

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
 MAURICE LAGRANGE
 apresentadas em 28 de Maio de 1963 *

*Senhor Presidente,
 Senhores Juizes,*

Compete-nos tomar posição sobre o recurso interposto pelo Governo da República Italiana de uma decisão da Comissão da CEE, de 17 de Janeiro de 1963, que autoriza a República Francesa, nos termos do artigo 226.º do Tratado CEE, a cobrar um encargo sobre as importações de frigoríficos provenientes de Itália. O montante deste encargo, que é acrescentado ao direito aduaneiro de 7,5% actualmente em vigor, é de 12%, até 30 de Abril de 1963, 9%, de 1 de Maio a 30 de Junho, e 6%, de 1 a 31 de Julho, data em que é suprimido. É aplicável a menos que a República Italiana prefira cobrar um encargo equivalente à saída, cujas taxas foram igualmente fixadas.

Como é do conhecimento do Tribunal de Justiça, esta decisão foi tomada a pedido do Governo francês, formulado em 19 de Dezembro de 1962, destinado a obter medidas de protecção para permitir à indústria francesa de frigoríficos, na opinião do Governo, gravemente ameaçada pelo aumento maciço de importações italianas, na sequência da supressão dos contingentes e da redução dos direitos aduaneiros, efectuadas de acordo com o Tratado, reorganizar-se com vista a adaptar-se às condições do mercado comum.

Este litígio deve, muito particularmente, ser objecto da atenção do Tribunal, pois, se a Comissão já tomou um certo número de decisões, nos termos do artigo 226.º, a mai-

or parte das quais, aliás, em benefício da Itália, é a primeira vez que uma destas decisões é objecto de recurso: tanto basta para revelar a importância do acórdão que o Tribunal é chamado a proferir e que é função da própria importância do artigo 226.º e do papel que lhe é atribuído no estabelecimento do mercado comum. Convém, portanto, nesta ocasião, apreciar-se a disposição em causa numa perspectiva tão clara quanto possível no que se refere às duas ordens de problemas que a sua aplicação suscita, uns respeitantes à interpretação do texto, nomeadamente em relação às outras disposições do Tratado, outros respeitantes ao exercício do controlo jurisdicional do Tribunal sobre as decisões que a Comissão é chamada a tomar em tal matéria. É por isso que entendemos dever apresentar algumas observações preliminares de carácter geral.

Observações preliminares

A importância e o papel específico que o artigo 226.º é chamado a desempenhar — e que efectivamente já desempenha — resultam com evidência do seu objectivo e da possibilidade nele prevista de tomar medidas que comportam derrogações às normas do Tratado. É uma cláusula de salvaguarda instituída em benefício dos Estados-membros, que permite atenuar temporariamente o funcionamento normal das regras previstas para o estabelecimento progressivo do mercado comum no caso de determinados interesses essenciais estarem ameaçados, quer num sector da actividade económica, quer numa economia regional.

* Língua original: francês.

Não se pode deixar de fazer uma aproximação entre o artigo 226.º e uma disposição da mesma ordem contida no Tratado CECA, o artigo 37.º, que deu lugar a um acórdão deste Tribunal, o 2/60 e 3/60, de 13 de Julho de 1961: também aí se trata de uma cláusula de salvaguarda, prevista em benefício dos Estados-membros, para o caso de a aplicação normal do Tratado prejudicar interesses económicos nacionais essenciais.

Todavia, deve evitar-se uma analogia demasiado próxima, pois existem entre ambos os textos profundas diferenças, a principal das quais se refere ao objecto da cláusula de salvaguarda. No Tratado CECA, trata-se de uma disposição de *carácter permanente* destinada a resolver um conflito susceptível de se produzir entre o funcionamento regular do mercado comum e a economia geral de um Estado-membro, a qual não depende do Tratado: é então necessária uma arbitragem e para este efeito é instituído um processo especial. No Tratado CEE, pelo contrário, o artigo 226.º apresenta o carácter de uma *disposição transitória* (só pode ser utilizado «durante o período de transição»), que permite estabelecer derrogações às normas do Tratado, na medida necessária, com vista a atingir o estabelecimento do mercado comum sem prejuízos excessivos. Como se sabe, as disposições transitórias do Tratado de Roma não são objecto, como são as do Tratado de Paris, de uma convenção separada, que comporta, em relação ao período de transição, as excepções julgadas necessárias às regras do mercado comum que se pressupõe dever ser posto em funcionamento num prazo muito curto: no âmbito da CEE, é o próprio Tratado que prevê todas as disposições destinadas a promover o estabelecimento progressivo do mercado comum ao mesmo tempo que as normas de carácter permanente, geralmente enunciadas sob a forma de princípios que o devem regular: daí os mecanismos, processos, prazos, tudo acompanhado de numerosas derrogações, muitas das quais são já cláusulas de salvaguarda.

Nesta perspectiva, o artigo 226.º revela-se simplesmente como uma cláusula de salvaguarda suplementar destinada a fazer face, nas duas situações muito precisas que prevê, à eventual insuficiência das disposições normais previstas no Tratado, para que o estabelecimento do mercado comum se realize nas condições descritas no artigo 2.º: «A Comunidade tem como missão promover, pelo estabelecimento de um mercado comum e pela aproximação progressiva das políticas económicas dos Estados-membros, um *desenvolvimento harmonioso das actividades económicas* no seio da Comunidade (...); é evidente que este «desenvolvimento harmonioso» deve realizar-se já durante o período transitório e as disposições transitórias foram feitas precisamente para o tornar possível.

Isto deve já permitir-nos tomar partido, pelos menos num plano geral, quanto a um dos pontos em litúgio neste processo, o de saber se o artigo 226.º autoriza derrogar uma qualquer disposição do Tratado, mesmo fundamental (por exemplo, o princípio da não discriminação enunciado no artigo 7.º), ou se, pelo contrário, determinadas regras não podem, em caso algum, sofrer derrogações.

Pensamos que, a este respeito, se deve fazer uma distinção. O artigo 226.º autoriza «derrogações às normas do presente Tratado, até ao limite e durante os prazos estritamente necessários para atingir os fins previstos no n.º 1.º»; portanto, qualquer *norma* contida no Tratado pode ser objecto de uma derrogação: nenhuma excepção está prevista, sendo o único critério constituído pelas necessidades do objectivo a atingir. Não existe «hierarquia» nos objectivos do Tratado, de forma a que, em caso de conflito, um devesse ser necessariamente sacrificado ao outro; pelo contrário, trata-se de os conciliar, só não devendo deixar de ser prosseguido o objectivo final, ou seja, o estabelecimento do mercado comum nas melhores condições. Vê-se um exemplo desta inexistência de hierarquia no artigo 115.º, terceiro parágrafo, em que o funcionamento

do mercado comum e o estabelecimento da pauta aduaneira comum são colocados em pé de igualdade.

Em contrapartida, no Tratado, encontram-se enunciados ou recordados determinados *princípios* cuja inobservância não teria justificação. Assim sucede com a não discriminação, princípio geral de direito, em especial, do direito económico, que ultrapassa o âmbito do estabelecimento de um mercado comum: tal princípio deverá ser respeitado. Daqui a pouco, veremos como, em nossa opinião, tal se deve fazer na aplicação do artigo 226.º

Uma segunda diferença entre o artigo 37.º do Tratado CEEA e o artigo 226.º do Tratado CEE, que nos interessa particularmente, refere-se à natureza da competência atribuída ao Tribunal de Justiça. O artigo 37.º atribui ao Tribunal uma competência de plena jurisdição que lhe confere todos os poderes necessários para exercer a arbitragem prevista no texto entre os «interesses essenciais da Comunidade» e o interesse do Estado-membro vítima de «perturbações fundamentais e persistentes» na sua economia geral, em virtude do mercado comum do carvão e do aço. A atribuição de poderes tão excepcionais explica-se pelo facto de um dos elementos sobre que incide a arbitragem, a saber, a economia geral do Estado-membro vítima das perturbações, escapar à esfera de competência da Comunidade, limitada ao mercado do carvão e do aço.

Na Comunidade Económica Europeia, a situação é completamente diferente, como vimos: trata-se da realização progressiva do mercado comum geral, que é a tarefa própria desta Comunidade.

É sem dúvida por esta razão que o artigo 226.º não prevê que o Tribunal goze de

qualquer poder excepcional: a decisão tomada pela Comissão, quer seja positiva ou negativa, é somente susceptível do recurso ordinário de anulação previsto no artigo 173.º, pertencendo a responsabilidade pela decisão inteiramente à Comissão, que é livre de agir nos limites do seu poder discricionário. Evidentemente, o controlo da legalidade que compete ao Tribunal reveste, por este facto, uma importância particular, dada a natureza dos interesses em jogo, quer se trate dos interesses do Estado vítima, para o qual o artigo 226.º é uma verdadeira cláusula de salvaguarda, quer dos interesses gerais do mercado comum que é necessário preservar, ou ainda, como no caso em apreço, dos interesses próprios de um outro Estado-membro, que entram em conflito com os do Estado vítima em resultado de uma medida positiva de salvaguarda. Dito isto, o controlo jurisdiccional do Tribunal deverá ser exercido segundo as regras normais do recurso de anulação.

Apreciação do recurso

Passemos à apreciação do recurso. Nele é invocada, a vários títulos, a insuficiência de fundamentação e a violação do Tratado. Também é invocado o desvio de poder, mas apenas em relação com o artigo 91.º

No que respeita à insuficiência de fundamentação, em nossa opinião, não se trata no caso em apreço de um vício de forma, isto é, de uma violação do artigo 190.º, nos termos do qual «os regulamentos, as directivas e as decisões do Conselho e da Comissão serão fundamentados e referir-se-ão às propostas ou pareceres obrigatoriamente obtidos, por força do presente Tratado». Com efeito, a decisão impugnada está amplamente fundamentada e corresponde, seguramente, quanto à forma, às exigências do artigo 190.º

O que o recorrente sustenta é que os fundamentos da decisão são insuficientes ou contraditórios em relação às conclusões que a decisão extrai deles, o que equivale a sustentar que não justificam legalmente esta decisão. Em direito francês, tal vício seria considerado como fazendo parte da «violação da lei». Aliás, pouco importa: o essencial é observar que nos encontramos na esfera do *controle da legalidade dos fundamentos* e não na do simples vício de forma. O recorrente contesta também em vários pontos a *exactidão material* dos fundamentos: também aqui deve ser exercido um controlo pelo Tribunal, ao qual compete, no caso de se verificar uma inexactidão material, procurar determinar ainda se, não obstante esta inexactidão, a decisão permanece ou não legalmente fundamentada. Tais são os princípios em que o Tribunal parece ter-se inspirado, até ao presente, no exercício do controlo jurisdicional dos fundamentos de uma decisão tomada no uso de um poder discricionário.

Assim, apreciaremos em conjunto, a propósito de cada questão, como aliás o fizeram as partes, os fundamentos assentes na violação do Tratado e os baseados nos vícios de que enferma a fundamentação. Seguiremos a ordem adoptada pela recorrida no processo escrito e que foi seguida por ambas as partes na audiência: com efeito, esta ordem apresenta a vantagem de seguir de perto a do próprio artigo 226.º

I

Das duas hipóteses previstas no artigo 226.º para justificar a sua eventual aplicação, uma — a que interessa no presente litígio — visa o «caso de graves dificuldades susceptíveis de persistirem num sector da actividade económica».

A primeira questão controversa é a de saber se a indústria francesa de frigoríficos constitui em si um «sector da actividade económica». O Governo recorrente formula dúvidas a este respeito; na sua opinião, a produção de frigoríficos faz parte do sector mais vasto da produção de aparelhos eléctricos para uso doméstico. Das quinze empresas francesas mais importantes, sete produzem, além de frigoríficos, aparelhos electrodomésticos, tais como máquinas de lavar, etc.

Senhores Juizes, é muitas vezes difícil traçar de forma precisa os limites de um «sector económico»; a economia não é uma ciência exacta e subsiste quase sempre uma margem de apreciação. A Comissão diz-nos que a indústria francesa de frigoríficos ocupou mais de 11 000 pessoas em 1961, com um volume de negócios total de cerca de 500 milhões de francos novos. É possível que uma nova orientação para a produção de aparelhos electrodomésticos seja susceptível de atenuar a crise dos frigoríficos, mas isso faz parte das medidas de adaptação a concretizar para resolver esta crise, que continuava a afectar a indústria dos frigoríficos à data do pedido do Governo francês. Ao considerar esta indústria como constituindo um «sector da actividade económica», na acepção do artigo 226.º, parece-nos que a Comissão se manteve nos limites do seu poder de apreciação, não tendo cometido qualquer erro de direito ou de facto.

Uma segunda questão, em certa medida ligada à precedente, respeita à inclusão dos *motocompressores* entre os produtos sujeitos ao encargo, pelo facto de a exportação destes aparelhos para Itália ser sensivelmente superior à importação italiana em França dos mesmos aparelhos. O Governo recorrente invoca, em primeiro lugar, este argumento, para tentar demonstrar que a crise francesa seria muito menor do que o que foi admitido pela Comissão e não teria atingido o grau de gravidade exigido pelo artigo 226.º para justificar medidas de protecção.

Sobre este ponto, apenas se pode responder que é difícil não considerar a fabricação e a venda isolada de motocompressores como fazendo parte do «sector económico» dos frigoríficos em França; é bem possível que um esforço que incida especialmente sobre esta parte da produção seja de natureza a melhorar a competitividade da indústria em causa, mas, uma vez mais, tal só pode constituir um dos elementos eventuais de um programa de saneamento e não uma verificação que contradiga a realidade da crise à data da decisão impugnada.

Quanto à inclusão dos motocompressores entre os produtos sujeitos ao encargo, na presente fase dos autos, apenas podemos inclinar-nos perante as explicações de técnica aduaneira fornecidas pela Comissão, a saber, os riscos de desvios de tráfego que poderiam resultar de uma exportação separada dos diversos elementos do frigorífico se os grupos motocompressores estivessem isentos de encargo. É certo que subsiste, de facto, um desacordo a este respeito, quanto à maior ou menor facilidade de tais desvios de tráfego, por exemplo, no que respeita ao estabelecimento de linhas de montagem no país de importação. Só uma peritagem poderia esclarecer completamente este ponto. O Tribunal apreciará a sua oportunidade. Pela nossa parte, inclinamo-nos a pensar que não é necessário recorrer a tal, pois que as alegações do recorrente sobre este ponto não parecem suficientemente pertinentes *prima facie* para justificar uma diligência de instrução, que, aliás, não foi solicitada.

Chegamos agora às críticas a que o recorrente parece atribuir maior importância e que se referem, por um lado, à existência de «graves dificuldades susceptíveis de persistirem» no sector em causa e, por outro, à origem dessas dificuldades, que não seriam devidas ao desenvolvimento das importações italianas em França.

A — Prova da existência de graves dificuldades susceptíveis de persistirem

Para demonstrar a existência de graves dificuldades susceptíveis de persistirem no sector francês dos frigoríficos, a decisão impugnada baseia-se, como o Tribunal sabe, em todo um conjunto de verificações, a saber: 1.º, diminuição da produção; 2.º, diminuição das exportações; 3.º, aumento das importações (triplicadas, entre 1961 e 1962, em relação aos outros países que não a Itália e sextuplicadas em relação a este último país) — tudo a par de um aumento do consumo nacional; 4.º, diminuição de cerca de um terço do efectivo das pessoas empregadas pelos produtores; 5.º, cessação da actividade de fabricação por parte de cinco dos quinze produtores; 6.º, finalmente, aumento das existências de produtos acabados, «principalmente nos fabricantes», existências que «excedem 190 000 unidades no estádio da produção, o que representa 20,6% do consumo nacional em 1962».

Parece difícil negar que um tal conjunto de factos seja de natureza a demonstrar a existência de «graves dificuldades susceptíveis de persistirem» e o Governo recorrente não o contesta seriamente; em contrapartida, contesta a *exactidão de facto* de determinadas verificações ou, pelo menos, pretende que as mesmas não assentam em dados suficientemente probatórios.

Não nos deteremos sobre a crítica feita ao quadro que figura na decisão impugnada de que os períodos de comparação não coincidem exactamente: com efeito, por um lado, é evidente que o quadro deve ser lido no sentido vertical e não no horizontal, e se os períodos não coincidem inteiramente é porque a Comissão se pôde apoiar nos dados estatísticos que tinha em seu poder na altura em que tomou a decisão; por outro lado, em

resposta às questões colocadas pelo Tribunal, temos, neste momento, quadros anuais completos, que confirmam, no conjunto, as indicações mais fragmentárias da decisão impugnada.

Da mesma forma, não insistiremos na questão do encerramento de fábricas. A decisão impugnada diz apenas que «cinco dos quinze produtores tiveram que cessar a sua actividade de fabricação»; se, como o recorrente parece acreditar, alguns produtores tinham conseguido orientar a fabricação para outros artigos, sem por isso encerrarem as suas fábricas, isto apenas confirmaria, uma vez mais, que estariam em curso esforços de readaptação, o que não contradiz de forma alguma a existência e a gravidade da crise que grassava na indústria dos frigoríficos, mas, pelo contrário, as confirma.

O único ponto em relação ao qual existe uma verdadeira divergência entre as partes diz respeito à *questão das existências*.

O Governo italiano contesta a existência de um «grande aumento» das existências e, segundo cálculos baseados em informações de que dispõe, chega, relativamente ao ano de 1962, a um número de 7 540 unidades de aumento, contra o número da Comissão, de 48 000. Este número de 7 540 figura no quadro I apresentado em resposta às questões colocadas pelo Tribunal. Como explicar esta divergência?

Observamos, em primeiro lugar, que, se considerarmos os elementos que figuram no quadro II, apresentado igualmente pelo recorrente, chega-se a um número de aumento das existências, em 1962, de 32 540, em vez de 7 540: estamos já mais perto das 48 000 da Comissão (quadro I apresentado por esta)!

A diferença é resultado de uma avaliação diferente do *consumo interno francês* relativamente a 1962: 950 000 no quadro I e 925 000 no quadro II, tendo este último número sido referido como proveniente da imprensa francesa.

Isto, Senhores Juizes, põe em evidência o carácter muito mais incerto que apresenta o método de cálculo utilizado pelo Governo italiano em relação ao da Comissão. Com efeito, se compararmos o quadro I da Comissão com os dois quadros (I e II) do recorrente, apercebemo-nos que um dos elementos em que se baseia o Governo italiano para calcular o aumento das existências é constituído pelo volume do consumo. Ora, este é apenas um elemento final, não conhecido directamente, e que só pode dar lugar a avaliações mais ou menos aproximativas (como se vê bem na divergência existente a este respeito entre os dois quadros apresentados pelo recorrente), avaliações que são função, designadamente, da importância das existências, que se supõe previamente conhecida!

Pelo contrário, o quadro I da Comissão considera o montante das existências como um *dado*, que permite, com os outros elementos igualmente dados (produção, exportações, importações), chegar a um número de «consumo aparente».

A única questão é, pois, a de saber se o número apresentado pela Comissão assenta em dados suficientemente probatórios. A este respeito, observamos que o número de 190 000 unidades figura no memorando enviado, em 19 de Dezembro de 1962, pelo Governo francês à Comissão, para solicitar a aplicação do artigo 226.º (p. 2). O número de 193 000, conhecido neste momento relativamente ao fim do ano, confirma bem esta avaliação. Não pensamos que o Tribunal

tenha razões para pôr em dúvida a exactidão das informações fornecidas a este respeito à Comissão pelo Governo francês, que dispõe, evidentemente, dos meios necessários para seguir exactamente a evolução das existências numa indústria como esta; também não pensamos, aliás, que tal dúvida pudesse partir do Governo italiano.

Uma última observação a este respeito: o cálculo do recorrente (quadro II) considera, relativamente a 1962, uma produção de 800 000 aparelhos, enquanto que o número da Comissão é de 825 000, ou seja, uma diferença de 25 000 unidades. Ora, encontramos paralelamente uma diferença na avaliação do aumento das existências, pelas duas partes, de 48 000 - 32 540 = 15 460. A diferença, para menos, relativa às existências, estaria assim mais que compensada pela diferença, para menos, relativa à produção; por outras palavras, se para o Governo italiano as existências *aumentaram menos* que para a Comissão, em contrapartida, para o mesmo Governo, a produção *batxou mais* do que a Comissão admite. Ora, o certo é que o elemento «diminuição da produção» é tão importante para o diagnóstico da crise como o elemento «aumento das existências».

Em definitivo, o recorrente não provou de forma alguma que ao declarar que «as existências dos produtos acabados aumentaram grandemente, principalmente nos fabricantes», a decisão impugnada tenha cometido um erro de facto.

Notemos, aliás, para responder a uma crítica do recorrente, que o número de 190 000 unidades, cuja autenticidade, como vimos, era difícil de contestar, não serve apenas para calcular o aumento das existências, mas possui igualmente um valor próprio. Com efeito, a permanência de existências anormalmente volumosas nos fabricantes é geralmente

o indício de uma indústria em dificuldade; portanto, o facto de a maior parte das existências, em Dezembro de 1962, ter sido acumulada desde há vários anos, como sublinha o recorrente, não é um argumento contra a tese da Comissão, mas, pelo contrário, um argumento que esta pôde com razão invocar, da mesma forma que a evolução destas existências em 1962, ano em que se assistiu a uma inversão brusca da tendência para a reabsorção verificada no ano anterior (- 21 000 em 1961, + 48 000 em 1962).

Assim, não se provou a inexactidão das conclusões da Comissão relativamente às existências, e estas conclusões, servindo de base, juntamente com todas as outras, a uma apreciação de conjunto, justificam legalmente a decisão impugnada em relação ao primeiro ponto: existência de graves dificuldades susceptíveis de persistirem no sector em causa.

B — *Origem das dificuldades*

Não basta verificar a existência de dificuldades; é necessário também procurar a sua origem, a fim de justificar a escolha das medidas de protecção a aplicar.

O Governo recorrente não contesta a pertinência dos fundamentos constantes do quinto considerando da decisão impugnada, a saber, que «estas dificuldades têm como origem o desenvolvimento considerável das importações em 1962 em relação aos mesmos períodos do ano anterior; que este desenvolvimento é principalmente determinado pelo aumento maciço das importações provenientes da República Italiana, enquanto que as importações provenientes dos outros países não conheceram um desenvolvimento tão acentuado».

Também não há contestação no que refere à primeira das duas causas pelas quais o considerando seguinte explica este «aumento rápido e maciço das importações provenientes da República Italiana», a saber, a liberalização das importações: com efeito, trata-se de algo existente, pois é bem certo que o fenómeno não se teria podido produzir, pelo menos nas mesmas proporções, se a importação permanecesse contingentada.

Em contrapartida, o desacordo surge no que se refere à segunda causa invocada, isto é, «a diferença entre o preço médio, por litro, franco-fronteira dos frigoríficos italianos e o preço médio, por litro, dos mesmos aparelhos franceses no estádio de venda por grosso, que se elevava a 30% do preço italiano franco-fronteira francesa, enquanto que a protecção aduaneira existente atingia apenas 7,5%».

É aqui que surge a controvérsia relativa aos preços.

O Tribunal conhece a tese do Governo italiano a este respeito. Segundo este, a comparação entre o preço franco-fronteira dos frigoríficos italianos e o preço por grosso dos frigoríficos franceses não é pertinente, pois a concorrência só se faz sentir no estádio do preço de venda a retalho. Ora, os preços de retalho dos aparelhos franceses e dos aparelhos italianos do mesmo tipo e de qualidade igual são aproximadamente os mesmos. Se os preços franco-fronteira dos frigoríficos italianos são inferiores em 30% ao preço por grosso médio dos frigoríficos franceses, isso resulta essencialmente do facto de o aparelho de distribuição dos produtos italianos suportar em França encargos muito mais pesados que o aparelho de distribuição dos produtos franceses: publicidade, serviço pós-venda e sobretudo essas misteriosas «despesas extraordinárias», de que longamente se

falou no decurso da audiência. Todas estas despesas são necessárias — o recorrente insistiu muito neste ponto — para uma indústria que procura implantar-se no estrangeiro.

Senhores Juizes, não pensamos dever seguir o recorrente neste terreno. Sabemos, sem dúvida — o que é aliás bastante interessante —, como é que os exportadores italianos conseguiram implantar-se em França e conquistar rapidamente uma parte apreciável do mercado francês. Como não é devido a uma diferença de qualidade a preço igual (tal é reconhecido no requerimento inicial, na p. 9), só pode ser graças aos esforços consentidos pelo serviço comercial de distribuição, em razão das margens mais elevadas suportadas pela produção em benefício deste serviço. Isto quer dizer claramente que os distribuidores e, sem dúvida, também os retalhistas vêm ser-lhes atribuídas vantagens importantes sob a forma de comissões ou de descontos que os incitam a um maior esforço de publicidade junto da clientela e também — não podemos deixar de nos convencer — permitem finalmente conceder descontos sobre o preço de catálogo a fim de concorrer com os aparelhos de outra proveniência. A publicidade não basta para tudo e necessita de ser apoiada por um esforço relativamente aos preços, quando se trata de desviar uma clientela de produtos de marca a que está habituada para a atrair para produtos novos vindos do estrangeiro. Tudo isto é, aliás, perfeitamente normal, é a lei da concorrência.

Mas o que é que isto prova senão que os produtores italianos estavam em condições de suportar estes sacrifícios, conseguindo obter um preço por grosso à exportação (o preço franco-fronteira) inferior em 30% ao preço por grosso dos seus concorrentes franceses?

Das duas uma: ou existe uma prática de *dumping*, isto é, os preços à exportação

foram arbitrariamente reduzidos em relação aos preços praticados no mercado interno italiano, com vista a conquistar o mercado francês (mas, o Governo italiano nega-o energeticamente e a Comissão não se colocou neste terreno); ou então, e é portanto a hipótese que devemos considerar, as condições da produção italiana permitem-lhe, com toda a lealdade comercial, não obstante a importância dos encargos suportados pelos serviços de distribuição para a implantação em França, praticar um preço de exportação inferior em cerca de um terço ao preço por grosso dos aparelhos franceses.

Mas, então, eis-nos exactamente no âmbito do artigo 226.º: a abolição dos contingentes, conjugada com a redução da pauta aduaneira, fez surgir uma grave diferença de competitividade entre as duas produções, que a indústria francesa não pôde suportar. Ou, então, teríamos que supor que os produtores franceses aceitaram voluntariamente esta situação, recusando baixar os seus preços ou consentir sacrifícios maiores em benefício da distribuição, quando teriam tido a possibilidade de o fazer. O Governo recorrente, como é do conhecimento do Tribunal, não hesita em avançar esta hipótese. Todavia, os factos desmentem-na claramente: cessações de actividade de várias empresas, despedimento de pessoal, etc.; o maltusianismo industrial tem, ainda assim, limites!

Uma outra questão é a de saber se a indústria francesa não tem uma parte de responsabilidade na situação. Não teria podido evitar deixar-se surpreender? Contava, como nos foi dito, com acordos colusórios que poderiam parecer pouco arriscados devido ao prudente arranque da aplicação da legislação anticartel do Tratado, mas que não resultaram? Não temos de nos pronunciar sobre isso. Os factos estão lá: foi mesmo a aplicação das medidas previstas no Tratado para o estabelecimento progressivo do mercado comum que permitiu à indústria jovem e dinâ-

mica de um dos Estados-membros pôr em perigo a indústria concorrente de um outro Estado-membro, em condições tais que o recurso ao artigo 226.º se mostrava justificado.

E por isso mesmo também se encontra justificado o remédio adoptado pela Comissão, a saber, uma medida temporária destinada a reduzir, durante o período de tempo necessário, o efeito das medidas de liberalização adoptadas nos termos do Tratado. Que medida devia ser escolhida? Restabelecimento de um contingente? Encargo à importação, como solicitava o Governo francês e a Comissão admitiu? Competia à Comissão decidir. Quanto à taxa do encargo, a sua fixação dependia de uma apreciação da Comissão. Observemos apenas, para responder a uma objecção feita no recurso, que, nesta apreciação, a Comissão considerou legitimamente a diferença de 30% entre o preço italiano franco-fronteira francesa e o preço francês por grosso, pois que, como vimos, é esta a diferença que concretiza a desigualdade entre as condições de competitividade das duas indústrias.

Dito isto, competia à Comissão, no exercício do seu poder discricionário, ter em conta os dois objectivos, evidentemente contrários, fixados no artigo 226.º, e entre os quais se deve operar uma conciliação: por um lado, a adopção de medidas que permitam reequilibrar a situação e adaptar o sector em causa à economia do mercado comum e, por outro, a escolha de medidas que «impliquem o mínimo de perturbações no funcionamento do mercado comum». Só no caso de se provar que um destes objectivos tinha sido deliberada ou arbitrariamente descurado, isto é, em caso de desvio de poder, é que o Tribunal poderia censurar a decisão a este respeito.

Ora, nada disso se passa. A diferença entre o afastamento de 30% e a taxa escolhida (12%), acrescida do direito aduaneiro de 7,5%,

deixa uma margem que permite a manutenção de uma corrente de trocas entre a Itália e a França, «sem pôr em perigo a reorganização em curso do sector francês dos frigoríficos electrodomésticos e a sua adaptação à economia do mercado comum», retomando os termos da fundamentação da decisão impugnada. De facto, sabemos que esta reorganização está realmente em curso e que se pode esperar que produzirá os resultados previstos, e sabemos também, com base nos documentos apresentados pelas partes, que pôde ser mantida uma importante corrente de trocas, tendo sido importados, em França, 36 563 frigoríficos italianos durante os meses de Janeiro e Fevereiro de 1963, segundo o quadro II do Governo italiano, e 50 896 durante os quatro primeiros meses do mesmo ano, segundo o quadro II da Comissão.

II

Devemos agora apreciar os fundamentos baseados na violação do artigo 226.º, relativamente ao princípio da não discriminação e ao princípio da preferência comunitária. É este, sem dúvida, o aspecto mais importante do litígio, do ponto de vista jurídico. Tanto na fase escrita como na audiência, este aspecto deu lugar a desenvolvimentos muito completos e a alegações notáveis, o que nos dispensa de retomar em pormenor os argumentos aduzidos num e noutro sentido. Pretendemos apenas expor a nossa opinião própria, de forma tão breve quanto possível.

A — Princípio da não discriminação

No que respeita, em primeiro lugar, ao princípio da não discriminação, o Governo recorrente sustenta, por um lado, que este princípio não pode ser infringido, mesmo no

âmbito do artigo 226.º, e, em segundo lugar, que a sua observância proibia que se criasse um encargo que não fosse igualmente aplicável às importações de todos os Estados-membros.

Quanto ao primeiro ponto, já nos pronunciámos no início. Pensamos que, com efeito, o *princípio* da não discriminação, considerado como um princípio geral de direito, deve ser respeitado neste caso como em qualquer outro. A questão, porém, é saber como devemos entendê-lo.

Antes de mais, é sabido que o princípio da não discriminação possui um duplo aspecto, positivo e negativo; a discriminação consiste tanto em tratar igualmente situações não comparáveis como em tratar desigualmente situações comparáveis: seja no domínio dos preços ou em qualquer outro domínio, os exemplos abundam em matéria económica.

A jurisprudência internacional orienta-se igualmente no mesmo sentido, tal como observa o memorando de defesa. Num parecer consultivo emitido pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional, em 6 de Abril de 1935, este alto órgão jurisdicional decidiu que «a igualdade de direito exclui qualquer discriminação; a igualdade de facto pode, em contrapartida, tornar necessários tratamentos diferentes com vista a obter um resultado que estabeleça o equilíbrio entre situações diferentes»¹.

Uma segunda observação, que decorre da anterior, é que, ainda no domínio económico, o campo de aplicação do princípio é

1 — Acórdãos e pareceres consultivos do TPJI, série A/B, n.º 64, p. 19, Escola minoritária na Albânia.

necessariamente mais estreito quando estamos em presença de uma medida intervencionista do que quando se trata do funcionamento normal das trocas no quadro de regras liberais. Isto explica-se facilmente, dado que o intervencionismo tem como objectivo próprio alterar o jogo normal das forças económicas, com determinados objectivos: assim, é apenas no âmbito dos objectivos prosseguidos que o princípio deve ser respeitado; só será violado se forem tratadas de forma diferente duas situações que são semelhantes *quanto àqueles objectivos*. Particularmente significativo a este respeito é o acórdão 8/57 (Colect. 1954-1961, p. 259), citado pela Comissão no seu memorando de defesa, acórdão em que o Tribunal entendeu que a imposição de perequação de sucatas importadas não era contrária ao princípio da não discriminação, e, nomeadamente, à regra do acesso igual às fontes de produção, ao onerar com taxas mais elevadas determinadas siderurgias grandes consumidoras de sucata, tais como as siderurgias eléctricas, o que poderia parecer uma verdadeira penalização em relação a determinadas empresas (por exemplo, as fabricantes de aços especiais), que são tecnicamente obrigadas a recorrer à sucata como matéria-prima: não, disse, todavia, o Tribunal, não existe discriminação, em virtude do objectivo próprio da medida; só teria havido discriminação se duas empresas colocadas na mesma situação, no que se refere às condições de fabrico, tivessem sido tratadas de forma diferente.

Esta concepção de relatividade que impregna o princípio da não discriminação não é, aliás, específica da matéria económica; tem um carácter muito geral e encontramos-la, por exemplo, no domínio social e no domínio fiscal: assim, o princípio «a trabalho igual, salário igual» não é considerado violado pela existência de uma legislação sobre prestações familiares; também o princípio da igualdade perante a carga fiscal se acomoda à progressividade em matéria de imposto pessoal. Poderíamos multiplicar os exemplos.

É assim que aderimos facilmente à distinção proposta pelo distinto representante da Comissão, no decurso da audiência, entre o que ele chamou a discriminação formal e a discriminação material, distinção que parece conforme com as ideias que acabámos de exprimir: nada é ao mesmo tempo mais fascinante e mais enganador que a igualdade, e a justiça está muitas vezes na base da desigualdade; tudo isto é bem conhecido.

Mas, mantém-se a questão de saber se, no caso do artigo 226.º, o princípio da não discriminação, mesmo entendido no sentido material, permite a criação de um encargo à importação, cuja aplicação é limitada a um único país, em conformidade com a prática constante da Comissão, tal como esta alegou no seu memorando de defesa.

Com efeito, não se poderá dizer que se trata de um *diretto aduaneiro*, provisoriamente estabelecido ou restabelecido, ou aumentado, em proveito de um Estado, com vista a garantir uma protecção adequada a este Estado relativamente a um determinado produto, e que é *da própria essência de tal medida* que a mesma se aplique ao conjunto das importações do produto em causa no referido Estado? A aplicação de uma pauta aduaneira é, por princípio, geral, salvo os benefícios especiais conferidos contratualmente por tratado a este ou àquele Estado, em contrapartida de outros benefícios (o que a generalização da cláusula da nação mais favorecida torna aliás cada vez mais ilusório), ou ainda salvo se a majoração do direito assume o carácter de uma medida de retorsão fundada, por exemplo, em práticas de *dumping*. Se o mercado francês dos frigoríficos tem realmente necessidade de uma protecção temporária especial, não deveria esta ser assegurada de maneira uniforme, em relação a todos os países exportadores, sem haver lugar a indagar quais são de facto as exportações mais ameaçadoras? Não é este o único meio para evitar criar distorções na concorrência internacional?

Tal objecção merece ser analisada e confessamos, Senhores Juizes, ter reflectido seriamente sobre o assunto. Contudo, estas reflexões só nos levaram, em definitivo, à convicção plena do bem-fundado das teses da Comissão.

Com efeito, não é em termos de legislação aduaneira que se deve aqui ractocinar, mas em termos de mercado comum.

O estabelecimento progressivo do mercado comum comporta, em primeiro lugar, um desarmamento aduaneiro realizado por etapas, ao mesmo tempo que uma supressão das restrições quantitativas. Comporta o estabelecimento, igualmente progressivo, da pauta externa comum e, paralelamente, a implementação de políticas comuns em todos os domínios, assim como aproximações de legislações. Tudo isto forma um conjunto que deve ser tão coerente quanto possível, sem que, todavia, seja possível fazer coincidir de forma rígida e automática as medidas de qualquer natureza que devem concorrer para a realização do objectivo final; daí, os atrasos (ou os avanços) neste ou naquele domínio, as derrogações permitidas nestas ou naquelas condições, etc.: em suma, mecanismos de grande maleabilidade, cuja utilização deve, todavia, permanecer sempre subordinada à prossecução dos objectivos do Tratado e, designadamente, à realização do mercado comum.

É à luz daquilo que, sem pretensões excessivas, se poderá chamar a filosofia do Tratado, que deve ser entendido o artigo 226.º e, nomeadamente, o último período: «Devem escolher-se prioritariamente as medidas que impliquem o mínimo de perturbações no funcionamento do mercado comum». Quando, para evitar determinadas perturbações graves num Estado-membro, se mostre necessário suspender temporariamente, em benefício desse Estado, a aplicação desta ou daquela regra do Tratado, não só as medidas a

tomar devem ser estritamente conformes ao objectivo pretendido, que é permitir, o mais cedo possível, retomar o caminho em frente, mas, além disso, devem evitar cuidadosamente criar novos entraves nas relações comunitárias, onde a sua necessidade não se faz sentir; por outras palavras, o remédio deve corresponder exactamente ao diagnóstico.

Voltando ao caso em apreço, isto quer dizer que, tendo o crescimento súbito e maciço das importações italianas em França, resultante das primeiras medidas de aplicação do Tratado, sido reconhecido como a causa das dificuldades do mercado francês, era precisamente esta causa que deveria ser atacada. Se se tivessem estendido as medidas de protecção a outros países, cujas exportações para França não tinham seguido — nem de longe — o mesmo ritmo de expansão, ter-se-iam lesado sem necessidade os direitos que para estes países advinham das medidas de desarmamento aduaneiro já realizadas; ter-se-ia alargado de forma injustificada a protecção concedida à indústria francesa.

Encontram-se, aliás, no Tratado, exemplos de casos em que determinadas medidas tomadas a pedido de um Estado foram limitadas aos Estados onde existia a causa do dano e não alargadas automaticamente a todos os Estados-membros; tal sucede no caso previsto na lista F, posições 10.01 e 11.01, nota 1, c.

Evidentemente, também era necessário garantir que a aplicação da medida de protecção em relação a um único país não viesse favorecer abusivamente as importações dos outros países e, por outro lado, permitisse a manutenção de uma corrente de trocas entre a Itália e a França. Foi o que fez a Comissão, tendo-o explicado nos fundamentos da sua decisão e, se bem que se tratasse de uma questão de apreciação dependente do poder discricionário, sabemos, através dos quadros

apresentados, que, na verdade, as previsões da Comissão foram confirmadas pelos factos. Manteve-se uma importante corrente de trocas no que se refere às importações italianas em França e as importações dos outros países foram contidas nos limites anteriores, sem provocar distorções de concorrência em detrimento da Itália. O artigo 226.º foi legalmente aplicado.

B — *Preferência comunitária*

No que respeita à alegada violação do que se chama o princípio da preferência comunitária, seremos mais breves. Com efeito, o que acabámos de dizer no que se refere aos Estados-membros aplica-se também aos países terceiros.

Sem dúvida, é necessário tomar também em consideração as normas do GATT. Mas, apenas temos que tê-las em conta no âmbito do artigo 226.º do Tratado de Roma, isto é, em função do mercado comum.

Ora, a necessidade de respeitar as regras relativas ao estabelecimento da pauta aduaneira comum faz parte do conjunto de normas respeitantes ao mercado comum, sem que, como já dissemos, designadamente, referindo-nos ao artigo 115.º, exista a este propósito qualquer ordem de preferência, uma espécie de hierarquia de sacrifícios.

A Comissão devia, pois, assegurar-se apenas, como fez, de que as importações dos países terceiros, tal como as dos outros Estados-membros que não a Itália, não justificavam uma extensão a estes países da medida tomada relativamente às importações italianas em França. De facto, o preço à ex-

portação em França dos frigoríficos provenientes dos países terceiros mantêm-se superior ao dos frigoríficos italianos, acrescido do encargo. Nestas condições, não havia motivo para pôr em causa a aplicação da pauta externa comum, já aplicável aos produtos em questão, requerendo uma derrogação no âmbito do GATT. É este, com toda a evidência, o sentido que se deve dar ao penúltimo parágrafo dos considerandos da decisão impugnada.

Por outro lado, não se poderá acusar a Comissão de ter violado as normas do GATT, pelo facto de o encargo, acrescido do direito aduaneiro subsistente, exceder o montante dos direitos consolidados *entre a França e a Itália* no momento da entrada em vigor do Tratado. Com efeito, as partes contratantes no Tratado de Roma eram livres de decidir não aplicar mais *entre si* as normas do GATT; estavam apenas obrigadas a continuar a observá-las face a países terceiros: foi o que o Tribunal expressamente reconheceu no acórdão de 27 de Fevereiro de 1962, 10/61 (Colect. 1962-1964, p. 1), na interpretação do artigo 234.º do Tratado.

Para terminar, uma palavra sobre o fundamento de desvio de poder. Na fase escrita do processo, este fundamento parece referir-se a uma aplicação do artigo 226.º viciada de desvio de poder, tendo a Comissão invocado esta disposição para resolver um problema de *dumping* previsto especificamente no artigo 91.º Este fundamento não é de considerar, pois, como vimos, a Comissão nunca admitiu a existência de *dumping*, nem o Governo francês, aliás, se colocou neste terreno. Não existe litígio sobre este ponto e todo o desenvolvimento do processo mostra que a Comissão nunca invocou qualquer argumento e nunca se baseou num único facto relacionado com diferenças entre as práticas comerciais em causa na Itália e na exportação, isto é, em argumentos de *dumping*.

Na fase oral do processo, foi dito que, na realidade, a Comissão era acusada de ter querido conceder uma protecção aos produtores de frigoríficos dos países terceiros, com vista a permitir-lhes eliminar os concorrentes italianos no mercado francês.

Senhores Juizes, esta é uma acusação grave que não foi de forma alguma provada e que, objectivamente, como vimos, nada vem confirmar.

Em resumo, podemos dizer que o artigo 226.º confere à Comissão um verdadeiro poder de intervenção no funcionamento do mercado comum, para o exercício do qual foi chamada a proceder a uma arbitragem entre os três interesses divergentes de que falámos no

início das nossas observações: o da França, o da Itália e o do mercado comum.

Nenhum dos fundamentos invocados permite concluir que este poder tenha sido exercido de forma ilegal.

Por outro lado, e se bem que isto exceda a competência do Tribunal, devemos acrescentar que, em nossa opinião, esta arbitragem parece ter sido equitativa e de natureza a atingir os resultados esperados, isto é, a permitir à indústria francesa de frigoríficos superar uma crise difícil, sem comprometer seriamente os notáveis esforços desenvolvidos pela sua concorrente italiana. Se este optimismo se confirmar, quem fica a ganhar, em definitivo, é o mercado comum.

Concluimos:

— deve ser negado provimento ao recurso;

— as despesas devem ser suportadas pelo Governo da República Italiana.