

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NIAL FENNELLY

apresentadas em 15 de Junho de 2000 *

ÍNDICE

I — Introdução	I-8424
II — O quadro legislativo e histórico	I-8426
i) As pertinentes disposições do Tratado	I-8426
ii) As outras legislações	I-8427
iii) Antecedentes legislativos da directiva sobre a publicidade	I-8428
iv) Um resumo do conteúdo da directiva	I-8431
III — A admissibilidade	I-8436
IV — As observações apresentadas no Tribunal de Justiça	I-8439
i) A base jurídica e a competência	I-8439
ii) O princípio da subsidiariedade	I-8443
iii) O princípio da proporcionalidade	I-8444
iv) A violação do artigo 30.º	I-8445
v) O direito de propriedade e o livre exercício de uma actividade profissional ..	I-8445
vi) A liberdade de expressão	I-8446
vii) A obrigação de fundamentação	I-8447
V — Análise	I-8447
i) Sobre a base jurídica e sobre a competência	I-8447
Introdução	I-8447
A natureza da competência comunitária	I-8448
Competência comunitária e competência nacional: diferença de objectivos ...	I-8450
O «centro de gravidade» da directiva	I-8452
O âmbito do artigo 129.º, n.º 4, do Tratado CE	I-8453
A génese da directiva	I-8454
O desvio de poder	I-8456
A importância do processo de voto no seio do Conselho	I-8457
O mercado interno	I-8458

* Língua original: inglês.

Os objectivos do mercado interno — Apreciação concreta	I-8463
O objectivo da directiva sobre a publicidade	I-8467
Os entraves à liberdade das trocas comerciais de produtos e serviços relacionados com a promoção do tabaco	I-8468
A harmonização operada pela directiva sobre a publicidade	I-8471
Distorções de concorrência	I-8475
Consequências: nulidade e separabilidade	I-8476
ii) O princípio da subsidiariedade	I-8479
iii) O princípio da proporcionalidade	I-8484
iv) A violação do artigo 30.º do Tratado CE	I-8484
v) O atentado contra os direitos económicos	I-8484
vi) A liberdade de expressão	I-8487
vii) A falta de fundamentação	I-8495
VI — Quanto às despesas	I-8496
VII — Conclusão	I-8497

I — Introdução

1. Estes dois processos têm como objecto a validade da Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco¹ (a seguir «directiva» ou «directiva sobre a publicidade»). No primeiro destes dois processos (a seguir «processo Alemanha»), a República Federal da Alemanha interpôs um recurso de anulação da directiva sobre a publicidade, com fundamento no artigo 173.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 230.º CE). No segundo processo (a seguir «processo Imperial Tobacco»), um certo número de fabricantes de produtos de tabaco, no Reino Unido, interpôs um

recurso para a High Court of Justice, Queen's Bench Division (Crown Office) (a seguir «órgão jurisdicional nacional ou juiz *a quo*»), visando especialmente a declaração da legalidade do cumprimento pelo Reino Unido da intenção e/ou obrigação das exigências da directiva. O órgão jurisdicional nacional considerou que as sociedades recorrentes tinham apresentado argumentos susceptíveis de fundamentar uma decisão de anulação e decidiu submeter uma questão a título prejudicial ao Tribunal de Justiça.

2. Como o juiz *a quo* observou, existem pontos comuns importantes (sem coincidirem na totalidade) entre a questão por ele colocada e os fundamentos do recurso introduzido no processo Alemanha. A sua questão define, com concisão, os fundamentos invocados pelos recorrentes no

1 — JO L 213, p. 9.

processo principal: «A Directiva 98/43 do Conselho é inválida, no todo ou em parte, por:

- a) os artigos 57.º, n.º 2, 66.º e 100.º-A não constituírem base jurídica adequada;
- b) violação do direito fundamental da liberdade de expressão;
- c) violação do princípio da proporcionalidade;
- d) violação do princípio da subsidiariedade;
- e) violação da obrigação de motivação;
- f) violação do artigo 222.º do Tratado CE e/ou violação do direito fundamental da propriedade?»

No processo Alemanha, sustenta-se, além disto, que a directiva sobre a publicidade é

contrária ao artigo 30.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 28.º CE).

3. O problema principal que se coloca nestes dois processos é o da competência ou da base jurídica. O facto de se questionar a validade da directiva por desrespeito dos princípios da proporcionalidade ou da subsidiariedade, da obrigação de motivação ou dos direitos fundamentais apenas é trazido à colação a título subsidiário, isto é, unicamente no caso de o Tribunal de Justiça chegar à conclusão de que era correcta a base jurídica escolhida pela directiva.

4. A base jurídica a que a directiva sobre a publicidade recorre é o mercado interno. A competência da Comunidade relativamente ao mercado interno não é limitada, *a priori*, por domínio algum reservado aos Estados-Membros. Trata-se de uma competência horizontal, cujo exercício se substitui à competência legislativa nacional, no domínio em questão. A fiscalização jurisdiccional exercida sobre o exercício desta competência constitui uma questão delicada e complexa. Por um lado, uma fiscalização jurisdiccional demasiado restritiva poderia permitir às instituições comunitárias que usufruíssem, na prática, de um poder legislativo geral ou ilimitado, contrariamente ao princípio de que a Comunidade apenas dispõe das competências limitadas, qualquer que seja a sua extensão, que lhe tenham sido atribuídas pelo Tratado com o fim de alcançar objectivos precisos. A Comunidade poderia assim, por forma não autorizada, ultrapassar os limites dos poderes dos Estados-Membros. Por outro lado, o Tribunal de Justiça, em princípio, não pode impedir o legislador comunitário

de cumprir legitimamente a sua missão de suprimir os entraves e as distorções nas trocas dos produtos e dos serviços. Ao Tribunal de Justiça, enquanto depositário da confiança das instituições comunitárias, dos Estados-Membros e dos cidadãos da União, incumbe cumprir esta difícil função de manter a separação constitucional entre os poderes da Comunidade e os dos Estados-Membros, com base em critérios objectivos.

II — O quadro legislativo e histórico

i) *As pertinentes disposições do Tratado*

5. O litígio sobre a base jurídica da directiva sobre a publicidade apenas diz respeito a um número limitado de disposições do Tratado relativas ao mercado interno e à livre prestação de serviços.

6. Através da conjugação dos artigos 57.º, n.º 2.º, do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 47.º, n.º 2, CE) e 66.º do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 55.º CE), o Conselho, em conformidade com o processo previsto no artigo 189.º-B do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 251.º CE), geralmente conhecido por «processo de co-decisão», «adoptará... directivas que visem coordenar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes ao acesso às activi-

dades não assalariadas e ao seu exercício», nelas se abrangendo a livre prestação de serviços².

7. O artigo 100.º-A do Tratado CE passou, após alteração, a artigo 95.º CE. Em derrogação do artigo 100.º do Tratado CE (actual artigo 94.º CE), e salvo disposição em contrário do presente Tratado, o artigo 100.º-A determina que o Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 189.º-B e após consulta do Comité Económico e Social, com vista à realização dos objectivos enunciados no artigo 7.º-A do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 14.º CE), «adapta 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».

8. O artigo 100.º-A, n.º 3, dispõe que a Comissão, «nas suas propostas previstas no n.º 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado»³. O artigo 100.º-A, n.º 4, autoriza um Estado-Membro, após a adopção de uma medida de harmonização pelo Conselho deliberando por maioria qualificada, a aplicar disposições nacionais justificadas, em especial, por exigências

2 — Em virtude do disposto no artigo 66.º do Tratado CE, as referências feitas, nas presentes conclusões, ao artigo 57.º, n.º 2.º, do Tratado CE, salvo indicação em contrário, devem ser entendidas como abrangendo a sua extensão à livre prestação de serviços.

3 — O artigo 95.º, n.º 3, CE, após modificação, acrescenta que: «No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objectivo». Na nossa análise, consideramos esta obrigação como implicitamente prevista desde a origem no artigo 100.º-A, n.º 3, do Tratado, mesmo se esta se referia, de maneira mais limitada, às propostas da Comissão.

importantes referidas no artigo 36.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 30.º CE), sob reserva de confirmação pela Comissão e de um processo especial acelerado para apresentação do caso ao Tribunal de Justiça.

9. Os recorrentes fundaram-se, em especial, no artigo 129.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 152.º CE). No seu n.º 1, este artigo enuncia que «[a] Comunidade contribuirá para assegurar um elevado nível de protecção da saúde humana, incentivando a cooperação entre os Estados-Membros e, se necessário, apoiando a sua acção» e que «[as] exigências em matéria de protecção da saúde constituem uma componente das demais políticas comunitárias». O artigo 129.º, n.º 4, prevê que o Conselho contribua para a realização dos objectivos visados neste artigo, deliberando de acordo com o processo de co-decisão e após consulta do Comité Económico e Social e do Comité das Regiões, pela adopção de acções de incentivo, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. O Conselho pode igualmente adoptar recomendações.

ii) *As outras legislações*

10. Para se poder apreciar a legalidade da directiva sobre a publicidade, parece necessária a referência a anteriores legislações. Com efeito, antes da adopção da directiva, a Comunidade já tinha adoptado um certo número de disposições legislativas em matéria de comercialização dos produtos do tabaco, tomando por base quer

artigo 100.º-A do Tratado CE quer o artigo 57.º, n.º 2, do Tratado CE, em conjugação com o artigo 66.º A este respeito, o texto mais importante é o artigo 13.º da Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva⁴. Para o efeito pretendido, basta recordar que este artigo estatui a interdição de toda a forma de publicidade televisiva de cigarros e de outros produtos do tabaco. O artigo 2.º-A, n.º 1, desta mesma directiva determina que, de um modo geral, «os Estados-Membros assegurarão a liberdade de recepção e não colocarão entraves à retransmissão nos seus territórios de emissões de radiodifusão televisiva provenientes de outros Estados-Membros por razões que caiam dentro dos domínios coordenados pela presente directiva».

11. Nos termos 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, assim como de proibição de colocação no mercado de determinados produtos do tabaco destinados a uso oral⁵, é obrigatório que, nos pacotes de cigarros, figurem as menções do teor de alcatrão e de nicotina⁶ e bem assim uma advertência, geral e especí-

4 — JO L 298, p. 23, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento e do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (JO L 202, p. 60). Uma e outra directivas foram adoptadas com fundamento nos artigos 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado CE.

5 — JO L 359, p. 1, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/41/CEE do Conselho, de 15 de Maio de 1992 (JO L 158, p. 30). As duas directivas foram adoptadas com base no artigo 100.º-A do Tratado CE.

6 — Artigo 3.º da Directiva 89/622.

fica, relativa à saúde⁷. A venda dos produtos conformes com as disposições desta directiva não pode ser restringida pelos Estados-Membros por considerações relativas à rotulagem⁸. De modo idêntico, os Estados-Membros não podem proibir as vendas de produtos conformes às disposições 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 cigarros⁹, por considerações relativas à limitação do teor de alcatrão nos cigarros¹⁰. As duas Directivas, a 89/622 e a 90/239, foram adoptadas pelo Conselho composto por ministros da Saúde.

12. A Comunidade legislou igualmente sobre outros aspectos da publicidade. Por exemplo, a Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa e de publicidade comparativa¹¹, fixa os critérios mínimos e objectivos que permitem determinar se a publicidade é enganosa¹² e estabelece as condições segundo as quais deve ser permitida a publicidade comparativa¹³. O segundo considerando da Directiva 97/55 indica que «a publicidade constitui um meio muito importante de criar em toda a

Comunidade oportunidades reais de mercado para todos os bens e serviços».

13. A Directiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano¹⁴, prescreve um certo número de condições para a admissão da publicidade de produtos desse tipo. Proíbe, por exemplo, nos meios de comunicação destinados ao grande público, a utilização de certos materiais ou referências a certas indicações terapêuticas, assim como a publicidade de certos produtos.

iii) *Antecedentes legislativos da directiva sobre a publicidade*

14. A ideia de regulamentar a publicidade do tabaco a nível comunitário foi encarada, em 1984, pela primeira vez, pela Comunidade numa comunicação ao Conselho Europeu sobre cooperação em matéria de problemas de saúde. O primeiro programa «A Europa contra o cancro», adoptado por resolução do Conselho e dos representantes dos Governos dos Estados-Membros reunidos no Conselho¹⁵, convidava a Comissão a estudar os meios para reduzir o uso do tabaco, tais como uma acção da Comunidade relativa à publicidade e ao patrocínio, no quadro da cooperação no domínio da saúde. A Comissão respondeu com um

7 — Artigo 4.º da Directiva 89/622.

8 — Artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 89/622.

9 — JO L 137, p. 36. Esta mesma directiva foi adoptada com base no artigo 100.º-A do Tratado CE.

10 — Artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 90/239.

11 — JO L 250, p. 17; EE 15 F5 p. 55, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997 (JO L 290, p. 18). A Directiva 84/450 foi adoptada com base no artigo 100.º do Tratado CE. A directiva que a alterou foi adoptada com base no artigo 100.º-A do Tratado CE.

12 — Artigos 2.º, n.º 2, e 3.º da Directiva 84/450; v., igualmente, o sétimo considerando do preâmbulo.

13 — Artigo 3.º da Directiva 84/450.

14 — JO L 113, p. 13. Esta directiva foi adoptada com base no artigo 100.º-A do Tratado CE.

15 — JO 1986, C 184, p. 19.

Plano de Acção para o período de 1987-1989. Seguidamente, a Comissão, com base no artigo 100.º-A do Tratado CE, elaborou uma primeira proposta de directiva do Conselho em matéria de publicidade e cartazes a favor dos produtos do tabaco¹⁶ (a seguir «primeira proposta de directiva»).

15. A primeira proposta de directiva observava que a publicidade através da imprensa e de cartazes ultrapassa as fronteiras dos Estados-Membros e que as disparidades entre as regulamentações nacionais relativas à publicidade do tabaco são de natureza a criar entraves às trocas e a causar distorções à concorrência. As regras harmonizadas necessárias deviam ter em devida conta a protecção da saúde das pessoas e dos jovens em particular. O seu preâmbulo refere-se também ao programa de acção europeu contra o cancro. Esta primeira proposta de directiva previa que a publicidade dos cigarros e de outros produtos do tabaco através da imprensa e de cartazes devia incluir avisos relativos à saúde¹⁷. Entendia igualmente que o conteúdo da mensagem publicitária se devia limitar a uma informação sobre o produto e a uma apresentação da sua embalagem, ao mesmo tempo que proibia toda e qualquer referência a uma marca, um emblema, um símbolo ou um outro elemento distintivo principalmente utilizados para os produtos do tabaco, na publicidade que não mencionasse directamente um produto do tabaco¹⁸. Deveria ser proibida toda a forma de publicidade de produtos do tabaco nas publicações destinadas princi-

palmente a jovens com menos de 18 anos de idade¹⁹. Contudo, o artigo 5.º da primeira proposta de directiva impedia os Estados-Membros de usar o argumento da publicidade do tabaco para proibir ou restringir o comércio de jornais ou a difusão de cartazes que estivessem de acordo com a directiva.

16. No âmbito do processo de cooperação, o Parlamento Europeu aprovou a primeira proposta de directiva em 14 de Março de 1990, mas sob reserva da introdução de emendas com o objectivo de proibir totalmente a publicidade do tabaco por motivos de saúde pública²⁰. A Comissão, por seu lado, considerou que seria prematura uma interdição total, à luz das actuais regulamentações nacionais, mas modificou a sua proposta por forma a indicar claramente que seriam harmonizadas unicamente as legislações dos Estados-Membros que permitissem a publicidade do tabaco²¹. A Comissão acrescentou ainda três novos considerandos visando pôr em evidência os objectivos de protecção da saúde nos Estados-Membros e a vulnerabilidade dos jovens face à publicidade.

17. Esta versão modificada da primeira proposta de directiva foi discutida no Comité dos Representantes Permanentes dos Estados-Membros (Coreper) no ponto «Luta contra o cancro», mas não foi possível chegar-se a um acordo, nem aí

16 — COM(89) 163 final, apresentada em 7 de Abril de 1989 (JO C 124, p. 5).

17 — Artigo 2.º da primeira proposta de directiva.

18 — Artigo 3.º da primeira proposta de directiva.

19 — Artigo 4.º da primeira proposta de directiva.

20 — JO C 96, p. 98.

21 — COM(90) 147 final, apresentada em 19 de Abril de 1990 (JO C 116, p. 7).

nem no grupo de trabalho «Saúde» do Conselho. Assim, a Comissão retirou essa versão e apresentou, em 17 de Maio de 1991, uma proposta modificada de directiva do Conselho em matéria de publicidade dos produtos do tabaco²² (a seguir «segunda proposta de directiva»). A segunda proposta de directiva punha em destaque, pela primeira vez, a relação entre as diferentes formas de publicidade e o facto de o consumo do tabaco constituir um factor importante de mortalidade na Comunidade. Esta proposta de directiva pretendia proibir toda a forma de publicidade dos produtos do tabaco, a publicidade efectuada em outros domínios por meio de marcas ou marcas registadas associadas principalmente ao tabaco, a utilização de quaisquer outras marcas ou marcas registadas para novos produtos à base de tabaco e, enfim, toda a distribuição gratuita destes produtos²³. Os Estados-Membros podiam autorizar o recurso à publicidade no interior dos estabelecimentos que vendessem tabaco²⁴, mas a segunda proposta de directiva não excluía a possibilidade de os Estados-Membros adoptarem medidas mais estritas visando a protecção da saúde²⁵. Apesar das dúvidas expressas vindas de diversas proveniências²⁶, o Parlamento Europeu rejeitou uma moção visando modificar a base jurídica desta proposta, isto é, substituir o artigo 100.º-A pelo artigo 235.º do Tratado CE (actual artigo 308.º CE) e adoptou, em 11 de Fevereiro de 1992, uma resolução legisla-

tiva propondo, entre outras coisas, o acréscimo de um novo considerando cujo objecto era justificar a interdição por motivos de saúde. Os comissários para o emprego, as relações industriais e os assuntos sociais (incluindo a saúde) responsáveis pela proposta também teriam feito um certo número de discursos e declarações que visavam sublinhar a sua importância no interesse da saúde pública²⁷.

18. O Conselho, em 26 de Novembro de 1996, adoptou uma resolução relativa à redução do tabagismo na Comunidade Europeia²⁸, na qual considerou ser «necessário avaliar o impacto sobre o consumo de tabaco, por um lado, das medidas destinadas a incentivar o tabagismo e outras actividades promocionais e, por outro, das intervenções e medidas destinadas a reduzir o tabagismo» e convidou a Comissão a «fazer levantamentos das melhores práticas dos Estados-Membros para reduzir a prevalência do tabagismo, e avaliar o seu impacto».

19. Por último, o Conselho adoptou uma posição comum formal relativa à segunda proposta de directiva, em 12 de Fevereiro de 1998²⁹, com base numa proposta revista apresentada pela Comissão, em 11 de Dezembro de 1997³⁰. Esta posição comum acrescentava ao artigo 100.º-A os artigos 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado CE,

22 — COM(91) 111 final (JO C 167, p. 3). Uma versão ligeiramente modificada foi apresentada pela Comissão em 30 de Abril de 1992, COM(92) 196 final (JO C 129, p. 5).

23 — Artigo 2.º da segunda proposta da directiva.

24 — Artigo 3.º da segunda proposta da directiva.

25 — Artigo 5.º da segunda proposta da directiva.

26 — Por um certo número de delegações do grupo de trabalho «Saúde» do Conselho e pelo Comité dos Assuntos Económicos e Monetários e Política Industrial do Parlamento Europeu. Os Serviços Jurídicos do Conselho teriam referido dúvidas semelhantes, num parecer de 3 de Dezembro de 1993. V. as nossas observações, no n.º 76, sobre a utilização deste parecer jurídico.

27 — Discurso perante o Parlamento Europeu do comissário Papandreou, Novembro de 1991 e 16 de Janeiro de 1992; observações do comissário Flynn no Conselho dos ministros da Saúde, em 22 de Dezembro de 1994; discurso do comissário Flynn na Conferência Europeia sobre o Tabaco e a Saúde, em 3 de Outubro de 1996; discurso do comissário Flynn em resposta ao acordo do Conselho sobre uma posição comum, em 5 de Dezembro de 1997.

28 — JO C 374, p. 4.

29 — JO C 91, p. 34.

30 — SN4883/1/97.

como base jurídica, e previa um certo número de novos considerandos destinados a reflectir as modificações introduzidas na proposta de interdição da publicidade indirecta, assim como o âmbito um tanto alargado da excepção a favor da publicidade sobre os pontos de venda e a não aplicação da directiva às comunicações destinadas aos profissionais, assim como a extensão da interdição ao patrocínio de acontecimentos ou de actividades³¹. Também acrescentou considerandos, com referência a outros actos que têm como alvo o mercado interno e que afectam tanto a publicidade como os produtos do tabaco, designadamente, a Directiva 89/622, na redacção actualizada, assim como as Directivas 90/239 e 92/28. E o facto mais importante, pelo menos aos olhos dos adversários da directiva, foi a posição comum ter omitido três considerandos que figuram nas propostas anteriores, como se segue:

«Considerando que o Conselho Europeu reunido em Milão, em 28 e 29 de Junho de 1985, sublinhou o interesse de se lançar um programa de acção europeu contra o cancro;

Considerando que o Conselho e os representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho, na sua resolução de 7 de Julho de 1986 relativa a um programa de acção das Comunidades Europeias contra o cancro, fixaram como objectivo deste programa contribuir para melhorar a saúde e a qualidade da vida dos cidadãos das Comunidades reduzindo o número de cancros e que, a este título,

consideraram prioritária a luta contra o tabagismo;

Considerando que, todos os anos, o consumo dos produtos de tabaco constitui um factor de mortalidade muito importante nos Estados-Membros da Comunidade».

20. A posição comum foi aprovada pelo Parlamento Europeu em 13 de Maio de 1998³² e a directiva foi adoptada, em 22 de Junho de 1998, numa reunião do Conselho de Ministros da Investigação. A República Federal da Alemanha votou contra.

iv) *Um resumo do conteúdo da directiva*

21. Os quatro primeiros considerandos do preâmbulo da directiva, tal como foi adoptada, estão assim redigidos:

«(1) Considerando que existem divergências entre as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos pro-

31 — V. a análise dos termos da directiva, imediatamente a seguir.

32 — Contudo, a Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos do Parlamento Europeu, em 16 de Abril de 1998, recusou-se a aprovar a base jurídica da segunda proposta de directiva, na redacção que lhe foi dada.

duto do tabaco; que essa publicidade e esse patrocínio ultrapassam as fronteiras dos Estados-Membros e que essas disparidades podem criar entraves à circulação dos produtos publicitados e à livre prestação de serviços nesta área, bem como criar distorções de concorrência e obstar ao funcionamento do mercado interno;

- (2) Considerando que é necessário eliminar esses entraves e, para tal, aproximar as normas relativas à publicidade e ao patrocínio dos produtos do tabaco, deixando, porém, aos Estados-Membros a possibilidade de, mediante determinadas condições, fixarem as exigências que considerem necessárias para assegurar a protecção da saúde das pessoas;

- (3) Considerando que, nos termos do n.º 3 do artigo 100.º-A do Tratado CE, a Comissão, nas propostas previstas no n.º 1 em matéria de saúde, segurança, protecção do ambiente e dos consumidores, deve tomar como base um elevado nível de protecção;

- (4) Considerando que, por conseguinte, a presente directiva deve ter devidamente em conta a protecção da saúde das pessoas, sobretudo dos jovens para quem a publicidade desempenha um importante papel na promoção do tabaco».

O quinto considerando lembra que as Directivas 89/622 e 90/239 haviam já sido adoptadas com base no artigo 100.º-A. O sexto considerando faz referência à Directiva 92/28, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano, e enuncia que a publicidade relativa aos produtos destinados à desabituação do tabaco da presente directiva não entra no âmbito de aplicação da directiva sobre a publicidade. O sétimo considerando menciona as várias excepções à interdição da publicidade dos produtos do tabaco (artigo 3.º, n.º 5), e acrescenta que «compete aos Estados-Membros, se necessário, adoptar medidas apropriadas» (v. também o artigo 5.º). Os oitavo e nono considerandos do preâmbulo, por seu lado, são do teor seguinte:

«(8) Considerando a interdependência existente entre todos os meios de publicidade oral, escrita, impressa, radiodifundida ou televisiva e cinematográfica e que, para evitar riscos de distorção da concorrência e de contorno das regulamentações, a presente directiva deve abranger todas as formas e meios de publicidade, para além da televisiva, já abrangida pela Directiva 89/552/CEE do Conselho...

- (9) Considerando que todas as formas de publicidade indirecta e de patrocínio, bem como a distribuição gratuita, produzem os mesmos efeitos que a publicidade directa, pelo que, sem prejuízo do princípio fundamental da

liberdade de expressão³³, há que as regulamentar, incluindo as formas indirectas de publicidade que, embora sem referirem directamente o produto do tabaco, usam um nome, uma marca, um símbolo ou qualquer outro distintivo utilizado para os produtos do tabaco; que, no entanto, os Estados-Membros podem diferir a aplicação destas disposições, a fim de permitir o ajustamento das práticas comerciais e a substituição do patrocínio dos produtos do tabaco por outras formas de apoio adequadas».

O décimo considerando faz referência à opção (artigo 3.º, n.º 2) deixada aos Estados-Membros de, em determinadas circunstâncias, continuar a autorizar a utilização de uma marca igualmente associada a produtos do tabaco para promover os produtos de diversificação — outros produtos ou serviços diferentes do tabaco, com uma marca, um nome, um emblema ou qualquer outro distintivo que estejam associados ao tabaco — (artigo 3.º, n.º 2), «sem prejuízo da regulamentação da publicidade aos produtos do tabaco»³⁴. O décimo primeiro considerando faz referência à possibilidade de suprimir o patrocínio por forma mais progressiva (v. o artigo 6.º, n.º 3), precisando que o actual patrocínio «incluirá todos os meios para cumprir os objectivos do patrocínio definido na presente directiva».

33 — Esta referência à liberdade de expressão foi acrescentada após a apresentação, em 11 de Dezembro de 1997, pela Comissão, da segunda proposta de directiva modificada.

34 — Na proposta modificada introduzida, em 11 de Dezembro de 1997, pela Comissão, falava-se, neste considerando, de «interdição da publicidade aos produtos do tabaco» (com sublinhado nosso).

22. O artigo 1.º da directiva indica que:

«A presente directiva tem por objecto a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco.»

O artigo 2.º da directiva contém, entre outras, as definições seguintes:

- «1) 'Produto do tabaco': qualquer produto destinado a ser fumado, inalado, chupado ou mascado, desde que seja constituído, mesmo parcialmente, por tabaco;
- 2) 'Publicidade': qualquer forma de comunicação comercial que tenha como objectivo ou efeito directo ou indirecto promover um produto do tabaco, incluindo a publicidade que, sem mencionar directamente o produto do tabaco, tente contornar a proibição de publicidade, utilizando nomes, marcas, símbolos ou outros distintivos de produtos do tabaco;
- 3) 'Patrocínio': qualquer contributo público ou privado para actividades

ou acontecimentos, que tenha por objectivo ou por efeito directo ou indirecto promover um produto do tabaco».

...

O artigo 3.º, n.ºs 1, 2 e 4, da directiva está assim redigido:

4. É proibida qualquer distribuição gratuita cujo objectivo ou efeito, directo ou indirecto, seja o de promover um produto do tabaco.»

«1. Sem prejuízo da Directiva 89/552/CEE, são proibidas na Comunidade todas as formas de publicidade ou de patrocínio.

2. O n.º 1 não obsta a que um Estado-Membro possa autorizar que um nome já utilizado de boa-fé simultaneamente para produtos do tabaco e outros produtos ou serviços, comercializados ou oferecidos por uma mesma empresa ou empresas distintas antes de 30 de Julho de 1998, seja utilizado para a publicidade a esses outros produtos ou serviços.

Porém, esse nome apenas poderá ser utilizado sob um aspecto claramente distinto do utilizado para o produto do tabaco, com exclusão de qualquer outro sinal distintivo já utilizado para um produto do tabaco.

23. À semelhança do n.º 2, alínea b), do artigo 3.º da directiva, o n.º 3, alínea b), do mesmo artigo 3.º, aparentemente, refere-se à publicidade dos produtos de diversificação, mas não tem uma clareza modelar. Nele enuncia-se que a proibição prevista no n.º 1 não pode ser contornada, relativamente a nenhum produto ou serviço colocado ou oferecido no mercado a partir de 30 de Julho de 2001, através da utilização de nomes, marcas, símbolos ou outros distintivos já utilizados por um produto do tabaco. A referência ao artigo 3.º, n.º 1, parece indicar implicitamente que o termo «utilizado», susceptível de receber vários sentidos, visa a *utilização* de uma marca ou outros sinais distintivos *para efeitos da publicidade ou do patrocínio*. «Para esse efeito», os elementos distintivos em questão «devem ser apresentados com um aspecto claramente distinto do utilizado para o produto do tabaco». Na ausência de outras indicações, supomos que esta parte da frase se refere igualmente à publicidade e ao patrocínio e não à apresentação propriamente dita do produto ou do serviço. As nossas dúvidas iniciais a este respeito foram resolvidas pelas respostas do Conselho e do Parlamento na audiência.

O artigo 3.º, n.º 5, prevê que a directiva não é aplicável:

«— às comunicações destinadas unicamente aos profissionais do ramo do comércio do tabaco,

— à apresentação dos produtos do tabaco colocados à venda e à afixação do seu preço nos pontos de venda de tabaco,

— à publicidade destinada ao comprador nos estabelecimentos especializados na venda de produtos do tabaco e nas respectivas fachadas ou, quando se trate de estabelecimentos de venda de artigos ou de serviços diversos, nos locais reservados à venda de produtos do tabaco, bem como nos pontos de venda que, na Grécia, estão sujeitos a um sistema especial de concessão de licenças por questões de carácter social (ditos 'periptera'),

— à venda de publicações com publicidade a produtos do tabaco editadas e impressas em países terceiros, desde que essas publicações não sejam principalmente destinadas ao mercado comunitário».

24. O artigo 4.º da directiva diz respeito à existência de meios de garantir e controlar a aplicação das disposições nacionais adoptadas no quadro desta directiva e não é objecto de controvérsia nas alegações das partes.

O artigo 5.º da directiva dispõe que:

«A presente directiva não afecta a faculdade dos Estados-Membros de, no respeito pelo Tratado, fixarem exigências mais rigorosas que considerem necessárias para assegurar a protecção da saúde das pessoas em matéria de publicidade ou de patrocínio de produtos do tabaco.»

25. O artigo 6.º, n.º 1, prevê que os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva, o mais tardar, em 30 de Julho de 2001. O artigo 6.º, n.º 3, prevê designadamente que:

«Os Estados-Membros podem diferir a execução do n.º 1 do artigo 3.º:

— por um ano no que se refere à imprensa,

— por dois anos no que se refere ao patrocínio.

Em casos excepcionais e por razões devidamente justificadas, os Estados-Membros podem continuar a autorizar o patrocínio já existente de acontecimentos ou actividades organizados a nível mundial por um período suplementar de três anos, que terminará, o mais tardar, em 1 de Outubro de 2006».

III — A admissibilidade

26. Antes de discutirmos as questões de fundo, é necessário examinar dois argumentos aduzidos pelo Conselho, pelo Parlamento e pela República Francesa, nas observações apresentadas no âmbito do processo Imperial Tobacco, a propósito da admissibilidade do pedido a título prejudicial do juiz *a quo*.

27. O Parlamento, nas observações apresentadas no processo Imperial Tobacco, retomou os argumentos dos recorrentes no processo principal, e alegou a natureza geral e hipotética da acção, na medida em que o seu objecto é um acto de transposição para direito nacional que ainda não tinha entrado em vigor e, por consequência, não era susceptível de ser anulado pelo juiz, e alegou que a questão da validade de uma directiva apenas podia ser proposta num órgão jurisdicional nacional de forma acessória. Ora, quanto a esta matéria, o órgão jurisdicional nacional aparentemente terá julgado justo e conveniente conceder o

«declaratory relief», nos termos da Order 53, Rule 1(2) das Rules of the Supreme Court (código do processo do Supremo Tribunal), considerando que existia um interesse legítimo em colocar uma questão a título prejudicial a fim de eliminar as dúvidas. Segundo ele, este processo não dizia respeito a «questões puramente abstractas» mas a «direitos futuros» susceptíveis de ser invocadas em justiça, no âmbito de uma acção *quia timet*³⁵.

28. O Parlamento referiu-se à obrigação que impende sobre o juiz nacional, quando aprecia a necessidade de uma decisão a título prejudicial para proferir a sua decisão, de ter em atenção que a função confiada ao Tribunal de Justiça não é emitir pareceres consultivos sobre questões gerais ou hipotéticas³⁶. E observou que, apesar de um pedido bastante semelhante ter sido julgado admissível no âmbito do processo Bosman, aquele caso «tinha como objecto uma ameaça eminente e real que era sentida e que recaía em direitos estabelecidos... [e que] a ameaça provinha de um particular» e não consistia no facto de se esperar que um Estado-Membro satisfaça as suas obrigações decorrentes do Tratado. O Parlamento deixou entender que no sistema de protecção jurisdicional instituído pelo Tratado não deveria ser admitida, nos órgãos jurisdicionais nacionais, através do mecanismo do pedido de decisão a título prejudicial, a possibilidade de impugnar a validade de actos comunitários de natureza geral ainda não implementados, porque num caso como este não

35 — V. o *dictum* do juiz Diplock L. J. no acórdão Rediffusion (Hong-Kong) Ltd contra Attorney General of Hong-Kong (1970, AC 1136, p. 1158).

36 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.ºs 59 e 60).

estaria preenchida a condição de o acto atacado afectar directa e individualmente o autor do recurso directo. O Conselho (apoiado pela República Francesa) invocou, também ele, o carácter hipotético do litígio³⁷ e a possibilidade de, através de um procedimento nacional, se poderem iludir as condições de exercício de um recurso directo que visa a anulação de actos comunitários, tal como previsto no artigo 173.º do Tratado CE.

29. Em nossa opinião, o Parlamento tem razão ao sublinhar a similitude existente entre o tipo de processo nacional em causa no processo *Bosman*, por um lado, e no processo *Imperial Tobacco*, por outro lado. O pedido de J.-M. *Bosman*, visando ver declaradas inaplicáveis ao seu caso as regras relativas à nacionalidade dos jogadores profissionais de futebol, tinha sido declarado admissível pelas jurisdições belgas em virtude de uma disposição do código judiciário belga que autoriza as acções intentadas «para evitar a violação de um direito gravemente ameaçado», por motivo de J.-M. *Bosman* ter demonstrado que o prejuízo que receava, designadamente, entraves na sua carreira, poderia vir efectivamente a produzir-se³⁸. Assim, mesmo tendo a acção principal natureza declaratória e, uma vez que ela tinha um objectivo de prevenção, assentava em hipóteses por natureza incertas, o facto de esta acção ser admitida em direito nacional tinha como consequência que as questões colocadas pelo órgão jurisdicional nacional respondiam a uma necessidade objectiva para a solução do litígio para o qual este fora regularmente demandado³⁹. Esta é a

razão por que o pedido de decisão a título prejudicial, assim considerado, fora admissível. O ponto a reter é que era ao órgão jurisdicional nacional que competia determinar, em conformidade com o direito nacional, se era possível uma acção deste tipo.

30. O processo nacional em causa no processo *Imperial Tobacco* diz igualmente respeito a um perigo susceptível de afectar o exercício de direitos futuros para os fabricantes de tabaco, recorrentes na acção principal. É preciso considerar que a apreciação feita pela jurisdição de reenvio quanto à possibilidade de conceder um «declaratory relief» corresponde ao estado do direito nacional sobre este ponto. Contudo, as diferenças entre os dois casos referidos pelo Parlamento vêm reforçar a tese da admissibilidade. Se partirmos do princípio de que os Estados-Membros vão procurar conformar-se com as obrigações que o Tratado lhes impõe, o facto de se pressupor que eles ponham em vigor as medidas necessárias para transpor a directiva sobre a publicidade, o mais tardar, em 30 de Julho de 2000, com a possibilidade, como é evidente, de o fazerem mais cedo⁴⁰, confere à ameaça aos interesses dos recorrentes na acção principal, no mínimo, um carácter mais concreto do que no processo *Bosman*. A possibilidade de diferir a aplicação de certos aspectos da directiva até, o mais tardar, 1 de Outubro de 2006 (em situações excepcionais, para respeitar o patrocínio existente) pode fazer parecer a ameaça, em determinados aspectos, mais distanciada no tempo mas em caso algum a torna mais hipotética⁴¹. Consequentemente

37 — V. acórdão de 16 de Julho de 1992, *Meilicke* (C-83/91, Colect., p. I-4871, n.º 25).

38 — Já referido na nota 36, acima, n.ºs 44 e 64.

39 — *Ibidem*, n.º 65.

40 — A directiva tem um efeito coercivo relativamente ao Estado-Membro destinatário a partir da sua notificação; v. acórdão de 18 de Dezembro de 1997, *Inter-Environnement Wallonie* (C-129/96, Colect., p. I-7411, n.ºs 41 e 44).

41 — V. conclusões do advogado-geral C. O. Lenz no caso *Bosman*, já referido na nota 36, acima, n.º 99.

mente, nestas condições não existe razão alguma para o Tribunal de Justiça questionar a decisão do órgão jurisdicional nacional sobre a necessidade de uma decisão a título prejudicial para poder decidir⁴².

31. Analisemos um outro argumento, segundo o qual um pedido de decisão a título prejudicial, tendo como objecto a legalidade de um acto, não deveria permitir contornar as condições para interpor o recurso previsto no artigo 173.º do Tratado CE. O Tribunal de Justiça recusou, efectivamente, a uma parte que teria podido «sem dúvida alguma» apresentar um recurso deste tipo⁴³ a possibilidade de contornar, através do enviamento de um pedido de decisão a título prejudicial tendo como objecto a validade de um acto comunitário, o atraso na apresentação do recurso de anulação previsto nesta disposição. O Conselho, o Parlamento e a República Francesa procuram, aparentemente, ampliar o sentido desta regra excepcional de modo a que só as pessoas que forem destinatárias de um acto comunitário de aplicação geral, ou forem directa e individualmente afectadas por ele, tenham a possibilidade de contestar a validade desse acto nos órgãos jurisdicionais nacionais com o objectivo de suscitar, por este meio, uma decisão do Tribunal de Justiça a título prejudicial.

32. No acórdão *Universität Hamburg*, o Tribunal de Justiça salientou que a decisão da autoridade nacional constituía o único acto que o recorrente na acção principal pode atacar em justiça «sem encontrar

difficultades para demonstrar o seu interesse em agir» e considerou que, «em conformidade com um princípio geral de direito, que encontrou a sua expressão no artigo 184.º do Tratado CE, o recorrente deve ter a possibilidade, no âmbito de um recurso apresentado nos termos do direito nacional contra a rejeição do seu pedido, de invocar uma excepção em juízo contra a ilegalidade da decisão da Comissão que serve de fundamento à decisão nacional que tenha sido tomada contra o recorrente»⁴⁴. Num plano mais geral, no acórdão *Les Verts/Parlement*, o Tribunal de Justiça decidiu que, «quando essa execução for da competência das instâncias nacionais, podem invocar a invalidade dos actos de alcance geral perante os órgãos jurisdicionais nacionais e levar estes a consultar, a esse respeito, o Tribunal, por meio de questões prejudiciais»⁴⁵. O Tribunal de Justiça observou que o artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE) faz parte de um «sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos actos das instituições» e observou que «as pessoas singulares e colectivas estão assim protegidas contra a aplicação de actos de alcance geral, que não podem impugnar directamente perante o Tribunal, em virtude dos requisitos especiais de admissibilidade especificados no segundo parágrafo do artigo 173.º do Tratado»⁴⁶.

44 — Acórdão de 27 de Setembro de 1983 (216/82, Recueil, p. 2771, n.º 10).

45 — Acórdão de 23 de Abril de 1986 (294/83, Colect., p. 1339, n.º 23, com sublinhado nosso). Parece-nos evidente, pela leitura da referência ao interesse directo e individual da frase precedente, que esta condição, no espírito do Tribunal, não se aplicaria às pessoas que propuseram esse procedimentos em direito nacional.

46 — *Ibidem*. V. igualmente o acórdão de 2 de Abril de 1998, *Greenpeace Council e o./Comissão* (C-321/95 P, Colect., p. I-1651, n.º 33), assim como o comentário sobre este assunto, nos n.ºs 71 a 74 das nossas conclusões no caso *Kruudvat/Comissão* (acórdão de 17 de Novembro de 1998, C-70/97 P, Colect., p. I-7183), assim como o despacho do Tribunal de 20 de Outubro de 1994, *Asocarne/Conselho* (T-99/94, Colect., p. II-871, n.º 17).

42 — Acórdão *Bosman*, já referido, n.º 59.

43 — V. acórdão de 9 de Março de 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf* (C-188/92, Colect., p. I-833, n.º 24 e 25).

33. Em nossa opinião, o processo Imperial Tobacco não tem por objecto impugnar directamente a directiva sobre a publicidade, mesmo quando a sua validade constitui uma questão central no aparecimento do litígio. As sociedades produtoras de tabaco, recorrentes no processo principal, procuram impedir os respectivos ministros do Governo do Reino Unido de concretizar a sua intenção anunciada na transposição da directiva através de «Regulations» adoptadas com base na Section 2(2) do European Communities Act, 1972. Pareceria que o direito de os membros do governo procederem assim, mediante legislação delegada, dependia da validade da directiva⁴⁷. É por esta razão que a questão de saber se a directiva é válida afecta directamente a questão de direito constitucional, própria do Reino Unido e que versa sobre a competência das partes recorridas na acção principal para adoptar a regulamentação visada, sendo acessória desta. Portanto, não há fundamento, pelos motivos sugeridos pelo Conselho, o Parlamento e a República Francesa, para contestar a admissibilidade da questão prejudicial colocada pelo juiz *a quo*.

IV — As observações apresentadas no Tribunal de Justiça

34. Foram apresentadas observações escritas no Tribunal de Justiça, nos processos Alemanha e Imperial Tobacco, pelo Conselho da União Europeia, pelo Parlamento

47 — V. a sentença de Lord Woolf MR, Court of Appeal, sobre um pedido de injunção provisória visando impedir que o Governo do Reino Unido execute a directiva antes de o Tribunal ter decidido no caso C-376/98: R/Secretary of State for Health e o., ex parte Imperial Tobacco Ltd e o. [2000] 1 All ER 572, pp. 575 e segs.

Europeu, pela República Federal da Alemanha, pela República Francesa, pela República da Finlândia, pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e pela Comissão das Comunidades Europeias. Foram igualmente depositadas observações escritas no processo Imperial Tobacco pelos recorrentes na acção principal, sociedades Imperial Tobacco e o., assim como pela República Italiana. Em 12 de Abril de 2000, realizou-se uma audiência comum, para os dois processos, na qual estavam representados todos aqueles que tinham apresentado observações escritas.

35. No resumo da argumentação das partes, que será apresentado a seguir, a República Federal da Alemanha e as recorrentes na acção principal no processo Imperial Tobacco serão designadas conjuntamente por «recorrentes». As instituições comunitárias e os outros Estados-Membros que apresentaram observações a favor da validade da directiva sobre a publicidade serão colectivamente designados por «recorridos». Na medida em que se mostre necessário, durante a nossa análise, examinaremos detalhadamente os argumentos factuais e interpretativos avançados por uma parte e pela outra, assim como a jurisprudência e outros elementos citados. No resumo que se segue, vamos expor os fundamentos das recorrentes pela ordem por que nos propomos tratá-los depois ao longo da nossa análise.

i) A base jurídica e a competência

36. As recorrentes alegam que a Comunidade não era competente para adoptar a

directiva ou que, em todo o caso, certamente não o era fundada nas disposições do Tratado que o legislador tomou efectivamente como base jurídica. A República Federal da Alemanha afirma que a adopção da directiva pelo legislador comunitário constitui um desvio de poder. Qualquer outra apreciação seria contrária ao princípio, consagrado no artigo 3.º-B do Tratado CE (actual artigo 5.º CE), segundo o qual as competências da Comunidade são competências de atribuição. Este argumento subdivide-se em duas partes ligadas entre si, mas os elementos de prova fornecidos para o fundamentar valem igualmente para a parte do argumento da violação dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, da violação dos direitos fundamentais e desconhecimento do artigo 30.º do Tratado CE.

37. A primeira parte do argumento consiste em dizer que a directiva é, na verdade, uma medida de protecção da saúde pública, cujo efeito sobre o mercado interno, caso exista algum, é puramente acessório do objectivo principal resultante do seu conteúdo, que é a redução do tabagismo. A saúde pública constituiu o principal motor das iniciativas comunitárias em matéria de publicidade do tabaco depois do lançamento do programa «Europa contra o cancro», em 1985. A preservação da saúde pública foi o primeiro objectivo da directiva, como o atestam, por um lado, os considerandos actuais e os que foram suprimidos antes da sua adopção e, por outro, o facto de o procedimento para a adopção desta directiva ter sido conduzido por ministros, comissários e outros funcionários responsáveis pela saúde pública, e resulta, enfim, de um certo número de declarações dos responsáveis políticos. O controlo jurisdicional não deve limitar-se

aos objectivos desta medida enunciados nos considerandos do preâmbulo, porque este pode ser objecto de manipulações. Além disso, como o artigo 129.º do Tratado CE expressamente exclui as medidas de harmonização do âmbito das acções que ele visa empreender, a Comunidade não era competente para adoptar a directiva com fundamento numa base jurídica puramente acessória dos seus verdadeiros objectivo e conteúdo.

38. A segunda parte do argumento consiste em dizer que, em qualquer caso, por razões de vária ordem, a directiva não constitui um acto válido de interesse para o mercado interno. Em primeiro lugar, não existe um comércio intracomunitário significativo (ou sequer comércio algum) dos serviços de publicidade ou de imprensa que assegure a publicidade em questão, uma vez que estes são comercializados internamente em cada Estado-Membro, o que implica que as disparidades constatadas entre as legislações nacionais apenas podem criar um entrave virtual e negligenciável a estas trocas, mas não distorção sensível da concorrência. Por exemplo, nenhum jornal ou revista comunitários vende mais de 5% da sua tiragem fora do Estado-Membro de origem e nenhum vê a sua comercialização restringida pelo facto de conter publicidade dos produtos do tabaco. Os eventuais entraves podiam do mesmo modo ser suprimidos pela imposição da livre circulação dos jornais independentemente do seu conteúdo publicitário. Em segundo lugar, a directiva implica de facto uma proibição total da publicidade dos produtos do tabaco, ou seja, perto de 98% desta publicidade, em termos de valor, incluindo a que tem efeitos puramente internos e cria um impedimento ao livre comércio dos produtos e serviços ligados à publicidade. Além disso, a publicidade do tabaco apenas

representa uma parte muito reduzida do conjunto da publicidade e a extrema diversidade dos gostos nos diferentes países conduz à adopção de estratégias promocionais nacionais muito diferentes que não são objecto de prestações de serviços ou de vendas de produtos além-fronteiras. Consequentemente, não existe praticamente nenhuma marca de tabaco internacional na Comunidade.

39. Embora se possam tornar necessárias restrições (ou mesmo a proibição) da livre circulação de certos produtos ou serviços, no quadro da abertura do mercado, todavia, a restrição total de uma actividade profissional não é, no entanto, compatível com o objectivo da livre circulação das mercadorias e dos serviços. E o resultado disso, no caso em apreço, será a eliminação da concorrência. Essa proibição nem é sequer compensada pelas vantagens obtidas noutros sectores da publicidade, porque, mesmo relativamente às excepções insignificantes à proibição da publicidade, a directiva permite expressamente aos Estados-Membros que as restrinjam, igualmente no interesse da saúde pública, de modo que as pretendidas condições iguais de concorrência podem, apesar de tudo, ser distorcidas.

40. A directiva sobre a publicidade tem também efeitos anti-concorrenciais e contribuiu para compartimentar o mercado, tornando praticamente impossível o acesso ao mercado às novas marcas de tabaco, acesso que é normalmente tornado possível pela publicidade. A directiva não tem como objectivo contribuir para a livre circulação dos produtos do tabaco, e falseia a concor-

rência entre os meios de comunicação comunitários e os dos países terceiros. Além disso, distorceria a concorrência num outro mercado «autónomo», entre, de um lado, os produtos diferentes dos do tabaco — vestuários, produtos cosméticos, etc. — que tenham marcas associadas aos produtos do tabaco (os produtos de diversificação) e, por outro lado, os produtos similares que não têm aquelas marcas.

41. De uma maneira geral, observam as recorrentes, o artigo 100.º-A é utilizado abusivamente para remediar alegadas distorções da concorrência e defendem que a sua utilização se deve limitar às matérias em que a Comunidade dispõe igualmente de competências *ratione materiae*. De outro modo, tendo em conta o alcance limitado do controlo jurisdicional, seria possível utilizar o voto por maioria qualificada no Conselho para alterar a repartição de poderes entre a Comunidade e os Estados-Membros.

42. Os recorridos, por seu lado, sustentam que a publicidade do tabaco constitui objecto de certas trocas transfronteiras, incluindo o domínio dos serviços, sob a forma, por exemplo, de marcas, «logos», imagens, «slogans» e temas de campanhas uniformes para os produtos do tabaco elaboradas pelas multinacionais, e, no domínio dos produtos, sob a forma de venda dos bens com função de suporte ou imprensa publicitários, como os jornais, cartazes e filmes publicitários para o cinema. Existem, assim, em certa medida, marcas de produtos internacionais e campanhas de promoção internacionais que

operam além-fronteiras dos Estados-Membros. A amplitude da proibição resultante da directiva (por exemplo, 98%) não pode ser quantificada unicamente com referência à actividade publicitária admitida formalmente num Estado-Membro relativamente liberal, tal como a República Federal da Alemanha. Na verdade, existem diferentes graus de proibição à publicidade do tabaco, em vigor nos diversos Estados-Membros, desde a proibição total na Finlândia, na Itália e em Portugal, até regimes relativamente liberais, nos Estados-Membros, como a República Federal da Alemanha, e isso constitui um entrave tanto à livre prestação dos serviços publicitários como à livre circulação das mercadorias. Certas partes sugerem mesmo que estas disparidades legislativas afectam a livre circulação dos produtos do tabaco propriamente ditos e a concorrência entre estes produtos.

nais. Esta disposição admite mesmo uma regulamentação que não liberalize o mercado. Além disso, é necessária uma regulamentação ambiciosa para evitar a evasão à regulamentação (e distorção da concorrência), através de um desvio da publicidade ou do patrocínio mediante meios de comunicação que se situam fora do âmbito da directiva; isto, mesmo que alguns destes meios de comunicação não constituam objecto de um verdadeiro comércio transfronteiras. Mesmo meios de comunicação puramente locais podem oferecer prestações de serviços a agências de publicidade ou produtores de tabaco estrangeiros. Existem numerosos casos de legislações que proibem totalmente determinados produtos ou serviços ou que regulam estritamente certas formas de publicidade. Contudo, a directiva não equivale a uma proibição total da publicidade do tabaco, quer por causa das excepções previstas no artigo 5.º quer pela opção, facultada aos Estados-Membros, de não proibirem a publicidade dos produtos de diversificação.

43. Estes entraves, assim como a distorção da concorrência daí resultante, levaram, em resposta, a uma aproximação das legislações nacionais em questão. Ao proceder deste modo, o legislador optou por uma regulamentação que assegure um nível elevado de protecção da saúde, tanto porque teve em conta o grau de regulamentação aparentemente proporcionada mas mais severa, já existente em certos Estados-Membros, como porque o exigem o artigo 100.º-A, n.º 3, e, mais geralmente, o artigo 129.º, n.º 1, terceiro parágrafo. Estes dois objectivos são complementares; o objectivo relativo à saúde não prejudica o objectivo do mercado interno, o qual, só por si, basta para justificar as bases jurídicas invocadas. O artigo 100.º-A do Tratado CE não exige uma liberalização incontrolada das regulamentações nacio-

44. Deste modo, pode dizer-se que foi criado um quadro legislativo para as restantes formas de publicidade admissíveis, que permite aos prestadores de serviços de publicidade e aos produtores e distribuidores dos meios de comunicação concorrerem livremente com base em regras comuns. Não existe um critério de escala de vantagens para o mercado interno, nem anterior critério de entraves às trocas, necessário para que as medidas de harmonização possam ser adoptadas. Em suma, as medidas de mercado interno não estão subordinadas a uma condição *de minimis*. Esta é relevante apenas para a questão da proporcionalidade. É igualmente possível uma harmonização como resposta a simples

ameaças virtuais, mesmo que pareça não restringirem sensivelmente as trocas ou distorcerem a concorrência em grau apreciável. O facto de se limitar o acesso das novas marcas do tabaco a certos suportes publicitários não coloca em perigo a sua penetração no mercado. A questão de saber se as distorções da concorrência são sensíveis apenas tem interesse no âmbito do artigo 100.º do Tratado CE.

45. É óbvio que a directiva constitui mais uma medida inspirada pelo mercado interno do que um acto com o objectivo essencial de protecção da saúde, de modo a que os artigos 57.º, n.º 2, 66.º (relativo aos serviços) e 100.º-A do Tratado CE formem a sua base jurídica adequada. Isto decorre do seu objectivo e do seu conteúdo, como objectivamente se reflecte nos seus considerandos e disposições. Este aspecto não pode ser contestado por simples prova subjectiva das convicções do legislador, respigadas dos *trabalhos preparatórios* que são simplesmente parte do contexto da directiva. Elementos como a composição do Conselho ou uma síntese geral dos grupos de trabalho são irrelevantes. Consequentemente, não pode dizer-se que o «centro de gravidade» da directiva esteja localizado fora do estabelecimento do mercado interno, nem que as suas disposições apenas tenham uma relação meramente incidental ou acessória com o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. O facto de o artigo 129.º, n.º 4, do Tratado CE excluir as medidas de harmonização deixa intacto o âmbito do artigo 100.º-A, apenas sujeito aos limites expressamente fixados pelo artigo 100.º-A, n.º 2.

ii) O princípio da subsidiariedade

46. Segundo os recorrentes, mesmo que a Comunidade fosse competente para agir com fundamento na base jurídica escolhida, o que contestam, tratar-se-ia de uma competência partilhada com os Estados-Membros. Ora, o legislador não respeitou as directrizes do princípio da subsidiariedade estipuladas pelo Conselho Europeu de Edimburgo, em 1992⁴⁸, ou o Acordo interinstitucional de 1993 estabelecido entre o Conselho, o Parlamento e a Comissão, relativo aos procedimentos a observar na aplicação do princípio da subsidiariedade⁴⁹. Em especial, o legislador não se referiu ao princípio da subsidiariedade nos considerandos do preâmbulo da directiva. Acresce que o legislador não adiantou prova alguma, quer qualitativa quer quantitativa, da necessidade de uma acção comunitária. Na ausência de um elemento além-fronteiras significativo, e tendo em conta a diversidade substantiva das legislações nacionais, a regulamentação da publicidade devia ter sido deixada à competência dos Estados-Membros. A não aplicação do princípio da subsidiariedade às medidas adoptadas com base no artigo 100.º-A do Tratado CE reduziria a nada a importância deste princípio.

47. Em contrapartida, o principal argumento dos recorridos consiste na afirmação de que a competência para harmonizar e coordenar as legislações atribuída à Comunidade pelos artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE é, por natureza, exclusiva, pelo que o princípio da subsidiariedade

48 — Boletim das Comunidades Europeias, 12/92, p. 9.

49 — Boletim das Comunidades Europeias, 10/93, p. 129.

nunca lhe seria aplicável. De qualquer modo, mesmo que este princípio lhe fosse aplicável, é óbvio que os Estados-Membros não têm capacidade para alcançar os objectivos da directiva, isto é, eliminar as distorções da concorrência e os entraves às trocas transfronteiras de imprensa e de serviços de publicidade, circunstância que, consequentemente, torna necessária uma acção da Comunidade. O legislador apreciou e motivou correctamente a necessidade de uma acção comunitária face à disparidade das legislações nacionais. Mais ainda, a directiva deixa uma considerável margem de manobra aos Estados-Membros, em muitas áreas.

sobre os produtos de diversificação, apesar de ter sido apresentado um pedido neste sentido pelo Conselho. A tese de que uma proibição total reduziria o consumo global do tabaco foi rejeitada pelo Supremo Tribunal do Canadá e contrariada por provas significativas apresentadas no órgão jurisdicional nacional no âmbito do processo Imperial Tobacco. Havia a possibilidade de optar por outros métodos menos restritivos e mais eficazes para alcançar este objectivo, tais como as campanhas de informação e as limitações ao direito de fumar. Regulamentações harmonizadas que permitissem a livre circulação dos jornais e outras publicações, mesmo a censura total da publicidade do tabaco em publicações comercializadas além-fronteiras, teriam surtido um efeito ainda menos restritivo para o comércio.

iii) *O princípio da proporcionalidade*

48. Quanto ao objectivo declarado da directiva de contribuir para o estabelecimento do mercado interno, os recorrentes afirmam que os efeitos produzidos por uma proibição quase total serão ou insignificantes ou contra-produtivos, pelos motivos anteriormente expostos. O carácter especulativo da avaliação do mercado, operada nos considerandos do preâmbulo, não basta para demonstrar a proporcionalidade do acto. Com efeito, esta proibição quase total limitaria as trocas sem, todavia, suprimir entraves ou distorções reais, o que implicaria que ela não seria necessária nem apropriada. O legislador cometeu um erro ao considerar que a directiva determinaria uma redução do consumo do tabaco, porque a publicidade, em vez de servir para aumentar o número de fumadores, serve antes para consolidar as partes do mercado das marcas. Na realidade, nenhum estudo especializado foi efectuado relativamente ao efeito provável de uma proibição da publicidade sobre o tabagismo, incluindo

49. Os recorridos contrapõem que o legislador comunitário goza de um vasto poder discricionário. A sua escolha legislativa não pode ser modificada a menos que exista erro manifesto ou uma imposição de restrições totalmente desproporcionadas relativamente às vantagens decorrentes desta medida. Para se avaliar se a directiva é ou não proporcionada, é necessário ter em conta, concomitantemente, o seu objectivo principal, o mercado interno, e o seu objectivo complementar, a saúde pública. O legislador comunitário, face à importância dos dois objectivos e à diferença de nível das restrições nacionais, conseguiu criar um equilíbrio aceitável entre o interesse geral e os interesses particulares. Presentemente, todos os operadores económicos estão em pé de igualdade. A perda de informações para o público sobre, por exemplo, cigarros com o baixo teor de alcatrão era compensada pela perspectiva de uma diminuição do consumo geral. Acresce que não se pode seriamente pretender que a directiva não

tem aquele efeito, à luz dos estudos citados pelo Conselho, pelo Governo do Reino Unido e pela República Francesa, uma vez que a função da publicidade é encorajar o consumo. Além disso, os recorridos mantêm que a proibição não é total (contrariamente ao que se produziu no Canadá) e o seu resultado era mesmo introduzir um certo grau de liberalização em alguns Estados-Membros. Os recorridos referem-se também aos longos períodos de transição previstos em determinados casos, à opção da não proibição da publicidade de certos produtos de diversificação, e ao facto de apenas ser afectado um único aspecto do exercício dos direitos de marca.

iv) A violação do artigo 30.º

50. A República Federal da Alemanha sustenta que, mesmo quando adopta medidas de harmonização, o legislador comunitário está vinculado aos termos do artigo 30.º do Tratado CE. Como a directiva impede efectivamente toda a troca transfronteiras no domínio da publicidade nos meios de comunicação, ela acabava consequentemente por impor restrições desproporcionadas, cuja necessidade não foi cientificamente demonstrada, sendo certo que existiam soluções alternativas, menos restritivas.

51. Os recorridos observam que o artigo 30.º do Tratado CE apenas se aplica na ausência de medidas de harmonização. E mesmo que esta disposição fosse aplicável,

ela não poderia levar a uma conclusão diferente da que resulta da avaliação da competência nos termos do artigo 100.º-A do Tratado CE e da proporcionalidade da medida adoptada. A directiva elimina efectivamente entraves ao comércio, no mesmo tempo que garante um nível elevado de protecção da saúde.

v) O direito de propriedade e o livre exercício de uma actividade profissional

52. Os recorridos referem-se ao artigo 222.º do Tratado CE (actual artigo 295.º CE) assim como ao artigo 1.º do Primeiro Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH»). O artigo 3.º, n.º 1, da directiva priva as empresas produtoras de tabaco, as agências de publicidade e as empresas de comunicação dos seus direitos contratuais existentes. As restrições impostas à utilização de marcas vão para além do seu objectivo específico, constituindo uma expropriação, contrariamente ao disposto no artigo 20.º do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPs), de 15 de Abril de 1994, constituindo também um atentado aos referidos direitos fundamentais, apenas parcialmente atenuado pelo disposto no artigo 3.º, n.º 2, da directiva. Seriam infligidas perdas consideráveis às empresas implicadas na comercialização dos produtos de diversificação. Estas restrições são desproporcionadas e, portanto, ilícitas.

53. Os recorridos consideram, por seu lado, que o artigo 222.º do Tratado CE

não é pertinente porque a directiva não afecta o regime da propriedade nos Estados-Membros. Os direitos invocados não são absolutos e podem ser objecto de limitações proporcionadas, no interesse geral, desde que não afectem a própria substância dos direitos. A regulamentação da utilização de marcas não equivale a uma expropriação porque continuam a poder ser utilizadas nos próprios produtos do tabaco e nas formas de publicidade autorizadas. Além disso, a perda de benefícios não constitui um atentado ao direito de propriedade nem ao livre exercício de uma actividade profissional.

que tais restrições levam a uma redução do consumo do tabaco. Na realidade, a guerra dos preços entre os produtores dos produtos do tabaco que daí resultará provocará provavelmente o aumento do consumo desses produtos. Não é necessário que o Tribunal de Justiça reconheça ao legislador comunitário um poder lato de apreciação nesta matéria. A restrição imposta é, pois, desproporcionada. Uma proibição total da publicidade constitui um atentado especialmente grave à liberdade de expressão e à liberdade de escolha. Esta conclusão foi confirmada pelas jurisprudências canadiana, americana e austríaca.

vi) *A liberdade de expressão*

54. Os recorrentes invocam, em particular, o artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que protege a liberdade da expressão comercial, em particular, a publicidade, em cujo uso as empresas podem fornecer ao público informações úteis sobre os seus produtos, como as relativas ao baixo teor de alcatrão. Esta protecção é reconhecida pelo direito comunitário. Não são aceitáveis as restrições à liberdade de expressão acerca de produtos lícitos. Os recorrentes não consideram, pois, que o estabelecimento do mercado interno constitua um fundamento legítimo justificativo da restrição a este direito. A invocação das vantagens para a saúde pública da proibição é inconciliável com a base jurídica escolhida para a directiva. Acresce que não existem provas científicas que demonstrem, por forma convincente,

55. Os recorridos objectam que os direitos fundamentais não são absolutos e que devem ser apreciados no quadro da ordem jurídica comunitária, na qual se inscreve o estabelecimento das liberdades económicas fundamentais. Alegam que o artigo 10.º, n.º 2, da CEDH autoriza as restrições à liberdade de expressão no interesse da saúde pública, constituindo, pois, um objectivo legítimo prosseguido pela directiva, em simultâneo com o do estabelecimento do mercado interno. A publicidade do tabaco encoraja o tabagismo e este representa um sério risco para a saúde. Portanto, restrições amplas à liberdade de expressão comercial, relativamente à publicidade destes produtos, são proporcionadas, tanto mais quanto é certo que o conteúdo desta informação não é primordial. Está previsto um longo período de transição no que concerne às artes, assim como ao patrocínio dos desportos a fim de tornar possível encontrar outras fontes de financiamento.

vii) *A obrigação de fundamentação*

56. Os recorrentes alegam que a motivação da directiva é criticável, em muitos aspectos, e contrária ao disposto no artigo 190.º do Tratado CE (actual artigo 253.º CE). O preâmbulo não se refere nem aos aspectos transfronteiras da publicidade e do patrocínio dos produtos do tabaco, nem aos entraves específicos das trocas, nem às distorções da concorrência que possam justificar medidas de harmonização no domínio da publicidade do tabaco, nem referem a razão por que as restrições à publicidade devem ser alargadas ao conjunto da comunicação social, bem como ao patrocínio, à distribuição gratuita, à publicidade dos produtos de diversificação e aos aspectos relativos às marcas dos produtos do tabaco. Além disso, os considerandos não reflectem completamente o facto de que o motivo verdadeiro da adopção da directiva é a protecção da saúde; concomitantemente, não indicam como poderá a directiva melhorar a protecção da saúde. Os considerandos também não contêm nenhuma referência aos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.

57. Os recorridos, por seu lado, contra-põem que os considerandos do preâmbulo contêm os elementos essenciais da motivação do legislador relativamente ao mercado interno, que foram desenvolvidos por forma mais completa na resposta ao primeiro fundamento da acção, acima sumariado e que se referem à necessidade de um elevado nível de protecção da saúde. O direito comunitário não exige que os detalhes técnicos figurem nos considerandos do

preâmbulo dos actos de âmbito geral. Em casos como este, uma descrição da situação geral e dos objectivos prosseguidos é suficiente. O objectivo das restrições impostas à publicidade pela directiva encontra-se explicado nos considerandos, pela referência ao risco de se contornar uma medida de amplitude mais limitada e à necessidade de regulamentar formas indirectas de publicidade. Não é necessária a referência expressa a princípios como o da subsidiariedade, uma vez que, quando esses princípios se aplicarem, os considerandos contêm elementos comprovativos da conformidade com esses princípios. De um modo muito geral, a motivação fornecida é de molde a permitir que as partes interessadas e o Tribunal de Justiça examinem esta questão no domínio da fiscalização jurisdicional.

V — *Análise*i) *Sobre a base jurídica e sobre a competência*

Introdução

58. Nesta parte, vamos examinar as duas vertentes do argumento dos recorrentes de que a directiva sobre a publicidade não foi validamente adoptada com base nos artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE, por um lado, porque (i) o seu «centro de gravidade» reside mais na protecção da

saúde do que no mercado interno — relativamente ao qual os seus efeitos são, por consequência, acessórios — e, por outro, (ii) porque, enquanto medida essencialmente proibitiva, em nenhuma hipótese satisfaz as condições impostas por aquelas disposições. Numa palavra, a nossa análise é a seguinte: a competência atribuída pelos artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A define-se funcionalmente pela referência aos objectivos do mercado interno, que se aplicam ampla e horizontalmente a domínios que, em princípio, são regulamentados, na maioria das vezes, pelos Estados-Membros. Quando seja necessário, a protecção da saúde deve ser tida em conta pela Comunidade no exercício destas competências. Na ausência de uma distinta competência de harmonização da Comunidade em matéria de protecção da saúde e atendendo à possibilidade da prossecução paralela da protecção da saúde e dos objectivos do mercado interno, a questão de saber se a Comunidade agiu no âmbito dos seus poderes não pode ser definida pela referência a um pretenso «centro de gravidade» da medida num ou noutra destes objectivos de naturezas diferentes. Pelo contrário, a questão da competência deve ser resolvida verificando se a directiva satisfaz os requisitos do mercado interno, tendo especialmente em conta as vantagens concretas que a medida para ele representa. No caso da directiva sobre a publicidade, as vantagens mencionadas pelo legislador comunitário dizem apenas respeito ao sector da publicidade e do patrocínio do tabaco, assim como aos meios de comunicação utilizados neste domínio. Como a directiva impõe, efectivamente, a total proibição da actividade profissional neste sector e não harmoniza as regras nacionais que regem os sectores relativamente menores em que a publicidade do tabaco não está proibida, não pode dizer-se que facilita a livre circulação das mercadorias ou a livre prestação dos serviços, nem que elimina as distorções da concorrência no sector em

questão. Por isso, no que respeita aos pressupostos da base jurídica escolhida pelo legislador, a directiva é nula.

A natureza da competência comunitária

59. A fim de examinar a censura feita ao legislador comunitário, nos dois casos, de ter excedido os poderes que lhe são conferidos pelo Tratado, e, em particular, o argumento de que a directiva sobre a publicidade não pode apoiar-se na base jurídica que ela reclama, é necessário lembrar a natureza da competência da Comunidade e os princípios que regem a fiscalização jurisdicional do exercício desta competência pelo Tribunal de Justiça.

60. Diversas disposições do Tratado atribuem competências à Comunidade, com vista a realizar objectivos precisos das próprias disposições, entendidas à luz dos objectivos gerais da Comunidade. O âmbito das competências da Comunidade deve, por consequência, ser determinado com referência à extensão destes objectivos. Assim, o artigo 3.º-B, primeiro parágrafo, do Tratado CE enuncia que «a Comunidade actuará nos limites das competências que lhe são conferidas e dos *objectivos que lhe são cometido pelo presente Tratado*» (sublinhado nosso). Resulta desta disposição que a Comunidade «só

dispõe de competências atribuídas»⁵⁰. É, pois, ao Tribunal de Justiça que cabe, nomeadamente, garantir que a Comunidade respeite os limites destas competências.

61. A respeito desta matéria, o Tribunal de Justiça decidiu que «a escolha do fundamento jurídico de um acto não pode depender somente da convicção de uma instituição quanto ao fim prosseguido»⁵¹. Em lugar disso, sublinhou, através de uma longa série de acórdãos que, «no âmbito do sistema de competências da Comunidade, a escolha da base jurídica de um acto deve fundamentar-se em elementos objectivos susceptíveis de fiscalização jurisdicional. Entre esses elementos figuram, nomeadamente, o objectivo e o conteúdo do acto»⁵². Embora o Tribunal de Justiça, em princípio, aplique esta argumentação a litígios que têm por objecto a base jurídica dos actos entre duas possíveis para os fundamentar, este critério objectivo aplica-se igualmente nos casos em que a única base jurídica, alternativa e potencial, for o artigo 235.º do Tratado CE⁵³ e, em nossa opinião, também nos casos em que não exista alternativa aparente⁵⁴. Nestas cir-

constâncias, incluindo as dos presentes casos, o Tribunal de Justiça encontra-se confrontado com um conflito mais ou menos agudo no que diz respeito aos respectivos poderes legislativos da Comunidade e dos Estados-Membros⁵⁵.

62. A competência atribuída à Comunidade pelo artigo 100.º-A, n.º 1, do Tratado CE tem carácter horizontal. Ela não é limitada antecipadamente pela referência a um objecto particular definido *ratione materiae*⁵⁶. Em lugar disso, a Comunidade é autorizada a adoptar medidas de harmonização das legislações tendo «por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno». Assim, a extensão da competência comunitária é definida «sobre a base de um critério funcional, estendendo-se de maneira horizontal ao conjunto das medidas destinadas à realização do mercado interno»⁵⁷. Isso «conduz geralmente a legislação comunitária relativa às áreas mais diversas de direito nacional»⁵⁸, na condição de que isso seja

50 — Parecer 2/94 do Tribunal de Justiça, de 28 de Março de 1996, Colect., p. I-1759, n.º 23. V. igualmente o artigo 4.º, n.º 1, do Tratado CE (actual artigo 7.º, n.º 1, CE) e o primeiro fundamento de anulação do segundo parágrafo do artigo 173.º do Tratado CE, isto é, a incompetência.

51 — Acórdão de 11 de Junho de 1991, Comissão/Conselho (C-300/89, Colect., p. I-2867, a seguir «acórdão dióxido de titânio», n.º 10). No que diz respeito à prova subjectiva no contexto dos presentes casos, ver igualmente os n.ºs 74 a 75, mais adiante.

52 — Acórdão de 13 de Maio de 1997, Alemanha/Parlamento e Conselho (C-233/94, Colect., p. I-2405, a seguir «acórdão garantias dos depósitos», n.º 12). V., mais recentemente, o acórdão de 4 de Abril de 2000, Comissão/Conselho (C-269/97, Colect., p. I-2257, a seguir «acórdão etiquetagem da carne bovina», n.º 43).

53 — V., por exemplo, o acórdão garantias dos depósitos, já referido, n.ºs 10 e 11, imediatamente antes da passagem citada acima.

54 — O Tribunal explicou claramente no seu parecer 2/94, já referido na nota 50, acima, n.º 30, que o artigo 235.º «não pode constituir fundamento para alargar o âmbito das competências da Comunidade para além do quadro geral resultante do conjunto das disposições do Tratado», acção que exigiria uma modificação do Tratado.

55 — A questão de saber se a directiva teria ou não podido ser adoptada com base no artigo 235.º não tem interesse para a presente contestação da sua validade, porque o artigo 235.º não podia, em todo o caso, ser utilizado a menos que se considere que a Comunidade não era competente para adoptar a directiva sobre a publicidade com base nos artigos 57.º, n.º 2, 66.º e 100.º-A do Tratado CE; v. parecer 2/94, já referido na nota 50, acima, n.º 29, e o acórdão de 26 de Março de 1987, Comissão/Conselho (45/86, Colect., p. 1493, n.º 13).

56 — V. as disposições que conferem à Comunidade diversos graus de competências nos domínios definidos *ratione materiae*, tais como a agricultura [artigos 39.º (actual artigo 33.º CE), 40.º (que passou, após alteração, a artigo 34.º CE), 41.º (actual artigo 35.º CE), 42.º (actual artigo 36.º CE) e 43.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 37.º CE)] e a protecção do ambiente [artigo 130.º-5 do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 175.º CE)].

57 — V. conclusões do advogado-geral G. Tesaro no processo dióxido de titânio, já referido na nota 51, acima, n.º 10.

58 — V. conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no caso Espanha/Conselho (acórdão de 13 de Julho de 1995, C-350/92, Colect., p. I-1985, a seguir «acórdão Espanha», n.º 26). O Reino de Espanha pedia a anulação do Regulamento (CEE) n.º 1768/92 do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativo à criação de um certificado complementar de protecção para os medicamentos (JO L 182, p. 1), que tinha como base jurídica o artigo 100.º-A do Tratado CE.

pertinente para o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno⁵⁹. A extensão das competências conferidas pelo artigo 100.º-A define-se pois exclusivamente por referência ao seu objectivo declarado e não em relação a um objecto material.

63. O artigo 57.º, n.º 2, do Tratado CE também cria uma determinada competência funcional de aplicação horizontal, embora esta tenha um campo de aplicação mais específico ou limitado que a competência conferida à Comunidade pelo artigo 100.º-A: quando se trata de adoptar medidas destinadas a eliminar entraves à liberdade de estabelecimento ou à livre prestação de serviços, *a priori*, nenhum domínio da competência dos Estados-Membros é excluído. Os artigos 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado CE são igualmente invocados como fundamentos parciais da directiva porque o primeiro e o segundo considerandos do seu preâmbulo indicam que a directiva diz respeito, designadamente, aos obstáculos à livre prestação de serviços. Na medida em que os artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A dizem ambos respeito, em maior ou menor grau de especificidade relativamente ao seu campo de aplicação, à realização de objectivos ligados ao mercado interno, e na medida em que os processos legislativos por eles

prescritos não são incompatíveis⁶⁰, não é necessário, para as necessidades dos presentes casos, procurar definir a linha precisa de demarcação entre eles, por exemplo, relativamente à competência para remediar as distorções da concorrência entre os prestadores de serviços.

Competência comunitária e competência nacional: diferença de objectivos

64. É da natureza das competências conferidas com vista a alcançar objectivos funcionais definidos de maneira ampla que o seu exercício afecte simultaneamente questões que normalmente relevam de competências, definidas *ratione materiae*, que cabem aos Estados-Membros e/ou à Comunidade. Quando uma medida de harmonização ou de coordenação visa o estabelecimento ou o funcionamento do mercado interno ou respeita a disposições nacionais relativas ao acesso ou ao exercício de actividades de prestação de serviços, o seu conteúdo — o grau de regulamentação, o tipo de programa, etc. — deve também, em princípio, ser influenciado por preocupações de fundo tais como a saúde pública. Por outro lado, nos termos do arti-

59 — Convém fazer aqui duas precisões: em primeiro lugar, o artigo 100.º-A, n.º 2, do Tratado CE exclui expressamente certas matérias do campo de aplicação do número anterior; em segundo lugar, o artigo 100.º-A, n.º 1, aplica-se «salvo disposição em contrário do presente Tratado». A título de exemplos: o artigo 57.º, n.º 2, do Tratado CE, que é expressamente citado no artigo 7.º-A do Tratado CE; as disposições que têm objectivos sectoriais específicos, tais como o artigo 129.º-B do Tratado CE (actual artigo 154.º CE) assim como o artigo 129.º-C e o artigo 129.º-D do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 155.º CE e 156.º CE); mais geralmente, a política agrícola comum, regida pelo artigo 43.º do Tratado CE.

60 — É essencialmente o mesmo processo legislativo que é previsto pelas duas disposições, no que diz respeito à directiva. A disposição suplementar prevista pelo artigo 100.º-A, n.º 1, para a consulta do Comité Económico e Social foi respeitada no caso presente e não pode entender-se que afecte a substância do processo considerado pelo artigo 57.º, n.º 2, na medida em que o Conselho seria livre de consultar o comité em todo o caso; v. acórdão dióxido de titânio, já referido na nota 51, acima, n.º 18.

go 100.º-A, n.º 3, a Comissão «basear-se-á num nível de protecção elevado» quando fizer propostas que visem harmonizar legislações em matéria de «saúde, segurança, protecção do ambiente e defesa dos consumidores». Isto é reforçado pela condição formulada pelo artigo 129.º, n.º 1, terceiro parágrafo, de que «as exigências em matéria de protecção da saúde constituam uma componente das demais políticas comunitárias».

65. Mesmo sem disposições tais como os artigos 100.º-A, n.º 3, e 129.º, n.º 1, terceiro parágrafo, esta solução seria, todavia, perfeitamente normal porque a Comissão não intervém num vazio político. Ao adoptar medidas de harmonização ou de coordenação das legislações existentes, ela substitui por regras comunitárias regras nacionais, as quais, qualquer que seja o seu efeito restritivo sobre o comércio ou o seu efeito de distorção na concorrência, poderiam ter sido inspiradas por preocupações concretas muito diversas, tais como a saúde, a defesa dos consumidores, a protecção do ambiente, etc.⁶¹. Assim, pela adopção de actos legislativos, a Comunidade substitui-se aos Estados-Membros e deve ter em conta as preocupações de política nacional que não

61 — Com efeito, essas medidas nacionais podem ter sido justificadas pela referência a essas preocupações para os fins dos artigos 30.º e 59.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49.º CE).

são objecto de competências comunitárias específicas⁶² e, por maioria de razão, aquelas no respeito das quais o próprio Tratado recomenda expressamente um nível de protecção elevado.

66. Assim, as considerações evidentes de saúde pública que, num primeiro momento, determinaram restrições muito díspares da publicidade no direito nacional de certos Estados-Membros e a política adoptada pelo legislador comunitário, com manifesto fundamento em preocupações semelhantes⁶³, em nossa opinião, não conseguem, por elas próprias, lançar dúvida alguma sobre a competência comunitária para adoptar uma medida em matéria de mercado interno. Este facto, por si só, não é susceptível de provar nem que a Comunidade tenha invadido um domínio exclusivamente reservado aos Estados-Membros nem que o objectivo da medida seja a protecção da saúde, com exclusão de qualquer outro objectivo⁶⁴. A verdadeira questão está em saber se pode considerar-se que uma dada medida tem como objecto o estabelecimento e o funcionamento do

62 — Sobre a obrigação geral do legislador comunitário no sentido de ter em conta a saúde pública, quando legisla com base em disposições como as dos artigos 43.º e 100.º do Tratado CE, ver acórdão de 23 de Fevereiro de 1988, Reino Unido/Conselho (68/86, Colect., p. 855, a seguir «acórdão hormonas», n.ºs 12 e 14). Este acórdão foi proferido antes da introdução do artigo 129.º no Tratado. V. igualmente o acórdão garantias dos depósitos, já referido na nota 52, acima, n.º 17, bem como o acórdão etiquetagem da carne bovina, já referido na nota 52, acima, n.º 46, embora isto não possa ser interpretado como significando que o artigo 100.º-A pode ser utilizado para adoptar medidas de protecção da saúde sem referência ao critério de reforço do mercado interno comentado adiante. Sobre a fiscalização jurisdiccional exercida sobre a conformidade com uma disposição horizontal de interesse público, isto é, o artigo 129.º-A do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 153.º CE), ver acórdão garantias dos depósitos, já referido na nota 52, acima, n.ºs 46 a 49.

63 — V. os terceiro e quarto considerando do preâmbulo da directiva sobre a publicidade.

64 — V. acórdão de 29 de Março de 1990, Grécia/Conselho (C-62/88, Colect., p. I-1527, a seguir «acórdão Chernobil grego», n.º 20).

mercado interno ou a realização da livre prestação de serviços⁶⁵. Não se pode conceber *a priori* que um nível elevado de protecção da saúde implique um «conteúdo» menos importante do ponto de vista do mercado interno. Qualquer objectivo essencial, seja a saúde seja qualquer outro domínio da actividade legislativa, que for igualmente visado não será tanto concorrente ou acessório mas simplesmente de uma natureza diferente e, por consequência, susceptível de ser prosseguido simultaneamente ou «de modo indissociável»⁶⁶, com o grau de intensidade que o legislador considerou bom (ou necessário) conferir-lhe, desde que os objectivos operacionais do mercado interno sejam satisfeitos pelo acto adoptado.

O «centro de gravidade» da directiva

67. Os recorrentes, que sustentam a tese oposta, insistiram particularmente no artigo 129.º, n.º 4, do Tratado CE. No essencial, afirmam que o «centro de gravidade» da directiva sobre a publicidade se situa mais no domínio da saúde pública do que no do mercado interno, que o artigo 129.º é a única disposição do Tratado dedicada a este objectivo e que este artigo 129.º, no seu n.º 4, exclui precisamente qualquer harmonização. Com efeito, o artigo 129.º, n.º 4, habilita o Conselho e o Parlamento a adoptarem «acções de incentivo» mediante a co-decisão a fim de contribuir para a

realização dos objectivos de saúde pública enunciados por este artigo, mas exclui expressamente «qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros».

68. Da discussão precedente, ter-se-á compreendido que, em nossa opinião, não há que tentar apreciar a legalidade da directiva pela referência à questão de saber se o seu «centro de gravidade» se situa mais na protecção da saúde do que em objectivos do mercado interno. Este método apenas será pertinente caso exista um litígio sobre a questão de saber se uma medida deveria ter sido adoptada pela referência a uma ou a outra das duas bases jurídicas possíveis⁶⁷. Normalmente, quando os dois aspectos de um acto são igualmente essenciais, as duas bases jurídicas deveriam ser utilizadas e igualmente respeitados os dois procedimentos legislativos aplicáveis⁶⁸. Apenas quando estes procedimentos são incompatíveis, sendo impossível uma dupla base jurídica, é que deve ser feita uma escolha entre os dois⁶⁹. Em contrapartida, se uma medida diz respeito principalmente a um domínio de acção e apenas tem efeitos acessórios sobre outras políticas, só a primeira base jurídica deve ser utilizada⁷⁰. A noção de «centro de gravidade» é por vezes invocada neste contexto, quando se trata de apreciar se os efeitos de uma

65 — Mesmo nos casos em que exista um determinado número de bases jurídicas «concorrentes», parece preferível iniciar o controlo jurisdicional pela averiguação de terem ou não sido preenchidas as condições para se recorrer à base jurídica efectivamente mencionada; v., por exemplo, a estrutura da argumentação decisória adoptada no acórdão Chernobil grego, já referido, n.ºs 13 a 16.

66 — Acórdão dióxido de titânio, já referido na nota 51, acima, n.º 13.

67 — Os princípios aplicáveis nestes casos estão sucintamente resumidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 25 de Fevereiro de 1999, Parlamento/Conselho (C-164/97 e C-165/97, Colect., p. I-1139, a seguir «acórdão protecção da floresta», n.º 14).

68 — V. acórdãos de 27 de Setembro de 1988, Comissão/Conselho (165/87, Colect., p. 5545, n.ºs 6 a 13), e de 30 de Maio de 1989, Comissão/Conselho (242/87, Colect., p. 1425, n.ºs 33 a 37).

69 — V. acórdão dióxido de titânio, já referido na nota 51, acima, n.ºs 17 a 21.

70 — Acórdãos de 4 de Outubro de 1991, Parlamento/Conselho (C-70/88, Colect., p. 4529, a seguir «acórdão Chernobil»), e de 26 de Março de 1996, Parlamento/Conselho (C-271/94, Colect., p. 1689, n.ºs 32 e 33).

medida num domínio são puramente acessórios ou marginais.

69. Contudo, no presente caso, não nos encontramos em presença de uma escolha entre duas bases jurídicas possíveis. É perfeitamente claro que o artigo 129.º, n.º 4, do Tratado CE não constitui uma base jurídica alternativa para a directiva sobre a publicidade, atendendo a que ela exclui as medidas de harmonização. Pelo contrário, a situação assemelha-se, antes, em parte, à que se apresentava no acórdão dióxido de titânio⁷¹. Se, como sucedia naquele caso, uma das duas bases jurídicas deveria ser necessariamente excluída ou quando, como sucede nos casos presentes, não existe outra base jurídica alternativa, a Comunidade é competente por força do artigo 100.º-A (e, por extensão, por força do artigo 57.º, n.º 2) para adoptar medidas que visem o mercado interno e, em paralelo, um outro objectivo de interesse geral, quer se trate da protecção do ambiente ou da saúde pública. Assim sendo, desde que o objectivo relativo ao mercado interno seja efectivamente prosseguido, a questão da competência será resolvida favoravelmente; deste modo, no acórdão dióxido de titânio, o Tribunal de Justiça examinou as condições objectivas de uma legislação fundada no artigo 100.º-A, sem considerar o «peso» relativo dos aspectos ligados ao mercado interno ou atinentes ao ambiente na estrutura do texto legislativo⁷². Identicamente, a questão de saber se os efeitos de uma medida sobre o mercado interno são puramente secundários não pode, nestas circunstâncias, ser resolvida pela apreciação da intensidade relativa deste aspecto da medida em relação aos aspectos da mesma

medida que dizem respeito à saúde pública. Nós já envidámos esforços para demonstrar que estes objectivos não se excluem mutuamente, que são de natureza diferente e não concorrentes entre si. O carácter puramente incidental ou auxiliar dos efeitos de uma medida sobre o mercado interno deve ser determinado por meio de critérios específicos deste objectivo, como previsto pelo Tratado, o que nos esforçaremos por fazer adiante.

O âmbito do artigo 129.º, n.º 4, do Tratado CE

70. Os recorrentes citam igualmente o artigo 129.º, n.º 4, do Tratado CE como limitador do campo de acção da Comunidade *com base no próprio artigo 100.º-A*. Ambos os recorrentes se baseiam nas considerações do advogado-geral F. G. Jacobs nas conclusões que apresentou no processo Espanha⁷³.

71. Mesmo sem contestar que a directiva não podia ser adoptada com fundamento no artigo 129.º, n.º 4, pensamos que seria surpreendente (e contrário à segurança jurídica) que os autores do Tratado sobre a União Europeia, ao introduzirem novas competências no quadro do Tratado em matéria de saúde pública, tivessem restringido tão severamente as competências existentes num outro domínio, simplesmente porque entenderam, desta vez, preocupar-

71 — Já referido na nota 51, acima, n.ºs 13, 16, e de 21 a 24, em especial, o n.º 24.

72 — Já referido, n.ºs 14, 15 e 23.

73 — Já referido na nota 58, acima, n.º 27.

se com a saúde pública⁷⁴. Os artigos 100.º-A e 129.º não são, de maneira alguma, contraditórios. Como já vimos, os artigos 100.º-A, n.º 3, e 129.º, n.º 1, terceiro parágrafo, combinam-se para demonstrar que o artigo 100.º-A pode ser utilizado para adoptar medidas visando uma melhor protecção da saúde. A restrição formulada no artigo 129.º, n.º 4, não está em conflito com estas disposições. Segundo os seus próprios termos, apenas respeita às «acções de incentivo» que prevê.

72. Também não pensamos que o advogado-geral F. G. Jacobs tenha dito algo de diferente no extracto que foi invocado igualmente pelas sociedades produtoras de tabaco e pela República Federal da Alemanha. Limitou-se, simplesmente, a citar o artigo 129.º, n.º 4, assim como outras disposições, a título de exemplo de exclusão da competência legislativa comunitária, para contrapor estas disposições à ausência de uma limitação semelhante em matéria de «direito das patentes, ou... propriedade intelectual em geral». Ele não expressou qualquer opinião, nem seria razoável supor-se sequer que ele a tivesse expressado de forma implícita, quanto à abrangência desta exclusão ou, em particular, quanto à questão de saber se isso limitava a competência legislativa fora do seu contexto específico. No contexto do artigo 100.º-A, uma exclusão deste tipo teria tido mais facilmente lugar, por meio de uma extensão da lista, no artigo 100.º-A, n.º 2, dos domínios expressamente excluídos *ratione materiae*.

74 — É claramente dito, por exemplo, no acórdão Chernobil grego, já referido na nota 64, acima, n.ºs 19 e 20, que o aditamento do artigo 130.º-R no Tratado (que passou, após alteração, a artigo 174.º CE) deixou intactas as competências que a Comunidade detém sobre a base de outras disposições; v. igualmente o acórdão de 24 de Novembro de 1993, Mondiet (C-405/92, Colect., p. I-6133).

73. Em resumo, consideramos que o artigo 129.º do Tratado CE é irrelevante para o debate sobre a base jurídica em questão nos presentes processos. Parece que os recorrentes se prevalecem desta disposição com base em premissas erradas. Estas evidentes premissas erradas consistem em considerar que, na ausência da qualificação no artigo 129.º, n.º 4, a Comunidade tinha competência para adoptar medidas de harmonização «para contribuir para a realização dos objectivos referidos no [artigo 129.º]», com base em *outras* disposições do Tratado, tais como o artigo 100.º-A, sem tomar em consideração os objectivos específicos dessas outras bases jurídicas.

A génese da directiva

74. Os recorrentes também se referiram amplamente à série de eventos que conduziu à adopção da directiva sobre a publicidade, que, no essencial, resumimos acima (n.ºs 14 a 20). De facto, é bem verdade que o Tribunal de Justiça, ocasionalmente, toma em consideração a génese de um acto como instrumento de ajuda à interpretação dos actos comunitários⁷⁵. Referiu-se mesmo à rejeição pelo Conselho de uma emenda proposta pelo Parlamento para confirmar a sua intenção de manter o «centro de gravidade» de uma medida

75 — V., por exemplo, o acórdão de 7 de Dezembro de 1995, Rockfon (C-449/93, Colect., p. I-4291), assim como o acórdão de 28 de Outubro de 1999, ARD (C-6/98, Colect., p. I-7599).

entre duas bases jurídicas⁷⁶. Contudo, em princípio, a referência às circunstâncias em que uma medida foi adoptada é irrelevante para a determinação da base jurídica adequada⁷⁷.

75. Os recorrentes citam a génese da directiva não para interpretar uma disposição ambígua da directiva sobre a publicidade, mas sim com o objectivo de demonstrar que, na realidade, ela constituía, tanto do ponto de vista do seu conteúdo como das intenções do seu autor, uma medida sobretudo destinada à protecção da saúde pública, mediante a redução das vendas de produtos do tabaco e, *consequentemente*, não constituía realmente um acto que visasse o mercado interno. Deve contudo ficar claro, pela leitura da nossa análise acima, que a essência de qualquer medida que vise o mercado interno é prosseguir, de forma perfeitamente legítima, dois objectivos, sendo um deles eliminar os entraves às trocas ou as distorções da concorrência e o outro (o meio de atingir o primeiro) a adopção de medidas comunitárias harmonizadas para substituir as regulamentações nacionais no domínio em questão. Independentemente do facto de o Tratado prever apenas um Conselho, composto simplesmente por um «representante de cada Estado-Membro a nível ministerial, com poderes para vincular o

Governo desse Estado-Membro»⁷⁸, a conduta das negociações no Conselho, anterior à adopção final da directiva pelos ministros da Saúde nada prova. Também têm pouco valor probatório os debates sobre a proposta no seio de um grupo de trabalho do Conselho e de um comité parlamentar encarregue das questões de saúde pública. De resto, não é de admirar que os que estavam empenhados a nível político na promoção ou na adopção destas medidas tivessem podido sentir-se mais preocupados e motivados, mesmo principalmente motivados, pelo segundo aspecto do que pelo primeiro. Estas prioridades são inteiramente subjectivas e, por isso, o Tribunal de Justiça não tem que ter em conta as declarações dos representantes políticos efectuadas no decurso do processo legislativo.

76. De forma semelhante, mesmo que pareceres jurídicos do tipo do atribuído ao Serviço Jurídico do Conselho possam ser admitidos a título de prova⁷⁹, o facto de este parecer ter sido apresentado e não ter sido seguido de efeitos a nível político e a sua aparente contradição com a posição seguida pelo Conselho nestes processos são irrelevantes para a avaliação jurídica objectiva da directiva pelo Tribunal de Justiça. Em definitivo, a fiscalização pelo Tribunal de Justiça da competência da Comunidade para adoptar uma medida destas deverá incidir sobre a questão de saber se ela

76 — Acórdão de 23 de Fevereiro de 1999, Parlamento/Conselho (C-42/97, Colect., p. I-869, n.º 54). V. igualmente a discussão sobre os trabalhos preparatórios no acórdão de 23 de Fevereiro de 1988, Reino Unido/Conselho (131/86, Colect., p. I-905, n.ºs 26 e 27); os documentos citados confirmavam a opinião do Tribunal sobre o objectivo e sobre a base jurídica apropriada da medida contestada e é possível que ela só os tenha discutido por eles terem sido invocados pelo Reino Unido com sentido oposto.

77 — Acórdão etiquetagem da carne bovina, já referido na nota 52, acima, n.º 44.

78 — Artigo 146.º do Tratado CE (actual artigo 203.º CE), sublinhado nosso; v. também o artigo 4.º, n.º 1, do Tratado CE.

79 — Mesmo que tais pareceres não sejam cobertos pela confidencialidade dos documentos jurídicos, como foi reconhecido no acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S Europe/Comissão (155/79, Recueil, p. 1575, n.º 18), estamos de acordo com a ideia emitida pelo advogado-geral F. G. Jacobs nas suas conclusões no caso Espanha, já referido na nota 58, acima, n.º 35, segundo a qual um parecer deste tipo não deveria ser invocado no Tribunal sem a autorização da respectiva instituição.

contribui eficazmente para o primeiro objectivo mencionado.

77. A propósito da génese legislativa *stricto sensu*, os recorrentes insistem sobretudo na supressão do projecto de directiva, numa fase muito avançada, dos três considerandos já referidos (no n.º 19), que diziam respeito às preocupações de saúde pública do legislador comunitário. Contudo, o que importa realmente saber é se a manutenção dos três considerandos previstos na proposta teria modificado a natureza da directiva sobre a publicidade. Ora, não vemos como teria podido ter acontecido assim, a menos que se reduzisse a definição do objectivo de uma acto comunitário a um processo matemático consistindo em contar as referências feitas às diferentes políticas no preâmbulo. Os considerandos suprimidos limitavam-se a sublinhar as preocupações do legislador com a protecção da saúde pública, preocupações essas que já ressaltam claramente dos terceiro e quarto considerandos e que, como tais, não eram ilegítimas.

O desvio de poder

78. Também não pensamos que o fundamento do desvio de poder invocado pela República Federal da Alemanha possa encontrar qualquer apoio na génese da directiva. No contexto do poder legislativo, o Tribunal de Justiça definiu desvio de poder como «a adopção, por uma instituição comunitária, de um acto com a finalidade exclusiva ou, pelo menos determinante, de atingir fins diversos dos invoca-

dos ou de eludir um processo especialmente previsto pelo Tratado...»⁸⁰. Ora, vimos que o Tratado não impõe qualquer processo para a adopção das normas de harmonização em matéria de protecção de saúde pública, do ponto de vista *ratione materiae*. Com efeito, esta competência está expressamente excluída pelo artigo 129.º, n.º 4, o que implica não poder existir aqui desvio de poder que consista em iludir o processo adequado.

79. No que diz respeito ao primeiro fundamento possível, para a determinação do desvio de poder, ou seja, a prossecução de fins diferentes dos invocados, lembramos que o objectivo paralelo de protecção da saúde foi claramente invocado nos terceiro e quarto considerandos da directiva. Ora, como vimos, a supressão de três outros considerandos constantes da proposta, que eram do mesmo género, em nada alteravam o facto de que não era ilegítima a prossecução desse objectivo, no quadro de medidas adoptadas com fundamento nos artigos 57, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE. Permitimo-nos recordar também que não só os objectivos de protecção da saúde e de estabelecimento do mercado interno não se excluem mutuamente, como ainda que este último objectivo, se existir em determinados casos, deve mesmo acompanhar o primeiro. Assim, as manifestações de interesse expressas pelos representantes políticos sobre as repercussões favoráveis da directiva sobre a saúde nem são, como já o dissemos, de modo algum surpreendentes, nem, como o afirmamos agora, são deslocadas. Mesmo o relativo silêncio sobre as alegadas vantagens da directiva para o

80 — V. acórdão de 12 de Novembro de 1996, Reino Unido/Conselho (C-84/94, Colect., p. I-5755, a seguir «acórdão tempo de trabalho», n.º 69).

mercado interno não comprova que estas vantagens não eram efectivamente visadas ou pretendidas. A República Federal da Alemanha não apresentou qualquer prova em contrário. E os demais elementos de prova trazidos aos debates não denunciam qualquer desvio de poder. O fundamento do desvio de poder, invocado pela República Federal da Alemanha, deve pois ser rejeitado. A questão de saber se a directiva atinge efectivamente os pretendidos objectivos do mercado interno invocados pelo legislador comunitário constitui uma questão objectiva referente à competência. Em nossa opinião, uma resposta negativa a esta questão não é suficiente para demonstrar que houve desvio de poder por parte do legislador.

80. Na realidade, a verdadeira questão, nestes dois casos, não é saber se a protecção da saúde foi um móbil de primeira ordem, na motivação daqueles que trabalharam na adopção da directiva, mas sim saber se o *mercado interno* constitui, por si só, uma base jurídica adequada para a directiva. Assim, na falta de outras bases jurídicas possíveis, iremos envidar esforços, no resto da nossa análise da competência comunitária, em primeiro lugar, para definir as condições objectivas do recurso aos artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE, e a seguir, para determinar se a directiva sobre a publicidade preenche ou não estas condições. Como questão prévia, é necessário chamar resumidamente a atenção, e rejeitá-lo, para o argumento avançado pela República Federal da Alemanha de que o processo de voto aplicável no seio do Conselho poderia ter importância para as condições do exercício da competência comunitária.

A importância do processo de voto no seio do Conselho

81. A República Federal da Alemanha deu um ênfase considerável, em especial na audiência oral, ao facto de o artigo 100.º-A prever a votação por maioria qualificada e sustentou que esta competência horizontal poderia, pois, ser utilizada de forma abusiva para invadir as competências dos Estados-Membros. Mas isto não é significativo para determinar a base jurídica adequada de um acto comunitário, a existir alguma, porque esta determinação deve obedecer sempre aos mesmos princípios objectivos, qualquer que seja o processo legislativo utilizado. Anteriormente, vimos já que Comunidade deve sempre agir dentro dos limites dos seus poderes, inclusive quando o Conselho vota por unanimidade para adoptar uma medida com fundamento nos termos amplos do artigo 235.º do Tratado CE⁸¹. As outras considerações relativas à soberania dos Estados-Membros não são relevantes para a análise destas competências⁸². No acórdão dióxido de titânio, o Tribunal de Justiça preferiu o artigo 100.º-A ao artigo 130.º-S como base jurídica, muito embora o primeiro impusesse ao Conselho o voto por maioria qualificada, enquanto o segundo implicava o voto do Conselho por unanimidade⁸³. Tendo em consideração a nossa análise sobre o carácter horizontal do artigo 100.º-A, é difícil admitir a imposição de limites *a priori* à competência comunitária num domínio de importância fundamental como o da competência para o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, *para além daqueles que são inerentes a este mesmo objectivo*, pela simples razão de requerer o voto por

81 — V. parecer 2/94, já referido na nota 50, acima, n.º 30.

82 — V. n.º 37 das conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no caso Espanha, já referido na nota 58, acima.

83 — Já referido na nota 51, acima, n.ºs 18 e 19.

maioria qualificada. Afinal, trata-se precisamente do mecanismo previsto pelo Acto Único Europeu para evitar que esta integração do mercado não possa ficar sujeita a veto dos Estados-Membros⁸⁴. A melhor protecção dos interesses de um Estado-Membro, compatível com o Tratado, contra todo o abuso ou intrusão das competências a cometer pela Comunidade é o controlo jurisdicional exercido pelo Tribunal de Justiça sobre a observância, por parte do legislador comunitário, das condições de aplicação do artigo 100.º-A, ou, no caso presente, do artigo 57.º, n.º 2. Como já vimos, no número precedente, isso implica, em primeiro lugar, que as condições de utilização destas disposições sejam especificadas.

...

- g) Um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno;
- h) A aproximação das legislações dos Estados-Membros na medida do necessário para o funcionamento do mercado comum.»

O artigo 7.º-A, segundo parágrafo, do Tratado CE está redigido desta forma:

O mercado interno

82. O artigo 3.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 3.º CE) define a acção da Comunidade como implicando, nos termos previstos no mesmo Tratado:

- «c) Um mercado interno caracterizado pela abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais;

«O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado.»

83. Resulta destas disposições que o mercado interno não é um sinónimo desprovido de valor para a regulação económica geral. Esta questão reveste uma importância particular, se tivermos em consideração o argumento do Conselho segundo o qual a prossecução dos objectivos do mercado interno não exige necessariamente uma liberalização, podendo antes consistir numa simples regulamentação. Mais adiante vamos explicar porque é que o mer-

84 — V. as observações do advogado-geral G. Tesauro no caso dióxido de titânio, já referido na nota 51, acima, n.º 13 das suas conclusões. Contudo, desejamos acrescentar aos nossos comentários, que desenvolvemos mais acima, que a possibilidade de um voto por maioria qualificada no seio do Conselho, no quadro do artigo 100.º-A do Tratado CE, não é, em si, motivo que permita interpretar esta disposição mais amplamente do que, de outro modo, o seria.

cado interno não pode ser definido de maneira simplista em termos de liberalização ou de desregulação. Contudo, em nossa opinião, a atribuição de competências para a prossecução do estabelecimento e funcionamento do mercado interno, nos termos do artigo 100.º-A e de disposições mais específicas, como é o caso do artigo 57.º, n.º 2, não pode ser equiparada à criação de um poder regulamentar geral da Comunidade. Estas competências são atribuídas quer para facilitar o exercício das quatro liberdades fundamentais quer para homogeneizar as condições de concorrência.

84. Em matéria de livre circulação, esta tese tem apoio nos dois acórdãos resíduos⁸⁵. No Acórdão resíduos I, o Tribunal de Justiça observou que a finalidade da directiva impugnada⁸⁶ era implementar o princípio segundo o qual os resíduos devem ser depositados o mais perto possível do seu lugar de produção, de modo a limitar ao máximo o seu transporte⁸⁷; relativamente a esta observação, o Tribunal de Justiça concluiu que não podia considerar-se que a directiva em questão tenha como objecto a execução da livre circulação dos resíduos na Comunidade⁸⁸. Como o advogado-

geral G. Tesauro observou, a medida impugnada «visa garantir não tanto a liberalização do comércio de resíduos mas, pelo contrário, a redução da circulação de resíduos no interior da Comunidade»⁸⁹. Da mesma maneira, o acórdão resíduos II dizia respeito a um regulamento⁹⁰ que o Tribunal de Justiça interpretou no sentido de fornecer um sistema harmonizado de procedimentos através dos quais se pudesse limitar a circulação dos resíduos por motivos ambientais, razão por que o Tribunal de Justiça não considerou que assegurasse a livre circulação dos resíduos no seio da Comunidade⁹¹. Notaremos que o Tribunal de Justiça implicitamente rejeitou o argumento segundo o qual uma medida poderia relevar do artigo 100.º-A do Tratado CE desde que *regulamentasse* a circulação das mercadorias entre Estados-Membros não sendo necessário que, na realidade, *facilite* tal circulação⁹².

85. É óbvio que a jurisprudência ulterior não impõe que os artigos 7.º-A, 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE sejam interpretados como uma espécie de carta liberal que permita uma harmonização no nível mais baixo ou mesmo num qualquer nível médio relativamente aos níveis pré-existentis de

85 — Acórdãos de 17 de Março de 1993, Comissão/Conselho (C-155/91, Colect., p. I-939, a seguir «acórdão resíduos I»), e de 28 de Junho de 1994, Parlamento/Conselho (C-187/93, Colect., I-2857, a seguir «acórdão resíduos II», n.º 25). Relativamente à compatibilidade com o mercado interno de medidas de harmonização comunitárias que imponham restrições ou proibições a certas actividades económicas, ver igualmente o acórdão Espanha, já referido na nota 58, acima, assim como o acórdão garantias dos depósitos, já referido na nota 52, acima, e o acórdão de 9 de Agosto de 1994, Alemanha/Conselho (C-359/92, Colect., p. I-3681, a seguir «acórdão segurança dos produtos»), que voltaremos a tratar adiante.

86 — Directiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991, que altera a Directiva 75/442/CEE relativa aos resíduos (JO L 78, p. 32).

87 — Acórdão resíduos I, já referido na nota 85, acima, n.ºs 13 e 14.

88 — Já referido, n.º 15.

89 — Já referido, Colect., p. I-959 das conclusões.

90 — Regulamento (CEE) n.º 259/93 do Conselho, de 1 de Fevereiro de 1993, relativo à fiscalização e ao controlo das transferências de resíduos no interior, à entrada e à saída da Comunidade (JO L 30, p. 1).

91 — Acórdão resíduos II, já referido na nota 85, acima, n.ºs 23 e 26. V., igualmente, os n.ºs 44 e 45 das conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs, que o Tribunal citou para as seguir.

92 — Este argumento foi atribuído ao Parlamento pelo advogado-geral F. G. Jacobs no n.º 38 das suas conclusões. Ele acrescenta que deve antes ser averiguado «se a medida tem o objectivo global de facilitar tal circulação [das mercadorias] em lugar de a restringir», n.º 43. O Tribunal não comentou expressamente este critério proposto.

regulamentação nacional dos Estados-Membros. Em primeiro lugar, já citámos o dever que tem a Comunidade⁹³ de tomar em consideração as questões de interesse geral e, portanto, o grau de protecção atingido ou visado pelos Estados-Membros.

86. Em segundo lugar, as medidas de harmonização que impõem restrições importantes num domínio de interesse geral não devem ser sistematicamente consideradas como tendo o objectivo de limitar as trocas comerciais no sector em causa. O direito de o legislador comunitário impor essas restrições, que podem mesmo ir até à proibição do comércio de certos produtos na prossecução paralela de objectivos mais vastos, tais como a livre circulação ou a tomada em conta de certos interesses gerais, é ilustrado pelo acórdão segurança dos produtos. O Tribunal de Justiça declarou que estes objectivos, aparentemente concorrentes, eram compatíveis, no caso de uma medida que autorizava a Comissão a exigir de um Estado-Membro a adopção de medidas provisórias para a comercialização de certos produtos perigosos⁹⁴:

«... a livre circulação dos produtos só pode ser garantida se as condições de segurança impostas àqueles não divergirem sensivelmente entre os vários Estados-Membros. Só pode ser alcançado um nível elevado de segurança se os produtos perigosos forem

93 — Para um exemplo de controlo jurisdicional exercido com observância do artigo 100.º A, n.º 3, ver o acórdão garantias dos depósitos, já referido na nota 52, acima, n.º 48.

94 — Acórdão segurança dos produtos, já referido na nota 85, acima, n.º 34. V. igualmente os argumentos do advogado-geral F. G. Jacobs, n.º 33 das suas conclusões no mesmo processo.

objecto de medidas apropriadas em todos os Estados-Membros.»

Deste modo, um sistema uniforme de reacção contra os produtos perigosos foi correctamente considerado uma medida que facilita a livre circulação das mercadorias em geral. Com efeito, a livre circulação das mercadorias pode ser facilitada por medidas que impeçam, restrinjam ou tornem mais difícil a circulação de determinadas mercadorias⁹⁵.

No acórdão Rewe-Zentrale⁹⁶, o Tribunal de Justiça decidiu que «embora seja verdade que, como a Comissão sublinhou nas suas conclusões, os artigos 30.º e 36.º do Tratado CE visam, em primeiro lugar, as medidas unilaterais adoptadas pelos Estados-Membros, também é certo que as próprias instituições comunitárias são obrigadas a respeitar a liberdade das trocas comerciais na Comunidade, e isto constitui um princípio fundamental do mercado comum». Contudo, o Tribunal de Justiça decidiu que as inspecções exigidas pela directiva impugnada neste caso⁹⁷ não visa-

95 — V. as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo resíduos II, já referido na nota 85, acima, n.º 44. Este cita o exemplo da Directiva 91/157/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991, relativa às pilhas e acumuladores contendo determinadas matérias perigosas (JO L 78, p. 38), e precisa que a proibição de vender pilhas contendo mais do que uma certa percentagem de mercúrio se impunha para que as pilhas sem um excessivo nível de mercúrio pudessem circular livremente no mercado interno. V. também o artigo 4.º da Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos (JO L 262, p. 169; EE 15 F1 p. 206), que exige que os Estados-Membros, no interesse da saúde pública, proibam a colocação no mercado dos produtos cosméticos contendo certos compostos específicos.

96 — Acórdão de 29 de Fevereiro de 1984 (37/83, Recueil, p. 1229, n.º 18).

97 — Directiva 77/93/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa às medidas de protecção contra a introdução nos Estados-Membros de organismos prejudiciais às plantas e produtos vegetais (JO 1977, L 26, p. 20; EE 03 F11 p. 121), e em particular o seu artigo 11.º, n.º 3.

vam «de modo algum, *entravar* as trocas comerciais», mas que «pelo contrário... [a directiva] procura suprimir progressivamente medidas tomadas unilateralmente pelos Estados-Membros e que eram à época justificadas, em princípio, pelo artigo 36.º do Tratado CE»⁹⁸.

87. Encontramos um exemplo mais interessante para os casos em apreço na proibição da publicidade dos produtos do tabaco na televisão, que resulta do artigo 13.º da Directiva 89/552. Com efeito, tanto este artigo como um certo número de outras disposições relativas ao conteúdo da publicidade televisiva visam, em parte, harmonizar as condições das prestações de serviços publicitários na televisão. «... Os Estados-Membros devem garantir a liberdade de recepção e não devem colocar entraves à transmissão no seu território de emissões de radiodifusão televisiva provenientes de outros Estados-Membros por razões atinentes à publicidade televisiva e ao patrocínio...»⁹⁹. De modo idêntico, o artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 89/622 e o artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 90/239 proíbem os Estados-Membros de provocar entraves à venda de produtos do tabaco conformes com as exigências destas directivas em matéria de rotulagem e de teor máximo de alcatrão.

88. Em terceiro lugar, o artigo 100.º-A do Tratado CE não diz somente respeito à

supressão dos *entraves* ao exercício das quatro liberdades. «Para a concretização das liberdades fundamentais enunciadas no artigo 8.º-A, as disparidades entre as ordens jurídicas dos Estados-Membros necessitam de medidas de harmonização em domínios em que existe o risco de estas gerarem ou manterem condições de concorrência falseadas»¹⁰⁰. O artigo 100.º-A pode pois ser utilizado para adoptar medidas de harmonização com o objectivo de tornar iguais as condições de competência num dado sector da indústria, tal como a eliminação dos derivados poluentes, prosseguindo, «de uma forma indissociável», um objectivo de interesse geral tal como um nível elevado de protecção do ambiente. O Tribunal de Justiça também entendeu que o artigo 100.º-A, constituía base jurídica adequada relativamente à directiva em causa no acórdão dióxido de titânio, que, por um lado, estabelecia uma proibição total de lançamento de certos resíduos industriais resultantes do emprego de processos específicos nas águas comunitárias e no alto mar e, por outro lado, estabelecia os valores máximos de substâncias nocivas para outros resíduos¹⁰¹. O artigo 1.º desta directiva indicava expressamente que ela «visa melhorar as condições de concorrência na indústria do dióxido de titânio». Por nossa parte, sustentamos, pois, que o legislador comunitário pode impor condições estritas que são aplicáveis da mesma maneira à actividade económica relevante em todo o mercado interno, incluindo as

98 — Acórdão já referido, n.º 19, sublinhado nosso. A referência ao artigo 36.º do Tratado CE demonstra claramente que este caso é igualmente interessante para a questão precedentemente examinada quanto à tomada em consideração das questões de interesse geral na legislação relativa ao mercado interno.

99 — V. acórdão de 9 de Julho de 1997, De Agostini e TV-Shop (C-34/95 a C-36/95, Colect., p. I-3843, a seguir «acórdão De Agostini», n.º 33).

100 — Acórdão dióxido de titânio, já referido na nota 51, acima, n.º 15. O artigo 8.º-A passou a artigo 7.º-A do Tratado CE, antes de passar, após modificação, a artigo 14.º CE. Embora a eliminação das distorções da concorrência seja expressamente mencionada como uma condição necessária para tornar efectivas as quatro liberdades, há que examinar separadamente, na análise que se seguirá, a questão dos entraves ou restrições ao exercício destas liberdades, por um lado, e as distorções da concorrência, por outro.

101 — Directiva 89/428/CEE do Conselho, de 21 de Junho de 1989, que estabelece as regras de harmonização dos programas de redução, tendo em vista a sua eliminação, da poluição causada por resíduos provenientes da indústria do dióxido de titânio (JO L 201, p. 56). V. acórdão dióxido de titânio, já referido na nota 51, acima, n.º 2.

obrigações que, de qualquer ponto de vista possível, excedam a média das obrigações impostas pelas diversas regulamentações nacionais que tenham precedido a medida comunitária.

89. Todavia, a prossecução de condições homogêneas de concorrência não pode dar *carta branca* ao legislador comunitário para harmonizar não importa que regulamentações nacionais, quer seja em sentido liberal quer restritivo. Sem contradizer a nossa conclusão, no sentido de rejeitar o argumento da República Federal da Alemanha sobre o risco de um alargamento das competências comunitárias pela via tergiversante do voto por maioria qualificada, desejamos precisar que poderia existir um risco de transferência da competência regulamentar geral, que pertence aos Estados-Membros, em proveito da Comunidade, pelo facto de o recurso ao artigo 100.º-A para adoptar medidas de harmonização no interesse de uma concorrência não falseada estar sujeito à exigência de uma ligação real entre estas medidas e os objectivos do mercado interno. O facto de nem o artigo 7.º-A nem o artigo 100.º-A do Tratado CE falarem das condições iguais da concorrência constitui um motivo suplementar para evitar que se faça do artigo 100.º-A um instrumento de regulação económica geral.

90. No acórdão dióxido de titânio, o Tribunal de Justiça parece ter sugerido um primeiro critério possível, na forma de condição prévia de aplicação do artigo 100.º-A: a distorção da concorrência que a medida de harmonização deva corri-

gir deve ser sensível¹⁰². Embora não seja necessário tomar posição definitiva sobre esta questão, para os fins da nossa análise que se segue, estaríamos inclinados a aprovar um critério destes.

91. Uma outra condição, que se pode identificar claramente na jurisprudência, e que apresenta um interesse mais directo para os presentes autos, refere-se à natureza da medida de harmonização adoptada nos termos do artigo 100.º-A do Tratado CE. Este artigo não constitui base jurídica adequada para medidas cujo efeito sobre a harmonização das condições de concorrência seja puramente acessório. A questão não é apenas a de determinar qual, de entre os objectivos aparentes de um acto, constitui o seu principal objectivo. O Tribunal de Justiça decidiu, em termos bastante categóricos, que «o simples facto de o estabelecimento ou o funcionamento do mercado interno serem afectados não basta para aplicar o artigo 100.º-A do Tratado CE»¹⁰³. Entendemos a decisão do Tribunal de Justiça sobre este ponto, no acórdão resíduos I¹⁰⁴, como indicando que a directiva impugnada neste processo não teria podido ser adoptada com fundamento no

102 — V. acórdão dióxido de titânio, já referido, n.º 23, assim como os acórdãos de 18 de Março de 1980, Comissão/Itália (91/79, Recueil, p. 1099, n.º 8), e (92/79, Recueil, p. 1115, n.º 8). No acórdão dióxido de titânio, o Tribunal não afirmou expressamente que o artigo 100.º-A do Tratado CE apenas podia ser utilizado para melhorar distorções sensíveis da concorrência resultantes da disparidade das regulamentações nacionais, e os recorridos alegaram aqui que, tomando em consideração a jurisprudência anteriormente citada, esta condição apenas se aplicava ao recurso ao artigo 100.º, cujo domínio se encontra definido por forma mais estrita. Contudo, da sua aplicação no contexto do artigo 100.º, resulta claramente não ser fundado o argumento dos recorridos segundo o qual este critério só valeria para a aplicação às empresas das regras do Tratado relativas à concorrência.

103 — Acórdão resíduos I, já referido na nota 85, acima, n.º 19; v. igualmente o acórdão de 9 de Novembro de 1995, Alemanha/Conselho (C-426/93, Colect., p. I-3723, n.º 33).

104 — Já referido na nota 85, acima, n.ºs 17 a 20, em especial o n.º 19.

artigo 100.º-A, mesmo que o artigo 130.º-S não pudesse constituir uma base jurídica alternativa. O Tribunal de Justiça estabeleceu uma distinção entre, por um lado, a regulamentação que tem como principal objecto a gestão efectiva dos resíduos na Comunidade, qualquer que seja a sua proveniência, e que não se limita a produzir efeitos secundários sobre a concorrência e as trocas comerciais, incluindo os custos de produção, e, por outro lado, a directiva sobre que versava o acórdão dióxido de titânio, que «tem por objectivo aproximar as regras nacionais relativas às condições de produção num determinado sector da indústria, com o fim de eliminar as distorções da concorrência *ai existentes*»¹⁰⁵. Concluímos que a contribuição de uma dada medida para a homogeneização das condições de concorrência no sector que pretenda beneficiar deve ser específica para aquele sector, independentemente dos termos mais ou menos amplos do texto, e não deve, pois, ser puramente acessória. Por consequência, não pode considerar-se que as regras comunitárias cujo único efeito num dado sector seja proibir o exercício da respectiva actividade profissional contribuam para homogeneizar as condições de concorrência *ai existentes*, quaisquer que sejam os seus efeitos sobre a concorrência em qualquer domínio conexo.

92. Os requerentes invocaram um outro limite possível: que o recurso ao artigo 100.º-A do Tratado CE para corrigir as distorções deveria ser limitado às matérias em que a Comunidade também goze expressamente de competência material, tais como a protecção do ambiente. Este argumento não nos convence. Não existe apoio aparente neste sentido, nem no

artigo 100.º-A nem nas disposições gerais do Tratado relativas aos objectivos e actividades da Comunidade e à definição do mercado interno. Além disso, uma posição destas é incompatível com o carácter horizontal do artigo 100.º-A e, no mínimo, suscita tantos problemas como os que pretensamente resolve. As matérias específicas em que a Comunidade é materialmente competente abarcam domínios em que os seus poderes vão desde uma competência muito ampla, como é o caso em matéria de agricultura, até uma competência muito restrita, como é o caso em matéria de saúde pública. A menos que se precise mais este critério, e tendo em conta o facto de, como referimos, a exclusão da possibilidade de harmonização no artigo 129.º, n.º 4, não poder afectar a competência baseada no artigo 100.º-A, este argumento não pode ser compreendido como excluindo a harmonização das condições de concorrência num sector de considerável importância para a saúde pública. Contudo, pelos motivos que vamos desenvolver a seguir, não consideramos necessário tomar posição definitiva sobre este argumento.

Os objectivos do mercado interno — Apreciação concreta

93. Para podermos determinar se uma medida comunitária tem como objectivo o estabelecimento do mercado interno, é necessário proceder-se em dois tempos. Em primeiro lugar, temos que nos assegurar da existência das condições prévias para uma harmonização, isto é, que a disparidade das regulamentações nacionais provoque quer entraves ao exercício das qua-

105 — Já referido na nota 51, acima, n.º 20, sublinhado no texto.

tro liberdades quer distorções das condições de concorrência num sector económico ¹⁰⁶. Em segundo lugar, é preciso que a acção concreta efectivamente empreendida pela Comunidade seja compatível com o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. Isso implica examinar o modo como o legislador comunitário tentou conciliar a exigência principal de disposições como os artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A, no sentido de que as medidas adoptadas sobre o seu fundamento facilitem a livre circulação ou tornem homogêneas as condições de concorrência num sector específico, com a obrigação de tomar devidamente em conta as considerações de interesse geral que possam militar a favor de uma aproximação bastante restritiva de certas actividades económicas.

94. Foi sugerido, em particular pela Comissão, que isto põe sobretudo a questão de saber se um acto é apropriado ou oportuno, o que, mais do que uma questão de competência, constitui antes uma questão de proporcionalidade. Por esta razão, o Tribunal de Justiça não deveria intervir a este nível. Não concordamos. Se o exercício da competência comunitária deve ser submetido ao controlo jurisdicional, não basta, neste caso, verificar se as condições prévias da harmonização estão preenchidas, porque os artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE não conferem uma competência universal que autorize não importa que harmonização desde que estejam preenchidas as condições para tal. A necessidade de um controlo concreto sobre o acto de harmonização efectivamente adoptado tem sido reconhecida pelo Tribunal de

Justiça numa fórmula muitas vezes repetida, segundo a qual o exame da competência deve ter em conta, «designadamente, o fim e o conteúdo da medida». Nos casos como os que aqui nos ocupam, a análise concreta da competência comunitária deve limitar-se exclusivamente a examinar se a medida prossegue os objectivos do mercado interno em vista dos quais a competência foi conferida, mantendo presente no espírito a ideia de que tal pode ser compatível com a realização paralela de outros objectivos complementares de interesse geral que, por si só, não podem justificar o recurso aos artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE.

95. O Tribunal de Justiça procedeu a exames concretos deste tipo no quadro de recursos interpostos por Estados-Membros que contestavam a competência da Comunidade para actuar com base nos artigos 100.º-A e 57.º, n.º 2, respectivamente, nos processos Espanha e garantias dos depósitos ¹⁰⁷. No acórdão Espanha, o Tribunal de Justiça examinou e rejeitou o argumento segundo o qual o Regulamento n.º 1768/92 ¹⁰⁸ teria compartimentado o mercado comunitário para além da duração das patentes de base nacionais e, deste modo, impediu os operadores da indústria dos medicamentos genéricos de entrar em livre concorrência com as empresas titulares de patentes ¹⁰⁹. O Tribunal de Justiça decidiu que a extensão uniformizada da duração da protecção da patente era um meio de prevenir uma fragmentação do

106 — São estes os dois argumentos invocados a favor da validade da directiva sobre a publicidade, nos presentes casos. Nós não tomamos posição sobre a questão de saber se existem outras bases para a acção que sejam conformes às disposições em causa.

107 — Um exame concreto deste género é igualmente típico do controlo operado pelo Tribunal de Justiça sobre a aplicabilidade de uma base jurídica em vez de uma outra, como sucede no acórdão dióxido de titânio, já referido na nota 51, acima, bem como nos outros dois acórdãos residuais, analisados mais acima.

108 — Já referido na nota 58, acima.

109 — Já referido na nota 58, acima, n.ºs 30 e 31.

mercado dos medicamentos evitando uma evolução heterogénea das legislações nacionais¹¹⁰, mesmo que uma tal protecção alargada fosse desconhecida pela maior parte dos Estados-Membros¹¹¹. O Tribunal de Justiça examinou igualmente o equilíbrio obtido entre os interesses das empresas titulares de patentes e os dos fabricantes de medicamentos genéricos¹¹². Embora esta questão se insira claramente no capítulo da proporcionalidade, o Tribunal de Justiça parece ter considerado, neste caso, que se tratava de um problema de competência, em virtude dos «objectivos enunciados no artigo [7.º-A do Tratado CE]»¹¹³, sugerindo assim que a existência ou a severidade das restrições impostas a uma actividade económica (neste caso, a da produção dos medicamentos genéricos) pode ser potencialmente pertinente relativamente à questão de saber se deverá considerar-se que uma medida de harmonização prossegue os objectivos do mercado interno¹¹⁴. Esta análise de âmbito geral que adoptámos no quadro dos presentes casos encontra-se igualmente reforçada pelo facto de o Tribunal de Justiça, depois de ter verificado que o objectivo do regulamento impugnado estava ligado ao mercado interno, não ter feito alusão, em parte alguma, ao peso relativo no esquema legislativo do objectivo complementar da regulamentação, que consistia na promoção da investigação farmacêutica na Comunidade.

96. No acórdão garantias dos depósitos, o Tribunal de Justiça analisou o argumento da alegada contradição com o objectivo do

110 — *Ibidem*, n.ºs 35 e 36.

111 — *Ibidem*, n.º 34.

112 — *Ibidem*, n.ºs 37 a 39.

113 — *Ibidem*, n.º 37.

114 — V. a discussão acima, nos n.ºs 83 a 87, sobre a questão de saber se a adopção de medidas que entravam a circulação de bens é compatível com a prossecução de objectivos do mercado interno.

artigo 57.º, n.º 2, do Tratado CE da proibição decretada pelo acto contestado¹¹⁵ que impedia a promoção, pelas sucursais de bancos estabelecidas noutros Estados-Membros, das vantagens oferecidas pelos sistemas nacionais de garantia dos depósitos mais protectores dos interesses dos consumidores do que os previstos pela directiva. O Tribunal de Justiça concluiu que o limite da cobertura máxima imposto na protecção dos depósitos oferecido pelas sucursais implantadas nos outros Estados-Membros era «muito menos oneroso do que a obrigação de se submeter a diferentes legislações relativas aos sistemas de garantia de depósitos nos diferentes Estados-Membros de acolhimento», com a consequência de que a implantação noutros Estados-Membros de sucursais de estabelecimentos de crédito autorizadas na Alemanha podia ser mesmo considerada facilitada pela directiva controvertida¹¹⁶.

97. Este tipo de apreciação difere do controlo da proporcionalidade. A questão colocada, para se verificar se as condições de recurso a uma competência conferida para preencher uma finalidade funcional estão preenchidas, é a seguinte: o acto prossegue os objectivos do mercado interno que ele próprio invoca? Não se trata, pois, de saber se vai mais longe do que o necessário para alcançar aqueles objectivos. Além disso, como já dissemos, a este nível só nos interessa, exclusivamente, a realização destes objectivos, por ser o fim para que a competência foi conferida. Em contrapartida, quando se examinar a proporcionalidade do acto, será necessário ter igualmente em conta os outros objectivos de fundo que devem ser prosseguidos pelos actos que se reclamam do mercado interno,

115 — Directiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 1994, relativa aos sistemas de garantia dos depósitos (JO L 135, p. 5).

116 — *Ibidem*, n.º 44.

incluindo o da obtenção de um nível elevado de protecção da saúde.

98. É claro que, ao ocupar-se do controlo concreto das escolhas legislativas complexas que afectam interesses económicos e outros interesses muito diversos, o Tribunal de Justiça deve normalmente aceitar a apreciação trazida pelo legislador no sentido de que a eficácia de um acto, relativamente ao estabelecimento ou funcionamento do mercado interno, justificará as restrições criadas por esse acto¹¹⁷. O Tribunal de Justiça não pode substituir a sua própria apreciação à do legislador, nem pôr em dúvida a eficácia de uma determinada iniciativa política¹¹⁸. Mesmo que tratemos de determinar quais os limites das competências legislativas comunitárias, a apreciação concreta indispensável da relação que apresente a medida adoptada com os objectivos que enuncie, em nossa opinião, implica o recurso ao tipo de controlo que é aplicado pelo Tribunal de Justiça ao exercício, pelas instituições, de amplos poderes de apreciação. Na medida em que as instituições «dispõe[m] de um amplo poder de apreciação, designadamente quanto à natureza e alcance das medidas que adopta[m], o controlo do órgão jurisdicional comunitário deve limitar-se a examinar se o exercício de tal poder não está viciado por um erro manifesto ou desvio de poder ou ainda se [as instituições] não ultrapassaram os limites do [seu] poder de apreciação»¹¹⁹.

99. A tarefa do Tribunal de Justiça é, todavia, mais leve no caso em que a legislação tenha efeitos extremos no sector em questão, como será o caso de uma proibição. Não se pode presumir que a proibição efectiva pelo legislador comunitário de uma actividade económica particular seja contrária em si mesma aos objectivos do mercado interno. Mas, ao mesmo tempo, os efeitos de uma proibição desse tipo e as conclusões a extrair desses efeitos do ponto de vista jurídico serão mais facilmente identificadas por uma jurisdição que seja muito mais prudente em presença de equilíbrios delicados criados pelo legislador entre diferentes interesses materiais¹²⁰. Isto permite apreciar mais facilmente se existe a necessária concordância entre o *conteúdo* do acto que imponha uma proibição e o *objectivo* do mercado interno, visado em particular no preâmbulo do acto e em todas as disposições de fundo (tal como o artigo 1.º da directiva sobre a publicidade) que se referem expressa ou indirectamente a estes objectivos. Esta concordância deve, em definitivo, ser apreciada com referência aos efeitos detectáveis da medida impugnada. O objectivo preciso do mercado interno prosseguido deve resultar claramente da própria medida e, do nosso ponto de vista, não pode ser completado pela referência a objectivos mais amplos ou diferentes em estágio ulterior¹²¹. Se os efeitos de um acto não forem compatíveis com os objectivos do mercado interno visados nos textos utilizados como base jurídica, e *efectivamente invocados pelo*

117 — V. conclusões do advogado-geral P. Léger, no caso garantias dos depósitos, já referido na nota 52, acima, n.º 113.

118 — V. acórdão tempo de trabalho, já referido na nota 80, acima, n.º 23.

119 — Acórdãos de 5 de Maio de 1998, Reino Unido/Comissão (C-180/96, Colect., p. 2265, a seguir «acórdão BSE», n.º 60), e de 25 de Janeiro de 1979, Racke (98/78, Colect., p. 53, n.º 5). Recordamos que, em nossa opinião, não ficou provado o desvio de poder nos presentes casos.

120 — V., por exemplo, o acórdão Espanha, já referido na nota 58, acima, n.ºs 38 e 39.

121 — Isto não é a mesma coisa que dizer que a motivação do acto, incluindo toda a informação pertinente quantitativa e qualitativa, deva ser apresentada no acto litigioso de forma mais aprofundada do que habitualmente. A nossa preocupação não é examinar a adequação dos motivos fornecidos na directiva sobre a publicidade [que será examinada na secção V(vii), adiante], mas sim fixar claramente a natureza destes motivos assim como os objectivos prosseguidos com vista a emprender o controlo de fundo da directiva com referência à sua finalidade e ao seu conteúdo.

legislador, então teremos que concluir desse facto que o legislador terá cometido um erro manifesto de apreciação ou que terá excedido os seus poderes de apreciação.

O objectivo da directiva sobre a publicidade

100. O artigo 1.º da directiva enuncia que o seu objectivo é «a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco». O primeiro considerando do preâmbulo parte do princípio de que as diferenças entre as regras nacionais neste sector seriam susceptíveis de criar entraves não apenas à livre prestação dos serviços de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco, mas igualmente à livre circulação, entre os Estados-Membros, dos produtos que sirvam de suportes a uma publicidade ou patrocínio desse tipo. E que estas disparidades também falseiam a concorrência. Esta proposição só pode compreender-se como referindo-se à concorrência entre os prestadores dos serviços em questão — de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco — e entre os produtores e vendedores de suportes para esta publicidade e este patrocínio. Neste contexto, não se trata claramente de concorrência nos sectores da publicidade e do patrocínio em geral, que não são mencionados em parte alguma da directiva. Acresce que nada neste considerando nem em qualquer outro sítio da directiva permite pensar que ela respeita aos entraves às trocas comerciais dos produtos do tabaco ou dos produtos de diversificação, nem às distorções da concorrência entre os produtores e distribuidores destes produtos, nem mesmo às distorções da concorrência entre

os produtores e distribuidores de produtos ou serviços que utilizem marcas associadas ao tabaco, por um lado, e, por outro lado, os operadores que ofereçam produtos ou serviços equivalentes que não utilizem essas marcas. A terminar, o considerando indica que os entraves e distorções da concorrência enunciados teriam por efeito impedir o funcionamento do mercado interno.

101. O primeiro considerando pode ser entendido como procurando demonstrar que estão preenchidos as condições que precedem uma acção de harmonização da Comunidade, com base nos artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A. O segundo considerando contém a declaração mais explícita da relação existente entre a situação actual, a realização dos objectivos do mercado interno, *finalidade* ostensiva de uma medida adoptada com base nos artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A, e a medida efectivamente adoptada, o seu *conteúdo*¹²².

«considerando que é necessário eliminar estes entraves e, para tal, aproximar as normas relativas à publicidade e ao patrocínio dos produtos de tabaco...».

A sociedade Imperial Tobacco sustentou que, entre os seus objectivos, a directiva não incluía a luta contra uma distorção da

122 — Bem entendido, não pretendemos estabelecer uma distinção rígida entre finalidade e conteúdo. É possível deduzir a finalidade de uma medida a partir das suas disposições de fundo, bem como do seu preâmbulo — V., por exemplo, o acórdão protecção da floresta, já referido na nota 67, acima, n.º 13. Contudo, no presente caso, as outras disposições da directiva sobre a publicidade não fornecem qualquer orientação.

concorrência distinta dos entraves às trocas comerciais visadas no segundo considerando. Consideramos que uma leitura destas é demasiado restritiva. O oitavo considerando faz alusão à interdependência existente entre os diversos meios de publicidade e indica que a directiva deve abranger todas as formas de publicidade (com excepção da publicidade televisiva) «para evitar riscos de distorção da concorrência».

102. Em primeiro lugar, vamos examinar os objectivos fixados na directiva em matéria de mercado interno sob o ângulo da supressão dos entraves à liberdade das trocas comerciais de produtos e serviços relacionados com a publicidade e o patrocínio dos produtos do tabaco. A seguir, vamos debruçar-nos sobre a questão da homogeneização das condições de concorrência nestes mesmos sectores de actividade.

Os entraves à liberdade das trocas comerciais de produtos e serviços relacionados com a promoção do tabaco

103. A questão de saber se existe ou não um comércio transfronteiras significativo de produtos e serviços ligados à promoção do tabaco e se, para tal, existem entraves a este comércio foi longamente contestada ao longo das alegações das partes.

104. O Tribunal de Justiça disse claramente que não existia uma norma *de minimis* que fosse aplicável à proibição, feita pelo Tratado, dos entraves ao comércio resultantes das disparidades das legislações nacionais: no quadro da livre circulação das mercadorias, por exemplo, considera-se que uma medida nacional constitui uma restrição se tal medida for susceptível de

entravar, directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário «ainda que o entrave seja reduzido e que existam outras possibilidades de escoamento dos produtos importados»¹²³. O facto de uma norma nacional afectar um mercado de tamanho reduzido, seja pela sua dimensão geográfica seja pela referência ao volume das trocas comerciais intracomunitárias afectadas pela norma, também é irrelevante para a aplicação do artigo 30.º do Tratado CE¹²⁴. A jurisprudência em matéria de serviços leva-nos a pensar que os mesmos princípios se aplicam neste domínio¹²⁵. A Comunidade é competente para eliminar obstáculos às trocas comerciais de produtos e de serviços pela via indirecta das medidas de harmonização fundadas nos artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE, sendo precisado que estas últimas tomavam em linha de conta as preocupações de interesse geral que, em primeiro lugar, conduzem à adopção de medidas nacionais. Ora, daqui não resulta que uma tal acção seja automaticamente justificada por entraves *irrisórios (de minimis)* às trocas comerciais. E, ao menos, sempre poderá afirmar-se que uma acção de harmonização deve referir-se a regulamentos nacionais que não se limitem a produzir efeitos irrisórios nas trocas comerciais. Este problema não se coloca porque as regulamentações nacionais díspares, algumas das quais são bastante restritivas, podem mani-

123 — Acórdão de 5 de Abril de 1984, Van de Haar e Kaveka de Meern (177/82 e 178/82, Recueil, p. 1797, n.º 14). V. igualmente o acórdão de 18 de Maio de 1993, Yves Rocher (C-126/91, Colect., p. I-2361, n.º 21).

124 — V. acórdão de 3 de Dezembro de 1998, Bluhme (C-67/97, Colect., p. I-8033, n.ºs 18 a 20 e 22, assim como as nossas conclusões neste caso, n.ºs 18 e 19).

125 — V., por exemplo, o acórdão de 10 de Maio de 1995, Alpine Investments (C-384/93, Colect., p. I-1141). Resulta claramente do acórdão Bluhme, já referido, n.º 22, que a exclusão do campo de aplicação das pertinentes disposições do Tratado, nos casos de entraves meramente indirectos ou aleatórios às trocas comerciais de bens ou serviços, como é o do acórdão de 14 de Julho de 1994, Peralta (C-379/92, Colect., p. I-3453), relaciona-se mais com o carácter remoto dos seus efeitos sobre o comércio do que com a amplitude daqueles efeitos.

festamente ter efeitos directos e importantes nas trocas comerciais das prestações de serviços de publicidade do tabaco e dos suportes publicitários do tabaco. A questão de saber se são significativos os níveis das trocas comerciais intracomunitárias de produtos e de serviços afectados, quer em valor absoluto quer em relação às trocas comerciais puramente internas, também pode ter importância. Porém, esta questão interessa menos à análise da competência que à aplicação do princípio da proporcionalidade, em que se trata de avaliar se a finalidade de uma norma é demasiado ampla (por exemplo, por afectar um comércio nacional importante ao mesmo tempo que trocas comerciais intracomunitárias relativamente limitadas) e, por isso, avaliar se os efeitos restritivos demasiado amplos da medida excedem as suas vantagens relativamente ao mercado interno.

105. Não nos convence o argumento da República Federal da Alemanha de que não existe efectiva prestação de serviços transfronteiras no domínio da publicidade nem do patrocínio para a promoção do tabaco¹²⁶ que possa ser negativamente afectada pelas disparidades das regulamentações nacionais desta actividade económica¹²⁷. Esses serviços podem ser prestados, por exemplo, por uma agência internacional de publicidade estabelecida num Estado-Membro para sua utilização em

toda a Comunidade ou numa parte desta¹²⁸, ou por uma agência local para uso meramente interno, mas no interesse de um cliente internacional (incluindo, eventualmente, uma agência internacional de publicidade) e podem incluir a concepção de marcas, de temas, de «slogans», de campanhas de publicidade, a encomenda de trabalhos de arte, o agenciamento de modelos, de actores ou de outras pessoas para criar imagens publicitárias, filmes, etc., e a colocação de publicidade em diversos meios de comunicação social ou de patrocínio de diversas organizações, manifestações ou equipas de natureza desportiva, artística ou qualquer outra e, bem assim, a organização da distribuição directa ao público de presentes ou outros materiais de publicidade. A prestação de tais serviços a título oneroso constitui obviamente uma actividade de natureza comercial. Só a proibição total de uma prestação de determinado serviço em todos os Estados-Membros por motivos de ordem pública a faria escapar ao domínio do Tratado¹²⁹, o que não é o caso da promoção do tabaco. O patrocínio de equipas ou de acontecimentos, como contrapartida do reconhecimento da contribuição do patrocinador ou da colocação à disposição de material de promoção (que podem igualmente aparecer em retransmissão televisiva ou radio-difundida de acontecimentos patrocinados) também constitui prestação de um serviço remunerado pelo primeiro em proveito do segundo¹³⁰. Perante as provas apresentadas no Tribunal de Justiça, parece claro que tais actividades são bastante comuns.

126 — Trata-se da promoção dos produtos de diversificação, regida pelo artigo 3.º, n.º 3, alínea b), da directiva, diferentes dos produtos do tabaco, mediante a utilização de nomes, marcas símbolos ou outros distintivos já utilizados para um produto do tabaco, considerando-a como forma de promoção indirecta do tabaco e, por esta razão, incluída na apreciação, adiante, relativa à promoção dos produtos do tabaco, ressalvando-se aspectos determinados deste assunto que sejam isolados de modo a constituir objecto de análise especial.

127 — No que se refere às restrições não discriminatórias à livre prestação de serviços, v. o acórdão de 24 de Março de 1994, Schindler (C-275/92, Colect., p. I-1039, n.º 43), assim como o acórdão de 25 de Julho de 1991, Säger (C-76/90, Colect., p. I-4221, n.º 12).

128 — Um serviço prestado no Estado-Membro B por uma agência estabelecida num Estado-Membro A, no interesse de um cliente estabelecido em qualquer outro local da Comunidade, incluindo o Estado-Membro A, releva do objectivo das disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços. V., por exemplo, o acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/França (C-154/89, Colect., p. I-659, n.º 9), sobre as actividades dos guias turísticos.

129 — Acórdão Schindler, já referido na nota 127, n.º 32.

130 — Acórdão de 11 de Abril de 2000, Deliège (C-51/96 e C-191/97, Colect., p. I-2549, n.º 57).

106. Podem haver restrições à livre prestação de serviços, prevista nos termos do artigo 59.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49.º CE), no caso de uma agência de publicidade que legalmente presta serviços destinados a promover produtos do tabaco num Estado-Membro, mas que se encontra impedida de o fazer a um operador estabelecido num outro Estado-Membro, devido ao facto de existir uma concepção nacional mais restritiva da publicidade e do patrocínio dos produtos do tabaco. De modo idêntico, é restringida toda a prestação de serviços pedida, por exemplo, por equipas desportivas, orquestras, exposições itinerantes ou competições desportivas organizadas em locais diversos, se o patrocínio que estes clientes poderiam legalmente aceitar e tornar público num Estado-Membro se encontrar proibido ou sujeito a outras condições noutro Estado-Membro. A prestação de serviços de radiodifusão transfronteiras poderia igualmente ser afectada pelas normas nacionais relativas ao conteúdo publicitário destas difusões¹³¹.

107. Parece-nos ser mais reduzida a categoria dos produtos susceptíveis de serem afectados por entraves às trocas comerciais na acepção da directiva sobre a publicidade. Em nossa opinião, só pode tratar-se dos produtos que circulam entre os Estados-Membros que não sirvam exclusivamente, num caso dado, de suportes de publicidade ou de patrocínio dos produtos do tabaco. O exemplo mais evidente de

produtos destes é-nos fornecido pelos jornais e revistas, que normalmente têm um conteúdo jornalístico de fundo e simultaneamente outro conteúdo publicitário e cuja circulação em outros Estados-Membros se encontra, efectiva ou potencialmente, entravada pelo facto de a publicidade ao tabaco, que é lícita no Estado-Membro produtor, estar proibida ou sujeita a condições diferentes num outro Estado-Membro. Consideramos que não se pode ter em conta, no contexto dos produtos, nem os cigarros distribuídos gratuitamente para fins promocionais (muito provavelmente fornecidos pelo fabricante) nem os suportes móveis de publicidade ou de patrocínio, como carros de competição ou os uniformes das equipas desportivas, utilizados nos acontecimentos internacionais, por não constituírem, nestas condições, objecto de *trocas comerciais* intra-comunitárias, mesmo que atravessem as fronteiras¹³². Contudo, a organização de uma campanha de distribuição ou de um programa de patrocínio (assim como a aceitação de um patrocínio promocional) pode comportar aspectos transfronteiras susceptíveis de serem afectados pela existência de regras nacionais dispare. No que respeita aos elementos que exclusivamente funcionem como suportes de publicidade para o tabaco — cartazes, brochuras, prospectos, etc. —, será sem dúvida preferível examiná-los na perspectiva do serviço de publicidade de que são expressão tangível¹³³, mesmo que, em certo sentido, esses elementos sejam, eles próprios, objecto de comércio (por exemplo, o fornecimento pela tipografia de material impresso a uma agência de publicidade).

131 — V., acima, o debate sobre a Directiva 89/552. A publicidade transfronteiras a título oneroso, efectuada na televisão, constitui prestação de um serviço no sentido do artigo 59.º de Tratado, tal como foi decidido pelo acórdão de 26 de Abril de 1988, *Bond van Adverteerders e o.* (352/85, Colect., p. 2085).

132 — Contudo, as disposições do Tratado sobre a livre circulação das mercadorias aplicam-se ao comércio independente das réplicas de vestuários de desporto que frequentemente ostentam os mesmos slogans de patrocínio e que poderiam ser consideradas como «produtos que sirvam de suporte para esta publicidade ou para este patrocínio».

133 — V. acórdão Schindler, já referido na nota 127, acima, n.º 22.

108. Deste modo, concluímos que, no caso em apreço, foram satisfeitas as condições prévias necessárias à Comunidade para exercer os seus poderes de harmonização em matéria de trocas comerciais transfronteiras de produtos e serviços. Resta, por isso, apreciar o método escolhido pela directiva sobre a publicidade para atacar os entraves não discriminatórios às trocas comerciais de produtos e de serviços.

A harmonização operada pela directiva sobre a publicidade

109. O elemento principal da directiva é uma proibição ampla da publicidade directa e indirecta assim como do patrocínio dos produtos do tabaco. Na realidade, sem prejuízo da proibição já decretada pela Directiva 89/552, relativamente à publicidade televisiva, o artigo 3.º, n.º 1, da directiva sobre a publicidade está formulado em termos gerais; todavia, a aplicação desta directiva foi sujeita a um certo número de excepções explícitas no artigo 3.º, n.º 5.

110. Tem-se debatido muito a importância económica e promocional destas excepções relativamente ao conjunto da actividade publicitária do tabaco. A controvérsia sobre a questão de saber se, em definitivo, a directiva impõe ou não a «total proibição» da publicidade dos produtos do tabaco é de natureza semântica. Em nossa opinião, são mais reduzidas as excepções no contexto da publicidade, considerada no seu conjunto. A proibição pode bem ser qualificada de ampla. Proíbe toda a publi-

cidade dirigida aos consumidores pelos operadores comunitários fora dos pontos de venda.

111. Temos de averiguar, à luz desta proibição ampla, de que modo se considera que o mercado interno beneficia com a directiva. O ponto capital, como foi dito em especial pela sociedade Imperial Tobacco, reside no facto de a directiva não fazer qualquer tentativa de harmonização das normas existentes no domínio das formas limitadas de publicidade que ela própria não proíbe. Se os demais aspectos permanecessem iguais, seria sustentável conceber-se que as trocas comerciais de serviços e de produtos, nos sectores objecto de excepção, tivessem implicitamente sido liberalizados pela adopção de medidas que harmonizam pela proibição extensos campos da actividade económica em questão. Mas não é isto o que faz a directiva. O artigo 5.º determina, de forma perfeitamente clara e indiscutível, que a directiva não se destina a ter efeitos liberalizadores deste tipo, nem sequer a autorizar uma publicidade deste tipo sujeita a condições, na medida em que este artigo deixa expressamente aos Estados-Membros a possibilidade de impor condições mais estritas nos sectores objecto de excepção, por motivos de protecção da saúde. Embora as medidas nacionais deste tipo também estejam sujeitas à conformidade ao Tratado, a directiva não impede, de modo algum, que essas medidas continuem a aplicar-se aos aspectos da publicidade do tabaco que escaparem à sua proibição harmonizada e quase geral.

112. Ao chegarmos a esta conclusão, não esquecemos que, mesmo que as regras harmonizadas tivessem sido adoptadas de

acordo com as formas de publicidade não proibidas pela directiva, os Estados-Membros teriam tido a possibilidade de invocar o artigo 100.º-A, n.º 4, do Tratado CE para continuarem a aplicar as suas medidas nacionais mais restritivas com vista à protecção da saúde. Contudo, o primeiro ponto a recordar é que um procedimento destes não é aplicável a aspectos da medida que respeitem aos entraves à livre prestação de serviços, porque, num caso destes, será o artigo 57.º, n.º 2, e não o artigo 100.º-A do Tratado CE que constitui a base jurídica adequada. E, de resto, a situação hipotética a que acabámos de nos referir mais acima seria completamente diferente da situação que resulta da ausência de harmonização nos domínios visados no artigo 3.º, n.º 5, da directiva. Em primeiro lugar, o recurso ao artigo 100.º-A, n.º 4, está sujeito a um procedimento especial de confirmação, controlado pela Comissão, cujas decisões podem ser objecto de fiscalização jurisdicional mediante recurso dos outros Estados-Membros¹³⁴. Os Estados-Membros não podem agir unilateralmente sem a aprovação da Comissão¹³⁵. Uma recusa de confirmação pela Comissão obriga o Estado-Membro a pedir a anulação da decisão da Comissão antes de poder agir¹³⁶. E, na ausência dessa confirmação, se o Estado-Membro não transpuser uma directiva de harmonização dentro dos prazos, esta directiva pode produzir efeitos directos perante as suas jurisdições nacionais¹³⁷. Nestas circunstâncias, não se pode pretender, sem voltar a pôr em causa o efeito útil da acção comunitária fundada no artigo 100.º-A do Tratado CE, em numerosos domínios, que qualquer forma de

liberalização harmonizada, quer total quer condicional, dos sectores visados no artigo 3.º, n.º 5, da directiva teria inevitavelmente conduzido a uma situação de efeito semelhante ao criado pela directiva.

113. Do anteriormente exposto, parece-nos resultar que não pode considerar-se que a directiva sobre a publicidade elimine entraves e, por consequência, facilite a circulação dos serviços cujo conteúdo seja exclusivamente consagrado à publicidade ou patrocínio dos produtos do tabaco, aí se incluindo tanto os serviços que tomem a forma material de produtos tais como brochuras impressas, os prospectos ou os cartazes, e os elementos de serviço representados pela distribuição gratuita de produtos do tabaco. O *único* efeito da directiva, no seio do seu largo campo de aplicação, é proibir o comércio dos serviços em questão. Não existe qualquer benefício compensatório desta proibição para as empresas que operem na produção ou prestação destes serviços. Os entraves existentes que resultem das regras nacionais díspares continuam a subsistir em domínios não regidos pela directiva. Mesmo sem estar expressamente formulada uma finalidade destas, resulta contudo claro, tanto do conteúdo da directiva como do seu objectivo complementar de tomada em conta da protecção da saúde das pessoas¹³⁸, que ela se destina a reduzir o comércio das prestações de serviços em questão, ou que, no mínimo, é inevitável um resultado desses. Do ponto de vista jurídico, uma medida cujo único efeito seja proibir uma actividade económica não pode, do nosso ponto de vista, ser considerada como eliminadora dos entraves às trocas comerciais *neste mesmo sector profissional*. Concluimos daí que o legislador comunitário cometeu

134 — Acórdão de 17 de Maio de 1994, França/Comissão (C-41/93, Colect., p. I-1829).

135 — Acórdão de 1 de Junho de 1999, Kortas (C-319/97, Colect., p. I-3143, n.ºs 28 e 36).

136 — *Ibidem*, n.º 27. V., por exemplo, os casos Alemanha//Comissão (C-512/99) e Dinamarca//Comissão (C-3/00), ambos pendentes.

137 — Acórdão Kortas, já referido, n.º 22.

138 — V. quarto considerando da directiva.

um erro manifesto de apreciação, ou manifestamente excedeu os limites do seu poder discricionário, relativamente às prováveis vantagens da directiva para as empresas que operem no respectivo sector, assim como para o estabelecimento e funcionamento do mercado interno.

114. Esta análise seria diferente se a directiva sobre a publicidade só abrangesse as trocas comerciais dos serviços e produtos que, embora servindo de suportes para a publicidade e o patrocínio, têm igualmente funções e valor económico distintos. O fornecimento de programas de radiodifusão transfronteiras constitui um serviço deste tipo, sendo o motivo da proibição, na rádio, da publicidade ou do patrocínio de programas relacionados com tabaco, exactamente o mesmo que o da sua anterior proibição, na televisão; um outro exemplo deste tipo de serviços é constituído pelo patrocínio fornecido pelas próprias equipas ou organismos desportivos, em desportos itinerantes, tais como as corridas de fórmula 1. Constituem duas outras ilustrações dos produtos em questão, já mencionados, os jornais e as revistas, por um lado, e as réplicas de vestuário desportivo, por outro. Em todos estes casos, embora a rentabilidade da actividade possa encontrar-se afectada pela proibição da publicidade e do patrocínio dos produtos do tabaco, não é de todo evidente que o legislador comunitário tenha agido com erro ou excedido o seu poder discricionário ao concluir que a sua livre circulação ou o seu fornecimento transfronteiras viria a ser facilitado por regras uniformes que regessem o conteúdo da publicidade ou do patrocínio, eliminando os entraves reais

ou potenciais produzidos pela existência de regimes nacionais díspares¹³⁹.

115. A análise precedente aplica-se, *mutatis mutandis*, igualmente à proibição do artigo 3.º, n.º 3, alínea b), da directiva, relativamente à publicidade e ao patrocínio dos produtos diferentes dos produtos do tabaco, mas com nomes, marcas, símbolos ou outros elementos distintivos, utilizados para um produto do tabaco (produtos de diversificação). A situação é mais complexa relativamente à publicidade dos produtos e serviços que já tenham sido colocados no comércio, de boa fé, anteriormente a 30 de Julho de 1998, sob uma marca igualmente utilizada para os produtos do tabaco¹⁴⁰. Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da directiva, os Estados-Membros podem autorizar a utilização desta marca para a publicidade destes produtos ou serviços. Daqui resulta que as regras que regem a prestação dos serviços de publicidade neste domínio não foram totalmente harmonizadas. São impostas determinadas condições para que esta publicidade seja admitida — é preciso que o nome seja utilizado sob um aspecto claramente distinto do utilizado para o produto do tabaco, à excepção de qualquer outro sinal distintivo já utilizado para um produto do tabaco —, mas isto visa apenas proibir os tipos de promoção não conformes, sem se preocupar, de modo algum, com a disparidade das regras nacionais que regem as formas de publicidade dos produtos e serviços em questão que escapam àquela proibição. Assim, esta disposição contém uma curiosa combinação das preferências quer para a proibição quer para a

139 — V., por exemplo, o artigo 5.º da primeira proposta de directiva que precedeu a adopção da directiva sobre a publicidade, que entendia proibir os Estados-Membros de se oporem ao comércio das publicações conformes.

140 — O artigo 3.º, n.º 2, da directiva nada diz sobre o patrocínio.

ausência de harmonização que caracterizam a estrutura da regulamentação no seu conjunto. Além disso, como os Estados-Membros permanecem livres de autorizar ou proibir a publicidade conforme à condição, já referida, de diferenciação da marca, esta disposição não contribui sequer para eliminar os entraves à livre prestação de serviços transfronteiras e às intracomunitárias de produtos que não tenham exclusivamente a função de suportes de publicidade para o tabaco, tais como a rádio e os jornais. Acresce que o facto de o artigo 3.º, n.º 2, ter criado uma excepção opcional à proibição decretada pelo direito comunitário implica provavelmente que as disparidades que daí resultarão entre as regulamentações nacionais escaparão a um exame nos termos dos artigos 30.º a 59.º do Tratado CE. Concluimos daí que esta disposição não contribui em nada para eliminar os entraves às trocas dos produtos e serviços associados à publicidade do tabaco e que, em consequência, os artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE não constituem bases jurídicas adequadas para a sua adopção.

116. O caso do artigo 3.º, n.º 3, alínea a), da directiva sobre a publicidade requer igualmente especial atenção. Esta disposição exige que os Estados-Membros garantam que nenhum produto do tabaco utilize o nome, a marca, o símbolo ou outro distintivo de qualquer produto ou serviço, a não ser que esse produto do tabaco já esteja comercializado sob esse nome, marca, símbolo ou outro distintivo, antes de 30 de Julho de 2001, data em que expira o prazo de transposição da directiva. A finalidade

desta disposição não ressalta directamente dos considerando do preâmbulo da directiva, uma vez que não existe qualquer menção específica a nenhuma iniciativa destas. As marcas dos produtos do tabaco, como tais, até nem são abrangidas pela definição ampla de publicidade fornecida no artigo 2.º, n.º 2, da directiva. Quando muito, pode-se sugerir que o artigo 3.º, n.º 3, alínea a), visa evitar que os produtos do tabaco não beneficiem indirectamente da publicidade livre para os outros produtos diferentes do tabaco, cuja marca partilhem em virtude de uma forma de diversificação invertida¹⁴¹. Isto poderia ter significado para o mercado interno dos serviços de publicidade e dos meios da publicidade em geral, caso a directiva se destinasse a contrariar a disparidade das regras nacionais que autorizam a publicidade dos produtos diferentes do tabaco mas que utilizem marcas comuns. Contudo, nenhum objectivo destes é mencionado pelo legislador comunitário e nem se deixa sequer vislumbrar. A disposição não parece apresentar qualquer relação directa com o estabelecimento do mercado interno dos serviços e dos produtos relacionados com a publicidade e o patrocínio dos produtos do tabaco, pois, como vimos, estas actividades económicas são proibidas, com muito poucas excepções, independentemente da marca dos produtos do tabaco em questão. Em consequência, concluimos que, considerando os objectivos do mercado interno invocados pelo legislador comunitário, este não tinha competência para adoptar uma disposição como o artigo 3.º, n.º 3, alínea a), da directiva com base nos artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE.

141 — Também constitui uma regra de harmonização para um produtos relativamente à apresentação, susceptível de interessar à livre circulação dos produtos do tabaco na Comunidade, embora, como já vimos, tal livre circulação não constasse dos objectivos da directiva. Tendo em conta a existência do objectivo paralelo de protecção da saúde pública da directiva, tal como este objectivo é enunciado, em particular, no quarto considerando, é difícil aceitar que vise facilitar o comércio dos produtos do tabaco.

Distorções de concorrência

117. Vamos agora tratar a questão de saber se podemos considerar que a directiva é susceptível de suprimir distorções de concorrência, resultantes de aplicação de regras nacionais díspares relativas à promoção do tabaco por via diferente de suportes publicitários que não sejam exclusivos. Não voltaremos mais a referir-nos à posição dos suportes publicitários e titulares de patrocínio não exclusivos, tais como as emissões de rádio, os jornais, os acontecimentos desportivos «móveis», os eventos artísticos, as equipas, as orquestras, etc., uma vez que já concluímos que o legislador comunitário tem competência, nos termos dos artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE, para proibir a publicidade e o patrocínio do tabaco, em casos destes, pelos motivos que vimos. Vamos confinar as nossas observações à análise do efeito da proibição generalizada da publicidade e do patrocínio dos produtos do tabaco, estabelecida pelo artigo 3.º, n.º 1, da directiva. Os efeitos do artigo 3.º, n.ºs 2 e 3, podem ser apreciados, por extrapolação, a partir da análise efectuada relativamente à supressão dos entraves às trocas comerciais.

118. Recordemos novamente que a competência atribuída à Comunidade nos termos do artigo 100.º-A do Tratado CE para

harmonizar as regras nacionais com vista a garantir uma concorrência não falseada está confinada a medidas que, de forma não puramente acessória, respeitem às condições de um sector específico¹⁴², e que o sector económico visado pela directiva sobre a publicidade é o da publicidade e patrocínio dos produtos do tabaco assim como do comércio relacionado com os produtos de suporte¹⁴³. Portanto, não é necessário analisar se ou como a concorrência tem sido falseada no sector em questão nem se algumas dessas distorções eram substanciais ou superiores a um limiar aplicável. Em nossa opinião, não pode simplesmente considerar-se que a directiva contribua para homogeneizar as condições de concorrência no sector visado, pela simples razão, já sublinhada acima, de que faz desaparecer, em grande medida, o sector em questão e que, se ela não o fizer, não procede a uma harmonização das condições.

119. Nós rejeitaríamos a alegação de que, mesmo que os Estados-Membros pudessem adoptar regras díspares relativamente às formas de publicidade exceptuadas da proibição, nos termos do artigo 3.º, n.º 5, da directiva, a concorrência nestes domínios seria, contudo, amplamente homogeneizada pelo facto de todos os operadores publicitários estarem excluídos das áreas proibidas. Este argumento funda-se nos efeitos potenciais sobre a concorrência que teria, nas formas de publicidade exceptuadas da proibição, a recusa de economias

142 — V. a análise do acórdão dióxido de titânio, já referido na nota 51, acima, e do acórdão resíduos I, já referido na nota 85, acima, no n.º 91, acima.

143 — V. n.ºs 99 a 102, acima.

de escala a todos os operadores do mercado, resultante da exclusão de todos de larga parte do mercado, efeitos que são, no melhor dos casos, indirectos e remotos. Isso importa pouco para os actuais fornecedores de espaços publicitários — publicações comerciais, retalhistas e publicações dos países terceiros — porque estes, de qualquer modo, não têm uma ligação necessária com os suportes proibidos. No que concerne aos fornecedores de serviços de publicidade geral à indústria do tabaco, tais como as agências de publicidade, a homogeneização das condições de concorrência nos demais sectores desta actividade, simplesmente pela via indirecta da supressão pura e simples de largos campos de uma actividade *conexa*, constitui uma vantagem concorrencial muito remota. O seu efeito, em nossa opinião, não pode ser comparado ao de uma regulamentação harmonizada (incluindo, se necessário, pela proibição) das entradas e saídas de um sector específico destinado a beneficiar de condições de concorrência uniformes, como no acórdão dióxido de titânio. Em nosso entender, há lugar à aplicação do princípio do acórdão resíduos I¹⁴⁴, em que se decidiu que a legislação em causa afectava o funcionamento do mercado interno, o seu efeito não era suficiente para tornar o artigo 100.º-A do Tratado CE aplicável, visto tratar-se de um efeito puramente acessório. Referimos já que se trata de um processo em que os efeitos do acto sobre as condições de concorrência nos sectores em questão eram demasiado remotos para que a directiva pudesse ser validamente adoptada com base do artigo 100.º-A, mesmo não existindo outras bases jurídicas possíveis. Nos presentes casos, compartilhamos desta opinião na medida em que, como é óbvio, o artigo 129.º do Tratado CE não oferece qualquer solução alternativa.

120. Do anteriormente exposto resulta ter o legislador comunitário cometido um erro manifesto de apreciação ou ter excedido os seus poderes discricionários ao pretender qualificar a directiva sobre a publicidade como medida destinada a garantir condições de concorrência não falseadas no sector da publicidade e do patrocínio dos produtos do tabaco.

Consequências: nulidade e separabilidade

121. Fomos levados a concluir que o legislador comunitário não era competente para adoptar a directiva com base em qualquer dos fundamentos invocados — supressão dos entraves ao comércio dos produtos e dos serviços ou homogeneização das condições de concorrência — no caso da publicidade efectuada em suportes que, de qualquer modo, continham exclusivamente publicidade ao tabaco. Se o Tribunal de Justiça concluir que a directiva sobre a publicidade não foi validamente adoptada com a base jurídica de que se prevalece, resulta do artigo 174.º do Tratado CE (actual artigo 231.º CE) que deve «declarar nulo o acto impugnado».

122. Em contrapartida, em nossa opinião, relativamente aos fundamentos de livre circulação invocados na directiva, o legislador comunitário tinha competência para proibir a publicidade e o patrocínio através de suportes que também tivessem outro conteúdo independente e em que existisse um elemento de serviço ou troca comercial distintos, como são os jornais ou as emissões de rádio. Quais são as consequências desta conclusão, se for aceite, para o

144 — Já referido na nota 85, acima, n.ºs 18 e 19.

acórdão do Tribunal de Justiça nos presentes autos? Sem dúvida que pode, como o fez muitas vezes, anular apenas uma parte do acto. O Tribunal de Justiça não elaborou um princípio geral sobre a questão da invalidade parcial de uma medida, no sentido de como separar as partes válidas de um acto legislativo das partes não válidas. Todavia, quer-nos parecer que o Tribunal de Justiça opta pela anulação parcial quando estiverem preenchidas duas condições: por um lado, quando uma disposição puder subsistir por si própria e, assim, separável do texto restante sem o modificar; por outro lado, quando a anulação dessa disposição não afectar a coerência global da regulamentação de que a disposição for parte.

123. O acórdão tempo de trabalho¹⁴⁵ constitui uma boa ilustração disto. O Tribunal de Justiça anulou o artigo 5.º, segunda frase, da Directiva 93/104/CE do Conselho, de 23 de Novembro de 1993, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho¹⁴⁶, relativamente à escolha do domingo como, em princípio, dia de descanso semanal. Esta disposição foi anulada, precisamente, porque o Conselho não tinha explicitado como o repouso nesse dia estaria mais estreitamente ligado que em qualquer outro dia da semana à saúde e à segurança dos trabalhadores — o objectivo da directiva impugnada. O Tribunal de Justiça declarou expressamente que este período podia ser separado das demais disposições; de resto, é claro que o Tribunal de Justiça não partiu do princípio de que a sua eliminação viesse perturbar a regulamentação, uma vez que

esta disposição não tinha qualquer relação com o seu objectivo.

124. O Tribunal de Justiça também tratou a questão da anulação parcial, fora de contexto legislativo. Assim, no acórdão Consten e Grundig/Comissão, o Tribunal de Justiça decidiu que, nas circunstâncias do caso, a Comissão não tinha fundamentado suficientemente, na decisão impugnada, porque proibira um acordo global entre as empresas consideradas, por contrariar mais a concorrência leal do que certas partes separáveis do resto do acordo, mas salientou igualmente que uma tal proibição se poderia aplicar «ao acordo no seu todo, se esses elementos não fossem separáveis do próprio acordo»¹⁴⁷. No acórdão Transocean Marine Paint/Comissão, o Tribunal de Justiça apenas anulou a única disposição de uma decisão mais vasta da Comissão que fora contestada pela associação comercial afectada, apesar da sua importância, porque ela era susceptível de ser separada das outras disposições e porque a decisão, considerada no seu conjunto, era favorável aos interesses das empresas em questão¹⁴⁸. Em nosso entendimento, isto significa que, depois de ter optado por uma anulação puramente parcial, o Tribunal de Justiça preocupou-se com a coerência das restantes disposições que subsistiam.

125. Em nossa opinião, também é fornecida orientação útil para a questão da coerência das regulamentações na solução adoptada nos sistemas jurisdicionais em que os tribunais têm o poder de declarar

145 — Já referido na nota 80, acima, n.º 37.

146 — JO L 307, p. 18.

147 — Acórdão de 13 Julho de 1966 (56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, p. 423).

148 — Acórdão de 23 Outubro de 1974 (177/74, Recueil, p. 1063, n.º 21, Colect., p. 463).

nulas as leis tendo em consideração as disposições de uma Constituição escrita.

126. Assim, o Supremo Tribunal da Irlanda decidiu que:

«Existe a presunção de que uma lei ou um regulamento podem em parte ser conformes a Constituição. Todavia, essa presunção pode ser contrariada... se a parte conforme está de tal modo ligada à parte em desconformidade que não pode subsistir por si ou já não corresponde à intenção do legislador, pelo que não poderá ser separada e considerada constitucionalmente legal. Trata-se, no essencial, de respeitar a vontade do legislador à luz das normas constitucionais aplicáveis... Se os juízes, após terem declarado a inconstitucionalidade de parte de um regulamento, procurassem conservar a validade da parte restante ainda que à custa da incoerência da política legislativa, usurpariam a competência exclusiva do legislador e excederiam os limites do poder judicial...»¹⁴⁹.

No Supremo Tribunal dos Estados Unidos, no caso *Lynch/US*, o juiz Brandeis declarou que:

«É verdade que uma regulamentação ilegal em parte não é necessariamente nula na sua

integralidade. Pode permitir-se a subsistência de uma disposição do poder legislativo, se for separável da parte ilegal. Mas nenhuma disposição, embora inatacável em si mesma, pode subsistir a não ser que se verifique que, subsistindo isoladamente, preenche a dupla condição de poder produzir efeitos jurídicos e de o legislador ter pretendido que a disposição legal subsistisse no caso de outras disposições consideradas ilegais deverem ser anuladas»¹⁵⁰.

Propomos que se adopte solução semelhante em direito comunitário.

127. Ora, nenhuma das condições referidas está preenchida. Em primeiro lugar, a potencial legitimidade da proibição da publicidade efectuada por certa imprensa não coincide com qualquer texto distinto e separável na directiva sobre a publicidade. O artigo 2.º, n.ºs 1 e 2, da directiva define a publicidade e o patrocínio em termos gerais, e o artigo 3.º, n.º 1, estabelece uma proibição geral e abrangente relativamente a toda esta publicidade e patrocínio. Não são mencionados quaisquer suportes de publicidade ou patrocínio diferentes dos que são objecto do tratamento particular previsto no artigo 3.º, n.º 5. Assim, toda a decisão de anulação, *pro tanto*, conduziria o Tribunal de Justiça a uma nova versão criativa da medida por via de interpretação. Portanto, não se divisa qualquer disposição claramente separável, que seja susceptível

149 — *Maher/Attorney General IR 1973 140*.

150 — 292 US 571 (1934). Parece que os tribunais dos Estados Unidos não aplicam a primeira condição acima enunciada, isto é, que podem anular uma lei ou uma disposição legal de aplicação geral relativamente a certas aplicações e não a outras. O seu empenho em respeitar a vontade do legislador é tão mais nítido quanto mais restrita for a posição adoptada em matéria de separabilidade das disposições legislativas.

de evitar uma decisão de anulação, pura e simples.

128. Em seguida, as partes da directiva que seriam preservadas apenas representariam uma parte do objecto da proibição que foi manifestamente concebida em termos gerais pelo legislador comunitário. O Tribunal de Justiça abateria a árvore, embora permitisse que certos ramos sobrevivessem, apesar do facto de que o oitavo considerando do preâmbulo da directiva sublinha a interdependência existente entre todos os meios de publicidade e o risco de distorção da concorrência entre eles. Qualquer que seja o bem fundado desta última apreciação, resulta evidente, tanto deste considerando como do artigo 2.º, n.º 2, e do artigo 3.º, n.º 1, que o legislador comunitário pretendia (sob reserva de certas excepções específicas no artigo 3.º, n.ºs 2 e 5) uma medida de aplicação geral e indiferenciada e não uma medida limitada a certos meios particulares de publicidade ou de patrocínio. Qualquer tentativa do Tribunal de Justiça no sentido de reescrever a directiva viria igualmente a entrar em conflito com o princípio da segurança jurídica: seria extremamente difícil dar uma descrição adequada — visto não existir na directiva — das partes da proibição da directiva susceptíveis de subsistir (supondo que não afectadas por outros fundamentos de anulação invocados).

129. É por isso que propomos que o Tribunal de Justiça anule a directiva sobre a publicidade no seu todo.

130. O nosso exame dos fundamentos de anulação invocados pelos recorrentes será necessariamente mais breve do que o exame da parte principal. Não podemos fazer suposições relativamente à decisão do Tribunal de Justiça, caso rejeite a nossa principal conclusão. Isto vale, em particular, para o princípio da proporcionalidade, na medida em que seriam de considerar várias hipóteses diferentes.

ii) O princípio da subsidiariedade

131. Apesar de existir uma ligação entre a base jurídica e o princípio da subsidiariedade, a questão colocada é diferente. Não se trata de saber se a Comunidade era competente para adoptar o acto impugnado, mas antes de saber se ela deveria ter exercido esta competência ¹⁵¹.

132. O princípio da subsidiariedade surgiu pela primeira vez no Tratado no quadro limitado das novas competências comunitárias atribuídas em matéria de ambiente e acrescentadas pelo Acto Único Europeu ¹⁵². Este princípio foi inserido de forma mais

151 — Para uma análise semelhante, mas não idêntica, ver as conclusões do advogado-geral P. Léger no caso tempo de trabalho, já referido na nota 80, acima, n.ºs 126 e 127.

152 — O artigo 130.º-R, n.º 4, do Tratado CEE previa que «a Comunidade agisse... na medida em que os objectivos referidos... possam ser melhor realizados a nível comunitário do que a nível dos Estados-Membros considerados isoladamente». Esta disposição foi suprimida pelo Tratado sobre a União Europeia após a sua entrada em vigor em 1 de Novembro de 1993.

geral no artigo 3.º-B do Tratado CE pelo Tratado sobre a União Europeia. O segundo parágrafo do artigo 3.º-B está assim redigido:

«Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade inter-vém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.»

133. Este princípio respeita exclusivamente à escolha entre a acção da Comunidade e a acção dos Estados-Membros. Por esta razão, se outras não existirem¹⁵³, é no máximo um reflexo parcial do desejo, expresso no preâmbulo e no artigo A do Tratado sobre a União Europeia, de que «as decisões [sejam] tomadas... o mais próximo possível dos cidadãos». Em caso de acção dos Estados-Membros, o grau de proximidade do cidadão dependerá da Constituição e das estruturas internas próprias do Estado-Membro em questão. Pela mesma razão, não parece útil discutir o conteúdo ou a aplicação do princípio mais vasto, segundo o qual é incorrecto «atribuir a uma associação mais vasta e de nível mais elevado aquilo que podem fazer as organi-

153 — O artigo L do Tratado sobre a União Europeia (que passou, após alteração, a artigo 46.º UE) não inclui o artigo A nem o artigo B (que passaram, após alteração, a artigos 1.º UE e 2.º UE), que exigem, eles próprios, que a União respeite o princípio da subsidiariedade, entre as disposições sobre as quais o Tribunal pode exercer os seus poderes jurisdicionais.

zações menores e de grau inferior»¹⁵⁴. Por esta e por uma outra razão, será muito restrita a nossa análise dos casos relativamente ao princípio da subsidiariedade.

134. Os presentes casos respeitam ao sentido jurídico e à aplicabilidade do princípio, tal como se encontra formulado no Tratado. Este princípio é definido e circunscrito pelas primeiras palavras do artigo 3.º-B, segundo parágrafo:

«Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas...»

135. A aplicação do princípio nos casos presentes coloca a questão de saber se uma acção de harmonização nos termos dos artigos 57, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE releva da competência exclusiva da Comunidade. Se for o caso, o princípio da subsidiariedade não se aplicará. Por outro lado, os recorrentes, nos dois casos, parecem partir do princípio de que a base jurídica sobre a qual a directiva foi adoptada não releva da competência exclusiva da Comunidade. Se, como pensamos, este postulado for falso não será necessário apreciar se o princípio foi respeitado.

154 — Encíclica papal, *Quadragesimo Anno* (1931), n.º 79.

136. Primeiro, vamos analisar a natureza da harmonização das normas nacionais. Estamos de acordo com o argumento, apresentado com certa força pelo Parlamento Europeu na audiência, que os Estados-Membros não podiam, simplesmente, harmonizar, com reciprocidade, todas as suas regulamentações, legislações e regulamentações nos domínios que relevassem do campo de aplicação do Tratado. A acção individual fica logicamente excluída, e a acção colectiva dos quinze Estados-Membros (por exemplo, pela via de um Tratado concluído em direito internacional público) fica, em nossa opinião, excluída, do ponto de vista jurídico, tomando em consideração, em especial, o disposto no artigo 5.º do Tratado (actual artigo 10.º CE)¹⁵⁵. Assim, no acórdão tempo de trabalho, o Tribunal de Justiça decidiu, com uma fórmula que voltaremos a apreciar adiante, no sentido de que, desde que uma acção de harmonização seja necessária nos termos do artigo 118.º-A do Tratado CE (os artigos 117.º a 120.º do Tratado foram substituídos pelos artigos 136.º CE a 143.º CE), ela «implica necessariamente uma acção de envergadura comunitária»¹⁵⁶.

137. Isso não significa que o princípio da subsidiariedade não se aplica no caso de

exercício das competências de harmonização atribuídas à Comunidade *ratione materiae*, com o objectivo de alcançar um dado resultado no sector em questão, tal como a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente¹⁵⁷. Apesar de a Comunidade, nestes domínios, ter competência exclusiva para adoptar medidas de harmonização, esta competência não é atribuída com o objectivo distinto de realizar a uniformidade¹⁵⁸. A adopção de regras comunitárias uniformes está, antes, prevista para alcançar certos objectivos materiais que são igualmente prosseguidos, no exercício das suas próprias competências, pelos Estados-Membros. Neste sentido, a competência *material* da Comunidade e dos Estados-Membros é concorrente. Existe uma escolha entre a acção dos Estados-Membros e a acção da Comunidade para prosseguir os mesmos fins. O princípio da subsidiariedade é aplicável, mas será respeitado, parece-nos, pela demonstração da necessidade de adoptar medidas harmonizadas comuns, instrumento que apenas pode ser utilizado ao nível comunitário.

138. Assim, no acórdão tempo de trabalho, o Tribunal de Justiça decidiu que o segundo aspecto do controlo de conformidade com o princípio da subsidiariedade, estabelecido no artigo 3.º-B do Tratado, no sentido de que o objectivo em questão seria melhor atingido ao nível comunitário do que ao

155 — Não abordaremos aqui a legalidade das acções de coordenação empreendidas nestes domínios por um menor número de Estados-Membros, porque isso não constitui uma alternativa à harmonização a nível comunitário para toda a Comunidade. Para um caso especial, ver o artigo 233.º do Tratado CE (actual artigo 306.º CE). Pelas mesmas razões, não examinaremos a questão dos compromissos externos dos Estados-Membros com países terceiros, que, no caso de a Comunidade ainda não ter internamente empreendido qualquer acção, podem ter que ser apreciados em relação com a competência mais limitada da Comunidade em matéria externa.

156 — Já referido na nota 80, acima, n.º 47. V. igualmente as conclusões do advogado-geral P. Léger, no n.º 129, no mesmo caso, no sentido de que a harmonização «implica necessariamente uma acção de envergadura supranacional».

157 — Artigo 130.º-R, n.º 1, primeiro travessão, do Tratado.

158 — Não comentamos, aqui, as competências materiais que incluem a adopção de uma política comum. A análise que se segue sobre o carácter exclusivo das competências da Comunidade em matéria de mercado interno pode apresentar mais interesse para estas.

nível nacional, era satisfeito pela necessidade da acção da Comunidade¹⁵⁹. O Tribunal de Justiça com efeito declarou que:

«a este respeito, importa sublinhar que o artigo 118.º-A encarrega o Conselho de adoptar prescrições mínimas para contribuir, através da harmonização, para a realização do objectivo de melhoria do nível de protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores que, nos termos do n.º 1 da mesma disposição, incumbem em primeiro lugar aos Estados-Membros. Tendo o Conselho verificado a necessidade de melhorar o nível existente da protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores e de harmonizar, no progresso, as condições existentes neste domínio, a realização desse objectivo através de prescrições mínimas implica necessariamente uma acção de envergadura comunitária que, de resto, como no caso em apreço, deixa em grande medida aos Estados-Membros a incumbência de adoptar as modalidades de aplicação necessárias»¹⁶⁰.

139. O acórdão tempo de trabalho tinha por objecto um conflito na área da compe-

tência partilhada e não tinha, portanto, de interpretar a expressão «competência exclusiva». A situação é diferente e, em nossa opinião, mais clara por se tratar do exercício da competência da Comunidade para adoptar medidas de harmonização na prossecução de objectivos do mercado interno. Já explicámos que os artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado criam uma competência comunitária geral de natureza horizontal e funcional¹⁶¹. Quando as regulamentações nacionais divergentes criam obstáculos às trocas das mercadorias ou à livre prestação de serviços, e distorções da concorrência, a Comunidade tem interesse em harmonizar as condições económicas, interesse que é completamente distinto do seu interesse em dar um conteúdo de fundo às normas uniformes adoptadas. A coordenação ou a aproximação de regulamentações nacionais que afectam uma actividade económica constitui a própria essência destas competências, *na condição de servir os objectivos do mercado interno e não ser um simples instrumento para atingir qualquer outro objectivo separado e materialmente definido*. É claro que só a Comunidade pode adoptar medidas que satisfaçam estes requisitos. Os Estados-Membros podem tentar atenuar alguns dos efeitos das regulamentações nacionais díspares através da adopção de disposições de reconhecimento mútuo, por exemplo, mas eles próprios não podem alcançar uniformidade propriamente dita no sector em questão. O facto de os Estados-Membros serem competentes num domínio material susceptível de ser afectado por medidas ligadas ao mercado interno, tais como as de protecção da saúde, não implica que as competências da Comunidade em matéria de mercado interno sejam concorrentes. Tal como os objectivos pros-

159 — Já referido na nota 80, acima, n.º 55. V. igualmente as conclusões do advogado-geral P. Léger no mesmo caso, n.º 131. O recorrente nesse caso tinha criado uma certa confusão ao não invocar o princípio da subsidiariedade como fundamento de nulidade, invocando-o, no entanto, por várias vezes, na sua argumentação (v. as conclusões do advogado-geral P. Léger, n.º 124, assim como o n.º 46 do acórdão); mas o Tribunal de Justiça parece ter tratado a questão como tendo sido levantada.

160 — Já referido, n.º 47.

161 — V. n.ºs 62 a 66, acima.

seguidos são de natureza diferente¹⁶², da mesma maneira, as competências também são de base diferente¹⁶³.

140. O advogado-geral P. Léger adoptou uma solução semelhante no acórdão garantias dos depósitos. Ele observou que o artigo 57.º do Tratado CE — base jurídica da directiva em recurso — não faz referência à competência dos Estados-Membros e que esta disposição «confia apenas à Comunidade o cuidado de proceder à coordenação das normas nacionais nesse domínio, o que demonstra, *desde a origem*, que os autores do Tratado consideraram que a coordenação em matéria de acesso às actividades não assalariadas e do seu exercício era melhor alcançada através de uma acção comunitária do que através de uma acção ao nível nacional»¹⁶⁴. O acórdão garantias dos depósitos poderia, por esta razão, apresentar mais interesse para os presentes autos, do que o acórdão tempo de trabalho, que respeitava a uma competência material partilhada.

141. A República Federal da Alemanha sustentou que o Tribunal de Justiça, na medida em que não se pronunciou sobre o

problema da competência exclusiva, não acompanhou o seu advogado-geral neste ponto. Contudo, esta opinião assenta sobre uma compreensão errada do acórdão. O Tribunal de Justiça teve o cuidado de declarar que o argumento da República Federal da Alemanha, neste caso, não pretendia que a directiva impugnada tinha violado o princípio da subsidiariedade tendo «censura[do] apenas o legislador comunitário por não ter exposto os fundamentos que demonstram que a sua acção estava em conformidade com esse princípio»¹⁶⁵. Por outras palavras, o argumento não respeitava à observância deste princípio, mas sim à obrigação de motivação. É neste contexto que o acórdão tem que ser interpretado. Acresce que o Tribunal de Justiça iniciou a sua conclusão de que a obrigação de motivação tinha sido respeitada pelos termos «de qualquer modo»¹⁶⁶. Assim, o Tribunal de Justiça decidiu somente que a motivação era suficiente, independentemente do facto de o princípio da subsidiariedade *ser ou não* aplicável, mas não disse, como era pretendido aqui, que este princípio *era* efectivamente aplicável. Para o Tribunal de Justiça era perfeitamente legítimo abster-se de tomar posição sobre uma questão de importância constitucional fundamental que era levantada, no melhor dos casos, de maneira indirecta pelas partes. Deste modo, não pode considerar-se que este acórdão forneça uma solução para os presentes recursos.

162 — V. n.º 69, acima.

163 — Assim, a competência distinta dos Estados-Membros em matéria de questões de saúde não é limitada pelo carácter exclusivo da competência comunitária em matéria de harmonização para a prossecução dos objectivos do mercado interno. Se deixarmos de lado as questões de conformidade com as disposições do Tratado tais como os artigos 30.º e 59.º, o exercício de uma competência nacional num domínio tal como a protecção da saúde apenas é excluída na medida em que ela possa afectar as medidas efectivamente adoptadas em matéria de mercado interno. V. as conclusões do advogado-geral P. Léger no caso garantias dos depósitos, já referido na nota 52, acima, n.º 85, assim como a jurisprudência abundante em matéria de preempção.

164 — Já referido na nota 52, acima, n.º 82. No n.º 86, acrescentou que a Comunidade «não age no âmbito de uma competência subsidiária, mas efectivamente nos termos de atribuições exclusivas...».

142. Em consequência, concluímos que o exercício das competências da Comunidade nos termos dos artigos 57.º, n.º 2, e 100.º-A do Tratado CE é exclusivo por natureza e que o princípio da subsidiariedade não é aplicável. Não poderá existir

165 — *Ibidem*, n.º 24.

166 — *Ibidem*, n.º 28.

qualquer teste de «eficácia comparativa» entre as potenciais acções dos Estados-Membros e a acção da Comunidade. Mas se existisse, viria a criar questões de princípio ainda mais delicadas. Como é que, em particular, se avaliam as vantagens comparativas de uma acção de harmonização comunitária para a prossecução do mercado interno e regulamentações individuais dos Estados-Membros relativas a preocupações nacionais de fundo com um carácter completamente diferente?

143. A nossa conclusão em nada é alterada, pelo protocolo sobre a aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, se este vigorasse na data de adopção da directiva. Em especial, tornou-se claro que «o princípio da subsidiariedade não põe em questão as competências atribuídas à Comunidade Europeia pelo Tratado, como foi interpretado pelo Tribunal de Justiça»¹⁶⁷. O protocolo recorda que «se aplica aos domínios nos quais a Comunidade não possui competência exclusiva».

144. De facto, pode parecer surpreendente, como sublinharam os advogados dos recorrentes, que o princípio da subsidiariedade não tenha aplicação num domínio que obriga tão intrinsecamente a Comunidade a agir nos sectores que, de outro modo, relevariam da competência dos Estados-Membros. No acórdão garantias dos depósitos, a República Federal da Alemanha sustentou que o reconhecimento, em benefício exclusivo da Comunidade, «de uma competência exclusiva em matéria de mercado interno equivaleria a confiar-lhe essa

competência em quase todos os domínios de actividade, uma vez que a medida em questão eliminaria obstáculos ao mercado interno»¹⁶⁸. O advogado-geral P. Léger rejeitou este argumento e analisou, de forma bastante precisa, os casos nos quais os Estados-Membros continuam a poder intervir. Além disso, uma vez que a necessidade de garantir o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno não estava, em si mesma, em dúvida, concluímos que o controlo jurisdicional exercido sobre as condições objectivas para adopção das medidas que têm uma tal base jurídica incidirá, numa certa medida, sobre a desnecessidade de uma acção comunitária nos domínios em que os Estados-Membros gozam igualmente de competências, o que conduziu à inserção do princípio da subsidiariedade no Tratado.

145. Apesar de termos concluído, pois, pela não aplicação do princípio da subsidiariedade, não consideramos ser necessário apreciar se este princípio foi respeitado nos casos em apreço. Em consequência, concluímos pela rejeição deste fundamento de nulidade.

iii) O princípio da proporcionalidade

iv) A violação do artigo 30.º do Tratado CE

v) O atentado contra os direitos económicos

146. Vamos tratar estes três fundamentos em conjunto porque a nossa abordagem

167 — N.º 3 do protocolo.

168 — V. n.º 79 das conclusões do advogado-geral P. Léger, já referidas na nota 52, acima.

nestes três casos gira à volta da prossecução efectiva pela Comunidade de objectivos do mercado interno.

147. O artigo 3.º-B determina que a «acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do presente Tratado». O Tribunal de Justiça enunciou as seguintes três condições do controlo da proporcionalidade no acórdão BSE:

«o princípio da proporcionalidade... exige que os actos das instituições comunitárias não ultrapassem os limites do adequado e necessário à realização dos objectivos legitimamente prosseguidos pela regulamentação em causa, entendendo-se que, quando exista uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida e os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objectivos pretendidos»¹⁶⁹.

148. Este critério pode ser utilizado tanto para determinar se a directiva sobre a publicidade corresponde ao princípio geral da proporcionalidade em direito comunitário, o que constitui a nossa primeira preocupação nesta parte, como para verificar se ela limita legalmente o exercício de

direitos fundamentais, como a liberdade de expressão¹⁷⁰. Contudo, este critério não conduzirá necessariamente a soluções idênticas nos dois contextos, por serem diferentes os elementos em ponderação.

149. Da análise precedente resulta que o legislador comunitário tem toda a legitimidade para prosseguir em simultâneo objectivos do mercado interno e objectivos de saúde pública. Assim, não se põe em causa a base jurídica da directiva sobre a publicidade se a protecção da saúde relevar na análise da proporcionalidade desta medida¹⁷¹. A possibilidade teórica de medidas referentes ao mercado interno menos restritivas, como, por exemplo, a eliminação obrigatória das limitações nacionais à promoção do tabaco, não pode, por consequência, ser utilizada para demonstrar que a directiva não constitui o meio menos rígido para alcançar os objectivos do legislador, porque equivaleria a ignorar o seu objectivo paralelo de protecção da saúde. Por outro lado, é igualmente claro que a protecção da saúde não pode funcionar independentemente como um objectivo. É por isso que, quaisquer que possam ser os benefícios para a saúde que advêm das restrições impostas à maioria das formas de publicidade, incluindo num contexto puramente nacional, isso só satisfaria à primeira condição de proporcionalidade se a directiva contribuísse para realizar os objectivos do mercado interno; caso contrário, a directiva deve ser condenada por não realizar um objectivo essencial que constitui igualmente uma primeira condição para o exercício da competência. A nossa análise sobre a base jurídica da

169 — Já referido na nota 119, n.º 96; v. igualmente o acórdão de 13 de Novembro de 1990, Fedesa e o. (C-331/88, Colect., p. I-4023, n.º 13).

170 — V., por exemplo, a análise do advogado-geral W. Van Gerven nas suas conclusões no caso *Society for the Protection of Unborn Children Ireland* (acórdão de 4 de Outubro de 1991, C-159/90, Colect., p. I-4683, n.º 35).

171 — V. n.º 97, acima.

directiva, acima, leva à ponderação de que houve erro manifesto do legislador comunitário, quer quanto à realização da livre circulação das mercadorias e da livre prestação de serviços quer quanto à manutenção de condições de concorrência não falseadas no sector da publicidade e do patrocínio dos produtos do tabaco. Pelas mesmas razões, consideramos que a directiva não constitui um meio eficaz para alcançar os objectivos prosseguidos, e que, por consequência, não preenche a primeira condição do controlo da proporcionalidade¹⁷². Se o Tribunal de Justiça decidir não seguir o nosso entendimento quanto à competência, quer por apreciar de maneira diferente as disposições gerais sobre a competência quer a sua aplicação, remetemos, mesmo assim, para a nossa análise sobre este assunto para demonstrar, em alternativa, que a directiva é desproporcionada no sentido mais amplo deste termo, na medida em que ela não preenche a primeira das três condições de proporcionalidade¹⁷³. Não há necessidade de nos demorarmos sobre as outras possíveis abordagens pelo Tribunal de Justiça da questão complexa da competência e das suas implicações na questão do controlo da proporcionalidade, porque isso poderia simplesmente levar-nos a trabalhar com base em concepções hipotéticas que, em definitivo, poderiam não representar nem a nossa opinião sobre a questão da competência nem a opinião do Tribunal de Justiça.

150. Em nossa opinião, o argumento da República Federal da Alemanha assente no

172 — Quanto a este ponto, o exame da competência e da proporcionalidade coincidem; v. o n.º 97, acima.

173 — Deste modo, não é necessário examinar a proporcionalidade em sentido estrito, isto é, colocar os interesses nos pratos da balança, como requerido pelo terceiro nível do exame da proporcionalidade, como vimos acima.

artigo 30.º do Tratado nada acrescenta ao que antecede. Por nossa parte, não estamos totalmente convencidos da utilidade da análise pelo Tribunal de Justiça da conformidade com o artigo 30.º de disposições particulares de medidas da Comunidade relacionadas com o mercado interno¹⁷⁴ quando, como vimos¹⁷⁵, as restrições impostas por tais medidas podem constituir um aspecto necessário de um programa que, ao visar facilitar as trocas comerciais, deve, em simultâneo, satisfazer determinados requisitos de interesse geral¹⁷⁶. Porém, se o Tribunal de Justiça o fizer, o seu acórdão Kieffer e Thill¹⁷⁷ indica que a análise da proporcionalidade de uma restrição aparente à livre circulação de mercadorias, à luz do mercado interno ou de outro objectivo da medida, é idêntica àquela recordada acima, tendo como resultado que a directiva deveria igualmente ser anulada com base neste fundamento.

151. Pela mesma razão, propomos que o Tribunal de Justiça anule a directiva por violação do direito de propriedade e do direito ao livre exercício de uma actividade profissional. Estes direitos, tal como todos os princípios gerais do direito comunitário,

174 — V., por exemplo, o acórdão de 9 de Agosto de 1994, Meyhui (C-51/93, Colect., p. I-3879, n.ºs 13 e 14).

175 — V. n.ºs 86 e 87, acima.

176 — O recurso ao artigo 30.º pode ser útil no caso de a actividade económica, pretensamente afectada por uma medida relativa ao mercado interno, ser diferente daquela que se considera beneficiar da medida. Porém, à luz da nossa conclusão constante quer da parte i) quer da presente parte, e tendo em conta o debate sempre actual relativo ao efeito das regras nacionais extremamente restritivas dos acordos de venda sobre o acesso ao mercado, não é necessário nem conveniente examinar aqui o efeito da directiva sobre o comércio dos produtos do tabaco. V. os acórdãos De Agostini, já referido na nota 99, acima, n.º 42; de 9 de Fevereiro de 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, Colect., p. I-179), e as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs, n.ºs 37 a 49 neste processo, assim como o acórdão de 27 de Janeiro de 2000, Graf (C-190/98, Colect., p. I-493, n.º 23), e os n.ºs 18 a 20 das nossas conclusões neste processo.

177 — Acórdão de 25 de Junho de 1997 (C-114/96, Colect., p. I-3629, n.ºs 29 a 37).

não se apresentam, contudo, como «prerrogativas absolutas, mas devem ser tomados em consideração relativamente à sua função na sociedade»¹⁷⁸. Isto permite, pois, que sejam impostas restrições que respondam a objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade e não constituam, relativamente ao objectivo prosseguido, uma interferência excessiva e intolerável, que atente contra a própria substância dos direitos assim garantidos¹⁷⁹. Em nossa opinião, a directiva não impõe restrições correspondentes a objectivos do mercado interno e necessárias para que ela fosse legalmente adoptada.

vi) *A liberdade de expressão*

152. Por dois motivos interligados, entendemos ser mais útil examinar a compatibilidade da directiva sobre a publicidade com o princípio da liberdade de expressão, supondo que constitui, quanto aos outros aspectos [e contrariamente às nossas conclusões nas partes i) e iii) a v), acima], um meio lícito e proporcionado de prossecução dos objectivos do mercado interno, relativamente aos direitos económicos e interesses individuais afectados por ela. Na realidade, a defesa da restrição pela directiva da liberdade de expressão tem-se fundado quase exclusivamente na prossecução do objectivo da protecção da saúde pública, relativamente à qual ainda não fizemos quaisquer comentários de fundo. Estamos igualmente conscientes das potenciais implicações desta questão relativamente à justificação dos efeitos restritivos sobre as

trocas comerciais de produtos e serviços de normas *nacionais* que regem a promoção do tabaco.

153. Os direitos fundamentais protegidos como princípios gerais do direito comunitário incluem a liberdade de expressão¹⁸⁰. Para a determinação do leque dos direitos protegidos pelo direito comunitário e a extensão da protecção que lhes é concedida, a CEDH reveste uma «importância especial» como fonte de inspiração¹⁸¹. O artigo 10, n.º 1, da CEDH dispõe, no que nos interessa, que:

«Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras.»

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ensina-nos que todas as formas de expressão merecem protecção nos termos do artigo 10.º, n.º 1, da CEDH. Isto inclui também o que comumente se denomina «expressão comercial»¹⁸², isto é, o fornecimento de informações, a expres-

178 — Acórdão de 28 de Abril de 1998, *Metronome Musik* (C-200/96, Colect., p. I-1953, n.º 21).

179 — *Ibidem*.

180 — V. acórdãos de 18 de Junho de 1991, ERT (C-260/89, Colect., p. I-2925, n.º 44), e de 26 de Junho de 1997, *Familiapress* (C-368/95, Colect., p. I-3689, n.º 25).

181 — Acórdão ERT, já referido, n.º 41, assim como o acórdão de 15 de Maio de 1986, *Johnston* (222/84, Colect., p. 1651, n.º 18).

182 — V., por exemplo, os acórdãos *Markt Intern c. Alemanha* de 20 Novembro de 1989, série A n.º 165, §§ 25 e 26; *Groppera c. Suíça* de 28 de Março de 1990, série A n.º 173, § 55, e *Casado Coca c. Espanha* de 23 de Fevereiro de 1994, série A n.º 285, §§ 35 e 36.

são de ideias ou a comunicação de imagens, como parte da promoção da actividade comercial e o direito concomitante a receber essas comunicações.

154. A expressão comercial deveria ser igualmente protegida em direito comunitário. A expressão comercial não contribui da mesma maneira que o fazem a expressão política, jornalística, literária ou artística, no seio de uma sociedade democrática, para a realização de objectivos de interesse social, como, por exemplo, reforçar o debate democrático e a responsabilidade ou pôr em causa as ortodoxias correntes com o objectivo de promover a tolerância ou qualquer modificação. Do nosso ponto de vista, todavia, os direitos individuais são reconhecidos como fundamentais por natureza não simplesmente devido às suas funções, instrumental e social, mas igualmente porque são necessários para a autonomia, a dignidade e o desenvolvimento pessoal dos indivíduos¹⁸³. Ora, a liberdade que têm os indivíduos de promover actividades comerciais não deriva apenas do seu direito de exercer uma actividade comercial e da sua vocação geral, no contexto da Comunidade, em beneficiar de uma economia de mercado fundada sobre a livre concorrência, mas também da sua inerente pretensão, como seres humanos, de emitirem e receberem opiniões sobre *qualquer* assunto, incluindo a qualidade dos produtos ou serviços que vendam ou comprem.

183 — Para uma referência às funções, simultaneamente, social e pessoal da liberdade de expressão, ver o acórdão Handyside c. Reino Unido de 7 de Dezembro de 1976, série A n.º 24 (a seguir «acórdão Handyside»), § 49.

155. Por outro lado, é evidente que o exercício da liberdade de expressão, tal como o exercício de outros direitos e liberdades, pode ser sujeito a restrições proporcionadas de modo a garantir que outros possam gozar desses direitos ou que se alcancem objectivos determinados, relevando do bem comum. A protecção da saúde constitui um dos fundamentos referidos no artigo 10.º, n.º 2, da CEDH como permitindo a imposição de restrições à liberdade de expressão. Este exemplo deveria ser seguido na ordem jurídica comunitária. Com efeito, o Tribunal de Justiça reconheceu primazia à protecção da saúde humana de entre as questões de interesse geral enumeradas no artigo 36.º do Tratado CE¹⁸⁴ o que, como é evidente, molda, de uma forma notável, as políticas próprias da Comunidade fundadas nos artigos 3.º, 100.º-A, n.º 3, e 129.º, n.º 1, do Tratado CE.

156. Contudo, atendendo ao carácter fundamental da liberdade de expressão, o interesse geral em limitar o seu exercício em determinadas circunstâncias ou para objectivos especificados tem que ser demonstrado pela autoridade pública que proponha ou imponha uma limitação desse tipo; em particular, tem que demonstrar a sua conformidade com o triplo critério da proporcionalidade acima exposto nos n.ºs 147 e 148. No caso da directiva sobre a publicidade, pretendeu-se que o consumo de produtos do tabaco é perigoso para a saúde dos fumadores, que a publicidade e o patrocínio têm o efeito de promover esse consumo e que uma ampla proibição dessas formas de expressão levará à redução do consumo do tabaco e, conseqüentemente, à

184 — Acórdão de 10 de Novembro de 1994, Ortscheit (C-320/93, Colect., p. I-5243, n.º 16).

melhoria da saúde pública. O dano causado à saúde pelo tabagismo não foi contestado, nos presentes casos, e a República Federal da Alemanha sublinhou a sua própria pretensão de reduzir o consumo do tabaco. Em contrapartida, tem-se discutido muito sobre a questão de saber se a proibição da maioria das formas de promoção dos produtos do tabaco virá a alcançar o seu objectivo de redução do consumo do tabaco, em vez de simplesmente afectar a concorrência entre marcas de tabaco.

157. Como já vimos, a tarefa do Tribunal de Justiça, ao apreciar a proporcionalidade das escolhas legislativas em domínios complexos, consiste normalmente em examinar «se o exercício de tal poder não está viciado por erro manifesto ou desvio de poder ou ainda se [a instituição] não ultrapassou os limites do [seu] poder de apreciação»¹⁸⁵. Sem dúvida que a avaliação dos efeitos produzidos pela publicidade sobre o nível de consumo de um produto e a avaliação dos potenciais efeitos sobre tal nível decorrentes de uma ampla proibição da publicidade é uma questão complexa. Porém, este nível de controlo jurisdicional, em nossa opinião, não é o adequado quando se tratar de examinar as restrições ao exercício de um direito individual fundamental, como a liberdade de expressão¹⁸⁶.

158. Em princípio, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem exige às partes que forneçam provas convincentes da existência de uma necessidade social imperiosa que justifica uma ingerência na liberdade de expressão¹⁸⁷. Mas este Tribunal de Justiça aparentemente adoptou uma aproximação diferente no caso da expressão comercial: serão aceitáveis restrições quando as autoridades competentes, «por motivos razoáveis, tiverem considerado necessárias as restrições em causa»¹⁸⁸. Esta diferença de tratamento, em nossa opinião, justifica-se pelo modo diferente como a expressão comercial e, por exemplo, a expressão política interagem com as questões de interesse mais geral. Como já observámos, a expressão política, em si mesma, serve determinados interesses sociais extremamente importantes¹⁸⁹; para além do seu papel de promover a actividade económica, em cujo respeito o legislador goza correctamente de poderes de apreciação consideráveis para impor restrições de interesse geral, a liberdade de expressão comercial não preenche normalmente uma função social tão ampla e com o mesmo significado.

159. Por consequência, seríamos favoráveis à adopção de uma mesma abordagem na ordem jurídica comunitária. Quando se verificasse que uma medida comunitária restringe a liberdade de expressão comercial, como faz manifestamente a directiva sobre a publicidade, o legislador comuni-

185 — Acórdão BSE, já referido na nota 119, acima, n.º 60, já citado no n.º 98, acima.

186 — A situação é diferente relativamente aos direitos económicos, tais como o direito de propriedade ou o da liberdade de exercício de uma actividade comercial ou profissional, não de menor importância por causa dos efeitos inevitáveis sobre o exercício de tais direitos, produzidos sobre a política económica geral, relativamente à qual o legislador (ou aqueles a quem tenha delegado tal poder) deverá beneficiar de um largo poder de apreciação. V. acórdão de 17 de Outubro de 1995, *Fishermen's Organisations e o.* (C-44/94, Colect., p. I-3115, n.ºs 57 a 61).

187 — V. acórdãos *Sunday Times c. Reino Unido* de 26 Abril de 1979, série A n.º 30, e *Observer & Guardian c. Reino Unido* de 26 de Novembro de 1991, série A n.º 216, § 59.

188 — Acórdãos *Markt Intern c. Alemanha*, já referido na nota 182 acima, § 37, e *Groppera c. Suíça*, já referido na nota 182, acima, § 73.

189 — V., por exemplo, o acórdão *Lingens c. Áustria* de 8 Julho de 1986, série A n.º 103, § 41, sobre a importância da liberdade da imprensa.

tário deveria igualmente ser obrigado a demonstrar no Tribunal de Justiça que tivera motivos razoáveis para adoptar a medida em questão no interesse geral. Em termos concretos, deveria fornecer a prova conclusiva de que a medida era eficaz para alcançar o objectivo de interesse geral invocado — na ocorrência, a redução do consumo do tabaco relativamente ao nível que se verificaria caso contrário — e que medidas menos restritivas não teriam tido a mesma eficácia.

160. A prova necessária para justificar uma restrição dependerá da natureza do que tiver sido reivindicado. Trata-se, em parte, da avaliação objectiva dos efeitos prováveis da directiva sobre a publicidade. O legislador não deveria beneficiar de uma larga margem de apreciação como no caso, por exemplo, da protecção da moral¹⁹⁰. Todavia, a Comunidade não pode ser impedida de agir no interesse geral só porque a justificação do seu acto depende necessariamente não de estudos científicos «sólidos», mas de provas de natureza sócio-científica, que, com base em experiências anteriores, prognostiquem as futuras respostas dos consumidores às alterações ao seu nível de exposição à actividade publicitária¹⁹¹. Além do mais, quando o legislador comunitário pode demonstrar que actuou fundado em estudos de especialistas bem reputados no sector, o facto de outros estudos aparentemente bem reputados

terem levado a uma conclusão de sentido inverso, em nossa opinião, não pode demonstrar que o legislador não tivesse um motivo razoável para agir. Nos casos presentes, a avaliação dos efeitos da publicidade a favor do tabaco feita pelo legislador é coerente com a própria declaração do Tribunal de Justiça segundo a qual «é um facto inegável que a publicidade constitui um incentivo ao consumo»¹⁹². Além disso, a maioria da publicidade não pode ser focada numa forma tão precisa que apenas se dirija aos actuais fumadores que decidam escolher entre várias marcas, com exclusão de todos os outros que pudessem ser incitados quer a começar a fumar quer a abandonar os planos para deixar de fumar.

161. As exigências em matéria de prova podem ser menos rigorosas quando a saúde pública estiver em questão. No acórdão BSE, o Tribunal de Justiça decidiu que, «quando subsistam incertezas quanto à existência ou alcance de riscos para a saúde das pessoas, as instituições podem adoptar medidas de protecção sem terem de esperar que a realidade e gravidade de tais riscos sejam plenamente demonstradas»¹⁹³. Porém, os casos presentes não respeitam a uma proibição de comercialização dos produtos do tabaco, em si mesmos, cujos efeitos prejudiciais para a saúde não foram contestados, mas antes a uma ampla proibição da promoção desses produtos. O

190 — V. acórdão Handyside, já referido na nota 183, § 48, assim como o acórdão do Tribunal de Justiça Society for the Protection of Unborn Children Ireland, já referido, n.º 20, e n.º 37 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven.

191 — A distinção entre estes tipos de prova não é, de qualquer modo, tão clara como pode parecer: as conclusões científicas são normalmente alcançadas por prognóstico, com maior ou menor grau de probabilidade, de se continuarem a verificar determinados efeitos, em circunstâncias futuras semelhantes, que foram observados no passado em certas condições.

192 — Acórdão de 10 de Julho de 1980, Comissão/França (152/78, Recueil, p. 2299, n.º 17); v. igualmente o acórdão de 25 de Julho de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior e Publivia (C-1/90 e C-176/90, Colect., p. I-4151, a seguir «acórdão Aragonesa», n.º 17), em que o Tribunal decidiu que não era «manifestamente inadecuado» impor restrições à publicidade das bebidas que contivessem álcool para além de um certo teor «para lutar contra o alcoolismo». Contudo, a questão da liberdade de expressão não tinha sido suscitada neste caso.

193 — Acórdão já referido, n.º 99. V., igualmente, o acórdão Fedesa e o., já referido na nota 169, acima, n.º 9.

debate científico em causa relaciona-se com os efeitos desta promoção, relativamente a todos os níveis de consumo em geral (por oposição à simples escolha entre as marcas pelos fumadores existentes), o que é diferente de uma apreciação dos riscos efectivos para a saúde criados por um tal consumo. Além disso, a proibição em causa no acórdão BSE era temporária por natureza e podia ser modificada após reexame da situação¹⁹⁴. As divergências de opinião sobre os efeitos da publicidade do tabaco não nasceram ontem nem, provavelmente, serão resolvidas num futuro próximo. O critério proposto no número imediatamente precedente toma em consideração a falta de unanimidade nos círculos científicos; todavia, em nossa opinião, não seria suficientemente respeitador da liberdade de expressão avançar para além disso e permitir ao legislador que restringisse o exercício desse direito sem qualquer prova evidente de que uma restrição dessas seria susceptível de provocar mudanças de comportamento que, por sua vez, seriam susceptíveis de beneficiar a saúde pública.

162. O Conselho produziu, a título de prova, as conclusões de dois relatórios, sendo um deles elaborado pelo United States National Bureau of Economic Research (a seguir «NBER»)¹⁹⁵ e sendo o outro encomendado pelo Institut für Therapie- und Gesundheitsforschung, Kiel, pelo ministro da Saúde alemão¹⁹⁶. Apesar de os recorrentes no caso Imperial Tobacco terem

apresentado, no órgão jurisdicional nacional, a título de prova, estudos com conclusões de sentido contrário, o Reino Unido, por sua parte, apresentou estudos que não tinham sido analisados no âmbito do presente processo. A República Francesa forneceu igualmente documentos sobre os efeitos das suas restrições nacionais (lei «Évin»). Em nossa opinião, será suficiente tomar em consideração os estudos em que as instituições se fundam. Os relatórios estabelecem uma correlação, igualmente, tanto entre a publicidade a favor do tabaco e o facto de se começar a fumar, em particular nos jovens, como entre a proibição da publicidade e as reduções médias *per capita* do consumo do tabaco. O relatório do NBER contém uma estimativa, baseada numa análise de regressão, dos efeitos prováveis da segunda proposta de directiva, na versão modificada pela Comissão, em 1997¹⁹⁷, onde se conclui que ela teria provavelmente reduzido o consumo do tabaco em cerca de 6,9% durante esse período de referência¹⁹⁸. Além disso, chegou à conclusão de que, enquanto as proibições amplas têm mesmo efeito notório sobre a redução do uso do tabaco, já as proibições limitadas apenas reduzem minimamente o impacto da publicidade, visto as proibições limitadas permitirem publicidade de substituição através de outros suportes publicitários, sem levarem, pois, a qualquer redução na totalidade das despesas da publicidade do tabaco nem da exposição a esta publicidade. É interessante observar que as instituições tenham tentado contestar que a proibição fosse total, com o objectivo de a defender, embora tenha resultado dos seus meios de prova que uma proibição um pouco menos abrangente teria sido muito menos eficaz. A possibilidade de contornar uma proibição que não cubra todas as formas de publici-

194 — Acórdão já referido, n.º 101.

195 — Saffer, H.; Chaloupka, F.: «Tobacco Advertising: Economic Theory and International Evidence», *NBER Working Paper* n.º 6958 (Cambridge, MA, 1999).

196 — Hanewinkel, R.; Pohl, J.: *Advertising and tobacco consumption: Analysis of the effects, with particular reference to children and adolescents* (Kiel, 1998).

197 — V. n.º 19, acima.

198 — Esta análise baseava-se nos dados fornecidos por onze Estados-Membros para o período de 1986 até 1992.

dade vem mencionada no oitavo considerando da directiva sobre a publicidade.

porque não está provado que os seus efeitos coincidam completamente.

163. Com base nestes elementos de prova, concluímos que o legislador comunitário tinha motivos razoáveis para crer que uma ampla proibição da promoção do tabaco conduziria a uma redução significativa dos níveis de consumo e contribuiria, assim, para proteger a saúde pública.

164. Relativamente à exigência de que as restrições não excedam o necessário, admitimos o argumento de que uma proibição quase total da publicidade a favor de uma actividade económica constitui um atentado particularmente grave ao exercício do direito de livre expressão¹⁹⁹. Quanto mais restritivos forem os efeitos, maior é o ónus do legislador de demonstrar que uma medida menos restritiva não teria sido suficiente. Contudo, concluímos que o legislador se tenha libertado daquele ónus, nos presentes casos, ao demonstrar que tinha motivos razoáveis para considerar que as restrições limitadas à promoção do tabaco eram ineficazes. O facto de que outras medidas positivas, tais como campanhas de informação, pudessem igualmente ter produzido qualquer efeito, em si mesmo, não prova que uma proibição demasiado restritiva da publicidade, porque (sob reserva da repartição das competências entre a Comunidade e os Estados-Membros) uma opção não exclui a outra, e

165. Vamos agora abordar o terceiro nível de análise, para saber se a directiva impõe ou não restrições desproporcionadas à livre expressão comercial, face aos benefícios visados para o interesse público, qualquer que seja a sua prossecução efectiva. Tendo em conta a larga importância do consumo do tabaco, como factor de mortalidade e causa de graves problemas de saúde na Comunidade, consideramos que uma redução potencial do seu consumo da ordem de 6,9% constituiria um ganho positivo importante para a saúde pública, permitindo provavelmente salvar milhares de vidas.

166. Em princípio, somos da opinião de que, se forem satisfeitos os requisitos de eficácia e restrição inevitável mínimos, os direitos como a liberdade de expressão comercial não são violados de forma intolerável pela proibição da promoção da venda de produtos perigosos, desde que as trocas de informações científicas e de outra natureza, bem como de opiniões políticas sobre a regulamentação do comércio em questão se mantenham livres de restrições. Os produtores de tabaco têm liberdade para comercializar os seus produtos, a que respeitam em definitivo os direitos de expressão invocados, e esses produtores até podem fazer publicidade nos pontos de venda, se a legislação nacional o permitir.

199 — V. acórdão Aragonesa, já referido na nota 192, acima, n.º 18, no contexto da análise da proporcionalidade de um obstáculo à livre circulação das mercadorias, o Tribunal de Justiça atribuiu importância ao facto de não serem totais as restrições à publicidade das bebidas alcoólicas em questão.

167. O facto de a directiva proibir a promoção de produtos legalmente comercializados na Comunidade não é conclusivo, embora também não seja irrelevante. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no seu acórdão *Open Door Counselling/Irlanda*, observou que as regras nacionais contestadas exigiam um «exame meticoloso», porque a informação proibida se relacionava com uma actividade lícita no lugar em que era exercida²⁰⁰, deixando entender que o fornecimento de informações sobre actividades lícitas pode, em certas circunstâncias, ver-se legitimamente limitada. Sugerimos ao Tribunal de Justiça que tenha em conta a existência dos outros problemas que pode enfrentar a proibição pura e simples das actividades que criam uma dependência, como o tabagismo²⁰¹ (assim como as restrições que isso implicaria para a liberdade pessoal dos fumadores). O carácter lícito de uma actividade (e a impossibilidade prática de a proibir) não implica, por consequência, que não tenha efeitos nocivos que o legislador possa tentar combater no interesse geral. Além disso, não é necessariamente compatível com a condição do recurso a meios menos restritivos para alcançar objectivos legítimos exigir que uma actividade seja proibida para permitir a imposição de restrições à sua promoção.

168. Não consideramos o acórdão *Open Door*, cuja relevância foi objecto de caloroso debate na audiência, em parte porque supostamente respeitava a uma restrição

total desproporcionada à liberdade de expressão, uma decisão susceptível de constituir um precedente útil para os casos presentes.

169. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem admitiu o argumento do Governo irlandês segundo o qual «a restrição [resultante de uma decisão do Supremo Tribunal]... prosseguia o objectivo legítimo da protecção da moral, de que a defesa, na Irlanda, do direito à vida do nascituro constitui um aspecto»²⁰². Contudo, era apenas a restrição particular imposta aos recorrentes naquele caso por uma decisão judicial que foi considerada de natureza absoluta. Na verdade, o Tribunal de Justiça acrescentou que as informações sobre os serviços de estrangeiros em que se praticava o aborto estavam disponíveis em numerosas outras fontes²⁰³.

170. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no seu exame da necessidade e, assim, da proporcionalidade dessa restrição particular, teve em conta a protecção da saúde das mulheres, uma consideração obviamente pertinente neste contexto mas que complica o equilíbrio directo entre a liberdade de expressão e uma simples necessidade social imperiosa.

171. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi especialmente influenciado

200 — Acórdão de 29 de Outubro de 1992, série A n.º 246, a seguir «acórdão *Open Door*», § 72.

201 — V., por exemplo, o acórdão *La Forest J.* do Tribunal Supremo do Canadá, em *RJR MacDonald Inc./Canada (Attorney General)* 1995, SCR 199, n.º 34.

202 — Acórdão *Open Door*, já referido, § 63.

203 — §§ 70 a 75.

pela ideia de que, uma vez que existiam algumas mulheres que decidiam não abortar, depois de ouvirem conselhos não orientados, em discussão naquele caso, «a relação entre a prestação das informações e a destruição do nascituro não [era] tão clara como se pretendia». Ao mesmo tempo, «a injunção parece ter-se revelado muito pouco eficaz...» atento o grande número de mulheres irlandesas que continuam a abortar na Grã-Bretanha.

172. Com efeito, a maioria dos membros do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu a questão da proporcionalidade de acordo com a sua própria concepção dos valores em confronto, como sejam a saúde da mulher (que está relacionado com o direito a obter informação), a liberdade de expressão e a protecção da vida do nascituro. Não parece ter ligado qualquer peso ao que parece ter admitido implicitamente como uma protecção *parcialmente efectiva* deste último valor. Se esta análise devesse ser transposta literalmente para as circunstâncias dos presentes casos, seria difícil pretender que o objectivo de uma redução presumida de somente 6,9% do consumo de tabaco pudesse justificar uma proibição total da publicidade dos produtos do tabaco, apesar da redução importante do número absoluto de fumadores (e provavelmente das doenças e falecimentos relacionados com o tabaco) que isso representaria.

173. Na realidade, no acórdão *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, ao procurar, essencialmente, resolver a mesma questão no contexto do direito

comunitário mas igualmente à luz do artigo 10.º da CEDH, o advogado-geral W. Van Gerven considerou a restrição proporcionada²⁰⁴.

174. De qualquer modo, não consideramos possível separar o acórdão *Open Door* do seu contexto extremamente difícil e sensível nem retirar dele qualquer conclusão definitiva para efeitos dos casos presentes. O acórdão *Open Door* respeitava mais à falta de prestação de informações do que à falta de promoção comercial do aborto²⁰⁵; ora, nos casos presentes, estamos na presença de uma restrição de medidas *promocionais* directas e indirectas²⁰⁶ e não se sugere que as informações não promocionais sobre produtos lícitos serão restringidas²⁰⁷.

175. Em consequência, concluímos que a directiva sobre a publicidade não constitui uma restrição desproporcionada à liberdade de expressão na parte em que impõe

204 — Já referido, n.ºs 32 a 38 das conclusões. O Tribunal não examinou esta questão no seu acórdão. V. igualmente a opinião divergente do juiz Baka no acórdão *Open Door*, já referido.

205 — Já referido, § 75. Por esta razão, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não parece ter considerado que o caso punha em causa a liberdade de expressão comercial.

206 — V. as definições de publicidade e de patrocínio no artigo 2, n.ºs 2 e 3, da directiva.

207 — Por esta razão, entre outras, não vamos tratar do problema da liberdade de receber informações, que poderiam entrar em jogo se um cliente actual ou potencial pedisse informações sobre o seu produto junto de um produtor de tabaco ou de um distribuidor. A verosimilhança do interesse para o consumidor em receber material promocional parece mais remota.

uma ampla proibição da publicidade dos produtos do tabaco²⁰⁸.

176. Porém, o mesmo não se aplica à proibição da publicidade para os produtos de diversificação. Não é de modo algum evidente que a publicidade dos produtos e serviços diferentes do tabaco com marcas ou outros elementos distintivos associados aos produtos de tabaco possa ter efeito sobre o nível de consumo desses últimos produtos, *no seu todo*²⁰⁹. O legislador comunitário não tentou justificar a existência de uma relação desse tipo. Nestas circunstâncias, concluímos que ele não satisfaz o ónus da prova e não demonstra que tinha motivos razoáveis para adoptar as restrições a esta publicidade contidas no artigo 3.º, n.º 3, alínea b), da directiva; por isso, esta disposição deverá ser anulada. Não se justifica, em qualquer caso, pela possibilidade de o seu alcance, na prática, poder ser limitado, se os Estados-Membros se servirem dos termos do artigo 3.º, n.º 2, da directiva. Da mesma maneira, nenhum argumento ou prova foi fornecido para explicar porque razão o artigo 3.º, n.º 3, alínea a), proíbe que os produtos do tabaco utilizem nomes ou outros elementos distintivos já associados a outros produtos ou serviços. Na medida em que a aplicação de tal marca ou nome a um produto incarna igualmente o exercício da liberdade de expressão comercial, concluímos que não foi demonstrado que o artigo 3.º, n.º 3, alínea a), da directiva sobre a publicidade

constitui uma restrição justificada a esta liberdade, e que deverá, por consequência, ser anulado. As duas partes do artigo 3.º, n.º 3, da directiva podem ser separadas, em nossa opinião, atentos os critérios expostos nos n.ºs 122 a 126, acima.

vii) *A falta de fundamentação*

177. O Tribunal de Justiça decidiu, em jurisprudência constante, que a obrigação de fundamentação nos termos do artigo 190.º do Tratado exige que as medidas em questões contenham a exposição dos motivos que levaram as instituições em questão a adoptá-las, para que o Tribunal de Justiça possa exercer o seu poder de controlo e os Estados-Membros e os cidadãos nacionais em questão possam saber em que condições as instituições comunitárias aplicaram o Tratado²¹⁰. Ao mesmo tempo, o nível de detalhes requerido pode variar segundo a natureza do acto em causa. No caso de uma medida de aplicação geral, o preâmbulo pode limitar-se a indicar a situação geral que conduziu à sua adopção, por um lado, e os objectivos gerais que com ela é suposto alcançar, por outro. Não é necessário expor o conjunto dos factos levados em conta pelo legislador, que são geralmente numerosos e complexos, nem que a medida proceda a uma qualificação mais ou menos completa desses factos²¹¹.

208 — Não se sabe claramente se o relatório do NBER inclui o patrocínio sob o título geral da publicidade para as necessidades do cálculo dos efeitos prováveis da proposta de directiva. Na falta de argumentos a este respeito, no Tribunal, e porque discutimos a liberdade de expressão a título puramente subsidiário em relação às nossas conclusões principais, que vão no sentido de uma anulação completa da directiva, não examinaremos a proibição do patrocínio.

209 — Não se trata de saber se uma publicidade deste tipo reforça certas marcas de tabaco relativamente às outras.

210 — Acórdão França/Comissão, já referido, n.º 34.

211 — Acórdão de 30 de Novembro de 1978, *Welding* (87/78, Recueil, p. 2457, n.º 11, Collect., p. 863).

178. Consideramos que resulta claramente da nossa análise do problema da competência que a exposição dos motivos no preâmbulo da directiva é, em nossa opinião, suficiente para permitir ao Tribunal de Justiça exercer o seu controlo jurisdicional. A posição fundamental do legislador comunitário relativamente ao mercado interno é claramente exposta nos primeiro e segundo considerandos, e a sua adequação como uma declaração de motivos não é contrariada pelo facto de a directiva não ter alcançado estes objectivos. Não era necessário que o legislador incluisse dados precisos a propósito dos estudos realizados sobre os efeitos da publicidade relativamente ao consumo do tabaco nem sobre os níveis relativos de trocas além-fronteiras de serviços e de meios de comunicação social publicitários. Propomos que a directiva seja anulada no seu todo por vício de fundamentação, mas só no caso de o Tribunal de Justiça decidir que a Comunidade tinha competência para a adoptar, atentos aos seus efeitos sobre o estabelecimento ou o funcionamento do mercado interno em sectores económicos, que em parte alguma do preâmbulo são referidos, tais como a produção e a distribuição de produtos do tabaco ou a indústria publicitária em geral. Não é possível, em nossa opinião, permitir ao legislador que invoque vantagens para o mercado interno não mencionadas anteriormente, no caso de existir dúvida sobre a realização dos objectivos inicialmente invocados.

179. Propomos, contudo, que o artigo 3.º, n.º 3, alínea a), da directiva seja anulado

por vício de fundamentação. Esta disposição excepcional não está fundamentada no que respeita à utilização das marcas ou de outros elementos distintivos de outros produtos e serviços para os produtos do tabaco e, como vimos no n.º 116, acima, não parece ter qualquer relação com o objectivo enunciado da directiva de realizar o mercado interno dos produtos e serviços associados com a publicidade e o patrocínio dos produtos do tabaco.

VI — Quanto às despesas

180. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o Conselho e o Parlamento deverão ser condenados a suportar as despesas da República Federal da Alemanha no processo C-376/98. Na medida em que o processo C-74/99 constitui, para as partes no processo principal, uma etapa do processo pendente no tribunal nacional, a decisão sobre as despesas pertence a esta jurisdição. Em nenhum dos dois casos, as despesas suportadas pela Comissão ou pelos outros Estados-Membros intervenientes ou que apresentaram observações no Tribunal de Justiça são recuperáveis. Nada propomos quanto às despesas para o caso de o Tribunal de Justiça seguir uma das nossas propostas subsidiárias de anulação parcial ou no caso de não aceitar nenhuma delas.

VII — Conclusão

181. Atento o exposto, propomos que o Tribunal de Justiça:

- anule a Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio a favor dos produtos do tabaco, por a Comunidade não ter competência para a adoptar com a base jurídica nela referida.

Se o Tribunal de Justiça assim o não entender, propomos, subsidiariamente, que:

- anule a Directiva 98/43 por violação do princípio da proporcionalidade, do artigo 30.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 28.º CE), do direito de propriedade e do livre exercício de uma actividade comercial ou profissional.

Em qualquer dos casos, propomos que o Tribunal de Justiça:

- condene o Parlamento Europeu e o Conselho no pagamento das despesas da República Federal da Alemanha no processo C-376/98.

Mais subsidiariamente, propomos que o Tribunal de Justiça:

- anule o artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 98/43 por violação da liberdade de expressão; e/ou
- anule o artigo 3.º, n.º 3, alínea a), da Directiva 98/43 por falta de fundamentação.