado que as restrições contidas tanto na BStG como na LMBG foram discutidas tão amplamente e sem objecção de qualquer das partes, e na eventualidade de o Tribunal decidir tratar a pretensão da Comissão, substancialmente, se não formalmente, como referindo-se em geral às restrições adoptadas na República Federal, considerarei os dois conjuntos de normas legais. Apesar das decisões a que me referi e da minha própria leitura da petição, não o fazer conduziria quase inevitavelmente a outro processo com fundamento idêntico ao abrangido pelas questões suscitadas pela própria República Federal neste processo.

A BStG em vigor no momento que se deve considerar estabelece, no artigo 9.°, n.os 1 e 2, sob a epígrafe «produção de cerveja», a regra fundamental de que: a) «as cervejas de baixa fermentação não podem ser fabricadas a não ser a partir de malte de cevada, de lúpulo, de levedura e de água» (trata-se da cerveja de cor clara do tipo «lager», cujo fabrico é mais corrente na República Federal) e b) que as cervejas de alta fermentação devem também ser fabricadas a partir dos mesmos ingredientes, sendo, todavia, permitido utilizar outros maltes, açúcar de cana, açúcar de beterraba ou açúcar invertido tecnicamente puro, bem como glucose e corantes obtidos a partir dos referidos açúcares. Por força do artigo 9.°, n.° 3, «deve-se entender por malte qualquer cereal artificialmente germinado».

Há excepções a esta regra básica; assim, por exemplo, pode usar-se pó de lúpulo em vez de lúpulo e «podem ser utilizadas como clarificantes para o mosto e a cerveja substâncias que têm uma acção mecânica ou absorvente e que são em seguida totalmente eliminadas ou não subsistem senão em proporções tecnicamente inevitáveis e negligenciáveis sob o ponto de vista da saúde, do odor e do gosto» (artigo 9.°, n.° 6). Além disso, na produção de Einfachbier de alta fermentação podem também ser usados edulcorantes, nos termos do Zusatzstoff- Zulassungsverordnung (regulamento que autoriza o uso de certos aditivos), «ZZulV», em vigor

no momento que se deve ter em conta, que permitia o uso de sacarina. Além disso, pode ser dispensado o cumprimento das regras fundamentais em casos especiais «para a produção de cerveja especial e cerveja destinada à exportação ou a experiências científicas» e tais regras não se aplicam a todas as empresas que produzem cerveja apenas para consumo no seu estabelecimento.

É claro que esta norma do artigo 9.° se aplica apenas à cerveja produzida na República Federal. Em consequência, não tem ela, por si própria, efeito sobre as importações. Todavia, o artigo 10.° estabelece que «não podem ser comercializadas sob a denominação "cerveja" — sozinha ou enquanto elemento de uma denominação composta — ou sob outras marcas ou representações figurativas que suscitem a impressão de que se trata de cerveja, senão bebidas fermentadas que respeitem as prescrições do artigo 9.°, n.os 1, 2 e 4 a 6». Se se usar açúcar, isso deve ser indicado de modo visível pelo consumidor.

Portanto, o artigo 10.° reporta-se ao artigo 9.° Ambos têm de ser lidos em conjunto, uma vez que o que não pode ser comercializado como cerveja é qualquer bebida que não respeite o artigo 9.° Neste sentido, o artigo 9.° é extremamente importante e a Comissão teve inteiramente razão, ao contrário do que foi alegado pela República Federal, em mencionar ambos os artigos na sua petição. É também claro que o artigo 10.° se aplica tanto à cerveja fabricada na República Federal como às cervejas importadas.

É uma infracção punível com multa até 10 000 DM violar, intencionalmente ou por negligência, o disposto no referido artigo 10.°

Estas regras básicas são completadas pelas disposições de aplicação da Biersteuergesetz (Durchführungsbestimmungen zum Biersteuergesetz). A expressão «produção de cerveja» deve ser interpretada no sentido mais lato, cobrindo todos os estádios do fabrico e tratamento da cerveja, tanto na fábrica como em qualquer outro lado — no estabelecimento do distribuidor, do retalhista e similares — até que a cerveja tenha sido fornecida ao consumidor. Prevê-se com detalhe que espécies de cereais podem ser maltados, mas não há, como não seria de esperar em disposições de aplicação, qualquer derrogação da obrigação de utilizar malte de cevada no fabrico de cerveja de baixa fermentação, a de maior importância económica, dado que apenas 15 % da cerveja vendida na República Federal é de alta fermentação. Embora as disposições repitam que, para as cervejas de alta fermentação, pode ser usado malte de outros cereais além da cevada, «o arroz, o milho e o sorgo não são cereais, para os efeitos do artigo 9.°, n.° 3, da lei» (artigo 17.°, n.° 4). É, assim, claro que a cerveja de alta fermentação fabricada, fora da República Federal, do arroz ou do milho, não pode, pela conjugação dos artigos 9.°, n.os 2 e 3, e 10.°, n.° 1, ser comercializada na República Federal sob a denominação «cerveja».

No interesse de assegurar que a cerveja de baixa fermentação seja feita apenas de malte de cevada, estabelece-se que, embora possa ser concedida autorização para o uso de resíduos da produção de cerveja no fabrico de cerveja dentro da própria empresa, os resíduos da cerveja de alta fermentação na qual foi usado malte diferente do malte de cevada não podem ser usados na produção de cerveja de baixa fermentação.

Há, pois, proibições estritas sobre o que pode ser usado na República Federal para a produção de cerveja para venda no país, salvo excepções menores, às quais já aludi; e há limitações igualmente estritas sobre o que possa ser comercializado como «cerveja», seja ou não fabricado na República Federal.

De qualquer forma, um produto fabricado de milho ou arroz, ou um produto de baixa fermentação fabricado de qualquer cereal, que não seja a cevada, não pode ser vendido sob a denominação «cerveja».

O teor da BStG vai ainda mais longe. Ao estabelecer que a «cerveja» de baixa fermentação apenas pode ser fabricada de malte de cevada, lúpulo, levedura e água, exclui o uso de quaisquer outras substâncias. Embora a BStG não tenha na sua origem um desejo de controlar os aditivos, no sentido actual (uma vez que deriva das antigas leis bávaras de controlo do fabrico da cerveja, como a Reinheitsgebot («lei de pureza»), aprovada em 1516, posteriormente estendida a outras partes da Alemanha, e das quais se diz serem destinadas, pelo menos em parte, a preservar o trigo para o fabrico de pão), as palavras usadas parecem suficientemente latas para significar que não podem ser usados aditivos, que podem afectar o aroma, as qualidades de conservação, a cor, o sabor ou a quantidade de espuma da cerveja. Da mesma forma, os adjuvantes técnicos da maltagem, as enzimas, os nutrientes da levedura e os agentes clarificantes, que retiram a levedura e as partículas de proteína suspensas na cerveja antes da venda ao público (além dos previstos no artigo 9.°, n.° 6, da BStG) não podem ser usados, mesmo que desapareçam no processo de fabrico.

Portanto, por força do artigo 10.°, qualquer bebida que inclua estas substâncias, onde quer que tenha sido fabricada, não pode ser vendida na República Federal sob a denominação «cerveja». Não se trata unicamente do significado das palavras, *prima facie*. O representante da República Federal aceitou na audiência que o artigo 10.° impede a venda como cerveja de uma bebida que contenha aditivos. Parece-me que o processo deve ser abordado a partir desta base.

O artigo 10.° não impede a importação e venda, como tais, de produtos que contenham outras substâncias além das especificadas. Impede, todavia, a sua venda como «cerveja». Tal significa que bebidas conhecidas como cerveja fabricadas noutros Estados-membros: a) a partir do milho ou do arroz, que aí são correntemente usados no fabrico de cerveja, ou b) que contenham aditivos ou adjuvantes técnicos (mesmo enzimas externas, que são necessárias para iniciar o processo de germinação do arroz e do milho, embora não o da cevada, que conduz à produção do malte de cereal) não podem ser vendidas como «cerveja» na República Federal. A República Federal procurou invocar que esta «proibição é mais relativa que absoluta», de modo que, na linha de tal argumentação, não viola o artigo 30.° Este argumento é, no meu entender, insustentável. Uma restrição ao uso de uma determinada denominação pode ser uma medida de efeito equivalente a restrições quantitativas, no sentido do artigo 30.°: processo 12/74, Comissão/Alemanha (Recueil 1975, p. 181); processo 193/80, Comissão/Itália (Recueil 1981, p. 3019); processo 27/80, Fietje (Recueil 1980, p. 3839) e processo 182/84, Miro (Recueil 1985, p. 3731). Um produto legalmente fabricado e comercializado num Estado-membro, ou tradicionalmente fabricado nesse Estado, pode, em princípio, ser vendido noutro Estado-membro sob a designação usada no Estado-membro de fabrico. É, designadamente, incompatível com o artigo 30.° do Tratado CEE que a legislação nacional restrinja o uso de uma denominação genérica a uma

variedade nacional, com exclusão de variedades produzidas noutros Estados-membros (processo 12/74 e processo 193/80, já citados).

A República Federal invocou que «cerveja» não é um termo genérico. Isto é, de novo, insustentável. A bebida «que resulte da fermentação alcoólica de um extracto aquoso de grãos de cereais com adição de lúpulo» é conhecida em toda a Comunidade como «cerveja». Se é necessário o apoio de um dicionário (e, no meu entendimento, não o é), pode ser encontrado, por exemplo, na «New Hutchinson Twentieth Century Encyclopedia», a saber: «Cerveja é um termo estritamente genérico». A própria BStG é levada a descrever as bebidas fabricadas para exportação ou para consumo nas cervejarias anexas às instalações de produção, que não têm de respeitar o artigo 9.°, n.os 1 e 2, como «cerveja». Obviamente que nenhuma outra palavra seria apropriada. Elas são tanto cervejas como as bebidas fabricadas respeitando o artigo 9.°, n.os 1 e 2. A não ser que apareça qualquer outra justificação para esta regra, não há uma razão válida para que a cerveja de outro Estado-membro tenha de ser comercializada sob denominações de fantasia.

A restrição do artigo 10.° não deixa de ser uma restrição quantitativa, no sentido do artigo 30.°, apenas porque se aplica tanto às cervejas nacionais como às importadas. No processo 193/80, Itália (Vinagre), nos décimo nono e vigésimo considerandos, o Tribunal disse: «O Governo italiano invoca... que as regras em questão não são discriminatórias porque se aplicam da mesma forma aos produtos nacionais e aos importados... A resposta a este argumento tem de ser que..., mesmo se o sistema estabelecido pela legislação italiana se aplicar de forma igual aos produtos nacionais e importados, tem ainda efeitos protectores. Foi concebido de maneira tal que apenas permite a entrada em Itália ao vinagre de vinho fechando a fronteira a todas as categorias de vinagre de origem agrícola. Favorece, por isso, um produto tipicamente nacional e, na mesma medida, coloca em desvantagem várias categorias de vinagres naturais produzidos noutros Estados-membros» (tradução provisória). Alega-se que a decisão do Tribunal no caso do vinagre se não aplica, uma vez que a objecção real à legislação italiana era que tornava impossível aos Estados-membros, sem vinhas, vender vinagre de produção interna em Itália, enquanto que, neste caso, todos os Estados-membros podem produzir cevada de forma a satisfazerem as normas alemãs. Isto é, de facto, uma diferença entre os dois casos, mas não afecta o princípio. A norma alemã impede a importação de cerveja fabricada a partir do trigo e do arroz para ser vendida como cerveja nos Estados-membros onde é legal e tradicionalmente fabricada e vendida.

Poder-se-á dizer que a única restrição efectiva à cerveja está contida na lei alemã sobre os aditivos, de modo a que a aparente restrição do artigo 10.° seria irrelevante e o processo da Comissão contra a BStG descabido? Esta legislação encontra-se principalmente na LMBG, que foi adoptada em 1974 como parte de uma ampla reforma do direito alemão sobre géneros alimentícios. O artigo 2.° define os aditivos, para aquela lei, como «as substâncias destinadas a ser adi-

cionadas aos géneros alimentícios para alterar as suas características ou dar-lhes determinadas propriedades ou produzir determinados efeitos». O artigo 11.° proíbe o uso de aditivos não autorizados na produção comercial ou no tratamento de géneros alimentícios destinados a serem comercializados e a comercialização dos géneros alimentícios produzidos com violação desta proibição. Estão, todavia, excluídos da proibição: a) «os aditivos que sejam eliminados dos géneros alimentícios totalmente ou em tal medida que eles, ou os produtos em que se convertam, estejam presentes no produto vendido ao consumidor... apenas como resíduos tecnicamente inevitáveis e tecnologicamente insignificantes, em quantidades desprezáveis sob o ponto de vista da saúde, do cheiro ou do sabor», e b) as enzimas.

Nos termos do artigo 12.°, podem ser tomadas medidas: a) que «autorizem aditivos de modo geral, para certos géneros ou para certos usos», «na medida do compatível com a protecção do consumidor, tendo em conta os imperativos tecnológicos, fisiológicos e dietéticos», e b) que estabeleçam um conteúdo máximo de aditivos e padrões de pureza para aditivos e que regulem a produção, o fabrico ou a comercialização de certos aditivos, «na medida do exigido para protecção do consumidor».

O artigo 47.°, n.° 1, proíbe a importação para a República Federal de géneros alimentícios que não respeitem as disposições da legislação em vigor sobre alimentos.

A LMBG foi adoptada como parte da Lei de Reforma Geral do Direito dos Géneros Alimentícios (Gesetz zur Gesamtreform des Lebensmittelrechts). No capítulo 4 das disposições finais e transitórias desta lei (BGBl. I, 1974, p. 1963) confere-se ao ministro federal o poder de derrogar, entre outros, o artigo 9.°, n.os 1 a 8 e 11, e o artigo 10.°, n.os 1 e 2, da BStG, bem como certos artigos das disposições de aplicação da BStG. Porém, tal não foi feito.

Ao abrigo da LMBG, foram concedidas autorizações para o uso de aditivos de modo geral, pelo ZZulV de 1977, substituído em 1981, e foram tomadas medidas relativamente a determinados géneros alimentícios, como a carne, os sumos e xaropes de frutos e o vinho. Não foram tomadas medidas relativamente à cerveja.

Parece claro que a BStG não pode ser considerada como tendo sido aprovada com fundamento no artigo 12.° da LMBG ou como sendo uma mera aplicação do ZZulV. Pela forma como tratam a matéria-prima de base, as enzimas, os aditivos que apenas subsistem em quantidades desprezáveis e que são resíduos tecnicamente inevitáveis e tecnologicamente sem efeitos e relativamente à denominação, os dois conjuntos de disposições são diferentes. Parece-me que a restrição da BStG é totalmente independente das restrições da LMBG. Nalguns aspectos, como foi indicado, aquela é mais restritiva. Não se pode aceitar que a BStG não seja uma medida restritiva ou que seja uma medida restritiva tão insignificante relativamente às medidas restritivas adoptadas pela LMBG que se deva desprezar a BStG. Por isso, a LMBG não dá qualquer resposta à pretensão relacionada com a BStG, com fundamento de que a LMBG é a restrição efectiva e a BStG uma restrição meramente incidental, relativa à denominação. Tanto a BStG como a LMBG contêm as suas próprias restrições.

No entanto, deve ainda ser considerado se a restrição constante do artigo 10.° da BStG se justifica pela protecção da saúde das pessoas, nos termos do artigo 36.° do Tratado

ou da decisão do Tribunal no processo Cassis de Dijon (processo 120/78, Rewe-Zentral/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Recueil 1979, p. 649) onde, no n.° 8, o Tribunal aceitou que «na ausência de regras comuns relativas à produção e comercialização do álcool... compete aos Estados-membros regular todas as questões relacionadas com a produção e comercialização do álcool e das bebidas alcoólicas no seu próprio território» (tradução provisória) e que «os obstáculos à circulação no interior da Comunidade que resultem das disparidades entre as leis nacionais referentes à comercialização dos produtos em questão devem ser aceites na medida em que tais normas possam ser consideradas necessárias para satisfazer exigências imperativas relacionadas, em especial, com a eficiência do controlo fiscal, a protecção da saúde pública, a lealdade das transacções comerciais e a defesa do consumidor» (tradução provisória). O ónus da prova cabe ao Estado-membro que invoque a necessidade objectiva (processo 227/82, Van Bennekom, Recueil 1983, p. 3883, n.° 40).

Na correspondência pré-contenciosa, a República Federal fundou-se em exigências imperiosas relativas à protecção da saúde para justificar as restrições da BStG. Na audiência, abandonou expressamente tal pretensão, com inteira razão. A proibição absoluta do uso de arroz e milho não pode ser justificada com este fundamento, apesar das alegações de que o arroz nem sempre é devidamente lavado e das referências às doenças causadas pelo uso do milho miúdo, no passado. Se é correcto interpretar o artigo 9.° como proibindo todos os aditivos e adjuvantes técnicos, incluindo as enzimas, uma proibição tão absoluta também não pode ser justificada quando alguns dos aditivos em causa estão, por qualquer modo, autorizados na República Federal, quando as cervejas especiais e de exportação estão ou podem estar isentas dessas regras, e quando a lei sobre os aditivos, como veremos, não vai tão longe, especialmente quanto ao vinho e a muitos outros géneros alimentícios.

Daqui resulta que a única justificação real aduzida para a BStG era a defesa do consumidor. Diz-se que os bebedores alemães de cerveja consideram «cerveja» como sendo apenas aquela bebida fabricada em conformidade com a BStG. Serão enganados se outras bebidas forem comercializadas como cerveja na Alemanha.

Não aceito este argumento. «Cerveja» é um termo genérico que cobre muitas espécies diferentes de cerveja, como é amplamente conhecido. A própria insistência da República Federal na especial natureza da sua cerveja serve apenas para sublinhar o facto de que existem outras cervejas diferentes. Estas cervejas podem ser distinguidas, e o consumidor alemão de cerveja suficientemente protegido, por uma rotulagem adequada. Afigura-se-me ser um manifesto exagero dizer que um rótulo numa garrafa de cerveja não pode indicar com suficiente clareza que uma cerveja não é a cerveja normal alemã, que respeita a BStG; poderá ser um pouco mais difícil se a cerveja for vendida a copo, mas podem ser afixadas informações apropriadas no local de venda. Na realidade, é mais fácil fazer isto relativamente à cerveja do que fazê-lo numa cantina relativamente ao conteúdo de alimentos preparados, uma vez que a cerveja é corren-

temente oferecida para venda e encomendada pelo nome de uma determinada marca ou tipo, frequentemente referido no barril. Na minha opinião, a República Federal não conseguiu provar, neste processo, que o artigo 10.° da BStG se justifica pelo interesse da protecção do consumidor. Nesta conformidade, considero que a acção da Comissão deve ser julgada procedente.

A LMBG suscita questões diferentes. Constitui claramente uma restrição quantitativa às importações, uma vez que impede ou é susceptível de impedir ou entravar a importação de cervejas produzidas noutros Estados-membros, as quais, a não ser que fabricadas especialmente para respeitar a BStG ou fabricadas na Grécia, contêm todas aditivos. O ponto litigioso está em saber se a restrição é justificada com fundamento na protecção da saúde das pessoas, na acepção do artigo 36.°, para afastar a proibição do artigo 30.° do Tratado, ou se é necessária para satisfazer exigências imperativas relacionadas com a protecção da saúde pública, no sentido da decisão do Tribunal no caso Cassis de Dijon.

A República Federal não sugere que as cervejas fabricadas noutros Estados-membros e que contêm aditivos, sejam, em si próprias, perigosas para a saúde. Nem alega que os aditivos usados em concreto, tomados em quantidades susceptíveis de serem ingeridas mesmo por grandes bebedores de cerveja, sejam, em si próprios, comprovadamente perigosos para a saúde. Em resumo, a sua tese é que, no estádio actual do direito comunitário e até completa harmonização, cabe a cada Estado-membro decidir que aditivos podem ser usados, em que géneros alimentícios e em que quantidades. Nos últimos anos, houve um enorme aumento do número de tais aditivos; os governos devem procurar reduzi-los. A melhor política, largamente, se não universalmente, aceite, é de que não se devem usar aditivos a não ser que se demonstre não serem perigosos, em vez de que eles devem ser usados a não que se demonstre serem perigosos. Quanto aos aditivos em questão, mesmo se não se pode demonstrar serem perigosos, não se pode demonstrar que o não sejam. Mesmo quando as autoridades internacionais, comunitárias e nacionais podem concordar no que seja uma ingestão diária aceitável de tais aditivos, isso é o máximo, e os Estados-membros podem fixar uma quantidade inferior, no interesse dos seus cidadãos. Além disso, invoca-se que os níveis dessa ingestão diária aceitável não reflectem a possível interacção de um aditivo com outro nem os seus efeitos cumulados ou globais, nem levam em conta o efeito de tais aditivos quando ingeridos, como no caso, em bebidas alcoólicas. Também não reflectem adequadamente diferenças individuais, alergias ou condições locais. Designadamente, não levam em conta o facto de, na República Federal, a cerveja ser, para muitos, um alimento de base, que representa, em média, cerca de 26,7 % da ração alimentar dos seus habitantes do sexo masculino, em calorias senão em volume. Se uma pessoa bebe 1 000 litros de cerveja por ano, como se alega não ser nada infrequente, a quantidade de aditivos susceptível de serem ingeridos é muito grande, especialmente se tais aditivos se encontram também noutros alimentos. Além disso, deve-se ter em conta outras fontes de poluição da atmosfera e dos alimentos, que poderiam reagir com os aditivos ingeridos. Em qualquer caso, alega-se que os aditivos podem ser suprimidos a não ser que sejam tecnologicamente necessários, no sentido de que são «indispensáveis ao processo de fabrico» do produto em questão. Neste caso,

uma vez que a cerveja é fabricada na República Federal com malte de cevada sem uso de aditivos, estes não são simplesmente necessários do ponto de vista tecnológico. O direito comunitário não justificaria, em qualquer caso, uma interferência com o direito interno alemão nesta matéria.

A Comissão não pretende que, até maior harmonização, a legislação nacional que regulamente o uso de aditivos e tenha por efeito excluir bens produzidos noutros Estados-membros de determinado Estado-membro, seja necessariamente uma violação do artigo 30.° do Tratado. Reconhece que os aditivos suspeitos podem ser proibidos, que pode ser necessário manter dentro de limites controláveis o número de aditivos autorizados num determinado Estado-membro e que o «espalhar de aditivos» por vários géneros alimentícios é um factor que deve ser levado em conta. Tanto na réplica como na audiência, aceitou que pode ser justificado proibir certos aditivos, totalmente ou em certos produtos.

A sua tese principal é que esta proibição total de aditivos na cerveja não é justificada pelo interesse de protecção da saúde pública e é completamente desproporcionada; subsidiariamente, que é uma restrição disfarçada ao comércio entre os Estados-membros.

Assim, no respeitante à cerveja, a Comissão aceita que uma proibição da glicirrizina possa ser justificada por razões de saúde pública. Porém, o que está errado é que a cerveja que contenha qualquer dos aditivos que sejam usados ou autorizados noutros Estados-membros deva ser totalmente proibida, tanto mais que nalguns Estados-membros apenas é autorizado um pequeno número desses aditivos e, noutros, mesmo se muitos são autorizados, não tem isso por consequência que todos sejam usados.

Ambas as partes concordam em que o uso de aditivos e de adjuvantes técnicos só pode ser justificado se tecnologicamente necessário. Todavia, a Comissão tem um entendimento mais liberal do que a República Federal sobre quando é que os aditivos podem ser considerados como sendo tecnologicamente necessários. Não têm de ser indispensáveis ao processo de fabrico, enquanto tal. Logo, o simples facto de poderem ser fabricadas certas cervejas sem aditivos ou adjuvantes técnicos não significa que eles não sejam tecnologicamente necessários para outras cervejas. No meu entender, quanto a isto, a Comissão tem razão. Se a cerveja não pode ser feita de cereais diferentes da cevada sem aditivos ou adjuvantes técnicos para provocar o processo de germinação, então tais aditivos ou adjuvantes são tecnologicamente necessários para este efeito. Aparentemente, a cerveja alemã deve ser bebida num prazo bastante curto após o seu fabrico; se a única forma de fabricar cerveja com um período de conservação mais longo for usar conservantes, eles são, no meu entender, tecnologicamente necessários para tal efeito. Há diferentes preferências quanto à cor e ao sabor das cervejas; se forem necessários aditivos para conseguir o cheiro, a cor ou a quantidade de espuma desejada, eles são tecnicamente necessários para tais efeitos. Este entendimento está em conformidade com os «General Principles for the Use of Food Additives» (Princípios Gerais para Uso dos Aditivos Alimentares), adoptados pela nona sessão do Comité do Codex Alimentarius [anexo 7 (2a) à petição da Comissão]. Parece-me, por isso, que, por ex-

emplo, as substâncias necessárias para ajudar os processos de maltagem ou de fabrico da cerveja ou para modificar a qualidade da cerveja, emulsionantes, estabilizadores de espuma e corantes, podem todos ser tecnicamente necessários para o fabrico de determinadas cervejas, mesmo se não são necessários ou usados no fabrico da cerveja alemã. Eles satisfazem, nas palavras do acórdão do Tribunal no processo 304/84 (Ministère Public/Muller, Colect. 1986, p. 1511, 1528, n.° 22) «un besoin réel, notamment d'ordre technologique ou économique».

Num certo número de casos, o Tribunal reconheceu que, na ausência de uma harmonização comunitária, os Estados-membros podem, na medida em que existem incertezas no estádio actual da investigação científica, decidir qual o grau justificado de protecção da saúde e da vida das pessoas. Mas tal não confere uma discricionariedade absoluta. Os Estados-membros devem poder justificar que as restrições adoptadas o foram no interesse de proteger a saúde e a vida e cabe-lhes o respectivo ónus da prova. Devem exercer o seu poder respeitando as exigências do Tratado sobre a liberdade de circulação de mercadorias e não devem adoptar medidas que sejam mais restritivas do que o necessário para atingir o fim legítimo de proteger a saúde. Estas medidas devem, pois, respeitar o princípio geral da proporcionalidade e, em qualquer caso, não podem constituir um meio de discriminação arbitrária ou uma restrição oculta ao comércio. No processo 272/80, Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten (Recueil 1981, p. 3277 a 3290, n.° 12), o Tribunal, reconhecendo mais uma vez a discrição concedida aos Estados-membros, acentuou que ela devia ser exercida «tendo em conta... o facto de a sua liberdade de acção, estar, ela própria, restringida pelo Tratado» (tradução provisória).

Assim, no processo 174/82, Sandoz (Recueil 1983, p. 2445), relativo a vitaminas, o Tribunal considerou, nas p. 2462 a 2464, que as directivas do Conselho sobre substâncias corantes e conservantes e a composição e rotulagem de alimentos mostravam que o legislador aceitou, em princípio, que era necessário restringir o uso de aditivos alimentares às substâncias especificadas «embora deixando aos Estados-membros uma certa liberdade para adoptar regras mais estritas» (tradução provisória). O princípio enunciado no caso Frans-Nederlandse aplicava-se a substâncias como as vitaminas, que não são, em regra, perigosas em si próprias, «mas podem ter determinados efeitos perigosos, apenas se ingeridas em excesso como parte da alimentação geral, cuja composição é imprevisível e não pode ser controlada. Face às incertezas inerentes à apreciação científica, as normas nacionais que proíbam, sem autorização prévia, a comercialização de géneros alimentícios aos quais tenham sido adicionadas vitaminas são, em princípio, justificadas pela protecção da saúde pública, no sentido do artigo 36.° do Tratado» (tradução provisória). Este processo tem certo paralelismo com o presente. Todavia, deve-se notar que o Tribunal acrescentou: «No entanto, o princípio da proporcionalidade que subjaz ao último período do artigo 36.° do Tratado exige que o poder do Estado-membro de proibir as importações dos produtos em questão de outros Estados-membros deva ser restringido ao necessário para atingir o legítimo fim de

proteger a saúde. Nesta conformidade, as normas nacionais que estabeleçam tal proibição apenas são justificadas se forem concedidas autorizações de comercializar quando os produtos forem compatíveis com as necessidades de protecção da saúde» (tradução provisória). Além disso, apesar do seu amplo poder, os Estados-membros «devem, para respeitar o princípio da proporcionalidade, autorizar a comercialização quando a adição de vitaminas aos géneros alimentícios corresponda a uma necessidade real, especialmente técnica ou alimentar» (tradução provisória). No processo Van Bennekom, 227/82, n.° 40, o Tribunal acrescentou: «A este respeito, compete às autoridades nacionais demonstrar em cada caso que as suas normas são necessárias para conceder uma protecção efectiva aos interesses referidos no artigo 36.° do Tratado e, em particular, para mostrar que a comercialização do produto em questão provoca um *sério risco* para a saúde pública» (o sublinhado foi acrescentado) (tradução provisória).

Tal exigência tinha sido satisfeita no anterior processo 53/80, Officier van Justitie/ /Kaasfabriek Eyssen (Recueil 1981, p. 409), em que dúvidas sérias quanto ao risco do consumo de produtos que contenham nisina tinham conduzido a investigações pela FAO e pela Organização Mundial de Saúde. O risco não dizia respeito apenas ao queijo mas às quantidades globais susceptíveis de serem ingeridas por todas as formas, mesmo que os estudos não tenham «permitido... conclusões absolutamente certas relativamente à quantidade máxima de nisina que uma pessoa pode consumir diariamente sem *risco sério* para a sua saúde» (tradução provisória) (o sublinhado foi acrescentado). Havia suficientes dúvidas quanto à substância para justificar regras diferentes nos Estados-membros e, naquele caso, para justificar a proibição de se adicionar nisina a queijo fundido de produção nacional ou importado.

De modo similar, no processo 97/83, Melkunie, (Recueil 1984, p. 2367), o Tribunal afirmou, no n.° 15, que: «... resulta, em primeiro lugar, do processo, que a presença de bactérias coliformes vivas num produto lácteo significa que há um risco de estarem presentes microrganismos patogénicos e é, por isso, uma indicação directa de que o produto pode ser uma fonte de *perigo real* para a saúde das pessoas» (tradução provisória) (foi acrescentado o sublinhado). Nestas circunstâncias, as normas adoptadas nos Estados-membros que fixam um limite máximo eram justificadas mesmo se se podia dizer que os microrganismos estavam presentes numa quantidade que constituía um risco «apenas para a saúde de alguns consumidores particularmente sensíveis» (n.° 18) (tradução provisória).

De novo, no processo 94/83, Officer van Justitie/Heijn, (Recueil 1984, p. 3263, mais particularmente p. 3279), o Tribunal partiu do princípio de que: «Não é controvertido que os pesticidas constituem um risco importante para a saúde das pessoas e dos animais» (tradução provisória). A Directiva 76/895 do Conselho, de 23 de Novembro de 1976 (JO 1976, L 340, p. 26; EE 03 F11 p. 84) confirmou-o: «Os pesticidas não têm somente repercussões favoráveis sobre a produção vegetal, dado tratarem-se, geralmente, de substâncias tóxicas ou de preparações com efeitos secundários perigosos» (quinto considerando). Por isso, dado que as quantidades absorvidas não são previsíveis e uma vez que as condições variam de Estado-membro para Estado-membro, as restrições nacionais poderiam ser justificadas por interesses de protecção da saúde. Tanto neste acórdão como no processo 54/85, Ministère publique/Mirepoix (Colect. 1986, p. 1067), o Tribunal subli-

nhou a importância de rever as restrições adoptadas à luz da investigação científica posterior.

Mais recentemente, no processo Muller, foi aceite que, mesmo se a substância em apreciação não era perigosa por si própria, havia um nível de absorção acima do qual podia haver risco, de modo que as legislações nacionais podiam impor as restrições necessárias para proteger a saúde pública, tendo em conta os hábitos alimentares locais, mas também tendo em conta a investigação científica internacional, especialmente a dos comités comunitários. No processo 247/84, Motte (Recueil 1985, p. 3887), o Tribunal aceitou, como o tinha feito anteriormente, que as autoridades nacionais não estão impedidas de exigir uma autorização prévia para a importação apenas porque o uso do produto é autorizado no Estado exportador. No entanto, decidiu-se que os Estados-membros devem autorizar corantes se isso corresponder a uma necessidade real à luz dos hábitos alimentares do Estado-membro importador e dos riscos para a saúde, apreciados à luz da investigação científica internacional e designadamente dos comités comunitários interessados.

Portanto, os factores apontados pela República Federal são, em larga medida, legítimos — a necessidade de evitar o uso excessivo de aditivos, o risco de interacção de um dado aditivo com outros e com o álcool, o efeito cumulativo, o risco de alergia. Disse «em larga medida» porque, por vezes, o argumento vai longe demais. Parece-me desproporcionado procurar justificar regras que excluem toda a sociedade do consumo da cerveja que não seja de produção nacional porque alguns aditivos podem constituir um risco para uma pessoa que beba mais de 1 000 litros de cerveja por ano ou para um alcoólico que já sofre de cirrose hepática. Admitindo que tais pessoas possam necessitar de protecção, há outros modos de a efectuar, como o conselho médico sobre a quantidade e a moderação, para referir apenas dois.

Todavia, há ainda que averiguar se os argumentos da República Federal em favor de uma proibição geral dos aditivos na cerveja importada de outros Estados-membros satisfazem as condições necessárias. Produziu-se prova por peritos científicos para apoiar a alegação do Governo, que insiste na importância de restringir os aditivos dos quais se não possa garantir a segurança; ela acentua os perigos inerentes à interacção de um aditivo com outros e os perigos possíveis para aqueles que sejam alérgicos a tais aditivos. Esta prova tomada no seu conjunto é, todavia, contestada. Os peritos da Comissão concluem que o risco teórico na República Federal não é substancialmente maior do que o que existe na Bélgica, na Dinamarca e na Irlanda, onde o consumo de cerveja é quase 80 % do da Alemanha e onde se aceitam os aditivos; o risco de hipersensibilidade é menor do que o sugerido pelos peritos do governo e pode, nalguma medida, ser evitado por rotulagem adequada. Não há um maior risco de interacção entre aditivos do que entre outros géneros alimentícios. Além disso, acentua-se que a investigação científica sobre o efeito dos aditivos é, pelo menos, tão extensa e talvez mais extensa do que a feita relativamente aos riscos para a

saúde provindos de outros constituintes alimentares.

Ao fim e ao cabo, todavia, parece-me que o processo tem de ser julgado não sobre generalidades e grandes declarações de princípio mas com base no material de facto especificamente trazido aos autos. O ponto de partida é que nenhum dos aditivos autorizados para uso noutros Estados-membros é considerado como perigoso em si próprio nem se considera que qualquer cerveja fabricada noutro Estado-membro seja perigosa em si própria, deixando de lado o efeito do álcool. Não há provas reais de que os aditivos, por si próprios, exerçam comprovadamente uma interacção nociva ou de que haja suspeitas fundamentadas em provas concretas. Nem há qualquer prova convincente de que as quantidades de cada aditivo susceptíveis de serem ingeridas através da cerveja importada sejam tais que, tomadas com aditivos de outros alimentos, se cria um real risco para a saúde, por se exceder a ingestão diária aceitável (ADI) de cada aditivo. No meu entender, a República Federal rejeita de forma demasiado apressada e sem aduzir razões satisfatórias o sistema de ADI, aceite pela Comissão e internacionalmente, relativamente a alguns aditivos, se não a todos. É claro que estas ADI não garantem uma segurança absoluta, como aceitou a testemunha da Comissão, uma vez que as pessoas são diferentes dos animais usados nos testes laboratoriais e as ADI não reflectem necessariamente as variações das condições locais ou dos hábitos pessoais; mesmo assim, é difícil rejeitar a prova científica de que 1 % da «dose sem efeito» na ingestão por animais de laboratório é um número aceitável para a ingestão humana, dando uma adequada margem de segurança, especialmente se a Comissão está certa ao dizer que as ADI levam em conta, embora apenas numa certa medida, a acumulação e a interacção de vários aditivos. A Comissão reconhece que esta ADI deve ser examinada em relação a todas as fontes de ingestão e que um Estado-membro pode repartir a quantidade máxima de cada aditivo permitido por cada género alimentício, de modo a assegurar, tanto quanto possível, que a ADI ou outros limites aceites, quando não existirem ADI a nível internacional, não sejam excedidos. Isso ainda não justifica, no entender da Comissão, uma proibição absoluta de todos os aditivos, especialmente quando não se demonstra que os padrões dietéticos prováveis conduzirão a um excesso. Será ainda menos assim, na minha opinião, se, como se alega relativamente à protecção do consumidor, os hábitos na República Federal estão tão arreigados que haverá resistência dos consumidores à cerveja com aditivos, de modo que a quantidade consumida será pequena ou, pelo menos, não será, previsivelmente, grande.

Os aditivos específicos autorizados no fabrico da cerveja noutros Estados-membros foram enumerados numa lista, em resposta a uma questão do Tribunal. Dos 27 incluídos na lista, todos menos sete (e três derivados celulósicos, que fazem parte de um oitavo grupo) são autorizados na República Federal para uso em determinados géneros alimentícios, mas totalmente proibidos para a cerveja. Assim: os produtos 1, ascorbatos, usados como antioxidantes no fabrico da cerveja, são autorizados na Alemanha em certas espécies de queijo, leite em pó e ou-

tros produtos alimentícios; o produto 3, um corante, é autorizado em pudins ou doces; o produto 9, ácido tânico, é autorizado em sumos de frutos, compotas e vinhos; o produto 12, goma arábica, é permitido em pastilhas elásticas, preparados de queijo, produtos lácteos mistos, vinho e outros géneros alimentícios; o produto 14, carragenato, é autorizado em gelados alimentícios, preparados de queijo e produtos lácteos mistos, sumos de frutos e vinho; o produto 21, sacarina, é autorizado em numerosas bebidas, incluindo Einfachbier de alta fermentação, como resulta do artigo 9.°, n.° 11, da BStG, e do ZZulV, apesar da reserva científica que é formulada sobre o seu uso noutros países. Todos estes e ainda outros estão excluídos da cerveja, excepto a sacarina, na forma limitada já mencionada, embora possam ser usados noutros géneros alimentícios e, pelo menos, seis aditivos desta lista podem ser usados no fabrico do vinho.

Outros produtos da lista são aparentemente muito pouco usados, como o produto 5, cálcio dissódico EDTA (autorizado na Dinamarca), e o produto 8, sulfato de ferro (usado nos países do Benelux e considerado sem efeito nocivo para a saúde).

Para outros produtos, pode haver fundamento para recusar o seu uso na cerveja. Assim, podem existir algumas dúvidas relativamente à glicirrizina (produto 11), aos redutores (produto 20), ao bromato de potássio (produto 4), a não ser que, como os peritos da comissão Dalgliesh e Gry afirmam, se converta em brometo no decurso do fabrico, e quanto ao ácido giberélico (produto 10), relativamente ao qual as partes não estão de acordo e que, em qualquer caso, bem pode ser largamente eliminado no processo de fabrico.

Não trato destes produtos específicos, e da prova respectiva, mais em detalhe, em parte porque o Tribunal tem acesso à lista e em parte porque não me parece ser adequado neste processo que o Tribunal decida sobre determinados aditivos. O processo não foi orientado por esta via. A questão é saber se se demonstrou ser justificada a proibição geral da LMBG pelo fim de proteger a saúde.

Claro que a protecção da saúde pelo controlo dos aditivos é importante e, na ausência de regras comunitárias, compete aos Estados-membros, à luz das condições prevalecentes em cada Estado. Para dar um qualquer sentido à livre circulação de mercadorias, tem, todavia, de haver alguma justificação sólida para as restrições adoptadas relativamente a determinados aditivos. O *slogan* «pode-se proibir tudo na cerveja até que seja claro e provado não ser perigoso, tanto em si mesmo, como relativamente a outras substâncias ingeridas» vai demasiado longe, em meu entender. Sem reais motivos de suspeita, não é um exercício válido da liberdade que o Tribunal reconheceu deterem os Estados-membros. Cabe à República Federal o ónus de provar que a proibição de cada um dos produtos usados é justificada, em vez de caber à Comissão o ónus de provar que cada cerveja fabricada noutros Estados-membros não oferece qualquer perigo, ou que os aditivos que contém são indispensáveis por razões tecnológicas.

Neste processo, parece-me que não houve realmente um tal exame, produto por produto, tanto mais que não foi elaborada re-

gulamentação complementar detalhada relativamente à cerveja e o foi relativamente a muitos outros géneros alimentícios e ao vinho.

Em consequência, relativamente à prova, não considero que a República Federal tenha provado o «sério risco» ou o «perigo real» para a saúde pública que justifique esta proibição absoluta; em minha opinião, os argumentos generalizados quanto à necessidade de limitar os aditivos nem sequer constituem, *prima facie*, um argumento com relevância no processo, quando o Tribunal sublinhou, com tanta frequência, que a restrição deve ser vista à luz do princípio da liberdade de circulação de mercadorias. Além disso, embora o Tribunal já tenha decidido que a necessidade de os Estados-membros cooperarem para facilitar os controlos nas fronteiras e de terem em conta os certificados de inspecção de outros Estados-membros, não impede um Estado-membro de estabelecer a sua própria regulamentação para proteger a saúde pública (ver, por exemplo, Melkunie, já citado, n.° 14), parece-me que, para decidir se uma proibição tão absoluta pode ser realmente necessária, há que ter em conta: a) os padrões aceites noutros Estados-membros onde tradicionalmente se consumam quantidades substanciais de cerveja sem qualquer prova sólida de danos para a saúde causados pelos aditivos aí autorizados e b) o que é considerado tolerável pelos comités comunitários sobre a alimentação e por outras organizações internacionais de saúde. Tal não significa que a decisão do Estado exportador seja definitiva; apenas significa que ela deve ser tomada em consideração. Nem significa, como a República Federal argumenta *ad terrorem*, que, se um aditivo for usado num Estado-membro, tenha de ser aceite em todo o lado, de forma que o número de aditivos da dieta alemã se alargaria a centenas, nem que os padrões mínimos da Comunidade devam ser aplicados em cada um dos Estados-membros. O que significa é que cada aditivo tem de ser considerado tanto separadamente como combinado, em vez de se impor uma proibição global com um fundamento teórico apriorístico. Se se pode justificar uma restrição no Estado importador relativamente a determinados aditivos, com fundamento na sua perigosidade potencial ou porque se pode demonstrar positivamente que, em combinação com outros alimentos, a ADI de um determinado aditivo é susceptível de causar perigo, é um problema diferente, que não considero dever ser tratado no presente processo.

Mesmo se houvesse, *prima facie*, um argumento que justificasse esta proibição geral, o que considero não existir, parece-me que, de toda a prova, e especialmente do facto de não ter sido feito qualquer esforço na regulamentação complementar para a restringir, com bom fundamento, a determinados aditivos, esta proibição é — seguramente que a República Federal não demonstrou que o não seja — uma restrição disfarçada ao comércio ou uma discriminação arbitrária, no sentido do artigo 36.°

Não aceito os argumentos tirados da existência das directivas do Conselho de 23 de Outubro de 1962 relativa aos corantes (JO de 11.11.1962, p. 2645; EE 13 F1, p. 3), 64/54/CEE, de 5 de Novembro de 1963, relativa aos conservantes (JO de 27.1.1964, p. 161; EE 13 F1, p. 13), 70/357/CEE, de 13 de Julho de 1970, relativa às substâncias

antioxidantes (JO 1970, L 157, p. 31; EE 13 F1 p. 225), ou 74/329/CEE, de 18 de Junho de 1974, relativa aos emulsionantes, estabilizadores, espessantes e gelificantes (JO 1974, L 189, p. 1; EE 13 F3, p. 240), segundo as quais os Estados-membros são obrigados a proibir o uso dos aditivos não incluídos nas listas anexas, e o uso de qualquer aditivo constante dessas listas não pode ser proibido em geral, embora um Estado-membro não possa ser obrigado a permitir o seu uso em todos os géneros alimentícios.

É verdade que se deixa alguma liberdade aos Estados-membros; todavia, ela deve ser exercida segundo o modo estabelecido pelo Tratado e pela jurisprudência do Tribunal. Também é verdade que se esperam outras medidas da Comunidade. Porém, o julgamento do Tribunal não pode esperar essa harmonização mais completa. O presente processo tem de ser decidido à luz do direito actualmente em vigor. Não considero que estas directivas apoiem a argumentação da República Federal.

Em conformidade, na minha opinião, o Tribunal:

a) deve declarar que, ao proibir a comercialização de cerveja legalmente produzida e comercializada noutro Estado-membro, a não ser que essa cerveja respeite o estabelecido pelos artigos 9.° e 10.° da Biersteuergesetz, e (se o Tribunal considerar que esta questão foi suscitada, como, nas circunstâncias, penso que deveria fazê-lo) ao manter, relativamente à cerveja, a proibição absoluta de aditivos contida na Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe cabem por força do artigo 30.° do Tratado CEE, e

b) declarar que a Comissão tem direito a ser reembolsada das suas despesas com este processo.