ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

14 de Dezembro de 2004 *

No processo C-210/03,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pela High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Reino Unido), por decisão de 17 de Abril de 2003, entrado no Tribunal de Justiça em 15 de Maio de 2003, no processo

The Queen, ex parte:

Swedish Match AB,

Swedish Match UK Ltd

contra

Secretary of State for Health,

* Língua do processo: inglês.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: V. Skouris, presidente, P. Jann, C. W. A. Timmermans e K. Lenaerts, presidentes de secção, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, N. Colneric, S. von Bahr e J. N. Cunha Rodrigues (relator), juízes,

advogado-geral: L. A. Geelhoed,
secretário: H. von Holstein, secretário adjunto, e, em seguida, M.-F. Contet, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 8 de Junho de 2004,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Swedish Match AB e da Swedish Match UK Ltd, por G. Barling, QC, e M. Lester, barrister, mandatados por S. Kon, D. Roy e S. Turnbull, solicitors,

— em representação do Governo do Reino Unido, por C. Jackson, na qualidade de agente, assistida por N. Paines, QC, e T. Ward, barrister,

— em representação do Governo francês, por G. de Bergues e R. Loosli-Surrans, na qualidade de agentes,

— em representação do Governo irlandês, por D. J. O'Hagan, na qualidade de agente,

— em representação do Governo finlandês, por T. Pynnä, na qualidade de agente,

— em representação do Governo sueco, por A. Kruse, na qualidade de agente,

— em representação do Parlamento Europeu, por J. L. Rufas Quintana e M. Moore, na qualidade de agentes,

— em representação do Conselho da União Europeia, por E. Karlsson e J.-P. Hix, na qualidade de agentes,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por I. Martínez del Peral e N. Yerrell, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 7 de Setembro de 2004,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial diz respeito à validade do artigo 8.º da Directiva 2001/37/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Junho de 2001, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco (JO L 194, p. 26), e à interpretação dos artigos 28.º CE a 30.º CE e à compatibilidade, com estas normas e com os princípios gerais de direito comunitário, da legislação nacional que proíbe a colocação no mercado dos produtos do tabaco destinados a uso oral.

2 Este pedido foi apresentado no âmbito do litígio que opõe as sociedades Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd (a seguir, para as duas sociedades, «Swedish Match») ao Secretary of State for Health relativamente à proibição da comercialização, no Reino Unido, dos produtos do tabaco destinados a uso oral.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

3 O artigo 8.º-A da Directiva 89/622/CEE do Conselho, de 13 de Novembro de 1989, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de rotulagem dos produtos do tabaco (JO L 359, p. 1), alterada pela Directiva 92/41/CEE do Conselho, de 15 de Maio de 1992 (JO

L 158, p. 30, a seguir «Directiva 89/622»), prevê que é proibida nos Estados-Membros a colocação no mercado dos produtos do tabaco destinados a uso oral, definidos no artigo 2.º, n.º 4, da mesma directiva como «todos os produtos que se destinam a uso oral constituídos total ou parcialmente por tabacos sob forma de pó ou de partículas finas ou qualquer combinação destas formas, nomeadamente os que se apresentam em doses individuais ou pacotes porosos ou sob forma que evoque um género alimentício, com excepção dos produtos para fumar ou mascar».

4 O décimo primeiro considerando da Directiva 92/41 refere «que está provado que os produtos do tabaco sem combustão constituem um risco considerável de cancro e que, por conseguinte, devem ser objecto de uma advertência específica que diga respeito a este risco». De acordo com o décimo segundo considerando da mesma directiva, «segundo o parecer dos peritos científicos, a dependência causada pelo consumo do tabaco constitui um perigo que justifica a inclusão de uma advertência específica nos produtos do tabaco».

5 Nos termos do décimo terceiro considerando da Directiva 92/41:

«[...] novos produtos do tabaco para uso oral, recentemente surgidos no mercado de alguns Estados-Membros, exercem uma atracção particular junto dos jovens e [...] os Estados-Membros mais expostos a este problema já proibiram completamente estes novos produtos do tabaco ou tencionam proibi-los».

6 O décimo quarto considerando da mesma directiva explana que:

«[...] existem divergências entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativamente a esses produtos e [...], por conseguinte, é necessário submetê-los a regras comuns».

7 Nos termos do décimo quinto considerando da Directiva 92/41:

«[...] existe o risco real de que estes novos produtos para uso oral sejam utilizados, sobretudo pelos jovens, causando, assim, uma dependência da nicotina, se não forem tomadas medidas restritivas em tempo útil».

8 Segundo o décimo sexto considerando da referida directiva:

«[...] em conformidade com as conclusões dos estudos do Centro Internacional de Investigação sobre o Cancro, os tabacos para uso oral são caracterizados pela presença de quantidades particularmente elevadas de substâncias cancerígenas; [...] estes novos produtos provocam, designadamente, cancros da boca».

9 Nos termos do décimo sétimo considerando da mesma directiva:

«[...] as proibições de colocação no mercado já introduzidas por três Estados-Membros no que diz respeito a estes tabacos têm uma incidência directa no estabelecimento e no funcionamento do mercado interno; [...] é, por conseguinte, necessário proceder à aproximação das disposições legislativas dos Estados-Membros neste domínio, tomando por base um nível elevado de protecção da saúde; [...] a única medida apropriada é a proibição total; [...] no entanto, esta proibição não se aplica aos produtos de tabaco para uso oral de longa tradição, que continuam a ser abrangidos pelas disposições da Directiva 89/622/CEE, com as alterações que lhe foram introduzidas pela presente directiva, aplicável aos produtos de tabaco sem combustão».

10 O artigo 151.°, n.° 1, do Acto relativo às condições de adesão da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia e às adaptações dos Tratados em que se fundamenta a União Europeia (JO 1994, C 241, p. 21, e JO 1995, L 1, p. 1, a seguir «acto de adesão»), prevê:

«Os actos enumerados no anexo XV do presente acto aplicam-se, em relação aos novos Estados-Membros, nas condições definidas nesse anexo.»

11 O capítulo X, sob a epígrafe «Diversos», do referido anexo, que fixa a lista a que se refere o artigo 151.° do acto de adesão, dispõe:

«a) A proibição contida no artigo 8.°-A da Directiva 89/622/CEE, alterada [...], relativa à colocação no mercado do produto definido no n.° 4 do artigo 2.° da directiva [...], não se aplica [ao Reino] da Suécia [...], com excepção da proibição de colocação deste produto no mercado sob formas semelhantes a produtos alimentares.

b) [O Reino] da Suécia [...] tomar[á] todas as medidas necessárias para garantir que o produto referido na alínea a) não seja comercializado nos Estados-Membros onde são plenamente aplicáveis as Directivas 89/622/CEE e 92/41/CEE.

[...]»

12 A Directiva 2001/37 foi adoptada ao abrigo dos artigos 95.º CE e 133.º CE e tem por objecto a reformulação da Directiva 89/622 e da Directiva 90/239/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1990, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros sobre o teor máximo de alcatrão nos cigarros (JO L 137, p. 36).

13 Segundo o vigésimo oitavo considerando da Directiva 2001/37:

«A Directiva 89/622/CEE proibiu a venda nos Estados-Membros de determinados tipos de tabaco destinados a uso oral. O artigo 151.º do acto de adesão [...] concede à Suécia uma derrogação às disposições dessa directiva nesta matéria.»

14 O artigo 2.º da Directiva 2001/37, sob a epígrafe «Dèfinições», dispõe:

«Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

1) 'Produtos do tabaco': os produtos destinados a serem fumados, inalados, chupados ou mascados desde que sejam, mesmo parcialmente, constituídos por tabaco, geneticamente modificado ou não.

[...]

4) 'Tabacos destinados a uso oral': todos os produtos que se destinam a uso oral, com excepção dos destinados a serem fumados ou mascados, constituídos total ou parcialmente por tabaco, sob forma de pó ou de partículas finas ou qualquer combinação destas formas, nomeadamente os que se apresentam em doses individuais ou pacotes porosos, ou ainda sob forma que evoque um género alimentício.

[...]»

15 Segundo o artigo 5.º, n.º 4, da mesma directiva:

«Os produtos do tabaco destinados a uso oral, nos casos em que a sua comercialização é permitida nos termos do artigo 8.º, e os produtos do tabaco sem combustão devem apresentar a seguinte advertência:

'Este produto do tabaco pode prejudicar a saúde e causa dependência.'

[...]»

16 O artigo 8.º da Directiva 2001/37, sob a epígrafe «Tabacos destinados a uso oral», prevê:

«Os Estados-Membros devem proibir a comercialização dos tabacos destinados a uso oral, sem prejuízo do disposto no artigo 151.º do acto de adesão [...]»

17 Nos termos do artigo 13.º, n.º 1, da referida directiva:

«Os Estados-Membros não podem, por considerações relativas à limitação dos teores de alcatrão, nicotina ou monóxido de carbono dos cigarros, às advertências referentes à saúde e a outras indicações ou a outros requisitos constantes da presente directiva, proibir ou restringir a importação, a venda e o consumo de produtos do tabaco conformes com a presente directiva, com excepção das medidas tomadas para efeitos de verificação das informações prestadas no âmbito do artigo 4.º»

18 O artigo 15.º da mesma directiva dispõe, nomeadamente, que a Directiva 89/622 é revogada e que as referências a esta devem entender-se como feitas à Directiva 2001/37.

Regulamentação nacional

19 No Reino Unido, a proibição prevista no artigo 8.º-A da Directiva 89/622 foi transposta para direito interno pelas Tobacco for Oral Use (Safety) Regulations 1992 [Regulamentos (de segurança) de 1992 relativos ao tabaco destinado a uso oral, a seguir «Regulamentos de 1992»].

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

20 A Swedish Match pretendeu comercializar no Reino Unido o «snus», tabaco finamente triturado ou cortado, vendido a peso ou sob a forma de pequenas doses individuais e destinado a ser consumido mediante colocação entre a gengiva e o lábio.

21 A Swedish Match escreveu, em 18 de Março de 2002, ao UK Department of Health (Ministério da Saúde do Reino Unido), para lhe expor os motivos pelos quais considerava que a proibição de colocação no mercado dos produtos do tabaco destinados a uso oral prevista nos Regulamentos de 1992 era ilegal. Na sua resposta, de 24 de Abril de 2002, esse ministério referiu que considerava legal a proibição. A Swedish Match apresentou um pedido de fiscalização da legalidade em 8 de Maio de 2002, sustentando que a proibição violava diversas disposições de direito comunitário. A High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Devem os artigos 28.° CE a 30.° CE, aplicados em conjugação com os princípios gerais da proporcionalidade, da não discriminação e com os direitos fundamentais (em especial o direito de propriedade) ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que proíbe qualquer pessoa de fornecer, oferecer ou concordar em fornecer, expor ou deter para fornecimento, qualquer produto parcial ou totalmente produzido a partir do tabaco, quer sob a forma de pó ou de partículas finas ou qualquer combinação destas formas ou sob forma que evoque um género alimentício, com excepção dos produtos para fumar ou mascar?

2) O artigo 8.° da Directiva 2001/237/CEE é inválido, no todo ou em parte, por:

a) violação do princípio da não discriminação;

b) violação dos artigos 28.° CE e/ou 29.° CE;

c) violação do princípio da proporcionalidade;

d) inadequação dos artigos 95.º CE e/ou 133.º CE como base jurídica;

e) violação do artigo 95.º, n.º 3, CE;

f) desvio de poder;

g) violação do artigo 253.º CE e/ou do dever de fundamentação;

h) violação do direito fundamental de propriedade?

3) Tendo em conta que:

— foi adoptada, em 1992, uma medida nacional de transposição do artigo 8.º-A da Directiva 89/622/CEE;

— a referida medida nacional foi adoptada no exercício de competências de direito interno que não dependem da existência de uma obrigação de transposição da directiva;

— a Directiva 89/622/CEE (com as alterações introduzidas pelo acto de adesão [...]) foi revogada e substituída pela Directiva 2001/37/CE, cujo artigo 8.º confirma o artigo 8.º-A da Directiva 89/622/CEE, e

— o artigo 8.º da Directiva 2001/37/CE é inválido por força dos princípios referidos nas alíneas a), c) ou h), da segunda questão,

devem esses princípios ser interpretados no sentido de que proíbem também a medida nacional em questão?»

Quantos aos pedidos, a título principal, de apresentação de observações em resposta às conclusões do advogado-geral e, a título subsidiário, de reabertura da fase oral

22 Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal em 4 de Outubro de 2004, a Swedish Match solicitou ao Tribunal:

— a título principal, autorização para apresentar observações escritas na sequência das conclusões do advogado-geral;

— a título subsidiário, que ordenasse a reabertura da fase oral, nos termos do artigo 61.º do Regulamento de Processo.

23 A Swedish Match pretende pronunciar-se sobre as propostas do advogado-geral relativamente à eventual permanência dos efeitos da Directiva 2001/37, se o Tribunal vier a reconhecer a invalidade desta.

24 A este propósito, importa recordar que o Estatuto do Tribunal de Justiça e o seu Regulamento de Processo não prevêem a possibilidade de as partes apresentarem observações em resposta às conclusões apresentadas pelo advogado-geral (v. despacho do Tribunal de Justiça de 4 de Fevereiro de 2000, Emesa Sugar, C-17/98, Colect., p. I-665, n.º 2). Por conseguinte, indefere-se o pedido de apresentação de observações escritas em resposta às conclusões do advogado-geral.

25 Além disso, o Tribunal de Justiça pode oficiosamente ou por proposta do advogado-geral, ou ainda a pedido das partes, ordenar a reabertura da fase oral do processo, em conformidade com o artigo 61.º do seu Regulamento de Processo, se considerar que não está suficientemente esclarecido ou que o processo deve ser decidido com base num argumento que não foi debatido entre as partes (v. acórdãos de 19 de Fevereiro de 2002, Wouters e o., C-309/99, Colect., p. I-1577, n.º 42, e de 29 de Abril de 2004, Parlamento/Ripa di Meana e o., C-470/00 P, ainda não publicado na Colectânea, n.º 33). Porém, no caso em apreço, ouvido o advogado-geral, o Tribunal entende que dispõe de todos os elementos necessários para responder às questões submetidas. Por conseguinte, indefere-se o pedido de reabertura da fase oral.

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à segunda questão

26 Com a sua segunda questão, que importa apreciar em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 8.º da Directiva 2001/37 é inválido, no todo ou em parte, por violação de disposições do Tratado CE ou de princípios gerais do direito comunitário ou por desvio de poder.

No que respeita à escolha dos artigos 95.º CE e 133.º CE como bases jurídicas

27 A questão tem por objecto determinar se o artigo 95.º CE constitui uma base jurídica adequada para o artigo 8.º da Directiva 2001/37 e, em caso de resposta afirmativa, se o recurso ao artigo 133.º CE como segunda base jurídica da mesma é necessário ou possível no caso em apreço.

28 O artigo 95.º, n.º 1, CE estabelece que o Conselho adopta as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

29 A este propósito, importa recordar que, embora a simples constatação de disparidades entre as legislações nacionais não baste para justificar o recurso ao artigo 95.º CE (v., neste sentido, acórdão de 5 de Outubro de 2000, Alemanha/ /Parlamento e Conselho, C-376/98, Colect., p. I-8419, n.º 84), o mesmo não sucede no caso de divergências entre as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas dos Estados-Membros susceptíveis de entravar as liberdades fundamentais e de ter, assim, uma influência indirecta no funcionamento do mercado interno [v., neste sentido, acórdãos Alemanha/Parlamento e Conselho, já referido, n.º 95, e de 10 de Dezembro de 2002, British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, C-491/01, Colect., p. I-11453, n.º 60].

30 Resulta também da jurisprudência do Tribunal que, embora o recurso ao artigo 95.º CE como base jurídica seja possível a fim de prevenir obstáculos futuros às trocas comerciais resultantes da evolução heterogénea das legislações nacionais, o aparecimento desses obstáculos deve ser verosímil e a medida em causa deve ter por objecto a sua prevenção [v., neste sentido, acórdãos de 13 de Julho de 1995,

Espanha/Conselho, C-350/92, Colect., p. I-1985, n.º 35; Alemanha/Parlamento e Conselho, já referido, n.º 86; de 9 de Outubro de 2001, Países Baixos/Parlamento e Conselho, C-377/98, Colect., p. I-7079, n.º 15, e British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, já referido, n.º 61].

31 De resto, o Tribunal decidiu anteriormente que, quando estejam preenchidas as condições do recurso ao artigo 95.º CE como base jurídica, o legislador comunitário não pode ser impedido de se fundar nesta base jurídica pelo facto de a protecção da saúde pública ser determinante nas opções a tomar [acórdão British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, já referido, n.º 62].

32 Além disso, refira-se que o artigo 152.º, n.º 1, primeiro parágrafo, CE prevê que seja assegurado um nível elevado de protecção da saúde das pessoas na definição e na execução de todas as políticas e acções da Comunidade e o artigo 95.º, n.º 3, CE exige de forma expressa que, na harmonização realizada, seja garantido um nível elevado de protecção da saúde das pessoas [acórdão British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, já referido, n.º 62].

33 Resulta do exposto que, sempre que haja obstáculos às trocas comerciais ou seja verosímil que esses obstáculos surgirão no futuro, devido ao facto de os Estados-Membros terem tomado ou estarem prestes a tomar, relativamente a um produto ou categoria de produtos, medidas divergentes susceptíveis de assegurar um nível de protecção diferenciado e impedir, por isso, o ou os produtos em causa de circular livremente na Comunidade, o artigo 95.º CE autoriza o legislador comunitário a intervir, tomando as medidas adequadas, com observância, por um lado, do n.º 3 do referido artigo e, por outro, dos princípios jurídicos mencionados no Tratado ou desenvolvidos pela jurisprudência, nomeadamente o princípio da proporcionalidade.

34 Consoante as circunstâncias, essas medidas adequadas podem consistir em obrigar todos os Estados-Membros a autorizar a comercialização do ou dos produtos em causa, em impor condições relativamente a essa obrigação de autorização, ou mesmo em proibir, provisória ou definitivamente, a comercialização de um ou de determinados produtos [v., no contexto da Directiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos (JO L 228, p. 24), acórdão de 9 de Agosto de 1994, Alemanha/Conselho, C-359/92, Colect., p. I-3681, n.os 4 e 33].

35 É à luz destes princípios que importa verificar se as condições para recorrer ao artigo 95.º CE como base jurídica estão cumpridas no caso do artigo 8.º da Directiva 2001/37.

36 A título preliminar, saliente-se que o referido artigo 8.º não faz mais do que reproduzir as disposições do artigo 8.º-A da Directiva 89/622, segundo o qual é proibida nos Estados-Membros a colocação no mercado dos produtos do tabaco destinados a uso oral. Estes foram definidos na Directiva 2001/37 e na Directiva 89/622 como «todos os produtos que se destinam a uso oral, com excepção dos destinados a serem fumados ou mascados, constituídos total ou parcialmente por tabaco, sob forma de pó ou de partículas finas ou qualquer combinação destas formas, nomeadamente os que se apresentam em doses individuais ou pacotes porosos, ou ainda sob forma que evoque um género alimentício».

37 É pacífico que, para esses produtos, como se refere no décimo quarto considerando da Directiva 92/41, existiam, à data da adopção desta última, divergências entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros. Com efeito, dois deles tinham já proibido a comercialização de tais produtos e um terceiro tinha aprovado disposições que, embora não tivessem ainda entrado em vigor, tinham o mesmo objecto. Estas destinavam-se, segundo os seus autores, a travar a expansão do consumo de produtos nocivos para a saúde, que eram produtos novos no mercado dos Estados-Membros e considerados particularmente atractivos para os jovens.

38 Dado que o mercado dos produtos do tabaco é um mercado no qual as trocas entre Estados-Membros são relativamente importantes [v. acórdão British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, já referido, n.º 64], essas medidas de proibição de comercialização contribuíam para uma evolução heterogénea deste mercado, sendo pois susceptíveis de constituir um obstáculo à livre circulação de mercadorias.

39 Tendo em conta, além disso, a crescente tomada de consciência do público quanto ao carácter nocivo do consumo dos produtos do tabaco para a saúde, é credível que possam surgir obstáculos à livre circulação desses produtos devido à adopção pelos Estados-Membros de novas regras, que reflictam essa evolução, destinadas a desencorajar de forma mais eficaz o consumo desses produtos [acórdão British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, já referido, n.º 67].

40 O artigo 8.º da Directiva 2001/37 foi adoptado num contexto que, face aos obstáculos à livre circulação de mercadorias existentes no mercado dos produtos do tabaco devido à evolução heterogénea das condições da comercialização dos produtos do tabaco destinados ao uso oral nos diversos Estados-Membros, não era diferente do existente à data da adopção do artigo 8.º-A da Directiva 89/622. Acresce que o acto de adesão não pode ter qualquer influência na apreciação desse contexto. Com efeito, este acto não só colocou o Reino da Suécia fora do âmbito de aplicação do referido artigo 8.º-A, mas também exigiu que esse Estado-Membro tomasse todas as medidas necessárias para garantir que os produtos do tabaco destinados a uso oral não fossem comercializados nos outros Estados-Membros.

41 Portanto, justifica-se uma intervenção do legislador comunitário com base no artigo 95.º CE no que respeita aos produtos do tabaco destinados a uso oral.

42 Resulta do exposto que a medida de proibição constante do artigo 8.º da Directiva 2001/37 podia ser adoptada com fundamento no artigo 95.º CE. Mais adiante, analisar-se-á se a adopção desta medida foi efectuada com observância do artigo 95.º, n.º 3, CE e dos princípios jurídicos referidos nas questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

43 Quanto à questão de saber se o recurso ao artigo 133.º CE como segunda base jurídica do referido artigo 8.º era necessário ou possível no caso em apreço, basta recordar que, no n.º 97 do acórdão British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, já referido, o Tribunal considerou que o artigo 95.º CE constituía a única base jurídica adequada da directiva e que era erradamente que esta referia também o artigo 133.º CE como base jurídica.

44 Contudo, esta referência errada ao artigo 133.º CE como segunda base jurídica da directiva não implica só por si a sua invalidade [acórdão British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, já referido, n.º 98]. Com efeito, um erro desse tipo no preâmbulo de um acto comunitário constitui apenas um vício puramente formal, salvo se tiver ferido de irregularidade o processo de adopção do acto (v., neste sentido, acórdãos de 27 de Setembro de 1988, Comissão/Conselho, 165/87, Colect., p. 5545, n.º 19, e de 9 de Setembro de 2004, Espanha e Finlândia/Parlamento e Conselho, C-184/02 e C-223/02, Colect., p. I-7789, n.º 44). Ora o Tribunal também decidiu, no n.º 111 do acórdão British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, já referido, que o recurso à dupla base jurídica dos artigos 95.º CE e 133.º CE não feriu de irregularidade o processo de adopção da directiva e que esta não é, por isso, inválida.

45 Daqui se conclui que o artigo 8.º da Directiva 2001/37 não é inválido por falta de base jurídica adequada.

No que respeita ao artigo 95.°, n.° 3, CE e ao princípio da proporcionalidade

46 O artigo 95.°, n.° 3, CE dispõe que tanto a Comissão como o Parlamento e o Conselho se basearão num nível elevado de protecção da saúde das pessoas, tendo em conta, nomeadamente, qualquer nova evolução baseada em dados científicos.

47 Neste contexto, deve recordar-se que o princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípio gerais do direito comunitário, exige que os instrumentos que uma disposição comunitária põe em execução sejam aptos a realizar o objectivo visado e não vão além do que seja necessário para o atingir (v., designadamente, acórdãos de 18 de Novembro de 1987, Maizena, 137/85, Colect., p. 4587, n.° 15; de 7 de Dezembro de 1993, ADM Ölmühlen, C-339/92, Colect., p. I-6473, n.° 15, e de 11 de Julho de 2002, Käserei Champignon Hofmeister, C-210/00, Colect., p. I-6453, n.° 59).

48 No que diz respeito à fiscalização jurisdicional das condições indicadas no número anterior, saliente-se que há que reconhecer ao legislador comunitário um amplo poder de apreciação num domínio como o dos autos, que implica da sua parte opções de natureza política, económica e social, em que é chamado a efectuar apreciações complexas. Só o carácter manifestamente inadequado de uma medida adoptada nesse domínio, em relação ao objectivo que a instituição competente pretende prosseguir, pode afectar a legalidade de tal medida [v., neste sentido, acórdãos de 12 de Novembro de 1996, Reino Unido/Conselho, C-84/94, Colect., p. I-5755, n.° 58; de 13 de Maio de 1997, Alemanha/Parlamento e Conselho, C-233/94, Colect., p. I-2405, n.^{os} 55 e 56; de 5 de Maio de 1998, National Farmers' Union e o., C-157/96, Colect., p. I-2211, n.° 61, e British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, já referido, n.° 123].

49 Quanto ao artigo 8.º-A, aditado à Directiva 89/622 pela Directiva 92/41, resulta dos considerandos desta última que a medida de proibição da comercialização dos produtos do tabaco destinados a uso oral é a única que apresenta um carácter adequado para responder ao risco real de ver esses novos produtos ser utilizados pelos jovens, causando, assim, uma dependência da nicotina, tanto mais que esses novos produtos provocam, nomeadamente, cancros da boca.

50 A Swedish Match sustenta no essencial que, face ao estado dos dados científicos de que o legislador comunitário dispunha em 2001, quando da adopção do artigo 8.º da Directiva 2001/37, com base nos quais alterou as normas relativas à advertência referida no artigo 5.º, n.º 4, da referida directiva, a manutenção da proibição da comercialização dos produtos do tabaco destinados a uso oral era desproporcionada relativamente ao objectivo pretendido e não tinha em conta a evolução dos referidos dados científicos.

51 Quanto a este ponto, importa responder que, embora determinados peritos tenham logrado, desde 1999, pôr em causa a afirmação de que, como se diz no décimo sexto considerando da Directiva 92/41, «estes novos produtos provocam, designadamente, cancros da boca», no entanto, à data da adopção da Directiva 2001/37 ainda não tinha sido totalmente eliminada a controvérsia relativamente a este ponto. Por outro lado, embora uma parte da comunidade científica admitisse que os produtos do tabaco destinados a uso oral pudessem ser utilizados como produtos de substituição do cigarro, outra parte contestava o acerto de tal posição. Deve-se inferir desta situação que os dados científicos de que o legislador comunitário podia dispor em 2001 não permitiam concluir que o consumo dos produtos em causa não representava qualquer perigo para a saúde das pessoas.

52 Além disso, como todos os outros produtos do tabaco, os destinados a uso oral contêm nicotina, que provoca dependência e cuja toxicidade não é contestada.

53 Ora, por um lado, não tinha sido demonstrado, quando da adopção da Directiva 2001/37, que, neste aspecto, os efeitos nocivos dos referidos produtos era menores do que os dos outros produtos do tabaco. Por outro lado, estava provado que apresentavam riscos graves para a saúde, facto que o legislador comunitário devia tomar em conta.

54 Nestes termos, não se poderia sustentar que, ao contrário do disposto no artigo 95.º, n.º 3, CE, a proibição resultante do artigo 8.º da Directiva 2001/37 tinha sido aprovada sem tomar em conta a evolução dos dados científicos.

55 Por outro lado, nenhum dos elementos de apreciação submetidos ao Tribunal permite considerar que os produtos do tabaco destinados a uso oral não eram produtos novos no mercado dos Estados-Membros tal como este se encontrava quando da adopção da Directiva 92/41.

56 Assim, para cumprir a obrigação que lhe incumbe de se basear num nível de protecção elevado em matéria de saúde, nos termos do artigo 95.º, n.º 3, CE, o legislador comunitário pôde considerar, sem exceder os limites do poder de apreciação que detém nesta matéria, que era necessária uma medida de proibição da comercialização dos produtos do tabaco e que, em particular, não existia uma medida alternativa que permitisse alcançar o mesmo objectivo de forma igualmente eficaz.

57 Com efeito, como observa o advogado-geral nos n.os 116 a 119 das suas conclusões, todas as outras medidas destinadas a sujeitar os fabricantes a normas técnicas para reduzir a nocividade do produto ou a regulamentar a rotulagem das embalagens desse produto e as condições de venda do mesmo, nomeadamente a menores, não teriam o mesmo efeito preventivo em termos de protecção da saúde, na medida em que as mesmas deixariam instalar no mercado um produto que, seja como for, continua a ser nocivo.

58 Resulta do exposto que, face tanto ao objectivo imposto ao legislador comunitário pelas disposições do artigo 95.°, n.° 3, CE, de assegurar um nível elevado de protecção da saúde das pessoas, como da sua obrigação de respeitar o princípio da proporcionalidade, a medida de proibição contestada não pode ser tida como manifestamente inadequada.

No que respeita aos artigos 28.° CE e/ou 29.° CE

59 Segundo jurisprudência constante, a proibição das restrições quantitativas bem como das medidas de efeito equivalente, prevista nos artigos 28.° CE e 29.° CE, aplica-se não apenas relativamente às medidas nacionais, mas também relativamente às medidas adoptadas pelas instituições comunitárias (v., designadamente, neste sentido, acórdãos de 17 de Maio de 1984, Denkavit Nederland, 15/83, Recueil, p. 2171, n.° 15; de 9 de Agosto de 1994, Meyhui, C-51/93, Colect., p. I-3879, n.° 11, e de 25 de Junho de 1997, Kieffer e Thill, C-114/96, Colect., p. I-3629, n.° 27).

60 Não obstante, como se prevê no artigo 30.° CE, as disposições dos artigos 28.° CE e 29.° CE são aplicáveis sem prejuízo das proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas, nomeadamente, por razões de protecção da saúde e da vida das pessoas.

61 A proibição de comercialização dos produtos do tabaco destinados a uso oral prevista no artigo 8.° da Directiva 2001/37, que constitui uma das restrições abrangidas pelos artigos 28.° CE e 29.° CE, justifica-se, todavia, por razões de protecção da saúde das pessoas, como se referiu no n.° 58 do presente acórdão. Por conseguinte, de modo algum se pode considerar que a mesma proibição foi adoptada com infracção às disposições dos artigos 28.° CE e 29.° CE.

62 Por outro lado, a proibição imposta ao Reino da Suécia de colocar no mercado dos outros Estados-Membros produtos do tabaco destinados a uso oral resulta das disposições do anexo XV, capítulo X, alínea b), do acto de adesão e não das da Directiva 2001/37.

No que respeita ao artigo 253.º CE

63 Há que lembrar que, embora a fundamentação exigida pelo artigo 253.º CE deva revelar, de forma clara e inequívoca, o percurso lógico seguido pela autoridade comunitária de que emana o acto em causa, de modo a permitir aos interessados conhecer as razões que justificaram a medida adoptada e possibilitar ao Tribunal de Justiça o exercício da sua fiscalização, não se exige, porém, que essa fundamentação especifique todos os elementos de facto ou de direito pertinentes (v., nomeadamente, acórdão de 29 de Fevereiro de 1996, Comissão/Conselho, C-122/94, Colect., p. I-881, n.º 29).

64 O respeito do dever de fundamentação deve, por outro lado, ser apreciado em razão não apenas do texto do acto, mas também do seu contexto, bem como do conjunto das regras jurídicas que regem a matéria em causa. Se o acto contestado revelar o essencial do objectivo prosseguido pela instituição, é inútil exigir uma fundamentação específica para cada uma das escolhas técnicas efectuadas (v., nomeadamente, acórdãos de 5 de Julho de 2001, Itália/Conselho e Comissão, C-100/99, Colect., p. I-5217, n.º 64, e, neste sentido, Espanha e Finlândia/Parlamento e Conselho, já referido, n.º 79).

65 Os considerandos da Directiva 92/41 explicam claramente os motivos pelos quais uma medida de proibição da comercialização dos produtos do tabaco destinados a uso oral deve ser introduzida na Directiva 89/622. Em particular, depois de se recordar que os peritos científicos consideram que todos os produtos do tabaco acarretam riscos para a saúde e que estava provado que os produtos do tabaco sem combustão constituem um factor de risco considerável de cancro, esses autores

observaram, além disso, que novos produtos do tabaco para uso oral, recentemente surgidos no mercado de alguns Estados-Membros, exerciam uma atracção particular junto dos jovens, com o risco de causar nestes dependência da nicotina, se não fossem tomadas medidas restritivas em tempo útil. Referiu-se, ainda, que os Estados-Membros mais expostos a este problema já tinham proibido completamente estes novos produtos do tabaco ou tencionavam proibi-los.

66 Importa observar, além disso, que a proibição prevista no artigo 8.º da Directiva 2001/37 de comercializar os produtos do tabaco para uso oral se limita, no âmbito da revisão de textos anteriores, que constitui um dos objectivos da directiva, a confirmar uma medida idêntica adoptada em 1992. O tratamento diferente reservado em 1992 a esses produtos relativamente aos outros produtos do tabaco sem combustão resultava de circunstâncias relativas, simultaneamente, ao facto de os produtos visados pela proibição serem novos no mercado interno da época e serem atractivos para os jovens e à existência de medidas nacionais de proibição em determinados Estados-Membros.

67 Ora, essas circunstâncias mantinham-se em 2001. É certo que é pacífico que a comercialização dos produtos do tabaco destinados a uso oral tem longa tradição na Suécia e que esses produtos não podiam ser considerados novos no mercado correspondente ao território desse Estado-Membro quando da sua adesão em 1995. Todavia, como o artigo 151.º do acto de adesão excluiu precisamente o Reino da Suécia do âmbito de aplicação da proibição adoptada em 1992, o território deste Estado não pode ser tomado em conta para definir o mercado referido no artigo 8.º da Directiva 2001/37 e, consequentemente, para apreciar se, relativamente a esse mercado, podem ser considerados novos os produtos cuja comercialização é proibida nos termos do referido artigo.

68 Uma vez que a Directiva 2001/37 precisa, no seu vigésimo oitavo considerando, que a Directiva 89/622 proibiu a venda, nos Estados-Membros, de determinados tipos de tabaco destinados a uso oral e que o artigo 151.º do acto de adesão concedeu ao

Reino da Suécia uma derrogação às disposições daquela directiva, não se conclui que a confirmação dessa proibição pelo artigo 8.º da Directiva 2001/37 exigia que essa directiva especificasse outros elementos de direito e de facto relevantes para cumprir o dever de fundamentação resultante do artigo 253.º CE.

69 Resulta do exposto que o artigo 8.º da Directiva 2001/37 cumpre o dever de fundamentação previsto no artigo 253.º CE.

No que respeita ao princípio da não discriminação

70 Segundo jurisprudência constante, o princípio da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a não ser que tal tratamento seja objectivamente justificado (v., neste sentido, acórdão de 9 de Setembro de 2004, Espanha/Comissão, C-304/01, Colect., p. I-7655, n.º 31).

71 Ora, os produtos do tabaco destinados a uso oral, como definidos no artigo 2.º da Directiva 2001/37, ainda que não sejam essencialmente diferentes, quanto à sua composição ou mesmo ao seu destino, dos produtos do tabaco que se destinam a ser mascados, não se encontram na mesma situação que estes últimos produtos. Com efeito, os produtos do tabaco destinados a uso oral objecto da proibição prevista no artigo 8.º-A da Directiva 89/622 e reproduzida no artigo 8.º da Directiva 2001/37 eram novos no mercado dos Estados-Membros visados por essa medida. Esta situação específica permitia, assim, um tratamento diferente sem que se pudesse invocar fundadamente a violação do princípio da não discriminação.

No que respeita ao princípio do livre exercício de uma actividade profissional e ao direito de propriedade

72 Recorde-se que, segundo a jurisprudência do Tribunal, o livre exercício de uma actividade profissional, como o direito de propriedade, faz parte dos princípios gerais do direito comunitário. Todavia, estes princípios não se apresentam como prerrogativas absolutas, antes devendo ser tomados em consideração por referência à sua função na sociedade. Por conseguinte, podem ser impostas restrições ao direito de exercer livremente uma actividade profissional, como ao gozo do direito de propriedade, na condição de essas restrições corresponderem a objectivos de interesse geral e não constituírem, relativamente à finalidade prosseguida, uma intervenção excessiva e intolerável que atente contra a própria substância das liberdades assim garantidas (v., nomeadamente, acórdãos de 11 de Julho de 1989, Schräder, 265/87, Colect., p. 2237, n.º 15; de 5 de Outubro de 1994, Alemanha/ /Conselho, C-280/93, Colect., p. I-4973, n.º 78; de 29 de Abril de 1999, Standley e o., C-293/97, Colect., p. I-2603, n.º 54; de 15 de Julho de 2004, Di Lenardo e Dilexport, C-37/02 e C-38/02, Colect., p. I-6911, n.º 82, e Espanha e Finlândia/Parlamento e Conselho, já referido, n.º 52).

73 É verdade que a proibição de comercializar os produtos do tabaco destinados a uso oral prevista no artigo 8.º da Directiva 2001/37 é susceptível de restringir o livre exercício da actividade profissional dos fabricantes desses produtos, admitindo que estes pretendessem proceder a essa comercialização na área geográfica abrangida pela referida proibição. Mas nem por isso o direito de propriedade dos operadores pode ser posto em causa pela tomada de semelhante medida. Com efeito, nenhum operador económico pode reivindicar um direito de propriedade sobre uma quota de mercado que detinha num momento anterior à tomada de uma medida que afecta esse mercado, pois essa quota de mercado apenas constitui uma posição económica momentânea, exposta à eventualidade de uma alteração de circunstâncias (acórdão de 5 de Outubro de 1994, Alemanha/Conselho, já referido, n.º 79). Um operador económico também não pode invocar um direito adquirido ou uma confiança legítima na manutenção de uma situação existente que pode ser modificada por decisões tomadas pelas instituições comunitárias no âmbito do seu poder de apreciação (v. acórdão de 28 de Outubro de 1982, Faust/Comissão, 52/81, Recueil, p. 3745, n.º 27).

74 Como se indicou mais atrás, a Directiva 2001/37 prossegue um objectivo de interesse geral, garantindo um nível elevado de protecção da saúde no âmbito da harmonização das disposições aplicáveis à colocação no mercado dos produtos do tabaco. Ora, como se referiu no n.º 58 do presente acórdão, não se pode afirmar que a medida de proibição prevista no artigo 8.º da referida directiva seja de uma natureza inadequada a esse objectivo. Nestes termos, o obstáculo ao livre exercício de uma actividade económica constituído por uma medida desta natureza não pode ser entendido, face ao objectivo prosseguido, como uma limitação excessiva do direito ao exercício dessa liberdade ou do direito de propriedade.

No que respeita ao alegado desvio de poder

75 Tal como reiteradamente o Tribunal de Justiça tem decidido, um acto só enferma de desvio de poder caso se revele, com base em indícios objectivos, pertinentes e concordantes, ter sido adoptado com a finalidade exclusiva, ou pelo menos determinante, de atingir fins diversos dos invocados ou de eludir um processo especialmente previsto pelo Tratado para fazer face às circunstâncias do caso em apreço (v. acórdãos de 13 de Novembro de 1990, Fedesa e o., C-331/88, Colect., p. I-4023, n.º 24, e de 22 de Novembro de 2001, Países Baixos/Conselho, C-110/97, Colect., p. I-8763, n.º 137).

76 Em particular, no que respeita à exclusão expressa de toda e qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros destinadas a proteger e a melhorar a saúde humana, constante do artigo 129.º, n.º 4, primeiro travessão, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 152.º, n.º 4, primeiro parágrafo, CE), o Tribunal de Justiça considerou que o recurso a outros dos seus artigos como base jurídica não pode ser utilizado para contornar essa exclusão (acórdão de 5 de Outubro de 2000, Alemanha/Parlamento e Conselho, já referido, n.º 79). Contudo, o Tribunal de Justiça esclareceu que, quando estejam preenchidas as condições do recurso ao artigo 95.º, n.º 1, CE como base jurídica, o legislador comunitário não pode ser impedido de se fundar nessa base jurídica por a protecção da saúde pública ser determinante nas opções a tomar [acórdão de 5 de Outubro de 2000, Alemanha/Parlamento e Conselho, já referido, n.º 88, e British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, já referido, n.º 190].

77 Ora, por um lado, as condições do recurso ao artigo 95.º CE estavam preenchidas no caso do artigo 8.º da Directiva 2001/37 e, por outro, de modo algum se provou que esta disposição foi adoptada com o fim exclusivo, ou pelo menos determinante, de prosseguir um objectivo diverso do de eliminar os entraves às trocas relacionados com a evolução heterogénea das legislações nacionais no que respeita aos produtos do tabaco destinados a uso oral.

78 Resulta das considerações expostas que o artigo 8.º da Directiva 2001/37 não é inválido por desvio de poder.

Quanto à resposta à segunda questão, considerada globalmente

79 Há que responder à segunda questão, considerada globalmente, que a apreciação da mesma não revelou qualquer elemento susceptível de afectar a validade do artigo 8.º da Directiva 2001/37.

Quanto à primeira questão

80 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se os artigos 28.º CE e 29.º CE se opõem a uma regulamentação nacional como a em causa no processo principal.

81 Importa recordar que uma medida nacional numa área objecto de harmonização exaustiva a nível comunitário deve ser apreciada à luz das disposições dessa medida de harmonização e não à do direito primário (v. acórdãos de 12 de Outubro de 1993, Vanacker e Lesage, C-37/92, Colect., p. I-4947, n.º 9, e de 13 de Dezembro de 2001, DaimlerChrysler, C-324/99, Colect., p. I-9897, n.º 32).

82 Como a comercialização dos produtos do tabaco destinados a uso oral é uma questão regulada de forma harmonizada ao nível comunitário, a regulamentação nacional em causa no processo principal que, transpondo validamente as normas comunitárias, proíbe a comercialização desses produtos só pode, portanto, ser apreciada à luz das disposições da referida regulamentação comunitária e não à luz do disposto nos artigos 28.º CE e 29.º CE.

83 Pelo exposto, há que responder à primeira questão que, se uma medida nacional proibir a comercialização dos produtos do tabaco destinados a uso oral em conformidade com o disposto no artigo 8.º da Directiva 2001/37, não é necessário verificar, separadamente, se essa medida nacional está em conformidade com os artigos 28.º CE e 29.º CE.

Quanto à terceira questão

84 Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se, caso o artigo 8.º da Directiva 2001/37 seja inválido, os princípios da não discriminação, da proporcionalidade e da protecção do direito de propriedade devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma medida nacional que proíba os produtos do tabaco destinados a uso oral.

85 Não é necessário responder a esta questão, uma vez que, como se referiu no n.º 79 do presente acórdão, o exame da segunda questão não revelou qualquer elemento susceptível de afectar a validade do artigo 8.º da Directiva 2001/37.

Quanto às despesas

86 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelos demais intervenientes que apresentaram observações ao Tribunal não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

1) **A apreciação da segunda questão não revelou qualquer elemento susceptível de afectar a validade do artigo 8.º da Directiva 2001/37/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Junho de 2001, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco.**

2) **Se uma medida nacional proibir a comercialização dos produtos do tabaco destinados a uso oral em conformidade com o disposto no artigo 8.º da Directiva 2001/37, não é necessário verificar, separadamente, se essa medida nacional está em conformidade com os artigos 28.º CE e 29.º CE.**

Assinaturas.