

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 15 de Janeiro de 2004¹

1. No presente processo, a Comissão das Comunidades Europeias acusa a República Helénica de, ao aplicar sobre o *ouzo* um imposto especial de consumo com uma taxa inferior à que aplica a outras bebidas alcoólicas, não ter cumprido as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 90.º, primeiro parágrafo, do Tratado CE.

dos outros Estados-Membros imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidem, directa ou indirectamente, sobre produtos nacionais similares.

Além disso, nenhum Estado-Membro fará incidir sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas de modo a proteger indirectamente outras produções.»

I — Enquadramento jurídico

A — A regulamentação comunitária

2. Como se sabe, o artigo 90.º CE dispõe:

«Nenhum Estado-Membro fará incidir, directa ou indirectamente, sobre os produtos

3. A Directiva 92/83/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à harmonização da estrutura dos impostos especiais sobre o consumo de álcool e bebidas alcoólicas² (a seguir «Directiva 92/83»), distingue as bebidas alcoólicas em cinco secções, dedicadas cada uma delas a uma categoria: secção I «Cerveja» (artigos 1.º a 6.º); secção II «Vinhos» (artigos 7.º a 10.º); secção III «Bebidas fermentadas» (artigos 11.º a 15.º); secção IV «Produtos intermédios» (artigos 16.º a 18.º); e secção V «Álcool etílico» (artigos 19.º a 26.º).

1 — Língua original: italiano.

2 — JO L 316, p. 21.

4. O artigo 19.º da referida directiva dispõe: — as bebidas espirituosas que contenham produtos em solução ou não.»

«1. Os Estados-Membros aplicarão ao álcool etílico um imposto especial de consumo de acordo com as disposições da presente directiva.

6. De acordo com o artigo 21.º da directiva, os Estados-Membros são obrigados a aplicar «a mesma taxa de imposto especial de consumo a todos os produtos sujeitos ao imposto sobre o álcool etílico».

2. Os Estados-Membros estabelecerão as suas taxas de acordo com a Directiva 92/84/CEE.»

7. No entanto, o artigo 22.º da mesma directiva autoriza os Estados-Membros a «aplicar taxas reduzidas de imposto ao álcool etílico produzido por pequenas destilarias [...]» designadamente, desde que «quaisquer taxas reduzidas por eles estabelecidas sejam aplicadas de igual modo ao álcool etílico fornecido no seu território por pequenos produtores independentes situados noutros Estados-Membros».

5. Por sua vez, o artigo 20.º da mesma directiva estabelece:

«Para efeitos de aplicação da presente directiva, por 'álcool etílico' entendem-se:

8. Além disso, nos termos do artigo 23.º:

— os produtos com um teor alcoólico em volume superior a 1,2% vol. abrangidos pelos códigos NC 2207 e 2208, mesmo quando estes produtos constituam parte de um produto abrangido por outro capítulo da Nomenclatura Combinada,

«Os seguintes Estados-Membros podem aplicar taxas reduzidas inferiores à taxa mínima mas não inferiores em mais de 50% à taxa normal nacional do imposto sobre o álcool etílico aos produtos a seguir referidos:

— os produtos abrangidos pelos códigos NC 2204, 2205 e 2206 de teor alcoólico adquirido superior a 22% vol.,

1) A República Francesa, relativamente ao rum, tal como definido no n.º 4, alínea

a), do artigo 1.º do Regulamento (CEE) n.º 1576/89, produzido a partir de cana-de-açúcar colhida no local de manufatura, conforme estabelecido no n.º 3, ponto 1, do artigo 1.º do mesmo regulamento, com um teor em substâncias voláteis, excepto os alcoóis etílico e metílico, igual ou superior a 225 gramas por hectolitro de álcool puro e um teor alcoólico adquirido igual ou superior a 40% vol.;

«Para receber a denominação de *ouzo*, a bebida espirituosa anisada deve:

- ser elaborada exclusivamente na Grécia,
- ser obtida por lotagem de alcoóis aromatizados pela destilação ou maceiração com sementes de anis eventualmente de funcho, de mástique proveniente de um lentisco indígena da ilha de Quios (*Pistacia lentiscus Chia* ou *latifolia*) e de outras sementes, plantas e frutos aromáticos; o álcool aromatizado por destilação deve representar pelo menos 20% de título alcoométrico do *ouzo*.

2) A República Helénica, relativamente às bebidas espirituosas anisadas definidas no Regulamento (CEE) n.º 1576/89 que sejam incolores e apresentem um teor de açúcar igual ou inferior a 50 gramas por litro e em que, no mínimo, 20% do teor alcoólico adquirido do produto acabado seja composto por álcool aromatizado por destilação em alambiques tradicionais descontínuos de cobre com capacidade igual ou inferior a 1 000 litros.»

O referido destilado deve:

- ser obtido por destilação em alambiques tradicionais descontínuos de cobre com capacidade igual ou inferior a 1 000 litros,
- ter um título alcoométrico não inferior a 55% vol. e não superior a 80% vol. O *ouzo* deve ser incolor e apresentar um teor de açúcar igual ou inferior a 50 gramas por litro.»

9. Recorde-se, a propósito, que, anteriormente, o Regulamento (CEE) n.º 1576/89 do Conselho, de 29 de Maio de 1989, que estabelece as regras gerais relativas à definição, à designação e à apresentação das bebidas espirituosas³ (a seguir «Regulamento n.º 1576/89»), dispunha, no artigo 1.º, n.º 4, alínea o), n.º 3:

3 — JO L 160, p. 1.

10. Recorde-se ainda que a Directiva 92/84/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à aproximação das taxas de imposto especial sobre o consumo de álcool e bebidas alcoólicas (a seguir «Directiva 92/84») ⁴, não permite que os Estados-Membros apliquem taxas inferiores a um certo limite. Com efeito, nos termos do artigo 3.º, n.º 1:

A taxa reduzida pode ser inferior à taxa mínima do imposto, não podendo todavia ser inferior à taxa nacional normal do imposto sobre o álcool etílico em mais de 50%.»

B — As disposições nacionais

«A partir de 1 de Janeiro de 1993, as taxas mínimas do imposto especial sobre o álcool e o álcool contido em bebidas não referidas nos artigos 4.º, 5.º e 6.º serão fixadas em 550 ecus por hectolitro de álcool puro.»

12. A Grécia transpôs a Directiva 92/83 para o seu ordenamento jurídico através da Lei n.º 2127/93.

13. A referida lei estabelece a taxa de base do imposto especial de consumo em 293 709 GRD (equivalente a 861 949 euros) por cem litros de álcool puro, mas o seu artigo 26.º prevê uma redução de 50% da taxa de base aplicável ao *ouzo*.

11. Finalmente, refere o artigo 7.º, n.º 1, da mesma directiva:

II — Quadro factual e tramitação processual

«A República Helénica pode aplicar uma taxa reduzida do imposto especial sobre o álcool etílico consumido nos departamentos de Lesbos, Quios, Samos, do Duodecaneso e das Cíclades e nas seguintes ilhas do mar Egeu: Tassos, Ésporades Setentrionais, Samotrácia e Ésquiros.

14. Na sequência de algumas denúncias de particulares, que lamentavam a aplicação por parte das autoridades gregas de uma taxa de imposto especial de consumo sobre o *ouzo* mais favorável do que a aplicada a outras bebidas alcoólicas, como o gim, a vodka, o uísque, o rum, a tequilha e o arak, em 16 de Dezembro de 1998, a Comissão, após ter solicitado esclarecimentos às referidas autoridades, dirigiu-lhes uma carta de notificação

⁴ — JO L 316, p. 29.

de incumprimento, relativa à violação do artigo 90.º CE. Insatisfeita com as respostas recebidas, por parecer fundamentado de 10 de Agosto de 1999, convidou a Grécia a tomar as medidas necessárias à cessação da violação impugnada. Perante a recusa do referido Estado em acatar o parecer, em 6 de Dezembro de 2001, a Comissão propôs a presente acção no Tribunal de Justiça.

15. A Comissão e a República Helénica apresentaram observações escritas no Tribunal de Justiça.

16. Por carta de 4 de Abril de 2003, o Tribunal de Justiça solicitou à Comissão que esclarecesse se os argumentos que adoptou como fundamento da acção não equivalem a pôr em causa a validade do artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83. Também o Conselho foi convidado a apresentar observações sobre o assunto. Além disso, o Tribunal pediu à Comissão que esclarecesse como podia a Grécia transpor o referido artigo da directiva sem violar o artigo 90.º CE ou a Directiva 92/84, que estabelece as taxas mínimas aplicáveis ao álcool e às bebidas alcoólicas. Finalmente, convidou-a a indicar se a República Francesa tinha feito uso, e de que modo, da faculdade concedida pelo artigo 23.º, n.º 1, da Directiva 92/83.

17. Em resposta a estas questões, a Comissão e o Conselho apresentaram observações escritas, respectivamente em 17 de Abril e 5 de Maio de 2003.

18. A Comissão e a República Helénica participaram também na audiência realizada em 16 de Setembro de 2003.

19. Por requerimento que deu entrada no Tribunal de Justiça em 6 de Maio de 2002, o Reino Unido pediu para intervir em apoio das conclusões da Comissão. O pedido de intervenção foi admitido por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 25 de Julho de 2002. No entanto, o Reino Unido não apresentou observações escritas durante o processo, nem participou na audiência de 16 de Dezembro de 2003.

III — Análise jurídica

A — Quanto à inadmissibilidade da acção por intempestividade da fase pré-contenciosa

1. Síntese dos argumentos das partes

20. A Grécia afirma que adoptou em 1993 o regime fiscal impugnado em total conformi-

dade com o n.º 2 do artigo 23.º da Directiva 92/83 e que disso informou tempestivamente a Comissão nos termos do artigo 29.º da mesma directiva. Nessa ocasião, a Comissão não suscitou qualquer objecção e só em 28 de Abril de 1997 comunicou as suas dúvidas sobre a compatibilidade do referido regime com o artigo 90.º CE.

21. Ora, segundo o Governo grego, o facto de a Comissão, apesar de ter conhecimento desde finais de 1993 da disposição nacional controvertida, só alguns anos mais tarde ter dado início a um processo por infracção, constitui uma violação dos princípios da boa fé, da confiança legítima e da segurança jurídica.

22. A Comissão tem opinião diversa. De facto, esta última considera que dispõe de uma ampla margem de discricionariedade não só quanto ao momento para intentar a acção prevista no artigo 226.º, segundo parágrafo, CE, mas também quanto à oportunidade de desencadear o respectivo procedimento pré-contencioso. No caso em apreço, precisamente, considerou oportuno agir na sequência de uma denúncia por parte de terceiros interessados. Em qualquer caso, prossegue a Comissão, os Estados-Membros não podem justificar a manutenção de uma disposição nacional não conforme com as normas do Tratado invocando a eventual intempetividade da acção por incumprimento.

2. Apreciação

23. Quanto a este aspecto, parece-me que a tese da Comissão é mais fiel a uma orientação bem clara e constante da jurisprudência comunitária.

24. Como a própria Comissão efectivamente recordou, resulta da referida jurisprudência que dispõe do poder de apreciar se e em que data deve ser intentada a acção prevista no artigo 226.º, segundo parágrafo, CE⁵, e que lhe cabe sempre decidir se é oportuno iniciar a fase prevista no primeiro parágrafo do mesmo artigo, que precede e é funcional relativamente à contenciosa⁶. Parece-me evidente que nesta última afirmação não pode deixar de se incluir também o reconhecimento da discricionariedade da Comissão quanto ao início da fase pré-contenciosa.

25. Observe-se, por outro lado, que a tese do Governo grego equivale a impor um prazo para o exercício do poder de a Comissão dar início ao processo em questão e, portanto, uma limitação de tal poder que não encontra

5 — V., designadamente, acórdãos de 10 de Dezembro de 1968, Comissão/Itália (7/68, Colect. 1965-1968, p. 887); de 14 de Dezembro de 1971, Comissão/França (7/71, Colect., p. 391, n.ºs 5 a 6); de 10 de Abril de 1984, Comissão/Bélgica (324/82, Recueil, p. 1861, n.º 12); e, finalmente, de 10 de Maio de 1995, Comissão/Alemanha (C-422/92, Colect., p. I-1097, n.º 18).

6 — V., por exemplo, acórdão de 14 de Fevereiro de 1989, Star Fruit/Comissão (247/87, Colect., p. 291, n.º 11).

qualquer traço nos textos e que não pode ser deduzida implicitamente, ainda que em nome dos princípios da boa fé, da confiança legítima e da segurança jurídica.

B — *Quanto à questão prévia relativa à existência de uma disposição comunitária que autoriza a legislação nacional impugnada*

1. Síntese dos argumentos das partes

26. Acresce que o Tribunal de Justiça não ficou indiferente face às exigências subjacentes a tais princípios, visto que teve oportunidade de esclarecer que «em certas hipóteses, uma duração excessiva do processo pré-contencioso previsto no artigo 169.º [actual artigo 226.º CE] (mas, em minha opinião, o mesmo pode dizer-se do atraso excessivo no início do processo) é susceptível de aumentar, para o Estado demandado, a dificuldade de refutar os argumentos da Comissão e de, desse modo, violar os direitos da defesa»⁷.

29. Na resposta ao pedido de esclarecimentos formulado pelo Tribunal de Justiça em 4 de Abril de 2003 (v., *supra*, n.º 16), o Conselho, sem suscitar formalmente uma excepção de inadmissibilidade, alega que, com a presente acção, na realidade a Comissão não põe em causa a compatibilidade do comportamento do Governo grego com o direito comunitário, mas directamente a validade do artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83.

27. Incumbe porém ao Estado demandado demonstrar as dificuldades expressas e a sua incidência no exercício do direito de defesa. Mas, no caso em apreço, a Grécia não só não demonstrou como nem sequer invocou o argumento.

30. Em sua opinião, no entanto, isso não é compatível com o sistema das impugnações estabelecido no Tratado. Este, como esclareceu o Tribunal de Justiça, «distingue as acções previstas nos artigos 226.º CE e 227.º CE, que têm como objecto a declaração de que um Estado-Membro não cumpriu as obrigações que lhe incumbem, e os recursos previstos nos artigos 230.º CE e 232.º CE, cujo fim é a fiscalização da legalidade dos actos ou omissões das instituições comunitárias». Isto justamente porque as duas vias processuais prosseguem objectivos distintos e estão sujeitas a regras e condições diferentes⁸. Permitir que a Comissão conteste, no

28. Tendo em conta o que precede, considero pois infundado o presente fundamento de inadmissibilidade.

7 — Acórdão de 12 de Setembro de 2000, Comissão/Reino Unido (C-359/97, Colect., p. I-6355, n.º 28).

8 — Acórdão de 13 de Dezembro de 2001, Comissão/França (C-1/00, Colect., p. I-9989, n.º 101).

âmbito de uma acção por incumprimento, e, portanto, após o prazo referido no quinto parágrafo do artigo 230.º CE, a validade de um acto adoptado por uma outra instituição, não é compatível, prossegue o Conselho, com o princípio da segurança jurídica com base no qual os actos comunitários não podem ser discutidos indefinidamente.

31. Na resposta ao mesmo pedido de esclarecimentos formulado pelo Tribunal, a Comissão contesta as referidas deduções, asseverando que, com a presente acção, tem efectiva e unicamente em vista o comportamento do Governo grego e que, consequentemente, não pretende pôr, de algum modo, em causa a validade do artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83.

32. Para explicar as datas e as regras da sua iniciativa, a Comissão invoca o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Socridis. Deduz-se deste acórdão, segundo a demandante, que, mesmo que uma directiva comporte na sua transposição regras que sejam incompatíveis com o Tratado, não é ilegítima por isso. Sê-lo-á apenas se a margem de apreciação deixada aos Estados não for suficientemente ampla para lhes permitir transporem-na num sentido conforme com as exigências do Tratado⁹. Não é, porém, isto que acontece no caso em apreço, na medida em que o artigo 23.º, n.º 2, da

Directiva 92/83 não impõe, mas limita-se a permitir que a Grécia aplique uma taxa de imposto especial de consumo reduzida sobre o *ouzo*. Daí resulta que, não sabendo *a priori* como ou quando o Estado-Membro em causa tinha aplicado aquela disposição, a Comissão não podia pedir a anulação da mesma nos termos do artigo 230.º CE, ou accionar imediatamente aquele Estado.

33. A confirmar esta posição, a Comissão recorda que o décimo sétimo considerando da Directiva 92/83 dispõe que «as taxas reduzidas que os Estados-Membros estão autorizados a aplicar não devem conduzir a distorções de concorrência no mercado interno». Com este considerando — observa a Comissão — o Conselho transferiu para os Estados-Membros a responsabilidade de verificar se a aplicação de taxas reduzidas em favor de determinados produtos é compatível com o Tratado.

34. No presente caso, porém, incumbia à Grécia a responsabilidade de aplicar o artigo 23.º, n.º 2, da directiva de modo a não violar o direito comunitário, e isto — reconhece a Comissão — só era possível renunciando a utilizar a derrogação autorizada por essa disposição.

⁹ — Acórdão de 17 de Junho de 1999, Socridis (C-166/98, Colect., p. I-3791, n.º 19).

35. Quanto à objecção relativa ao tratamento diferenciado reservado à França, relativo à faculdade análoga conferida a este Estado pelo artigo 23.º, n.º 1, da Directiva 92/83 de aplicar uma taxa reduzida de imposto sobre o consumo do rum, a Comissão contrapõe que, nesse caso, a derrogação assenta no n.º 2 do artigo 227.º CE (actual artigo 299.º CE), que prevê a adopção pelo Conselho de medidas específicas destinadas a promover o desenvolvimento económico e social dos departamentos franceses ultramarinos¹⁰.

36. Posteriormente, na audiência, a Comissão insistiu que não era sua intenção pôr em causa, directa ou indirectamente (em particular, com uma excepção de invalidade a título do artigo 241.º CE), a legalidade do artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83. Em seu entender, no entanto, ainda que, no final, a presente acção tivesse uma incidência quanto a esse aspecto, não poderia, por essa razão, excluir o pleno exercício do poder que lhe é conferido pelo artigo 226.º CE, tanto porque o recurso de anulação e a acção por incumprimento têm objectivos distintos, como porque o Tratado não estabelece qualquer limite ao poder da Comissão de intentar uma acção por incumprimento, conferindo-lhe, pelo contrário, uma ampla

margem de discricionariedade. Mas sobretudo — e este parece-me o ponto central do raciocínio da Comissão — também porque expirou o prazo para interpor um recurso de anulação de um acto de direito derivado que confere uma derrogação, aquela tinha sempre o poder/dever de arguir a incompatibilidade com o Tratado dos comportamentos assentes nessa derrogação. Em seu entender, com efeito, a persistência de tais comportamentos também não pode ser justificada em nome do princípio da segurança jurídica.

37. De resto, recorda a Comissão, o Tribunal de Justiça já teve ocasião, no âmbito de reenvios prejudiciais, de interpretar uma norma do Tratado de modo a induzir o legislador a considerar ilegítimas disposições de direito derivado, baseadas naquela norma, e portanto a modificá-las. Isto designadamente no acórdão Barber¹¹, relativamente à faculdade conferida aos Estados-Membros pelo artigo 9.º, alínea a), da Directiva 86/378/CEE¹² de adiar a aplicação do princípio da igualdade de tratamento, referido no artigo 119.º do Tratado CEE (actual artigo 141.º CE) no tocante à fixação do limite da idade para a concessão das pensões de velhice. Naquele acórdão, tendo o Tribunal de Justiça afirmado que o artigo 119.º do Tratado CEE não admite esse tipo de

10 — A Comissão observa ainda que, com base no mesmo artigo do Tratado, o Conselho adoptou uma série de decisões (como a Decisão 2002/166/CE, de 18 de Fevereiro de 2002, JO L 55, p. 33) que permitem à República Francesa aplicar um regime fiscal mais favorável, derogando o artigo 90.º CE, ao rum proveniente dos departamentos franceses ultramarinos.

11 — Acórdão de 17 de Maio de 1990, Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group (C-262/88, Colect., p. I-1889).

12 — Directiva 86/378/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais de segurança social (JO L 225, p. 40).

derrogações, o Conselho considerou que algumas disposições da Directiva 86/378 eram parcialmente ilegítimas e, consequentemente, deviam ser modificadas¹³.

38. Por seu lado, a Grécia, que só na audiência pode pronunciar-se sobre o aspecto em discussão, partilha das objecções do Conselho e acrescenta que o regime fiscal impugnado transpõe literalmente o artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83; que a referida disposição não podia ser inserida na directiva sem prévia avaliação da sua compatibilidade com o Tratado; e que, de qualquer modo, o objectivo da mesma, isto é, a protecção de um produto regional e tradicional como o *ouzo* não podia ser prosseguido se — como pretende a Comissão — esta não pudesse ser, de algum modo, aplicável.

2. Apreciação

39. Referi, com alguma extensão, os argumentos das partes não só porque a questão agora invocada é, em meu entender, a questão central do presente processo, mas

13 — V. décimo quarto considerando da Directiva 96/97/CE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1996, que altera a Directiva 86/378/CEE do Conselho, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais de segurança social (JO L 46, p. 20).

também porque as posições das partes tornaram mais complexa a sua qualificação, no plano jurídico. Com efeito, poderia ser considerada uma questão de admissibilidade se se acusasse a Comissão (como parece fazer o Conselho) de, com a presente acção, ter visado contornar o alegado termo do prazo previsto no quinto parágrafo do artigo 230.º CE, para requerer a anulação do artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83. Caso contrário, se, por acaso, se discutisse efectivamente (como a Comissão declara pretender fazer) a licitude do comportamento do Governo grego e, portanto, a possibilidade de impugnar esse comportamento apesar da sua conformidade com a referida disposição, a questão seria de mérito e consequentemente determinaria o fundamento do recurso. E é precisamente devido à latente ambiguidade da questão que autonomizo a análise da admissibilidade da do mérito da acção.

40. Dito isto, creio que convém desfazer já essa ambiguidade, refutando, pelas razões que passo a ilustrar, a objecção do Conselho.

41. Tal objecção, como referi, tem origem na suposição de que, através do processo de infracção, a presente acção, na realidade, pretende pôr em causa a legitimidade do artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83.

42. Se fosse esse o objectivo da acção, seria fácil prognosticar o seu insucesso. Efectivamente, dever-se-ia alegar, como também fez o Conselho, que a Comissão se absteve de recorrer directa e tempestivamente da disposição da directiva em apreço, como facilmente poderia ter feito, visto que, tendo proposto o acto, era bem conhecedora do seu conteúdo e das suas implicações a partir do momento da sua adopção. Não podia pois reagir apenas muitos anos mais tarde, pondo em causa a legitimidade do acto por vias distintas das previstas pelo sistema, e ainda menos fazê-lo através de um processo, como o de infracção, que acabaria por atingir obliquamente não já o autor, mas o destinatário do acto, ou melhor, o primeiro através do segundo.

44. Como já recordei, no entanto, a Comissão rejeita firmemente todas as suspeitas de abuso de processo. O seu objectivo, repetidamente declarado, é unicamente obter a declaração da incompatibilidade da legislação grega em causa com o artigo 90.º CE. De algum modo, no entanto, pretende pôr em causa a legitimidade da directiva que a referida legislação transpôs.

45. Assim sendo, não vejo qualquer razão para não ter em conta estas especificações na identificação do objecto da presente acção, tanto mais que a Comissão faculta uma motivação específica sobre a questão.

43. Se então, por acaso, pretendia pôr em causa não o comportamento do Governo grego, mas o artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83, no qual se baseia tal comportamento, a presente acção devia ser declarada inadmissível precisamente porque utilizou de modo inadequado o sistema de recursos instituído pelo Tratado¹⁴.

46. Com efeito, alega que desencadeou o processo de infracção, em lugar de um recurso de anulação nos termos do artigo 230.º CE, porque, em sua opinião, no presente caso não está em causa a legitimidade da referida disposição da directiva, mas apenas o comportamento do Governo grego.

14 — Nesse sentido, v., ainda que pela referência a outras hipóteses de recurso, acórdão de 12 de Novembro de 1981, Brückner/Comissão e Conselho (799/79, Recueil, p. 2697, n.º 19), no qual o Tribunal de Justiça afirmou que «embora uma parte possa agir através de uma acção de indemnização sem estar obrigada por nenhuma disposição a pedir a anulação do acto ilegal que lhe causa prejuízo, não pode todavia contornar por esse meio a inadmissibilidade de um pedido que visa a mesma ilegalidade e tem os mesmos objectivos pecuniários». No mesmo sentido, v. acórdãos de 15 de Dezembro de 1966, Schreckenbergl (59/65, Recueil, p. 785, Colect. 1965-1968, p. 535), e de 12 de Novembro de 1981, Birke/Comissão (543/79, Recueil, p. 2669, n.º 28).

47. Segundo a Comissão, com efeito, a disposição em apreço não impõe à República Helénica que adopte a norma fiscal controvertida, antes a deixa livre de escolher se,

como e quando o fazer. É, pois, esta escolha, e não a disposição da directiva, que é objecto da acção; por este mesmo motivo, por outro lado, o processo de infracção não podia ser iniciado antes de o Governo grego ter feito essa escolha.

48. Devo, no entanto, observar que, ainda que acompanhando a perspectiva indicada pela Comissão, tenho muita dificuldade em seguir o seu raciocínio.

49. É certo que, do artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83, resulta claramente que a Grécia era livre de decidir *se e quando* exercer a faculdade atribuída; mas resulta com a mesma evidência que o referido Estado não era inteiramente livre de decidir *como* exercer essa faculdade.

50. Como efectivamente reconheceu a própria Comissão, a Grécia tinha diante de si a seguinte opção: ou valer-se simplesmente da derrogação que lhe é acordada pelo artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83, mas, nesse caso violaria (segundo o que alega agora a demandante) o artigo 90.º CE; ou fazer uma interpretação extensiva a todos os produtos similares e/ou concorrentes do *ouzo*, mas, nesse caso violaria a Directiva

92/84 que, como se disse (v., *supra*, n.º 10), impede, em princípio, os Estados-Membros de aplicarem taxas inferiores a uma taxa mínima.

51. Noutros termos, aderindo à tese da Comissão, a Grécia não tinha qualquer possibilidade de escolher como aplicar a disposição de modo compatível com as regras do Tratado (v. acórdão Socridis, *supra*, n.º 32); tinha apenas a paradoxal «liberdade» de não utilizar a derrogação que lhe é conferida por essa disposição. Segundo a Comissão, no entanto, é mesmo isso que o referido Estado deveria ter feito, por sua própria iniciativa, para evitar violar o artigo 90.º CE.

52. Ora, à parte o facto de, deste modo, se deixar de atribuir aos próprios destinatários de um acto a responsabilidade de avaliar se o comportamento por este autorizado é ou não legítimo, é de questionar por que motivo e com que base deveria o Governo grego considerar-se investido do poder/dever de efectuar autonomamente uma tal avaliação. Isto tanto mais que: é evidente que o legislador comunitário já tinha formulado essa avaliação por sua própria conta, autorizando formal e normalmente a derrogação; que a própria Comissão se tinha abtido de a contestar em tempo útil (e durante muito tempo ainda); que o significado da norma não se prestava a equívocos; que, além disso, outros Estados-Membros (como a França), qualquer que fosse a justificação, tinham

contextualmente e, em termos em tudo análogos, recebido autorização para invocar derrogações idênticas. E quanto ao mérito, não podia o Governo grego chegar a resultados diversos dos da Comissão quanto à legitimidade da derrogação, considerando, por exemplo (como, de facto, considera) que não há similitude entre o *ouzo* e os outros produtos em causa e que a diferença de tratamento autorizada pela derrogação é legitimada por exigências de protecção de um produto regional e tradicional? E se tivesse sido esse o seu juízo, quem, como e quando podia ou devia adverti-lo do contrário? A própria Comissão, se e quando se apercebesse disso?

porque é que a interdição anunciada no articulado da mesma directiva é expressamente rebatida em algumas disposições que prevêem aquelas taxas¹⁵ e omissa no artigo 23.º Mesmo o regime diferente confirma que o especificamente acordado pelo legislador comunitário à Grécia para o *ouzo* (como à França para o rum) é uma verdadeira derrogação das regras gerais da directiva.

53. Por outro lado, e continuando sempre na lógica da Comissão, não me parece que possa constituir uma espécie de embargo para o Governo grego a declaração do referido décimo sétimo considerando da directiva, segundo a qual, no caso de os Estados-Membros serem autorizados a aplicar taxas reduzidas, estas taxas «não devem conduzir a distorções de concorrência no mercado interno» (v., *supra*, n.º 33).

55. Não me parece, pois, que o juízo sobre a ilegitimidade da aplicação da derrogação tenha sido estabelecido para justificar aquela espécie de autoprotecção ao invés do que a Comissão pretendia da Grécia.

56. O que precede não é contradito pelo acórdão Barber, que a Comissão, em minha opinião inadequadamente, evoca em apoio da sua tese (v., *supra*, n.º 37). Recordo que, naquele caso, se pedia ao Tribunal de Justiça (não, pois, à apreciação unilateral de uma parte) que se pronunciasse a título prejudicial sobre o alcance de uma norma geral do

54. Na verdade, não é inteiramente evidente que este «considerando» se refira a todos os casos em que a directiva prevê a aplicação de taxas reduzidas. De facto, não se explica

15 — Veja-se, por exemplo, o artigo 4.º da Directiva 92/83, que, depois de autorizar, no n.º 1, os Estados-Membros a aplicar taxas reduzidas à cerveja fabricada por pequenas empresas, esclarece, no entanto, no n.º 3, que estes devem assegurar que as taxas reduzidas «sejam aplicadas de igual modo à cerveja fornecida no seu território por pequenas fábricas de cerveja independentes situadas noutros Estados-Membros» e que «os fornecedores individuais provenientes de outros Estados-Membros nunca sejam sujeitos a impostos superiores aos seus exactos equivalentes nacionais». Vejam-se também as disposições de igual teor no artigo 22.º, n.ºs 1 e 3, sobre a taxa reduzida aplicável ao álcool etílico produzido por pequenas destilarias (v., *supra*, n.º 7).

Tratado (o artigo 119.º do Tratado CEE). Em consequência dessa pronúncia, está há muito tempo limitado o alcance de uma directiva baseada na referida norma e, consequentemente, tornaram-se incompatíveis com ela os comportamentos dos Estados-Membros autorizados pela mesma directiva.

57. Ora, salvo as deduções que, em seguida (n.º 61), tirei de tal precedente, limito-me a sublinhar, para os efeitos agora em discussão, que o Tribunal de Justiça reconheceu que, na situação indicada, os Estados-Membros «podiam razoavelmente considerar» que a transposição da directiva era correcta e que portanto não podiam ser penalizados pelos comportamentos precedentes (n.º 43). Isto confirma que não incumbe aos Estados-Membros efectuar juízos de legitimidade sobre as normas comunitárias que lhes autorizam (naquele caso, em conjunto, menos inequivocamente do que no presente processo) determinados comportamentos.

58. A Comissão podia, no entanto, objectar (e, se compreendo bem, é mesmo isso que ela argumenta) que a presente acção pretende precisamente mostrar o que, em teoria, podia não ser claro para o Governo grego, em particular, pedindo que o Tribunal declare que esse Governo, ao utilizar a derrogação prevista pelo artigo 23.º, n.º 2, da directiva, teve um comportamento con-

trário ao Tratado. Daí a opção pelo processo de infracção, dado que este, diversamente do recurso de anulação, tem por objectivo precisamente o comportamento do Estado.

59. Parece-me, no entanto, que a referida argumentação é negada pela realidade dos factos. Como acabei de referir, com efeito, o comportamento do Governo grego era autorizado pela referida disposição da directiva, a qual não lhe deixava qualquer margem de apreciação. Portanto, o que a presente acção põe em causa não são as *regras de aplicação* do artigo 23.º, n.º 2, da directiva (cuja plena conformidade com a disposição não foi, de modo algum, contestada¹⁶), mas a *mera aplicação* de tal disposição e, portanto, apenas o facto do exercício do direito por esta conferido.

60. Continua, no entanto, a ser difícil compreender como a mera aplicação de uma disposição que confere um direito a um sujeito pode implicar uma violação do Tratado sem que seja posta em causa a própria legitimidade da disposição que constitui a base jurídica desse direito. Com efeito,

16 — Aliás, repito que o Governo grego tem sustentado desde o início, sem ser contestado, que a disposição nacional controvertida não é senão o resultado de uma mera transposição literal do artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83 para o ordenamento grego.

das duas uma: ou a disposição é legítima, mas então não pode deixar de o ser também o correcto exercício do direito por ela conferido; ou não o é, mas então falta a própria base jurídica desse direito, não (ou não só) a legitimidade do seu exercício. O que me parece difícil de sustentar, pelo contrário, é que a disposição seja legítima, mas não o seja o comportamento do sujeito que a ela plenamente se conforma.

directiva que o autorize, e que, em consequência, não se pode pôr em causa a licitude do primeiro sem ter antes contestado a legitimidade da outra.

61. O acórdão Barber, já referido, corrobora, de resto, esse raciocínio. Dele efectivamente resulta que, tendo sido suscitado um problema com os comportamentos dos Estados-Membros considerados naquele processo, em resultado da interpretação do Tribunal de Justiça, foram privadas do âmbito do artigo 119.º do Tratado CEE as disposições de direito derivado que os autorizavam. Antes mesmo dos comportamentos, são essas disposições que estão postas em causa. E, com efeito, como se viu (n.º 37), precisamente com base nisso, intervém o Conselho, sob proposta da Comissão, para lhe introduzir as necessárias modificações.

63. A Comissão, pelo contrário, como vimos (n.º 36), entende que aquele comportamento deve ser contestado autonomamente, independentemente da legitimidade da disposição comunitária na qual se funda, porque a sua persistência não pode justificar-se de modo algum, nem mesmo em nome do princípio da segurança jurídica. Não teria qualquer relevância, pois, o facto de essa disposição não ter sido posta em discussão e já o não poder ser, como neste caso, por ter expirado o prazo para um recurso de anulação.

62. Parece-me, pois, que mesmo este precedente confirma que não se pode prescindir do nexa existente entre o comportamento de um Estado-Membro e a disposição de uma

64. Semelhante pretensão é, em minha opinião, firmemente refutada, não só porque é contestada pelos argumentos lógicos atrás evocados (n.º 60) mas sobretudo porque permite as mais sérias e fundadas preocupações. Com efeito, acabaria inevitavelmente por introduzir no sistema graves elementos de insegurança e mesmo de desestabilização, dado que, deste modo, os destinatários de um acto comunitário nunca poderiam ter confiança nos efeitos jurídicos do acto e, em particular, nos direitos por ele conferidos.

65. Em suma, a tese da Comissão colide directamente com princípios consolidados e fundamentais do ordenamento comunitário, princípios que pretendia inexplicável e injustamente sacrificar em nome da inércia de quem pudesse questionar a legitimidade do acto. Refiro, como é claro, o princípio da segurança jurídica e o seu natural corolário: o princípio da presunção de legitimidade dos actos das instituições comunitárias.

67. No caso em apreço, no entanto, não se verificou nenhuma daquelas hipóteses porque, como diversas vezes referi, a legitimidade do artigo 23.º, n.º 2, da Directiva 92/83 não foi de modo algum posta em causa.

66. Como é sabido, por força desse princípio, os actos comunitários devem considerar-se legítimos, produzindo assim efeitos jurídicos, enquanto não forem revogados nos casos, nas formas e nos termos previstos pelos Tratados¹⁷: trate-se da revogação do acto pela própria instituição que o adoptou, do recurso de anulação do mesmo, da excepção incidental de invalidade do artigo 241.º CE ou da declaração de invalidade no âmbito de um processo prejudicial nos termos do artigo 234.º CE. Isto porque há que «salvaguardar a segurança jurídica, evitando que sejam indefinidamente postos em causa actos comunitários que produzem efeitos jurídicos»¹⁸.

68. Mas, se assim é, e se a disposição comunitária que autoriza o comportamento da Grécia deve presumir-se legítima e, como tal, deve poder desenvolver plenamente os seus efeitos jurídicos, daí resulta necessariamente, dado o que se disse, que há que considerar legítimo também o comportamento por ela autorizado, ou seja, a legislação nacional aqui posta em causa.

69. Deve então deduzir-se que a impugnação da Comissão não tem qualquer razão de ser e que, em consequência, a presente acção é desprovida de fundamento.

70. Dito isto, aliás, cabe ainda especificar, antes de concluir, que o que precede não pretende desvalorizar a questão de princípio subjacente à acção da Comissão e, designadamente, a procura de soluções apropriadas em casos, como o vertente, em que o resultado seria a manutenção de situações por ela consideradas contrárias a normas gerais do Tratado. O facto é, no entanto, que, se a Comissão, seja qual for o motivo, não pode exercer uma vigilância tempestiva relativamente a tais situações, poderá e

17 — V., a propósito, acórdãos de 12 de Julho de 1957, *Dineke e o./Alta Autoridade* (7/56, 3/57 a 7/57, Recueil, p. 81, Colect. 1954-1961, p. 157); de 15 de Junho de 1994, *Comissão/BASF e o.* (C-137/92 P, Colect., p. I-2555, n.º 48); e de 8 de Julho de 1999, *Chemie Linz/Comissão* (C-245/92 P, Colect., p. I-4643, n.º 93).

18 — Acórdão de 30 de Janeiro de 1997, *Wiljo* (C-178/95, Colect., p. I-585, n.º 19). V., também, acórdãos de 9 de Março de 1994, *TWD/Bundesrepublik Deutschland* (C-188/92, Colect., p. I-833, n.º 16), e de 15 de Fevereiro de 2001, *Nachi Europe* (C-239/99, Colect., p. I-1197, n.º 29).

deverá, no cumprimento da sua missão, procurar remediá-las, recorrendo a todos os instrumentos previstos pelo sistema, incluindo, eventualmente, como aconteceu depois do acórdão Barber, a apresentação duma proposta de modificação ou de supressão das disposições relevantes. Em contrapartida, não pode pretender, em nome dessa missão, alterar regras precisas e fundamentais do sistema, ainda que isso deva comportar o risco de que subsistem situações de legitimidade duvidosa. Aliás, esta seria uma hipótese não nova nem rara porque os ordenamentos jurídicos não são o reino da perfeição, mas das regras, e uma delas é precisamente o referido princípio da segurança jurídica.

71. Concluo, portanto, propondo ao Tribunal de Justiça que declare que a presente acção deve ser julgada improcedente por falta de fundamento.

C — Quanto ao mérito

72. A conclusão apresentada torna supérfluo o tratamento das questões relativas ao mérito da acção. No entanto, pelo cuidado de ser exaustivo, e a título subordinado, dedicarei

igualmente alguns desenvolvimentos a estas questões.

1. Síntese dos argumentos das partes

73. A Comissão acusa a Grécia de aplicar a favor do *ouzo*, isto é, da principal bebida alcoólica produzida na Grécia, uma taxa de imposto especial inferior em 50% à aplicada a bebidas como o gim, a vodka, o uísque ou o rum. Isto constitui uma discriminação proibida pelo artigo 90.º, n.º 1, CE, na medida em que a tributação discriminatória atinge bebidas que devem ser consideradas semelhantes entre si na acepção da referida norma.

74. Tal similitude decorre, antes de mais, da própria Directiva 92/83, que agrupou as bebidas indicadas na mesma categoria fiscal («álcool etílico»), na medida em que todas têm em comum uma elevada graduação alcoólica. Ora, segundo a Comissão, resulta também do acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-302/00¹⁹, que o facto de dois produtos pertencerem à mesma categoria fiscal constitui um indício da sua similitude, na acepção do artigo 90.º CE.

19 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 2002, Comissão/França (C-302/00, Colect., p. I-2055, n.º 27).

75. Nem, prossegue a Comissão, invocando os acórdãos do Tribunal de Justiça nos processos 171/78²⁰ e C-230/89²¹, que tratarei adiante, é suficiente para excluir a similitude entre as bebidas em causa a circunstância de serem diferentes os hábitos de consumo dos referidos produtos, no sentido de que o *ouzo* acompanha essencialmente a entrada ou o prato principal, enquanto as outras bebidas alcoólicas são consumidas como aperitivo ou digestivo.

entre as bebidas alcoólicas, porque, se assim fosse, nenhuma bebida poderia considerar-se similar a outra. Foi precisamente para evitar tal consequência que o Tribunal de Justiça declarou que a análise de similitude, na acepção do artigo 90.º CE, não se funda no critério da identidade mas no da analogia entre os produtos.

76. Pelo contrário, acrescenta a Comissão, a similitude entre o *ouzo* e as outras bebidas espirituosas decorre do facto de, tal como a maioria dessas bebidas, ser também proveniente da destilação de certas matérias-primas, ter aproximadamente a mesma graduação alcoólica (37,5%), responder às mesmas necessidades dos consumidores e poder ser consumido tanto puro como misturado.

78. Por outro lado, o próprio Tribunal de Justiça, no processo C-230/89²², refutou o argumento das autoridades gregas segundo o qual o *ouzo* e o uísque não são similares porque o primeiro é uma bebida tradicional da Grécia e, como tal, objecto de amplo consumo popular, enquanto o segundo é considerado pelo consumidor como produto de luxo.

77. É verdade, admite a Comissão, que a referida bebida apresenta certas diferenças relativamente a outras bebidas espirituosas, designadamente quanto ao seu gosto, associado à utilização de determinadas substâncias aromáticas e ao fabrico em tradicionais alambiques de cobre. Estas diferenças, no entanto, não podem ser consideradas determinantes para efeitos da análise da similitude

79. Em qualquer caso, o facto de o *ouzo* ser um produto tradicional não é suficiente, segundo a Comissão, para o distinguir das outras bebidas espirituosas referidas no artigo 1.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1576/89, uma vez que muitas dessas bebidas são igualmente fabricadas de modo tradicional e estão mais ou menos ligadas aos hábitos e aos modos de vida do país de origem.

20 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 1980, Comissão/Dinamarca (171/78, Recueil, p. 447).

21 — Acórdão de 18 de Abril de 1991, Comissão/Grécia (C-230/89, Colect., p. I-1909, n.º 9).

22 — Acórdão de 18 de Abril de 1991, Comissão/Grécia, já referido.

80. A Comissão observa que, se se verificar a subsistência da similitude entre os produtos em causa, a medida fiscal impugnada não pode ser justificada invocando o facto de, em tal hipótese, a própria Directiva 92/83 autorizar a aplicabilidade de taxas reduzidas. Com efeito, tais hipóteses só são admitidas na medida em que não comportem uma discriminação relativamente aos produtos provenientes de outros Estados-Membros. No caso em apreço, pelo contrário, a Grécia aplica uma taxa de imposto especial reduzida exclusivamente a favor de uma bebida alcoólica nacional, prejudicando os produtos similares provenientes de outros Estados-Membros.

81. Do mesmo modo, não se pode invocar, ainda com o objectivo de justificar a disposição grega em causa, o artigo 7.º da Directiva 92/84, porque é verdade que essa disposição permite que a Grécia aplique uma taxa de imposto especial reduzida em favor do álcool etílico consumido em determinadas regiões, mas é uma norma relativa ao consumo e não à produção da bebida e, além disso, não exclui do benefício os produtos provenientes dos outros Estados-Membros.

82. Opinião diametralmente oposta tem, obviamente, a Grécia, que contesta analiticamente a tese da Comissão com base em argumentos de que a seguir dou conta.

2. Apreciação

83. Antes de tomar posição sobre os argumentos das partes, devo sublinhar que, tanto na petição inicial como na réplica e na audiência, a Comissão refutou explicitamente que a presente acção tenha por objecto apenas a alegada violação do primeiro parágrafo do artigo 90.º CE.

84. Daí resulta que a única questão de mérito sobre a qual o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se na presente acção seja se o *ouzo* constitui ou não um produto similar às outras bebidas alcoólicas mencionadas pela Comissão, isto é, o uísque, o gim, o rum ou a vodca. Se assim for, não há qualquer dúvida de que a aplicação apenas em favor do *ouzo* de uma taxa de imposto especial reduzida constitui uma violação do primeiro parágrafo do artigo 90.º CE, visto que é, por definição, na acepção do artigo 1.º, n.º 4, alínea o), n.º 3, do Regulamento n.º 1576/89, um produto fabricado na Grécia (v., *supra*, n.º 9), enquanto o uísque, o gim, o rum ou a vodca são produtos predominantemente provenientes de outros Estados-Membros. Inversamente, se for excluído, ou não for suficientemente demonstrado que aqueles produtos são similares, a acção é declarada infundada e portanto improcedente, uma vez que ao Tribunal de Justiça não é pedido, nem a título subsidiário, que declare se o regime fiscal controvertido tem carácter proteccionista, violando o disposto no segundo parágrafo do mesmo artigo.

85. Sempre a título preliminar, observe-se ainda que as partes na presente acção invocam predominantemente a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que é efectivamente muito rica na matéria em causa. Aliás, refere-se normalmente a determinados produtos e portanto frequentemente ressentem-se das situações específicas, o que propiciou às partes a ocasião de invocar os mesmos precedentes num sentido ou noutro.

86. Dito isto, passo a apreciar os argumentos invocados, assumindo um ponto de partida que não me parece controverso. Resulta efectivamente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que há que apreciar a noção de «similitude» referida no primeiro parágrafo do artigo 90.º CE «[...] examinando se os produtos em causa apresentam propriedades análogas e satisfazem as mesmas necessidades dos consumidores, e isto em função de um critério não de identidade rigorosa, mas de analogia e de comparabilidade na utilização»²³.

87. Depois, em especial no que respeita à avaliação do carácter de similitude entre duas categorias de bebidas alcoólicas, «importa tomar em consideração, por um lado, um conjunto de características objectivas das duas categorias de bebidas, tais como a sua origem, os seus processos de fabrico, as

suas qualidades organolépticas, nomeadamente o seu gosto e o seu teor alcoólico e, por outro lado, o facto de as duas categorias de bebidas serem susceptíveis ou não de satisfazer as mesmas necessidades dos consumidores»²⁴.

88. Portanto, para que as duas categorias de bebidas alcoólicas possam ser consideradas similares na aceção do primeiro parágrafo do artigo 90.º CE, devem preencher duas condições: possuir «um conjunto de características objectivas» análogas e poder «satisfazer as mesmas necessidades dos consumidores».

89. Deduz-se ainda daquela jurisprudência, sempre com o mesmo objectivo, que não basta que esteja preenchida uma destas condições, devendo estar preenchidas as duas. Com efeito, o Tribunal de Justiça excluiu que duas bebidas que apresentem «características intrínsecas [...] fundamentalmente diferentes», como os processos de fabrico e as qualidades organolépticas, pos-

23 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 2002, Comissão/França, já referido, n.º 23. V., no mesmo sentido, acórdãos de 17 de Fevereiro de 1976, Rewe (45/75, Colect., p. 89, n.º 12), e de 11 de Agosto de 1995, Roders (C-367/93 e C-377/93, Colect., p. I-2229, n.º 27).

24 — Acórdão Roders, já referido, *ibidem*. V., no mesmo sentido, acórdãos de 4 de Março de 1986, Comissão/Dinamarca (106/84, Colect., p. 833, n.º 12), e de 4 de Março de 1986, John Walker (243/84, Colect., p. 875, n.º 11).

sam ser consideradas similares porque podem «prestar-se às mesmas formas de consumo»²⁵.

90. Aplicando agora esses princípios ao caso em apreço, observo, em primeiro lugar, que, no que respeita às características objectivas dos produtos em causa, é fácil verificar que tanto o *ouzo* como as outras bebidas em causa apresentam algumas analogias, como a graduação alcoólica elevada ou a origem agrícola do álcool que contém. No entanto, também é verdade que se distinguem claramente quanto a outros aspectos importantes, como o gosto, as matérias-primas utilizadas e os processos de fabrico.

91. De resto, a própria Comissão não contesta tais diferenças, mas alega que, se fossem determinantes para efeitos da aplicação do primeiro parágrafo do artigo 90.º CE, nenhuma bebida alcoólica poderia considerar-se similar a outra, enquanto o Tribunal de Justiça declarou, como se disse, que a análise de similitude não se funda no critério da identidade, mas no da analogia.

92. Recordo, no entanto, com o Governo grego, que a denominação de «*ouzo*» é reservada à bebida alcoólica produzida a partir das matérias-primas e segundo o

processo de fabrico descrito no artigo 1.º, n.º 4, alínea o), n.º 3, do Regulamento n.º 1576/89 (v., *supra*, n.º 9). Em especial, esta bebida é obtida mediante a utilização de sementes de anis e eventualmente de funcho, de mástique proveniente de um lentisco indígena da ilha de Quios, e de outras sementes, plantas e frutos aromáticos, mediante um processo de destilação em alambiques tradicionais descontínuos de cobre com capacidade igual ou inferior a 1 000 litros.

93. O *ouzo* é, pois, fabricado a partir de matérias-primas e mediante um método de fabrico que lhe atribuem propriedades organolépticas específicas e bem distinguíveis face às outras bebidas alcoólicas, cada uma das quais, por sua vez, como resulta do artigo 1.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1576/89, possui qualidades organolépticas bem determinadas²⁶. Consequentemente — e isto é também confortado pela experiência comum

26 — Na aceção do referido artigo, por exemplo, só pode ser denominado rum:

«[a] bebida espirituosa obtida exclusivamente por fermentação alcoólica e destilação, quer de melaços ou xaropes provenientes do fabrico do açúcar de cana quer do próprio sumo da cana-de-açúcar, e destilada a menos de 96% vol., de tal modo que o produto da destilação apresente de forma perceptível as características organolépticas específicas do rum» ou «[a] aguardente resultante exclusivamente da fermentação alcoólica e da destilação do sumo de cana-de-açúcar que apresente as características aromáticas específicas do rum e possua um teor de substâncias voláteis igual ou superior a 225 g/hl de álcool a 100% vol. [...]»

Ou ainda pode definir-se tisque:

«A bebida espirituosa obtida por destilação de um mosto de cereais:

- sacrificado pela diástase do malte que contém, com ou sem outros enzimas naturais,
- fermentado pela acção da levedura,
- destilado a menos de 94,8% vol., de tal modo que o produto da destilação tenha um aroma e um gosto provenientes das matérias-primas utilizadas, e envelhecida durante pelo menos três anos em cascos de madeira com uma capacidade inferior ou igual a 700 litros».

25 — Acórdão John Walker, já referido, n.º 12 e 13.

—, mesmo o seu gosto não só não é idêntico, como não pode sequer ser considerado análogo ao das outras bebidas mencionadas.

94. Recordo, a este propósito, que, noutra ocasião, o Tribunal de Justiça afirmou que, se bem que o vermute tenha uma graduação alcoólica equiparável aos vinhos de frutos tranquilos, «[t]odavia, convém ter em conta o facto de o vermute não ser fabricado a partir das mesmas matérias-primas que os vinhos de frutos, dado que ao vinho de uvas é adicionado não somente álcool etílico, mas também uma pequena quantidade de uma mistura de plantas que confere ao vermute o seu gosto particular». Daqui resulta «que as qualidades organolépticas do vermute não correspondem às dos vinhos de frutos tranquilos e que essas duas categorias de bebidas satisfazem necessidades diferentes dos consumidores»²⁷.

95. Além disso, mesmo quanto a essas exigências, elementos ulteriores parecem confirmar a diferença entre as bebidas em causa. Como efectivamente sublinhou o Governo grego, sem ser contestado pela Comissão, o *ouzo* é consumido sobretudo para acompanhar as refeições (em especial, o peixe e os petiscos tradicionais gregos), predominantemente por pessoas de idade superior a 45 anos e em locais tradicionais (como as tabernas, os cafés-restaurantes ou

as «ouzerias»), enquanto o uísque, o gim, o rum e a vodca são unicamente consumidos fora das refeições ou, se junto a estas últimas, como digestivos ou aperitivos, principalmente por pessoas de idade compreendida entre os 18 e os 44 anos e em locais que servem unicamente bebidas (como bares, *pubs* e discotecas). A este propósito, recordo que, segundo o Tribunal de Justiça, os vinhos de tipo licoroso, como o vinho de Xerez e o vinho da Madeira, que são «habitualmente consumidos [...] como aperitivos e [...] como vinhos de sobremesa», não são equiparáveis aos vinhos de mesa, que «satisfaz[em] [...] necessidades diferentes dos consumidores»²⁸.

96. Segundo a Comissão, no entanto, os hábitos dos consumidores não são determinantes para efeitos da apreciação da similitude referida no primeiro parágrafo do artigo 90.º CE. A esse propósito, como já referi (v., *supra*, n.º 75), invoca os acórdãos Comissão/Dinamarca, 171/78, e Comissão/Grécia, C-230/89.

97. No que respeita ao primeiro, a Comissão cita a passagem em que o Tribunal de Justiça afirma que, ainda que «na Dinamarca a

27 — Acórdão Roders, já referido, n.º 33.

28 — *Ibidem*, n.º 32.

aguardente seja escolhida pelos consumidores para acompanhar determinados pratos típicos, isso não exclui que a referida bebida possa servir para outros usos e seja assim, pelo menos em parte, substituível por um número indeterminado de outros tipos de aguardente²⁹».

98. Todavia, esta afirmação deve ser lida em conjunto com a contida na frase imediatamente seguinte, em que o Tribunal de Justiça acrescenta que «[p]ode, pois, afirmar-se que, na medida em que não são bebidas similares à aguardente, para efeitos do primeiro parágrafo do artigo 95.º [actual artigo 90.º CE], as bebidas alcoólicas objecto da taxa de imposto mais elevada são pois produtos concorrentes com ela, na acepção do segundo parágrafo do artigo 95.º CE [actual artigo 90.º CE]»³⁰. Do que precede, em minha opinião, deduz-se que os hábitos dos consumidores podem também ser irrelevantes para efeitos da apreciação da relação de concorrência referida no segundo parágrafo do artigo 90.º CE, embora isso não implique necessariamente que o sejam igualmente para efeitos da análise da relação de similitude nos termos do primeiro parágrafo do mesmo artigo.

99. As mesmas considerações são, em minha opinião, válidas relativamente ao outro

acórdão citado pela Comissão — o acórdão Comissão/Grécia — no qual o Tribunal de Justiça também dirimiu o caso que lhe foi submetido, avaliando-o contextualmente relativamente aos primeiro e segundo parágrafos do artigo 90.º CE. Assim, quando, no n.º 9 do acórdão, o Tribunal afirma «não ser admissível, para efeitos de medir o grau de substituição possível entre as bebidas, atender apenas aos hábitos de consumo de um Estado-Membro ou de determinada região»³¹, não diz se se refere à (ou principalmente à) irrelevância dos hábitos dos consumidores para efeitos da análise da relação de similitude entre aquelas bebidas. Ao contrário, é mais plausível, atenta também a fórmula utilizada, que pretenda referir-se-lhes para (ou principalmente para) efeitos da análise da relação de concorrência abrangida pelo segundo parágrafo do artigo 90.º CE.

100. Pela mesma razão, não creio que seja decisivo o facto de a Comissão invocar o mesmo acórdão para sustentar que, nele, o Tribunal de Justiça reconheceu a existência de uma relação de similitude entre o *ouzo* e o *uísque*. Longe de se deter, naquela sede, a avaliar se o *ouzo* e o *uísque* são bebidas similares, o Tribunal limitou-se a afirmar que «no âmbito das bebidas espirituosas há um número indefinido de bebidas que devem ser qualificadas como produtos similares, na

29 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 1980, Comissão/Dinamarca, já referido, n.º 35.

30 — *Ibidem*. O sublinhado é meu.

31 — Acórdão de 18 de Abril de 1991, Comissão/Grécia, já referido. O sublinhado é meu.

acepção do primeiro parágrafo do artigo 95.º [actual artigo 90.º CE], e, mesmo quando não seja possível reconhecer a existência de um grau suficiente de semelhança entre os produtos em causa, *existem, porém, traços comuns suficientemente nítidos para se admitir a existência de uma relação de concorrência, pelo menos parcial ou potencial*³². E só com base nessa premissa, acrescentou depois que «[o] facto de o *ouzo* ser considerado uma bebida tradicional helénica, objecto de amplo consumo popular, enquanto que o uísque é tido pelo consumidor como um produto de luxo, não tem qualquer relevância para este efeito»³³.

101. Parece-me, pois, que, em definitivo, as bebidas em causa se distinguem entre si tanto quanto às características intrínsecas, como o gosto, as matérias-primas utilizadas e os processos de fabrico, como quanto ao aspecto das exigências dos consumidores.

102. Depois, não considero concludente a objecção de que o *ouzo* e as outras bebidas alcoólicas em causa pertencem à mesma categoria fiscal («álcool etílico»), abrangida pelos artigos 19.º e seguintes da Directiva 92/83.

103. Com efeito, também me parece, como ao Governo grego, que a circunstância referida não pode, por si só, constituir um elemento decisivo para deduzir que aqueles produtos são similares na acepção do primeiro parágrafo do artigo 90.º CE. Como efectivamente resulta dos terceiro e quarto considerandos da directiva, aquela categoria fiscal baseia-se essencialmente na pauta aduaneira comum, a qual, segundo jurisprudência já consolidada, pode constituir um indício, mas não a prova da similitude entre produtos³⁴.

104. Além disso, em minha opinião, a referida conclusão também não é desmentida pelo acórdão do processo C-302/00³⁵, citado pela Comissão em apoio dos seus argumentos (v., *supra*, n.º 74). No referido acórdão, com efeito, para determinar se os cigarros de tabaco claro e os de tabaco escuro eram produtos similares, o Tribunal de Justiça baseou-se principalmente na consideração de que esses produtos apresentam propriedades análogas e satisfazem as mesmas necessidades dos consumidores (v. n.ºs 24 a 26 do acórdão), enquanto só a título acessório se referiu ao facto de aqueles produtos terem um tratamento fiscal uniforme e pertencerem à mesma subposição da

32 — Acórdão de 18 de Abril de 1991, Comissão/Grécia, já referido, n.º 8. O sublinhado é meu.

33 — *Ibidem*, n.º 9.

34 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 27 de Fevereiro de 1980, Comissão/França (169/78, Recueil, p. 347, n.º 31); de 15 de Julho de 1982, Cogis (216/81, Recueil, p. 2701, n.º 8); e de 4 de Março de 1986, Comissão/Dinamarca (106/84, Recueil, p. 833, n.º 17).

35 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 2002, Comissão/França, já referido.

nomenclatura combinada. (v. n.ºs 27 e 28 do acórdão).

tido oposto. Por outro lado, como já recordei, a Comissão não procurou verificar se, a título subordinado, entre aquelas bebidas subsiste uma relação de concorrência na acepção do segundo parágrafo da referida disposição.

105. Por outro lado, que as bebidas alcoólicas pertencentes à categoria fiscal «álcool etílico» não são necessariamente similares entre si parece-me ainda dedutível, como sublinhou o Governo grego, do facto de tal categoria abranger também bebidas com um teor alcoólico significativamente inferior ao do *ouzo* (cujo teor alcoólico é de cerca de 37,5% vol.). Na acepção do artigo 20.º da Directiva 92/83, com efeito, recaem nessa categoria «os produtos com um teor alcoólico em volume superior a 1,2% vol. abrangidos pelos códigos NC 2207 e 2208 [...]», bem como «os produtos abrangidos pelos códigos NC 2204, 2205 e 2206 de teor alcoólico adquirido superior a 22% vol.». Isto confirma que os produtos abrangidos por esta categoria não são necessariamente similares, uma vez que não é possível equiparar bebidas alcoólicas que tenham, por exemplo, respectivamente, um teor alcoólico de 2%, 24% e 37,5% vol.

107. Ora, é sabido que, «é jurisprudência constante que, no quadro de uma acção por incumprimento, cabe à Comissão provar o incumprimento alegado». Em especial, «[é] a Comissão que deve apresentar ao Tribunal os elementos necessários para que este verifique a existência desse incumprimento, não podendo fundamentar-se numa qualquer presunção»³⁶; caso contrário, a acção não pode ser julgada procedente.

108. Isto é o que, em minha opinião, se verifica no presente caso. Há, pois, que deduzir que a presente acção não é fundada, sendo improcedente.

106. Em conclusão, parece-me que nenhum dos argumentos invocados pela Comissão é adequado para demonstrar irrefutavelmente que as bebidas em causa são similares na acepção do primeiro parágrafo do artigo 90.º CE; em contrapartida, subsistem elementos objectivos que depõem em sen-

36 — Acórdão de 6 de Novembro de 2003, Comissão/Reino Unido (C-434/01, Colect., p. I-13239, n.º 21), onde figuram outras referências. V., no mesmo sentido, acórdãos de 16 de Dezembro de 1992, Comissão/Grécia (C-210/91, Colect., p. I-357, n.º 22); de 9 de Setembro de 1999, Comissão/Alemanha (C-217/97, Colect., p. I-5087, n.º 22); e de 14 de Dezembro de 2000, Comissão/França (C-55/99, Colect., p. I-1499, n.º 30).

IV — Quanto às despesas

condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a República Helénica requerido a condenação da Comissão e tendo em conta o que foi dito quanto ao resultado da acção, consideramos que se deve acolher o pedido.

109. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é

V — Conclusões

110. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que:

- 1) A acção é improcedente por falta de fundamento.

- 2) A Comissão é condenada nas despesas.