

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

L. A. GEELHOED

apresentadas em 7 de Setembro de 2004<sup>1</sup>

I — Introdução

1. A questão principal nestes dois processos prende-se com a validade do artigo 8.º da Directiva 2001/37/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Junho de 2001, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco (a seguir «directiva de 2001»)<sup>2</sup>. O processo C-434/02 tem origem num pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgericht (tribunal administrativo) Minden (Alemanha) e o processo C-210/03 num pedido de decisão prejudicial submetido pela High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division.

2. Nos termos do disposto no artigo 8.º da directiva, os Estados-Membros devem proibir a comercialização dos tabacos destinados a uso oral, sem prejuízo do disposto no

artigo 151.º do acto de adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia. O «snus» pode continuar a ser comercializado na Suécia.

3. Estes processos podem ser vistos como resultado do processo C-491/01 British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco<sup>3</sup> no qual o Tribunal de Justiça conhece da validade da directiva, em geral. Tal apreciação não revelou qualquer elemento susceptível de afectar a validade da directiva. Todavia, vistos os termos do pedido prejudicial submetido nesse processo pelo órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal de Justiça não procedeu a uma análise específica do artigo 8.º da directiva.

4. O artigo 8.º da directiva proíbe a comercialização de um produto do tabaco que é utilizado apenas em pequena escala na União Europeia, designadamente num Estado-Membro (a Suécia), mas permite a comercialização dos outros produtos do tabaco mais comuns, sob condições bastante rígidas. Como foi alegado no Tribunal de Justiça e

1 — Língua original: inglês.

2 — JO L 194, p. 26

3 — Acórdão de 10 de Dezembro de 2002 (Colect., p. I-11453).

está comprovado por numerosos estudos científicos, o consumo do tabaco destinado a uso oral é menos prejudicial para a saúde do que fumar cigarros ou charutos.

— a proibição do tabaco destinado a uso oral é compatível com o princípio da proporcionalidade?

5. Um aspecto que importa ter em consideração nestes casos é o facto de a proibição do tabaco destinado a uso oral ter sido estabelecida em 1992, como parte de um conjunto coerente de medidas de luta antitabaco. A proibição explica-se pelo facto de dizer respeito a produtos não comercializados no mercado comunitário e que podem exercer uma atracção particular junto dos jovens. A proibição foi confirmada pela directiva de 2001, a despeito de se terem verificado algumas alterações significativas das circunstâncias. Em primeiro lugar, deu-se a adesão à União Europeia da Suécia, país onde o consumo de «snus» é tradicional e generalizado. Em segundo lugar, a política comunitária relativa aos produtos do tabaco sem combustão com excepção do tabaco destinado a uso oral evoluiu num sentido de maior moderação, em contraste com a política relativa aos cigarros.

— em que medida o direito comunitário exige a igualdade de tratamento de produtos similares?

— o legislador comunitário cumpriu a obrigação de fundamentar a proibição?

6. Neste contexto, Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre as seguintes questões:

— pode a proibição total da comercialização de certos produtos assentar no artigo 95.º CE?

7. Nos casos em apreço foi também posta em causa a aplicabilidade de outros princípios jurídicos, em especial pelas demandantes. Mencionem-se, em primeiro lugar, os direitos fundamentais protegidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, nomeadamente o direito de propriedade e a liberdade de exercer uma actividade comercial ou de praticar actos de comércio e, em segundo lugar, a liberdade de escolha dos consumidores, se estes não puderem optar por produtos do tabaco menos nocivos. Estes pontos podem ser apreciados por referência ao acórdão que recai no processo C-491/01 e outra jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a restrições à liberdade de circulação de mercadorias, pelo que não os abordarei nas presentes conclusões.

8. Outro argumento apresentado pelas demandantes diz respeito à própria liberdade de circulação de mercadorias, devido ao facto de o «snus» ser legalmente comercializado num Estado-Membro. Como as demandantes afirmam, o facto de o «snus» ser legalmente comercializado na Suécia constitui um impedimento à realização do mercado interno. Todavia, como esse impedimento se deve à existência de um Tratado, designadamente o Tratado de adesão da Suécia, o Tribunal de Justiça não tem que apreciar se o impedimento pode ser justificado por motivos de interesse público.

## II — Enquadramento jurídico

9. A proibição da comercialização do tabaco destinado a uso oral foi consagrada pela Directiva 92/41/CEE do Conselho, de 15 de Maio de 1992 (a seguir «directiva de 1992»), que alterou a Directiva 89/622/CEE relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de rotulagem dos produtos do tabaco (a seguir «directiva de 1989») <sup>4</sup>.

10. O artigo 8.º A da directiva de 1989 (na versão alterada em 1992) dispõe que os Estados-Membros proibirão a comercialização do tabaco destinado a uso oral. Nos termos do artigo 2.º, n.º 4, «tabaco destinado

a uso oral» designa «todos os produtos que se destinam a uso oral constituídos total ou parcialmente por tabacos sob forma de pó ou de partículas finas ou qualquer combinação destas formas, nomeadamente os que se apresentam em doses individuais ou pacotes porosos ou sob forma que evoque um género alimentício, com excepção dos produtos para fumar ou mascar». Esta definição manteve-se inalterada na directiva de 2001 e inclui o «snus» <sup>5</sup>.

11. Segundo o preâmbulo da directiva de 1992, a proibição do tabaco destinado a uso oral baseia-se nas seguintes considerações sobre os riscos para a saúde inerentes aos produtos em causa:

- está provado que os produtos do tabaco sem combustão apresentam um risco considerável de cancro;
- segundo o parecer dos peritos científicos, a dependência causada pelo consumo do tabaco constitui um perigo que justifica a inclusão de uma advertência específica nos produtos do tabaco;

4 — JO L 158, p. 30.

5 — V. n.º 4 do artigo 2.º da directiva de 2001.

- alguns produtos do tabaco destinados a uso oral, recentemente surgidos no mercado de Estados-Membros, exercem uma atracção particular junto dos jovens;
  - a menos que se tomem medidas restritivas em tempo útil, existe o risco real de estes novos produtos para uso oral serem utilizados sobretudo pelos jovens, gerando uma dependência da nicotina;
  - em conformidade com as conclusões dos estudos do Centro Internacional de Investigação sobre o Cancro, os tabacos para uso oral são caracterizados pela presença de quantidades particularmente elevadas de substâncias cancerígenas e estes novos produtos provocam, designadamente, cancro da boca;
  - a única medida apropriada é a proibição total; no entanto, tal proibição não deve ser aplicável aos produtos de tabaco para uso oral, de longa tradição;
12. Como a base jurídica da directiva de 1992 é o artigo 100.º-A do Tratado CE (que, passou, após alteração a artigo 95.º CE), o preâmbulo também faz referência ao mercado interno, explicitando, nomeadamente, que «as proibições de colocação no mercado já introduzidas por três Estados-Membros no que diz respeito a estes tabacos têm uma incidência directa no estabelecimento e no funcionamento do mercado interno».
13. A directiva de 1989 (na versão de 1992) foi revogada e substituída pela Directiva 2001/37. Como já foi dito na introdução às presentes conclusões, o artigo 8.º da directiva proíbe a comercialização do tabaco destinado a uso oral, com uma derrogação para o caso da Suécia. O preâmbulo da directiva não fundamenta a proibição, a não ser com a referência ao facto de a Directiva 89/622 proibir a comercialização de certos tipos de tabaco destinado a uso oral (com uma derrogação para o caso da Suécia).
14. Na República Federal da Alemanha, o artigo 8.º-A da Directiva 89/622 foi transposto para o direito interno pelo § 5 A do regulamento alemão sobre produtos do tabaco<sup>6</sup>, que proíbe a comercialização dos produtos do tabaco destinados a qualquer outro uso oral que não seja mascar ou fumar.

6 — Verordnung über Tabakerzeugnisse (Tabakverordnung).

15. No Reino Unido, a proibição foi posta em prática pelo Tobacco for Oral Use (Safety) Regulations 1992 (a seguir «regulamento de 1992») que dispõe que «ninguém pode fornecer, propor ou aceitar fornecer e expor ou possuir para fornecimento qualquer tipo de tabaco destinado a uso oral». O regulamento de 1992 entrou em vigor ao abrigo da competência de direito interno atribuída pelo Consumer Protection Act 1987.

16. Por último, refira-se a regulamentação relativa à rotulagem dos produtos de tabaco sem combustão não abrangidos pela proibição de comercialização. Nos termos da directiva de 1992, as embalagens individuais de produtos de tabaco sem combustão devem apresentar a seguinte advertência: «Provoca cancro». No entanto, de acordo com a directiva de 2001, é suficiente a exibição de uma advertência menos radical. Segundo dispõe o n.º 4 do artigo 5.º desta directiva, «os produtos do tabaco destinados a uso oral, nos casos em que a sua comercialização é permitida nos termos do artigo 8.º, e os produtos do tabaco sem combustão devem apresentar a seguinte advertência: 'Prejudica a saúde e causa dependência'». O preâmbulo da directiva de 2001 não dá qualquer justificação para esta alteração.

### III — Matéria de facto e tramitação processual

A — *Processo C-434/02*

17. A demandante Arnold André GmbH & Co. KG, com sede na Alemanha, comercializa, além de charutos e de tabaco para cachimbo, produtos do tabaco sem combustão, incluindo uma variedade de produtos abrangidos pela designação «snus».

18. Por decisão de 12 de Setembro de 2002, o Landrat des Kreises Herford, demandado no processo principal, proibiu a demandante de colocar em circulação, para fins de comercialização, os produtos do tabaco com as denominações «Röda Lackett-«snus»», «Ljunglöfs Ettan-«snus»» e «General «snus»», da empresa importadora Swedish Match. Simultaneamente, obrigou a demandante à retirada interna dos produtos, ameaçou-a de coimas em caso de infracções e ordenou a execução imediata da sua decisão. A demandante impugnou esta decisão em 27 de Setembro de 2002.

19. Por despacho de 14 de Novembro de 2002, inscrito no registo do Tribunal de Justiça em 29 de Novembro de 2002, o Verwaltungsgericht Minden apresentou um pedido de decisão prejudicial sobre a validade do artigo 8.º da directiva.

B — *Processo C-210/03*

20. A primeira demandante, Swedish Match AB, é uma empresa sueca que exerce a actividade de fabrico e distribuição de produtos do tabaco para uso oral conhecidos pela designação «snus». A segunda demandante, Swedish Match AB UK Ltd exerce a actividade de venda por grosso e a retalho de produtos do tabaco no Reino Unido.

21. Em 21 de Maio de 2002, as demandantes intentaram uma acção de fiscalização da legalidade da proibição do «snus» e apresentaram um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE relativamente a um determinado número de questões atinentes aos fundamentos da contestação.

22. Na sequência de audiência que teve lugar em 15 e 16 de Outubro de 2002, a High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division (tribunal administrativo) autorizou as demandantes a solicitarem a fiscalização da legalidade, tendo as partes posteriormente acordado na apresentação de um pedido de decisão prejudicial. Por despacho de 2 de Abril de 2003, inscrito no registo do Tribunal de Justiça em 15 de Maio de 2003, a High Court of Justice submeteu uma série de questões para decisão prejudicial. Em síntese, essas questões dizem respeito à interpretação dos artigos 28.º CE e

30.º CE, à validade da proibição estabelecida pelo artigo 8.º da directiva de 2001 e às consequências da possível invalidade do regulamento de 1992.

C — *Os dois processos*

23. Em 8 de Junho de 2004, o Tribunal de Justiça realizou uma audiência comum aos dois processos. Nessa audiência foram apresentadas observações pelas demandantes em ambos os processos, pelo demandado no processo C-434/02, pelos Governos do Reino Unido, da França, da Irlanda e da Finlândia, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho e pela Comissão. Foram ainda apresentadas observações escritas pelos Governos da Bélgica e da Suécia.

**IV — Primeira observação preliminar: o acórdão proferido no processo C-491/01 não dá resposta cabal à questão da validade do artigo 8.º**

24. No acórdão proferido no processo C-491/01 o Tribunal de Justiça concluiu — após apreciação da directiva, na generalidade — que a sua análise não revelou qualquer elemento susceptível de afectar a validade da Directiva 2001/37.

25. Nas observações escritas, a Comissão explica que o objectivo da directiva é evitar que, a nível nacional, sejam adoptadas normas diferentes relativamente ao uso do tabaco. Ao proibir o «snus», o artigo 8.º evidencia apenas um dos aspectos da prossecução desse objectivo. Pode-se questionar se é efectivamente esse o objectivo principal da directiva, que prevê uma série de medidas destinadas a combater o tabagismo. Porém, o argumento não é relevante para a questão suscitada pela Comissão: ao apreciar a directiva na generalidade, o Tribunal de Justiça apreciou especificamente a validade do artigo 8.º?

26. Se a resposta for afirmativa, a validade do artigo 8.º da directiva não admite qualquer dúvida razoável. O Tribunal de Justiça pode responder às questões submetidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais mediante simples remissão para o acórdão C-491/01.

27. Contudo, no meu entender, não é por aí que o Tribunal de Justiça deve enveredar. Tal como o Tribunal de Justiça, aceito que as questões em causa no processo C-491/01 diziam respeito à directiva em geral. No entanto, considero ser mais importante o facto de os argumentos apresentados nesse caso se referirem quase exclusivamente aos artigos 3.º, 5.º e 6.º da directiva. O mesmo é verdade no tocante à apreciação do Tribunal

de Justiça, que se prendeu quase exclusivamente com aqueles três artigos. O que esteve em causa foram as medidas da directiva relativas à composição e rotulagem dos cigarros, que considero nucleares em termos económicos e de importância para a saúde pública.

28. O Tribunal de Justiça não apreciou o artigo 8.º da directiva, que deve ser entendido como uma disposição especial destinada a proibir a comercialização de um produto específico. A meu ver, a validade do artigo 8.º pode ser apreciada independentemente da validade das outras disposições da directiva. Embora em minha opinião a directiva contenha um conjunto coeso de medidas destinadas a combater o tabagismo, cada medida pode produzir efeitos *per se*, sem ser afectada pela anulação das outras.

29. Em suma, não é correcto interpretar o acórdão proferido no processo C-491/01 no sentido de que se refere à validade de cada uma das disposições individuais da directiva. Recordem-se, a propósito, os termos utilizados pelo próprio acórdão: «O exame da primeira questão não revelou qualquer elemento susceptível de afectar a validade da Directiva 2001/37.»

**V — Segunda questão preliminar: o n.º 4 do artigo 2.º indica os produtos proibidos**

30. Na tramitação no Tribunal de Justiça, a demandante no processo C-434/02 questiona o rigor da definição dos produtos proibidos. As suas dúvidas baseiam-se:

— no preâmbulo da directiva de 1992, onde se afirma que a proibição não deve ser aplicável aos produtos do tabaco para uso oral de longa tradição;

— na afirmação de que não existe diferença entre o tabaco para mascar ou para chupar;

— numa pretensa disparidade entre as versões linguísticas alemã e inglesa.

31. No que se refere ao preâmbulo da directiva de 1992, como se disse, a directiva de 2001 não reproduz o texto citado. Todavia, na falta de fundamentação ade-

quada da directiva de 2001, entendo que as considerações subjacentes ao texto do preâmbulo da directiva de 1992 permanecem válidas, embora sejam irrelevantes para os casos em apreço. Na verdade, a definição de um produto deve constar de uma disposição legal específica e não de um preâmbulo. As disposições em causa (n.º 4 do artigo 2.º da directiva de 1992 e n.º 4 do artigo 2.º da directiva de 2001) não fazem distinção entre produtos tradicionais e não tradicionais, mas distinguem os produtos consoante o seu uso.

32. Mais adiante, nas presentes conclusões, ocupar-me-ei das observações apresentadas ao Tribunal de Justiça relativamente à diferença no uso do tabaco para mascar e do tabaco para chupar. Como já foi dito, não se pode ignorar que é frequente o tabaco para mascar ser chupado e não mascarado. Porém, esse facto não é relevante para determinar o âmbito da proibição. A directiva distingue de acordo com o uso previsto e não com o uso efectivo.

33. Por último, não creio que exista uma real disparidade entre as versões linguísticas inglesa e alemã. O texto alemão utiliza a expressão «die zum [...] Kauen bestimmt sind» (destinados a serem mascarados).

34. Nestes termos, concluo que o n.º 4 do artigo 2.º define o âmbito da proibição e que o texto é suficientemente claro.

## VI — Contexto: esclarecimentos sobre o «snus»

### A — Observação de carácter geral

35. A análise dos aspectos jurídicos dos casos em apreço só faz sentido conhecendo alguns dos antecedentes de facto. O que é o «snus»? Quem o utiliza? Que efeitos na saúde pública tem o uso do «snus»? A importância destes aspectos é demonstrada pelo número e volume da documentação submetida ao Tribunal de Justiça. Essa documentação destina-se a apoiar os pontos de vista diametralmente opostos defendidos nos presentes casos. Com efeito, pretendem provar uma de duas coisas: ou que a proibição do «snus» é benéfica para a saúde pública ou que é prejudicial.

### B — O que é o «snus», como é usado e quem o usa?

36. Em primeiro lugar, observo que, o despacho de reenvio no processo C-210/03

descreve do seguinte modo a substância e forma física do «snus»: «o tabaco é apresentado sob várias formas. As categorias subdividem-se, normalmente, em tabaco para 'fumar' e tabaco 'sem combustão' (que inclui o 'snus'). O tabaco 'sem combustão' inclui o tabaco para 'mascar', rapé para inalar, rapé humidificado e uma grande variedade de outros produtos. Todos estes produtos consistem em folhas de tabaco esmagadas ou trituradas, com algum tipo de substância aromática. A este respeito, os produtos são bastante idênticos. No entanto, existem diferenças entre os produtos, devido ao tipo do tabaco usado, ao modo como este é tratado e aos aditivos aromáticos utilizados, que têm um efeito significativo nos níveis de nitrosaminas e de benzopireno específicos do tabaco, substâncias consideradas cancerígenas. O 'snus' apresenta reconhecidamente teores muito baixos de nitrosaminas e de benzopireno, em comparação com muitos outros produtos do tabaco sem combustão, que são autorizados» .

37. Nos termos da legislação comunitária, o «snus» é uma subespécie do «tabaco destinado a uso oral». O «tabaco destinado a uso oral» contém essencialmente a mesma substância que o tabaco para «mascar», com a diferença de não ser comprimido em placas e de as partículas do tabaco terem uma dimensão diferente. Além disso, o «tabaco destinado a uso oral» contém mais água.

38. Ao contrário do que se afirma no despacho de reenvio do processo C-210/03, foi salientado no Tribunal de Justiça — e não

contestado pelas demandantes — que o «snus» apresenta um teor de nitrosaminas relativamente elevado. As nitrosaminas são uma substância cancerígena. Foi igualmente alegado no Tribunal de Justiça que o teor de nicotina também é bastante elevado. O Conselho afirma, por exemplo, que um grama de «snus» contém 8 a 10 miligramas de nicotina. A nicotina é tóxica, sobretudo quando em contacto com a pele e causa dependência.

39. A minha segunda observação diz respeito ao uso do «snus». As demandantes afirmaram no Tribunal de Justiça que o «snus» é comparável aos «produtos de tabaco para mascar», que não são abrangidos pela proibição do artigo 8.º da directiva de 2001. Os produtos do tabaco para «mascar» consistem frequentemente em tabaco triturado, comprimido em placas que são colocadas na boca, mais concretamente na cavidade bucal, entre o lábio e a gengiva. Muitos produtos apresentados como «tabaco para mascar» não se destinam realmente a ser mascarados e, nalguns casos, nem sequer podem sê-lo. Alguns produtos do tabaco «para mascar» incluem até uma advertência aos consumidores no sentido de «não mascar». O tabaco é mantido entre o lábio e a gengiva ou simplesmente rolado na cavidade bucal. Esta forma de consumo é idêntica à dos produtos do tabaco para mascar apresentados sem qualquer advertência.

40. A diferença de uso entre o «snus» e o tabaco para mascar já foi amplamente

discutida no Tribunal de Justiça. Em síntese, o debate girou em torno da alegação da demandante, de que os produtos vendidos como tabaco para mascar não são realmente mascarados e podem até não ser destinados a mascar. A meu ver, o debate pouca relevância tem para a resolução dos presentes casos, dada a definição do produto constante da directiva de 2001. O determinante é saber se o produto do tabaco se destina a ser mascarado. Se um produto de tabaco sem combustão for comercializado como «tabaco para mascar» mas, ao mesmo tempo for evidente que o produto não se destina a ser mascarado, é abrangido no âmbito da proibição prevista no artigo 8.º da directiva de 2001. Se realmente se destinar a ser mascarado é, segundo a directiva, um produto diferente, que pode ser legitimamente comercializado.

41. Em terceiro lugar, quem são os utilizadores? No território da Comunidade Europeia, o «snus» só pode ser comercializado na Suécia. Aproximadamente 20% da população masculina na Suécia consome «snus» com regularidade. De início, o «snus» não era muito usado pelas mulheres, mas nos últimos anos estas têm vindo a consumi-lo com uma frequência cada vez maior. O que atrai as mulheres é a apresentação de embalagens de «snus» sob a forma de «saquetas de chá», que torna mais limpa a sua utilização. Quanto à média de idades dos consumidores e aos seus (anteriores) hábitos tabágicos, a Comissão apresentou elementos demonstrativos de que, em 1976, o rapé humidificado era consumido por 10% dos suecos do sexo masculino com idades compreendidas entre os 18 e os 24 anos, percentagem essa que em 1986 aumentou para 37% dos indivíduos com idades compreendidas entre os 16 e os 24 anos.

42. O elemento mais relevante no que toca ao uso do «snus» é que — na Suécia — o seu consumo é generalizado e o produto exerce uma atracção particular junto dos jovens. Tal como o Parlamento Europeu alegou na audiência destes casos, tem um efeito «relaxante». Neste aspecto, é diferente de outros produtos do tabaco para uso nasal e para mascar, já que — citando uma afirmação da Comissão, que não foi refutada — na prática, estes produtos «só têm mercado em certos grupos socioprofissionais (tripulantes de navios, mineiros e alguns sectores das forças armadas) e regiões». Além disso, este mercado decaiu gradualmente no decorrer do século XX.

- consequências para a saúde: o consumo de «snus» provoca doenças graves, como o cancro?
- confronto com os riscos para a saúde derivados do consumo de outros tipos de tabaco, designadamente fumar e o consumo do tabaco para mascar, produto do tabaco sem combustão que não é proibido;

43. Em resumo, o «snus» pode ser comparado com outros produtos do tabaco sem combustão, tanto do ponto de vista da sua substância e da sua apresentação física como do modo de usar. A principal diferença reside nos grupos de consumidores.

- trata-se de um substituto ou de um ponto de partida? A acessibilidade do «snus» incentiva as pessoas a deixar de fumar ou o seu consumo não tem qualquer relação com o tabagismo ou ainda, o que é pior, o «snus» exerce uma atracção particular junto dos jovens que não fumam, diminuindo o seu limiar de abstinência do consumo e dependência da nicotina?

*C — Qual é a periculosidade do «snus»?*

44. Nesta matéria, as alegações apresentadas no Tribunal de Justiça divergem. Em minha opinião, há que distinguir três aspectos:

45. Começemos pelas consequências para a saúde. Nos documentos apresentados ao Tribunal de Justiça apontam-se várias doenças relacionadas com o consumo do «snus». Em especial, o «snus» é associado ao cancro da boca. Segundo as razões aduzidas pelo legislador comunitário, foi esta associação

que, *inter alia*, levou à proibição do «snus». O preâmbulo da directiva de 1992 cita estudos realizados pelo Centro Internacional de Investigação sobre o Cancro (CIIC).

46. As demandantes refutam a exactidão destes estudos uma vez que, alegam, incidiram essencialmente em produtos oriundos dos Estados Unidos da América e da Ásia. O relatório do CIIC baseou-se sobretudo num estudo sobre rapé «seco», que não é comparável ao «snus» devido às diferenças no padrão de consumo e nas características do tabaco, resultantes do processo de tratamento. O relatório do CIIC não teve em conta os efeitos do «snus» porque, na altura, não existiam estudos suficientemente aprofundados sobre a possível relação entre o «snus» e o cancro da boca. Ao invés, segundo as demandantes, estudos mais recentes apontam para a inexistência de uma relação entre o consumo de «snus» e o cancro da boca.

47. Note-se que esta alegação das demandantes não é partilhada pelas outras partes que apresentaram observações no Tribunal de Justiça, nem teve qualquer apoio na audiência. Em síntese, os estudos referidos pelas demandantes devem ser interpretados de modo mais equilibrado: efectivamente, reconhecem a existência de um risco acrescido de cancro da boca resultante do consumo intensivo do «snus». Além disso,

a Comissão refere um estudo recente da Universidade de Uppsala<sup>7</sup> no qual se afirma que os cancros da boca diagnosticados nalguns doentes foram de facto causados pelo uso do «snus». Acresce ainda que foram apresentados no Tribunal de Justiça documentos nos quais se afirma que os consumidores de tabaco sem combustão correm um risco mais elevado, *inter alia*, de morte, por doenças cardiovasculares, do que os não consumidores de tabaco. Para mais, ninguém afirma taxativamente que o «snus» é inócuo. Contém um teor bastante elevado de nicotina, suficiente para causar dependência.

48. O segundo aspecto exige um confronto com os riscos para a saúde resultantes do consumo de outros produtos do tabaco não proibidos. Não há dúvida de que o tabagismo tem efeitos lesivos da saúde dos fumadores. As demandantes alegam que os dados disponíveis demonstram, à sociedade, que os cigarros são bem mais nocivos do que o «snus». Referem mesmo cálculos segundo os quais os cigarros são 100 vezes mais nocivos do que o «snus» e que os tabacos suecos sem combustão são 90% a 99% menos nocivos do que os cigarros. Mencionam um estudo recente de membros do Tobacco Advisory Group do Royal College of Physicians of London (2002) segundo o qual o uso do tabaco sem combustão «é cerca de 10 a 1 000 vezes menos perigoso do que o hábito de fumar». Embora se possa questionar a exactidão destes números, a afirmação parece ser pacífica, nomeadamente quanto à circunstância de os cigarros serem muito mais nocivos do que o «snus». Segundo um

7 — Hirsch, J.-M., e o., *Oral Cancer in Swedish Snuff-Dippers*, apresentado pela Comissão no Tribunal de Justiça.

estudo científico citado pelas demandantes no processo C-210/03, «o snuff é um mini-monstro em comparação com os cigarros».

49. Resumindo os dois primeiros aspectos acima referidos, o «snus» é um produto em si mesmo prejudicial para a saúde do consumidor, mas muito menos nocivo do que os cigarros.

50. Esta conclusão leva-me ao terceiro aspecto. Para determinar se a proibição do «snus» constitui um contributo adequado para a saúde pública, é essencial que se analise em mais pormenor a relação entre o consumo do «snus» e o hábito de fumar cigarros. Como acima se perguntou, o «snus» é um substituto do hábito de fumar ou, pelo contrário, um ponto de partida para adquirir esse hábito?

51. É possível argumentar que o «snus» é sobretudo um substituto do hábito de fumar. Deixar de fumar não é fácil, como muitas pessoas sabem por experiência própria, de modo que quem tem esse hábito pode ser incentivado a perdê-lo se encontrar uma alternativa atractiva no mercado. A este respeito, o facto de o «snus» conter nicotina

pode até ser benéfico para a saúde pública. Os argumentos das demandantes apontam nesse sentido. Forneceram ao Tribunal de Justiça estatísticas demonstrativas de que a Suécia, onde o consumo de «snus» é generalizado entre os indivíduos do sexo masculino, apresenta índices baixos, a nível internacional, de doenças relacionadas com o consumo de tabaco, entre os indivíduos do sexo masculino. Assinalam também que a percentagem de fumadores na Suécia é extremamente baixa em comparação com a de outros Estados-Membros e defendem que existe uma relação directa com o hábito sueco de consumir «snus». Todavia, a validade desta última asserção é questionável pois, como assinala o Governo finlandês, as estatísticas relativas ao tabagismo são comparativamente baixas na Finlândia, apesar de neste país não ser generalizado o uso de «snus» ou de uma alternativa similar.

52. O raciocínio oposto baseia-se na premissa de que o efeito de substituição não é substancialmente relevante. O uso do «snus» não evita que as pessoas fumem e — pior ainda — a existência de «snus» no mercado exerce uma atracção particular junto dos jovens que, em circunstâncias diferentes, não consumiriam tabaco. Segundo este ponto de vista, o «snus» reduz o limiar de abstinência do consumo de tabaco. Segundo a Comissão alega nas suas observações escritas, o «snus» deve ser considerado um ponto de partida para fumar produtos do tabaco.

53. Ambas as posições foram defendidas no Tribunal de Justiça nos casos em apreço. As demandantes nos dois processos e o Governo sueco defendem a primeira tese, ao passo que os outros governos intervenientes e as instituições comunitárias optam pela segunda. Em minha opinião, as duas teses podem ser defendidas concomitantemente. Uma não exclui a outra. O «snus» pode ser considerado um substituto do tabagismo na medida em que ajude as pessoas a deixar de fumar mas, ao mesmo tempo, exerce uma atracção particular junto dos jovens que (ainda) não fumam nem tencionam começar a fumar. Além disso, ambas as teses têm sustentação no facto de o «snus» ser comercializado como um produto que exerce uma atracção particular junto dos jovens, ao contrário do tradicional tabaco para mascar.

54. Não é fácil determinar qual o efeito predominante. Em especial, quando os jovens se sentem atraídos pelo «snus» mas não adquirem o hábito de fumar, tal não significa que se o «snus» não estivesse disponível no mercado os jovens começariam a fumar. A experiência da Suécia pode fornecer algumas indicações mas estas não são inequívocas, como provam as estatísticas referentes ao tabagismo na Suécia e na Finlândia.

## VII — A política da União Europeia (e dos Estados-Membros) no sector do tabaco

55. Como tem sido repetidamente realçado pelo Conselho<sup>8</sup>, a política de controlo do consumo de tabaco assenta numa política geral de luta antitabaco, através de medidas abrangentes. As acções desenvolvidas pela Comunidade Europeia e pelos Estados-Membros procuram ser complementares.

56. A política no sector tabaco coloca naturalmente a ênfase no tabaco destinado a ser fumado e não no tabaco sem combustão. Com os anos, as medidas contra o tabagismo têm vindo a tornar-se cada vez mais severas. Esta tendência deve-se não só ao reconhecimento, cada vez mais generalizado, dos efeitos nocivos do tabagismo, mas também à evolução das atitudes sociais para com o tabagismo e os fumadores.

57. Nas conclusões que apresentei no processo C-491/01 British American Tobacco<sup>9</sup>,

8 — Recomendação do Conselho, de 2 de Dezembro de 2002, relativa à prevenção do tabagismo e a iniciativas destinadas a reforçar a luta antitabaco (JO L 22, p. 31) e anteriores documentos do Conselho, referidos na recomendação.

9 — Referido na nota 3, n.º 60 das conclusões.

assinalei que a política se apoia em dois pilares. O primeiro pilar contém medidas que visam, tanto quanto possível, desencorajar o consumo de tabaco, tendo em especial atenção os jovens; o segundo pilar refere-se a medidas destinadas a restringir, tanto quanto possível, os efeitos nocivos do tabagismo.

59. O alcance da política comunitária de luta antitabaco tem limites, pois está sujeita aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão relativo à publicidade dos produtos do tabaco<sup>11</sup>. Além da política comunitária, os Estados-Membros também definiram as suas políticas próprias impondo, *inter alia*, limites à venda de produtos do tabaco e restringindo os espaços onde ainda é permitido fumar.

58. No que se refere ao primeiro pilar, o objectivo de desencorajar o consumo de tabaco tem expressão no artigo 5.º da directiva de 2001, que contém disposições relativas à rotulagem dos produtos do tabaco para fumar. Como é sabido, todas as unidades de embalagem dos produtos do tabaco devem apresentar sérias advertências. Além disso, a Directiva 2003/33<sup>10</sup> restringe a publicidade e a promoção dos produtos do tabaco. O artigo 3.º da directiva de 2001 constitui um exemplo do segundo pilar, impondo teores máximos de alcatrão, de nicotina e de monóxido de carbono.

60. É importante registar que tanto a Comunidade como os Estados-Membros têm vindo a reforçar as medidas relativas ao uso de produtos de tabaco. Ainda assim, não foi aplicada a medida mais restritiva de todas: a proibição total dos produtos de tabaco. Como a Comissão afirmou, esta medida poder-se-ia justificar pelos perigos resultantes do tabagismo, mas seria impraticável por razões de ordem política e fiscal. Por meu lado, diria antes que uma proibição total dos produtos do tabaco ainda não é viável. Porém, dada a evolução da postura social relativamente ao tabagismo e aos fumadores, é bem possível que a situação venha a mudar nos próximos anos.

10 — Directiva 2003/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco (JO L 152, p. 16). Esta directiva substituiu a Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco (JO L 213, p. 9), que foi anulada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 5 de Outubro de 2000, República Federal da Alemanha/Parlamento Europeu e Conselho dito «Publicidade do tabaco» (C-376/98, Colect. p. I-8419).

11 — V. nota 10.

61. Em resumo, a Comissão apresenta duas séries de razões pelas quais o legislador comunitário não procedeu como seria de esperar se fosse tida em consideração apenas a protecção da saúde dos consumidores de tabaco (e a saúde dos fumadores «passivos»).

limites impostos pelo princípio da proporcionalidade.

62. As razões de ordem prática invocadas são claras. A proibição total dos produtos de tabaco pode implicar custos de aplicação exagerados, sem conseguir que as pessoas deixem de fumar, pois provavelmente surgiria um mercado ilegal.

### **VIII — Apreciação: a proibição total de certos produtos pode basear-se no artigo 95.º CE?**

#### *A — O âmbito da competência comunitária de acordo com o artigo 95.º CE*

63. No contexto dos casos em apreço, entendo que a segunda série de argumentos (razões de ordem política e fiscal) merece mais atenção. Como é sabido, em certa medida a política governamental relativa ao tabaco foi sempre ambígua. As imposições fiscais sobre os produtos do tabaco são uma fonte de receita pública e o fabrico e distribuição dos produtos do tabaco geram emprego. É óbvio que a importância destes argumentos é muito menos importante no caso de produtos de escasso valor económico. Nesses casos, o legislador não tem que se preocupar com os elevados custos económicos de uma opção política de fundo como a proibição total dos produtos. Pode não proceder à análise custo/benefícios e até limitar-se a uma avaliação dos efeitos sobre a saúde da medida prevista, respeitando os

64. O artigo 95.º CE é a base jurídica genérica das medidas que têm como objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. Segundo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo C-491/01, a medida tem que contribuir efectivamente para «a eliminação de entraves à livre circulação de mercadorias ou à livre prestação de serviços ou ainda para a supressão de distorções da concorrência. Há que lembrar também que, embora o recurso ao artigo 95.º CE como base jurídica seja possível a fim de evitar o aparecimento de obstáculos futuros às trocas comerciais

resultantes da evolução heterogénea das legislações nacionais, o aparecimento desses obstáculos deve ser verosímil e a medida em causa deve ter por objecto a sua prevenção»<sup>12</sup>.

65. Este raciocínio implica a existência de dois requisitos: é necessário que se verifiquem entraves (ou, ao menos, entraves sérios e iminentes) à liberdade de circulação e que a medida comunitária contribua para a eliminação desses entraves. Um olhar mais atento sobre estes requisitos permite descortinar uma analogia com os critérios utilizados pelo Tribunal de Justiça ao apreciar as competências dos Estados-Membros, ao abrigo dos artigos 28.º CE e 30.º CE, para proibir ou restringir a livre circulação de mercadorias (ou, ao abrigo dos artigos 52.º CE e 59.º CE, de serviços). As medidas têm que ser justificadas por razões imperativas de interesse geral e ser de natureza adequada para garantir a realização do objectivo prosseguido<sup>13</sup>. No entanto, o exercício da competência ao abrigo do artigo 95.º CE tem que ser justificado por deficiências do próprio mercado interno.

66. Nos casos em apreço, não há dúvida de que o primeiro requisito se encontra preenchido, pois é evidente que há um risco real de as legislações nacionais evoluírem em

sentidos divergentes. Como refere o preâmbulo da directiva de 1992, três Estados-Membros<sup>14</sup> proibiram a venda desses produtos do tabaco. Se a proibição tivesse sido levantada a nível comunitário quando a directiva de 2001 foi adoptada, os próprios Estados-Membros poderiam ter proibido autonomamente o «snus», mas sem qualquer garantia de coordenação entre eles no exercício das suas competências.

67. Nesta parte das conclusões analisarei o segundo requisito, a saber, a proibição de comercialização de certos produtos ao abrigo do artigo 95.º CE. Debruçar-me-ei, em especial, sobre:

— a prática legislativa;

— os limites estabelecidos no acórdão relativo à publicidade dos produtos do tabaco;

— a proibição de produtos;

12 — N.ºs 60 e 61 do acórdão (C-491/01).

13 — V. critérios extraídos do acórdão de 30 de Novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colect., p. I-4165).

14 — A Bélgica, a Irlanda e o Reino Unido.

- a legalidade do artigo 8.º da directiva de 2001.

## B — A prática legislativa comunitária

68. O legislador comunitário só raramente tem imposto uma proibição total da comercialização de determinados produtos. Nas suas observações escritas e orais, o Governo francês citou três exemplos. Em primeiro lugar, referiu a Directiva 76/768 respeitante aos produtos cosméticos<sup>15</sup>. Esta directiva proíbe a comercialização de produtos cosméticos que contenham certas substâncias ou agentes conservantes. Não proíbe na generalidade a comercialização de certos tipos de produtos cosméticos como, por exemplo, os que se destinem a ser aplicados de determinado modo. Ainda assim, a directiva prevê a adaptação dos requisitos à evolução da técnica. Uma das consequências dessa adaptação é a possibilidade de alguns produtos serem retirados do mercado. A Directiva 76/769 que se refere a algumas substâncias e preparações perigosas<sup>16</sup> instituiu um sistema com efeitos semelhantes para a comercialização de produtos.

15 — Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos (JO L 262, p. 169; EE 15 F1 p. 206).

16 — Directiva 76/769/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à limitação da colocação no mercado e da utilização de algumas substâncias e preparações perigosas (JO L 262, p. 201; EE 13 F5 p. 208).

69. O terceiro exemplo referido pelo Governo francês é a Directiva 2001/83 que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano<sup>17</sup>. Esta directiva regulamenta sobretudo as condições que têm de ser preenchidas antes da comercialização dos medicamentos: nenhum medicamento pode ser introduzido no mercado num Estado-Membro sem que para tal tenha sido emitida pela autoridade competente desse Estado-Membro uma autorização de introdução no mercado. A autorização de comercialização só pode ser concedida depois da avaliação de um produto, atendendo a diversos aspectos.

70. As directivas citadas pelo Governo francês dizem respeito, *inter alia*, à substância dos produtos. Podem levar à proibição da comercialização de certos produtos, se estes contiverem substâncias ilícitas. Embora nenhuma das disposições referidas proíba expressamente uma categoria específica de produtos, todas elas são comparáveis ao artigo 8.º da directiva de 2001, no que toca ao resultado. Não permitem a comercialização legal de certas categorias de produtos, em determinadas condições.

17 — Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano (JO L 311, p. 67).

71. É de registar que, mesmo nos termos do artigo 95.º CE, quando estão em causa esquemas relativos a produtos específicos, designadamente substâncias perigosas como os estupefacientes e psicotrópicos<sup>18</sup> ou os explosivos para utilização civil<sup>19</sup>, não se encontra uma proibição expressa da comercialização de determinados produtos. No entanto, segundo uma directiva baseada exclusivamente no artigo 95.º CE<sup>20</sup>, no caso das armas de fogo os Estados-Membros deverão tomar as medidas adequadas para proibir a aquisição e detenção dessas armas e de munições classificadas numa certa categoria. O legislador comunitário explica o recurso ao artigo 95.º CE como base jurídica, referindo que a supressão total dos controlos e formalidades nas fronteiras intracomunitárias pressupõe que determinadas condições de fundo sejam satisfeitas para a realização do mercado interno<sup>21</sup>.

*C — Os limites segundo o acórdão relativo à publicidade dos produtos do tabaco*

72. No acórdão proferido no processo relativo à publicidade dos produtos do tabaco<sup>22</sup>,

o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 95.º CE não atribui ao legislador comunitário uma competência geral para regulamentar o mercado interno. Tal competência geral seria não só contrária à letra do artigo 95.º CE mas também incompatível com o princípio consagrado no primeiro parágrafo do artigo 5.º CE. Segundo o n.º 95 do acórdão, há que verificar se a directiva contribui efectivamente para a eliminação de entraves à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços bem como para a supressão de distorções da concorrência. O Tribunal de Justiça declarou ainda que a proibição da publicidade em cartazes, chapéus-de-sol, cinzeiros e outros objectos utilizados nos hotéis, restaurantes e cafés, bem como a proibição das mensagens publicitárias no cinema, em nada contribuem para facilitar as trocas comerciais dos produtos em causa<sup>23</sup>.

73. Tenha-se em conta que o Tribunal de Justiça considera que o artigo 95.º CE atribui — segundo uma expressão minha — uma competência funcional. Não importa que o objectivo último de uma medida seja facilitar as trocas comerciais mas sim saber se a medida é adequada para facilitar essas trocas. O objectivo predominante da política pode bem ser a protecção da saúde pública.

74. O Tribunal de Justiça fornece alguns elementos-chave dessa competência funcional: 1) o objectivo tem que ser a melhoria das condições para a realização do mercado

18 — Directiva 92/109/CEE do Conselho, de 14 de Dezembro de 1992, relativa à produção e colocação no mercado de certas substâncias utilizadas na produção ilegal de estupefacientes e psicotrópicos (JO L 370, p. 76).

19 — Directiva 93/15/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa à harmonização das disposições respeitantes à colocação no mercado e ao controlo dos explosivos para utilização civil (JO L 121, p. 20).

20 — Directiva 91/477/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1991, relativa ao controlo da aquisição e da detenção de armas (JO L 256, p. 51).

21 — V. preâmbulo da Directiva 91/477.

22 — Acórdão referido na nota 10, n.º 83).

23 — N.º 99 do acórdão.

interno, 2) as disposições devem contribuir para eliminar entraves, 3) devem ser eliminadas distorções da concorrência e 4) as disposições devem facilitar as trocas comerciais.

#### D — *A proibição de produtos*

75. Nos termos do n.º 2 do artigo 14.º CE, o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas. Para a realização deste mercado, é essencial que as condições de comercialização dos produtos sejam iguais em todos os Estados-Membros. As fronteiras internas só podem ser eliminadas se essa igualdade for conseguida.

76. Esta é a razão fundamental da competência atribuída ao legislador comunitário para harmonizar legislações divergentes dos Estados-Membros. Contudo, a responsabilidade do legislador comunitário vai mais longe. Não só tem que criar condições para a realização de um mercado interno de produtos, mas também assegurar que os produtos introduzidos nesse mercado não prejudicam outros interesses públicos em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de protecção dos consumido-

res. Esta responsabilidade do legislador comunitário está explícita no n.º 3 do artigo 95.º CE, que exige um nível de protecção elevado.

77. Se um ou mais Estados-Membros proibirem a comercialização de determinados produtos por razões de saúde pública e outros Estados-Membros permitirem a venda desses mesmos produtos, surgem fronteiras internas e o funcionamento do mercado interno é posto em causa. A intervenção do legislador comunitário com vista a harmonizar as legislações nacionais divergentes pode levar à eliminação de entraves nas fronteiras internas da Comunidade. Dada a divergência das legislações nacionais, compete ao legislador comunitário decidir se deve impor restrições à composição de certos produtos ou adoptar legislação que proíba completamente a sua comercialização. Se, como também exige o n.º 1 do artigo 152.º CE, for necessário assegurar um elevado nível de protecção da saúde e tal só puder ser alcançado por meio de uma proibição total, o legislador comunitário é definitivamente obrigado a decretá-la.

78. Pode objectar-se que a proibição da venda de um produto não é susceptível, por si só, de melhorar as condições de comercialização desse mesmo produto. Na verdade, este é excluído do mercado. Mas, como alegam as demandantes nas suas observações escritas, é duvidoso que uma proibição total possa contribuir para a realização do mercado interno. A proibição dificilmente pode

ser considerada como eliminação de entraves à comercialização dos produto em causa, uma vez que impede o normal funcionamento do mercado. Por outras palavras, não facilita a existência de um mercado legal e, em consequência, cria entraves às trocas comerciais. As demandantes parecem até interpretar nesse sentido o acórdão relativo à publicidade dos produtos do tabaco<sup>24</sup>, alegando ser incongruente afirmar que a proibição total da publicidade de determinados produtos facilita o seu comércio.

79. No entanto, esta objecção não reflecte o verdadeiro espírito do artigo 95.º CE. Embora as medidas comunitárias devam melhorar as condições para a realização do mercado interno e facilitar as trocas comerciais, tal não se aplica a cada produto individualmente considerado. Como já antes se disse, o legislador comunitário pode proibir a comercialização de um produto. Nessas circunstâncias, tais produtos não podem estar legalmente disponíveis no mercado no interior da Comunidade Europeia, o que reduz os custos de execução e pode até diminuir os custos de aplicação dos regulamentos relativos a produtos afins. Em resumo, se o «snus» não for comercializado no mercado da União Europeia, o controlo da comercialização de

outros produtos do tabaco sem combustão pode ser menos dispendioso. A este propósito, é possível dizer que o artigo 8.º da directiva de 2001 contribui para a eliminação de entraves às trocas comerciais de outros produtos.

80. Em síntese, o objectivo primordial das disposições do Tratado CE relativas ao mercado interno é a criação de um mercado único, não fragmentado por disposições nacionais divergentes. Este objectivo não tem como consequência que possam ser comercializados nesse mercado todos os produtos, mesmo os prejudiciais para a saúde dos consumidores. Uma disposição que proíba expressamente a comercialização de determinado produto pode não conseguir esse objectivo relativamente ao produto específico e, não obstante, contribuir para a realização do mercado interno para os efeitos do artigo 95.º CE.

*E — Apreciação da legalidade do artigo 8.º*

81. Coloca-se a dúvida de saber se o artigo 8.º da directiva de 2001 determina efectivamente a proibição total de uma certa categoria de produtos, à semelhança da directiva relativa às armas de fogo, ou se a proibição estabelecida pelo artigo 8.º é

24 — Acórdão referido na nota 10, n.ºs 95 a 100.

equivalente a uma restrição à composição de produtos, como a que decorre do artigo 3.º da directiva de 2001.

82. O artigo 8.º não proíbe a comercialização de produtos do tabaco em geral. Só se refere aos produtos do tabaco que se destinem a um uso específico. O seu âmbito não é substancialmente diferente do de uma proibição de produtos que apresentem uma determinada composição. Por outro lado, pode-se defender a tese de que o referido artigo proíbe a comercialização de uma determinada categoria de produtos do tabaco cujo mercado se distingue facilmente do de outros produtos do tabaco (sem falar do «efeito de substituição», a que me refiro noutra local das presentes conclusões).

83. Não há necessidade de desenvolver os argumentos referidos no número anterior. Como já antes se disse, o legislador comunitário pode proibir determinadas categorias de produtos, ao abrigo do artigo 95.º CE. Como a directiva de 2001 proíbe apenas uma categoria específica e limitada de produtos — que diferem dos outros produtos permitidos não devido à sua composição mas ao modo de usar — não há dúvida de que o artigo 95.º CE pode servir de base jurídica.

## **IX — Exercício da competência comunitária: o requisito do n.º 3 do artigo 95.º CE e o princípio da proporcionalidade**

### *A — Observações preliminares*

84. Como já foi referido, o legislador comunitário tem que exercer a sua competência ao abrigo do artigo 95.º CE se existirem entraves (ou, ao menos, entraves sérios e iminentes) à liberdade de circulação e a medida comunitária contribuir para a eliminação desses entraves. O legislador comunitário dispõe de um amplo poder discricionário. Mas este poder tem limites. Ocupar-me-ei agora dos limites ao exercício da competência do legislador comunitário.

85. Em primeiro lugar, o n.º 1 do artigo 152.º CE exige um nível elevado de protecção da saúde na definição de todas as políticas da Comunidade. O n.º 3 do artigo 95.º CE é ainda mais específico no que toca ao exercício do poder legislativo ao abrigo do próprio artigo 95.º CE, referindo qualquer nova evolução baseada em dados científicos. Enquanto a acção de um governo nacional que restrinja a comercialização de produtos nos termos dos artigos 28.º CE e 30.º CE tem que ser justificada por razões imperativas de interesse geral, a acção do legislador comunitário deve assegurar um nível elevado de protecção. Como referi nas

conclusões apresentadas no processo 491/01<sup>25</sup>, se existir um obstáculo à liberdade de circulação, o legislador comunitário tem que acautelar a saúde pública. Vista da perspectiva da protecção da saúde, a sua acção tem necessariamente que ser diferente da de um governo nacional que restrinja a comercialização de produtos ao abrigo dos artigos 28.º CE e 30.º CE.

87. Em terceiro lugar, o legislador comunitário tem que respeitar outros princípios jurídicos desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça ou referidos no Tratado, tais como os princípios da diligência, da confiança legítima e o dever de fundamentação. Como afirmei na introdução às presentes conclusões, não me ocuparei desses princípios porque, salvo no que diz respeito ao dever de fundamentação (v. *infra*).

## B — Um nível elevado de protecção da saúde humana

### 1. A natureza especial dos casos

86. Em segundo lugar, há que respeitar o princípio da proporcionalidade. De acordo com o princípio 5.º CE, a acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos fixados. Se o objectivo principal da medida comunitária for a protecção da saúde pública — como prevê o artigo 8.º da directiva de 2001 — a apreciação do princípio da proporcionalidade não difere da avaliação de uma medida tomada por um Estado-Membro com vista a acautelar a saúde pública em conformidade com os artigos 28.º CE e 30.º CE. Há que apurar se a medida é adequada à protecção da saúde pública e se é possível alcançar o mesmo resultado através de outra medida menos restritiva.

88. Os casos em apreço são especiais. Não há dúvida de que, proibindo o «snus», o legislador comunitário visa alcançar um nível elevado de protecção da saúde. No entanto, não é seguro que a medida seja adequada ao objectivo e pode até acontecer que o objectivo fosse mais fácil de alcançar se o legislador comunitário autorizasse a comercialização do «snus».

89. A questão nuclear nestes casos é o facto de o artigo 8.º da directiva de 2001 proibir um produto novo, ainda não comercializado nos Estados-Membros a não ser na Suécia. A documentação submetida ao Tribunal de Justiça justifica a asserção de que o consumo

25 — V., em especial, n.º 106 das conclusões.

do «snus» pode provocar cancro da boca. No entanto, por si só, esta asserção não justifica a proibição do «snus». O meu segundo postulado é que os efeitos nocivos do consumo de «snus» são muito menores do que os do tabagismo. Por último, mas não menos importante, é não se saber ao certo se a principal consequência do facto de o «snus» poder ser adquirido no mercado é efectivamente ajudar as pessoas a deixar de fumar («efeito de substituição») ou, pelo contrário, incentivar o consumo de tabaco («ponto de partida»)<sup>26</sup>.

90. Abordarei de seguida especificadamente as referências do n.º 3 do artigo 95.º CE a qualquer nova evolução baseada em dados científicos, ao princípio da precaução no caso de não existir consenso quanto à eficácia de uma medida destinada a beneficiar a saúde pública e ao princípio da acção preventiva.

## 2. Observações quanto à prova

91. Na tramitação dos casos em apreço no Tribunal de Justiça deu-se muita atenção às provas científicas justificativas da proibição do «snus».

92. Em primeiro lugar, as demandantes (e o Governo sueco) apresentaram argumentos jurídicos interessantes quanto à relevância de novas provas científicas, alegando que o legislador comunitário é obrigado a ter em consideração qualquer nova evolução baseada em dados científicos. O princípio da proporcionalidade implica o dever de apurar regularmente se determinada medida continua ou não a ser proporcional<sup>27</sup>. As demandantes invocam o n.º 3 do artigo 95.º CE e a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

93. Em especial, referem as medidas comunitárias adoptadas no sector da veterinária e da zootecnia tais como, por exemplo, as destinadas a combater a encefalopatia espongiiforme bovina (BSE), em questão no processo Reino Unido/Comissão<sup>28</sup>. Nesse processo, foi reconhecida a necessidade de as medidas a tomar serem objecto de estudo científico detalhado e de ser tida em conta a nova informação. Por um lado, concordo com as demandantes quando afirmam que a legislação deve ser revista sempre que qualquer nova evolução baseada em dados científicos suscite dúvidas quanto ao benefício dessa legislação. O legislador tem que proceder a uma revisão constante. Esta obrigação é ainda mais importante se for incluída uma disposição específica num regulamento ou numa directiva comunitária

27 — A este respeito, as demandantes estabelecem comparações com a jurisprudência relativa à política social, em que o Tribunal de Justiça reconheceu o dever de acesso regular às actividades em causa, a fim de decidir se, à luz da evolução social, se pode manter uma derrogação, v. acórdão de 11 de Janeiro de 2000, Kreil (C-285/98, Colect., p. I-69).

28 — Acórdão de 5 de Maio de 1998 (C-180/96, Colect., p. I-2265, n.º 101).

26 — V. n.ºs 44 e 45 das presentes conclusões.

que sejam objecto de alteração em virtude de qualquer nova evolução no sector em causa. Em resumo, no caso de uma alteração fundamental da legislação relativa ao uso de produtos do tabaco, há que reavaliar todas as medidas relativas aos diferentes produtos do tabaco.

94. Por outro lado, não penso que, nos casos em apreço, a revisão tivesse necessariamente levado a uma alteração da legislação comunitária relativa ao «snus». Os estudos científicos apresentados ao Tribunal de Justiça comprovam — como afirmei no n.º 47 das presentes conclusões — os efeitos nocivos do uso do «snus» e, contrariamente ao que parecem sugerir as demandantes, não apresentam um ponto de vista novo quanto aos riscos para a saúde. Saliento que da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o artigo 30.º CE decorre que é possível tomar medidas de saúde pública que restrinjam a livre circulação de mercadorias, mesmo se não houver consenso científico. Reporto-me aos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça nos processos De Peijper e National Farmers Union e o.<sup>29</sup> Em síntese, o direito comunitário admite que se tomem medidas restritivas destinadas a proteger a saúde pública se forem baseadas em estudos

científicos recentes e adequados. Em resultado desses estudos não é necessário que as provas científicas sejam consensuais quanto aos riscos para a saúde. Bastam sérios indícios.

95. Em segundo lugar, quanto à prova da eficácia do próprio artigo 8.º não está cientificamente provado que o «snus» seja sobretudo um ponto de partida para o consumo de tabaco e não um substituto do hábito de fumar. De facto, a falta de provas e a incerteza científica não dizem respeito à substância proibida mas às presunções sobre os hábitos das pessoas. A questão que exige resposta é a de saber se, nestas circunstâncias, a proibição do «snus» pode ser considerada uma medida eficaz para acautelar a saúde pública. É precisamente esta razão que me leva a ter em conta os princípios da precaução e da acção preventiva.

### 3. O princípio da precaução

96. Como acima referi, a eficácia da proibição do «snus» como medida destinada a proteger a saúde pública não é segura. Assim sendo, abordarei antes a questão de saber em que circunstâncias é que o legislador comunitário é obrigado a abster-se de agir ou se, agindo, pode fundamentar a sua acção no princípio da precaução.

29 — Acórdãos de 20 de Maio de 1976, De Peijper (104/75, Colect., p. 263) e de 5 de Maio de 1998, National Farmers Union e o. (C-157/96, Colect., p. I-2211).

97. O princípio da precaução não está definido no Tratado, que a ele se refere apenas uma vez, no artigo 174.º CE, relativo à política comunitária no domínio do ambiente. Mas o princípio tem um âmbito de aplicação muito mais amplo do que o da protecção do ambiente. Em 2 de Fevereiro de 2000, a Comissão publicou uma comunicação relativa ao princípio da precaução<sup>30</sup>. Nessa comunicação, a Comissão considera que se trata de um princípio geral que deve ser tido em consideração, nomeadamente em matéria de protecção do ambiente, da saúde das pessoas e dos animais e da protecção vegetal. Segundo a Comissão, o princípio da precaução só é pertinente se tiver sido identificado e cientificamente estudado um risco potencial e a informação científica for incompleta ou inconcludente.

98. O princípio da precaução atribui ao legislador comunitário um poder discricionário amplo, mas não ilimitado. Quando o legislador quiser exercer o poder discricionário, incumbe-lhe o ónus da prova necessária para assegurar que o risco não é meramente hipotético.

99. O Tribunal de Justiça já em várias ocasiões teve a oportunidade de rever a aplicação do princípio da precaução, em processos respeitantes a questões de saúde e à livre circulação de mercadorias. No processo C-236/01, Monsanto Agricultura Itália<sup>31</sup>, o litígio dizia respeito ao Regulamento (CE) n.º 258/97 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Janeiro de 1997, relativo a novos alimentos e ingredientes alimentares<sup>32</sup>, em especial o seu artigo 12.º Nos processos C-192/01, Comissão/Dinamarca, C-24/00, Comissão/França e C-95/01, Greenham e Abel<sup>33</sup>, o Tribunal de Justiça teve em consideração diferentes leis nacionais que restringiam a adição aos alimentos de suplementos tais como vitaminas e minerais.

100. Uma correcta aplicação do princípio da precaução pressupõe, em primeiro lugar, a identificação das consequências potencialmente negativas para a saúde pública numa determinada situação específica e, em segundo lugar, uma avaliação abrangente dos riscos para a saúde, baseada nos dados científicos disponíveis mais fiáveis e nos resultados mais recentes da investigação internacional<sup>34</sup>. Por outras palavras, a existência de riscos para a saúde tem que ser plausível<sup>35</sup>. Segundo o Tribunal de Justiça, «quando se tornar impossível a determina-

30 — Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução COM/2000/0001 final. O objectivo da comunicação é traçar as linhas gerais da abordagem da Comissão para o uso do princípio da precaução, estabelecer as directrizes da Comissão para a sua aplicação, construir um entendimento comum quanto à análise, avaliação, gestão e comunicação de riscos que a ciência ainda não é capaz de avaliar plenamente, e evitar o recurso irregular ao princípio da precaução, como forma disfarçada de protecção.

31 — Acórdão de 9 de Setembro de 2003, n.º 113.

32 — JO L 43, p. 1

33 — Acórdãos de 23 de Setembro de 2003, Comissão/Dinamarca (C-192/01, Colect., p. I-9693), de 5 de Fevereiro de 2004, Comissão/França (C-24/00, Colect., p. I-1277) e também de 5 de Fevereiro de 2004, Greenham e Abel (C-95/01, Colect., p. I-1333).

34 — De acordo com o percurso lógico do Tribunal de Justiça expresso no acórdão de 23 de Setembro de 2003, Comissão/Dinamarca (C-192/01, referido na nota 33, n.º 51 a 55).

35 — V. conclusões do advogado-geral J. Mischo apresentadas no processo C-192/01, Comissão/Dinamarca, referido na nota 33, n.º 102.

ção com certeza da existência ou do alcance do risco alegado devido à natureza insuficiente, não conclusiva ou imprecisa dos resultados dos estudos levados a cabo, mas que a probabilidade de um prejuízo real para a saúde pública persiste na hipótese de o risco se realizar, o princípio da prevenção justifica a adopção de medidas restritivas»<sup>36</sup>. De acordo com o referido acórdão, o elemento-chave do princípio da precaução é a incerteza científica. Podem ser tomadas medidas se perigar o desejado nível de protecção do ambiente ou da saúde.

101. Em geral, o princípio da precaução é relevante se os governos pretenderem regulamentar os riscos. Na Declaração do Rio de Janeiro aprovada pela Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, afirma-se que o princípio da precaução se aplica sempre que existam ameaças de riscos sérios mas haja uma falta de certeza científica quanto a essas ameaças. O facto de não haver prova do dano não significa que este não exista<sup>37</sup>.

102. Não é certo que, ao abrigo do princípio da precaução, a competência para regulamentar os riscos possa ser exercida para prevenir todos os riscos. No acórdão que

proferiu no processo Pfizer Animal Health/Conselho<sup>38</sup>, o Tribunal de Primeira Instância declarou que, por um lado, ao abrigo do princípio da precaução, uma medida comunitária não pode basear-se num nível de «risco zero»; as instituições comunitárias devem todavia ter em conta a sua obrigação, por força do n.º 1 do artigo 152.º CE, de assegurar um elevado nível de protecção da saúde humana.

103. Em minha opinião, não há dúvida de que o legislador comunitário pode basear a sua acção no princípio da precaução se estiverem preenchidas três condições cumulativas: a falta de certeza científica quanto ao risco, a análise do mesmo e a comprovação de que é realista e susceptível de ter consequências substanciais no interesse público. No que se refere à substância, uma medida assente no princípio da precaução não pode ir ao ponto de prevenir todos os riscos.

104. Voltando aos casos em apreço: as demandantes afirmam que o princípio da precaução não é aplicável. Invocam determinados princípios referidos pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão Pfizer Animal Health/Conselho<sup>39</sup>, com vista a concluir que o recurso ao princípio da precaução não pode ser arbitrário. Além disso, este princípio só é relevante se não houver uma certeza

36 — N.º 52 do acórdão.

37 — Para mais pormenor, v. Fischer E., «Is the precautionary principle justiciable?», *Journal of Environmental Law*, vol. 13, n.º 3, p. 315.

38 — Acórdão de 11 de Setembro de 2002 (T-13/99, Colect., p. II-3305, n.º 152).

39 — Referido na nota 38.

científica quanto ao efeito de determinadas substâncias ou comportamentos. É invocado quando, a despeito da análise de todos os dados científicos disponíveis, a incerteza subsiste.

lização do «snus» ajude os fumadores a deixar de fumar quer dissuada os jovens não fumadores de começar a fumar.

105. As demandantes negam que haja qualquer incerteza no que se refere aos riscos do «snus» para a saúde. Sublinham que o «snus» não é um produto novo, mas um produto tradicionalmente comercializado nalguns países nórdicos. Assim sendo, os riscos para a saúde são conhecidos. Concorro com estes argumentos das demandantes; o princípio da precaução não é relevante no que toca aos efeitos próprios do «snus», que é um produto tradicional nalguns países nórdicos. Embora os estudos científicos submetidos ao Tribunal de Justiça não sejam unânimes na avaliação dos riscos do uso do «snus», como pode claramente inferir-se das minhas afirmações anteriores, não existe uma incerteza científica na aceção acima indicada. Nestes termos, o Tribunal de Justiça pode basear a sua apreciação na presunção de que o «snus» é susceptível de provocar o cancro da boca.

106. Contudo, as consequências nos hábitos das pessoas — sobretudo dos jovens — derivadas da comercialização do «snus» em toda a Comunidade são muito incertas. Chega-se assim ao impacto das observações referidas acima: a incerteza quanto à eficácia da proibição, quer a proibição da comercia-

107. Em minha opinião, o princípio da precaução não é aplicável quando:

- A incerteza do risco que justifica a proibição depender das previsões quanto ao uso do «snus». Não se trata de um risco de carácter científico que justifique a aplicação do princípio da precaução. A fonte de incerteza nada tem a ver com o princípio da precaução.
- Quanto ao ónus da prova, os efeitos prejudiciais para a saúde pública decorrentes da colocação do «snus» no mercado não são plausíveis. Nem sequer refiro o efeito de substituição<sup>40</sup>. O legislador comunitário não estava em condições de basear as suas medidas na probabilidade de efeitos realmente prejudiciais para a saúde pública<sup>41</sup> sem dispor de provas científicas inequívocas.

40 — V., *supra*, n.º 50 a 53.

41 — Critério formulado pelo Tribunal de Justiça e referido *supra*, no n.º 100.

- No entanto, está preenchida a terceira condição referida no n.º 103; o risco, a existir, tem consequências substanciais para a saúde pública.

#### 4. A acção preventiva

108. O título XIX do Tratado CE, relativo ao Ambiente, também refere o princípio da acção preventiva. Este princípio, tal como se encontra consignado no n.º 2 do artigo 174.º CE, foi reconhecido em relação à protecção da vida humana, mais concretamente na jurisprudência sobre a BSE<sup>42</sup>. A referência a este princípio aparece normalmente associada ao princípio da precaução. Na jurisprudência BSE, por exemplo, o Tribunal de Justiça não atribuiu um papel independente ao princípio da acção preventiva.

109. Em minha opinião, o princípio tem um papel fulcral nos casos em apreço. Face aos potenciais riscos para a saúde derivados da comercialização do «snus», o legislador

comunitário não tem que aguardar até que se prove o rigor da teoria do «ponto de partida». Pode agir preventivamente. Além disso, imaginemos a situação em que a Comunidade não pôde agir preventivamente. O «snus» teria aparecido no mercado e teria passado a ser consumido. Anos depois, podia ter-se verificado que o «snus» foi usado com frequência por jovens sem hábito de fumar anterior (e cujo limiar de abstinência foi eliminado ou reduzido). Nesse caso, teria sido da responsabilidade do legislador comunitário a eliminação de um produto atractivo e gerador de dependência. É duvidoso que a medida seja tão eficaz quanto a proibição de um produto ainda sem mercado junto dos consumidores. Por meu lado, penso na possibilidade de aparecer um mercado ilegal. Além disso, a proibição de um produto já comercializado pode frustrar as expectativas legítimas do produtor e conduzir ao pagamento de uma indemnização e/ou a medidas transitórias.

110. Em suma, a acção preventiva é necessária porque autorizar a presença de «snus» no mercado pode ter efeitos irreversíveis. Se os governos autorizarem a comercialização e a promoção do «snus» durante um determinado período, deixa de ser viável a imposição de uma proibição efectiva.

<sup>42</sup> — Reino Unido/Comissão (C-180/96, Colect., p. I-2265), e C-157/96, referido na nota 29.

C — *O princípio da proporcionalidade*

## 1. Em geral

111. No acórdão C-491/01, o Tribunal de Justiça aludiu ao princípio da proporcionalidade em relação à directiva de 2001, tendo em conta a importância de uma protecção adequada da saúde pública pelo legislador comunitário. Reportando-me às considerações do Tribunal de Justiça, refiro os elementos fundamentais especificamente relacionados com este caso:

- as medidas devem ser adequadas para a prossecução do objectivo visado, ou seja, para proteger a saúde pública tornando menos sedutor o consumo dos produtos do tabaco;
- o legislador comunitário dispõe de um amplo poder discricionário que implica opções de carácter social, económico e político. Só o carácter manifestamente inadequado de uma medida em relação ao objectivo que se pretende prosseguir pode afectar a legalidade de tal medida (v. n.º 123 do acórdão);

- mesmo algumas medidas mais ambiciosas, como a proibição do fabrico de cigarros que apresentem certos teores e a proibição de mensagens publicitárias já utilizadas mas provavelmente enganosas, são consideradas conformes com o princípio da proporcionalidade.

112. Destas considerações do Tribunal de Justiça decorre que uma disposição de direito relativa ao uso do tabaco e destinado a proteger a saúde pública não pode ser facilmente anulado só porque não respeita o princípio da proporcionalidade. Como é sabido, o princípio da proporcionalidade não deve ser confundido com uma avaliação comparativa da protecção da saúde pública e dos interesses comerciais de empresas privadas. A proibição do «snus» respeita o princípio de proporcionalidade se:

- a medida de proibição da presença deste produto no mercado for adequada para eliminar ou, pelo menos, diminuir os riscos para a saúde pública;
- o mesmo nível de protecção não puder ser assegurado por meio de uma medida menos restritiva.

113. No final desta secção abordarei uma questão suscitada pelas demandantes, designadamente a de saber se a medida envolve encargos financeiros desproporcionados para empresas específicas.

— em segundo lugar, o legislador comunitário «procedeu a uma apreciação global das vantagens e dos inconvenientes do sistema a estabelecer e [...] esta política [...] não era em qualquer circunstância manifestamente inadequada à luz do objectivo de luta contra a febre aftosa»;

2. Adequabilidade: a competência para regulamentar em caso de incerteza quanto aos benefícios

114. A incerteza quanto aos benefícios para a saúde pública decorrentes da proibição é comparável com a incerteza a que o legislador teve que fazer face ao optar pela proibição da vacinação preventiva na luta contra a febre aftosa. No acórdão proferido no processo Jippes<sup>43</sup>, o Tribunal de Justiça declarou:

— em terceiro lugar, «por conseguinte, tendo em conta o amplo poder de apreciação reconhecido ao Conselho [...] é de concluir que a proibição da vacinação preventiva [...] não excede os limites do que é adequado e necessário à realização do objectivo prosseguido pela regulamentação comunitária».

— em primeiro lugar «quando o legislador comunitário é levado a apreciar os efeitos futuros de uma regulamentação e quando esses efeitos não podem ser previstos com exactidão, a sua apreciação só pode ser censurada se se afigurar manifestamente errada à luz dos elementos de que dispunha no momento da adopção da regulamentação em causa»;

115. Ao decidir neste sentido, o Tribunal de Justiça distinguiu três critérios. O legislador dispõe de um amplo poder discricionário; deve proceder a uma apreciação global das vantagens e dos inconvenientes do sistema a estabelecer, mas a medida comunitária só pode ser anulada se a apreciação for manifestamente incorrecta. Transpondo estes critérios para os casos em apreço, é evidente que a proibição do «snus» tem de ser considerada adequada. Remeto para as minhas observações relativas ao princípio da acção preventiva, a fim de demonstrar que a apreciação do legislador comunitário não foi manifestamente incorrecta. Autorizar a pre-

43 — Acórdão de 12 de Julho de 2001 (C-189/01, Colect., p. I-5689, nomeadamente, n.ºs 84, 85, 95 e 100).

sença do «snus» no mercado comunitário teria consequências irreversíveis. O princípio da precaução não é pertinente.

### 3. A eficácia de medidas menos restritivas

116. As demandantes apresentaram as linhas gerais de uma série de medidas menos restritivas. Referem a imposição de normas técnicas, como as adoptadas no Canadá ou as baseadas nos princípios usados pela própria Swedish Match. Além disso, mencionam requisitos de rotulagem, a possibilidade de introdução de um limite mínimo de idade e restrições aplicáveis aos pontos de venda a retalho.

117. Em vista do objectivo político da proibição — como explica o preâmbulo da directiva de 1992 — as medidas alternativas não podem ser tão eficazes quanto uma proibição total. Como o objectivo do legislador comunitário é evitar que surjam no mercado novos produtos, é evidente que este objectivo não pode ser alcançado por meio de medidas menos restritivas do que a proibição completa.

118. Saliento que as normas técnicas podem limitar os efeitos nocivos do uso de certos produtos, mas não os eliminam por com-

pleto, a menos que sejam retiradas do produto todas as substâncias perigosas, incluindo a nicotina, que o torna atractivo para o consumidor. Nada indica que uma norma técnica, por maior que seja o seu alcance — e que as demandantes nem sequer propõem nos casos em apreço — seria menos restritiva das trocas comerciais do que a proibição prevista no direito comunitário.

119. As outras alternativas referidas não têm o mesmo efeito que uma proibição. Como o «snus» exerce uma atracção particular junto dos jovens, basta estar disponível no mercado para que haja um incentivo ao seu consumo. Pode até defender-se o ponto de vista de que restrições legais como as normas relativas à rotulagem e à imposição de limites mínimos de idade acabam por tornar o «snus» ainda mais aliciante.

### 4. Os encargos desproporcionados para empresas específicas

120. O meu último argumento diz respeito à desproporção dos encargos para os fabricantes e vendedores do «snus». Este ponto foi suscitado pelas demandantes nos casos em apreço. Como já antes afirmei, a proibição do «snus» é uma medida que pode ser adoptada ao abrigo do artigo 95.º CE e que, por si só, não fere o princípio da proporcionalidade.

No entanto, tal não exclui a obrigação de a Comunidade Europeia reparar os prejuízos causados por este acto, de acordo com a disposição relativa à responsabilidade extracontratual constante do segundo parágrafo do artigo 288.º CE.

desproporcionada porque são tolerados no mercado outros produtos tão ou ainda mais nocivos.

121. Todavia, essa obrigação só existe nos casos de danos substanciais e/ou de frustração de expectativas legítimas. Serei breve no que se refere a estes aspectos. O «snus» ainda não foi colocado no mercado comunitário (com excepção do mercado sueco) e os produtores de «snus» não podem acalentar uma expectativa legítima de lhes vir a ser permitido o fabrico e a venda do «snus» no mercado comunitário. A proibição do «snus» foi imposta pela directiva de 1992 (antes da adesão da Suécia à União Europeia).

123. No entanto, as numerosas observações submetidas ao Tribunal de Justiça relativamente a este princípio exigem uma apreciação separada. O princípio da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, excepto se esse tratamento diferente for objectivamente justificado<sup>44</sup>.

124. Pode-se argumentar que este princípio constitui um limite essencial do poder discricionário do legislador comunitário, especialmente em relação a medidas destinadas a restringir ou até a proibir a comercialização de produtos específicos. Se este argumento for levado ainda mais longe, exige-se que, antes da adopção de uma medida comunitária, sejam avaliados os riscos da comercialização de todos os demais produtos comparáveis.

## **X — O princípio da igualdade de tratamento**

122. O princípio da igualdade de tratamento não deve ser confundido com o princípio da proporcionalidade, embora, nas circunstâncias dos casos em apreço, os efeitos da aplicação de um e outro sejam bastante similares. A proibição do «snus» seria

125. Não concordo com a ideia de que o princípio da igualdade de tratamento tem efeitos tão abrangentes. Se, por exemplo, num determinado mercado — limitemo-nos

<sup>44</sup> — V., por exemplo, acórdão de 13 de Abril de 2000, Kjell Karlsson e o. (C-292/97, Colect., p. I-2737, n.º 39).

a um mercado bem definido, como o dos produtos do tabaco — cinco produtos diferentes apresentarem sérios riscos para a saúde, é ao legislador, no exercício do seu poder discricionário, que compete decidir que produtos — e em que ordem — devem ser proibidos ou sujeitos a outras medidas restritivas. O único limite imposto ao legislador é não efectuar escolhas arbitrárias. Tem que fundamentar a aplicação de regras estritas a um produto específico. Parte desta fundamentação pode consistir num confronto com outros produtos existentes no mercado.

126. Tudo isto me leva às duas principais objecções das demandantes, relativamente ao princípio da igualdade de tratamento. A primeira é a de que não são proibidos produtos equivalentes. Segundo as demandantes, o tabaco para mascar não está proibido embora, na prática, seja usado do mesmo modo que o «snus»: apesar de ser normalmente designado por «tabaco para mascar», em muitos casos não é mascarado mas chupado.

127. As demandantes podem ter razão neste ponto. A diferença entre os dois produtos não é evidente, embora possa existir uma ligeira diferença de substância, relativamente aos teores de nitrosaminas e de nicotina<sup>45</sup>. Ainda que a afirmação das demandantes quanto ao uso do tabaco para mascar não

reflecta a realidade, os efeitos para a saúde resultantes do modo de usar são comparáveis: no que toca aos efeitos nocivos do uso dos produtos do tabaco sem combustão, o facto de esses produtos serem chupados ou mascarados não constitui uma diferença fundamental. Isto dito, porém, a similitude dos produtos não resulta numa violação do princípio da igualdade de tratamento. No fim de contas, a diferença de tratamento não assenta no efeito sobre o consumidor individual mas na diferença entre os grupos de (potenciais) consumidores. Enquanto o tabaco para mascar atrai sobretudo grupos socioprofissionais bem definidos, o «snus» destina-se a uma vasta gama de consumidores, como acontece na Suécia. Em resumo, a diferença de tratamento não é justificada pelas características inerentes aos produtos, mas pelas pessoas que (potencialmente) os usam.

128. A segunda objecção diz respeito ao facto de, ao contrário do que refere o legislador comunitário, não estarmos perante um produto novo, mas antes de um produto tradicional, pelo menos nalguns países nórdicos. As demandantes utilizam o termo «novo» numa acepção diferente da do legislador comunitário e das outras partes intervenientes. As demandantes usam aquele vocábulo em relação ao produto em si, ao passo que os outros intervenientes o utilizam em relação ao mercado relevante.

45 — V., *supra*, n.º 38.

129. Admito que, ao referir-se a produtos novos no preâmbulo da directiva de 1992, o legislador comunitário não tenha tido em mente o mercado interno. No entanto, é óbvio que se referia a produtos ainda não existentes no mercado comunitário e não a produtos novos em si, pois a directiva de 1992 — tal como a directiva actual — só se ocupa do mercado interno no que toca aos produtos do tabaco e não se refere a produtos fabricados e disponíveis em países terceiros. Mais concretamente, o termo «novos» foi utilizado no contexto do objectivo político de evitar que os jovens nacionais da União Europeia começassem a usar produtos do tabaco ou — pior ainda — a usar produtos do tabaco a que antes não tinham acesso. O «snus» não é acessível aos jovens no interior da União Europeia. É comparável aos produtos do tabaco frequentemente usados noutros continentes, mas não na Europa.

130. Como quando a directiva de 1992 foi adoptada o Reino da Suécia ainda não era Estado-Membro, o legislador comunitário pôde utilizar o termo «novos» de modo incondicional, pois os produtos não eram comercializados no território da Comunidade Europeia. Só mais tarde, quando o Reino da Suécia aderiu à Comunidade, é que as circunstâncias se alteraram. Ainda assim, a diferença manteve-se, pois o «snus» não é proibido no único Estado-Membro onde é tradicionalmente usado.

131. Concluo que nenhuma das duas objecções aponta para uma infracção do princípio da igualdade de tratamento. Como atrás se disse, o princípio da igualdade só é pertinente na medida em que exige que o legislador comunitário fundamente o tratamento desigual de produtos comparáveis.

132. Não há dúvida de que o legislador comunitário apresentou fundamentos válidos no preâmbulo da directiva de 1992, referida no n.º 5 das presentes conclusões. Nas suas alegações, a Comissão, o Conselho e o Parlamento Europeu fornecem algumas explicações suplementares para a proibição do «snus». Em primeiro lugar, invocam considerações assentes no funcionamento do mercado interno, pois três Estados-Membros já encaram a hipótese de proibir ou proibiram mesmo o «snus». Em segundo lugar, referem as tendências crescentes do consumo. Em terceiro lugar, invocam os riscos para a saúde e, em quarto, salientam os custos económicos relativamente baixos de uma proibição.

133. Das considerações que antecedem decorre que o artigo 8.º da directiva de 2001 respeita o princípio da igualdade de tratamento.

**XI — O dever de fundamentação nos termos do artigo 253.º CE**

preenche os requisitos do artigo 253.º CE tem de ser apreciada não só em relação à sua letra mas também ao seu contexto e a todas as regras jurídicas que regulamentam a matéria em questão<sup>46</sup>.

*A — Alteração das circunstâncias*

134. A proibição do tabaco destinado a uso oral foi estabelecida pela directiva de 1992 e assentou em considerações de que estavam em causa produtos ainda não disponíveis no mercado comunitário e que podiam exercer uma atracção particular junto dos jovens. Em função das opiniões que manifestei nas presentes conclusões, este fundamento pode justificar a proibição. Contudo, quando esta última foi confirmada pela directiva de 2001, não foi apresentada qualquer fundamentação. O preâmbulo refere simplesmente a proibição existente ao abrigo da directiva de 1992.

135. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o dever de fundamentação é um requisito formal essencial que não pode ser confundido com a questão da correcção dessa fundamentação, a qual respeita à legalidade substantiva do acto impugnado. A fundamentação deve ser adequada ao acto em questão e expor, de modo claro e inequívoco, o percurso lógico da instituição que adoptou a medida em causa, de modo a permitir aos interessados conhecer os fundamentos e ao Tribunal de Justiça proceder à sua apreciação. Não é necessário que o raciocínio aborde toda a matéria de facto e as questões jurídicas pertinentes, uma vez que a questão de saber se a fundamentação

136. Saliente-se que, como defende o Governo do Reino Unido nos casos em apreço, a obrigação prevista no artigo 253.º CE é uma mera formalidade. O Tribunal de Justiça tem de apreciar se uma decisão pode ou não ser justificada com base nos fundamentos invocados. Além disso, exigem-se fundamentos mais sólidos quando uma decisão se desvia da prática habitual ou quando, por outras circunstâncias, se torne necessária uma fundamentação mais aprofundada, de modo a que o Tribunal de Justiça possa pronunciar-se.

137. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça no que toca ao artigo 253.º CE, os requisitos previstos neste artigo têm de ser apreciados não apenas no que respeita à sua letra mas também à luz das circunstâncias. Para mim, é evidente que a fundamentação deve atender não só às circunstâncias prevaletentes quando a disposição foi adoptada, mas também tendo em conta alterações substanciais das circunstâncias. Este requisito ganha ainda mais importância quando se procede à revisão da totalidade da política

46 — V. as conclusões que apresentei no processo C-278/00, Grécia/Comissão (acórdão de 29 de Abril de 2004, Colect., p. I-3997, n.º 182), e jurisprudência citada na nota 42 das mesmas.

num determinado sector. No entanto, nos casos em apreço, o legislador comunitário não atendeu à alteração das circunstâncias.

138. Nos presentes casos, saliento duas alterações substanciais das circunstâncias:

- a adesão do Reino da Suécia à União Europeia;
- a alteração fundamental da política comunitária relativamente aos produtos do tabaco.

#### B — *A adesão da Suécia*

139. Em primeiro lugar, a adesão da Suécia significou a adesão de um país onde o uso do «snus» é tradicional e generalizado. Assim sendo, a fundamentação apresentada no preâmbulo da directiva de 1992, nomeadamente o fundamento de que a proibição não deveria afectar os produtos tradicionais do tabaco destinados a uso oral, exige maior ponderação. A premissa deste raciocínio é a de que o «snus» é um produto sem tradição no mercado interno comunitário.

140. No entanto, atribuo ainda mais importância ao impacto que a adesão da Suécia teve no mercado interno dos produtos do tabaco para uso oral. A Comunidade reagiu às consequências da adesão da Suécia, compartimentando este mercado. Em relação a estes produtos, o mercado sueco é separado do mercado interno. Além disso, as autoridades suecas são obrigadas a tomar as medidas necessárias para evitar que produtos legalmente comercializados no mercado sueco mas proibidos no mercado do resto da Comunidade Europeia sejam exportados para este último.

141. Esta opção do legislador comunitário fere o conceito de mercado interno, por permitir a compartimentação. Lembro uma vez mais a importância da realização do mercado interno como instrumento de integração europeia. Nos casos em apreço, a compartimentação é ainda mais significativa, pois:

- a directiva de 2001 tem precisamente como objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, eliminando impedimentos à livre circulação dos produtos do tabaco. No entanto, a excepção da Suécia cria um novo impedimento;
- esta compartimentação não se limita a um período transitório. A excepção

aberta para o caso da Suécia fazia sentido na altura da adesão, pois o Governo sueco poderia ter dificuldade em interditar de imediato o uso do «snus». Todavia, uma limitação temporal deste efeito no mercado interno teria sido mais conforme com a importância do mercado. Uma das consequências normais da adesão é a adaptação da legislação dos países às normas da União Europeia.

Como antes referi, esta política é sobretudo uma política antibagista.

142. Em resumo, a falta de fundamentação que se prende com a adesão da Suécia deu origem a duas omissões. Em primeiro lugar, o legislador comunitário devia ter atendido ao efeito da proibição dos produtos do tabaco que são tradicionais num Estado-Membro. Em segundo lugar, devia ter atendido às consequências da adesão no estabelecimento e no funcionamento do mercado interno dos produtos do tabaco.

144. Ainda assim, ao contrário da tendência geral da política relativa aos cigarros, parece que, no que toca aos produtos do tabaco sem combustão (que não o «snus») a tendência tem sido menos rígida. Recordo as regras relativas à rotulagem dos produtos do tabaco sem combustão diferentes do «snus». As embalagens individuais já não têm de apresentar a advertência «Provoca cancro»; basta que indiquem que «Prejudica a saúde e causa dependência». Ao mesmo tempo, as advertências incluídas nos maços de cigarros passaram a ser muito mais sérias, tanto no que respeita às dimensões como no que se refere à substância, incluindo a advertência «Fumar mata».

### *C — Alteração da política comunitária no domínio dos produtos do tabaco*

143. Tudo isto me leva à modificação fundamental da política comunitária no domínio dos produtos do tabaco. Em geral, a directiva de 2001 traduz uma política para o sector do tabaco que se foi tornando cada vez mais restritiva com o correr dos anos.

145. Em síntese, a tendência geral é a de tornar mais restritiva a legislação relativa aos produtos do tabaco. O legislador estabeleceu uma excepção para uma categoria específica de produtos do tabaco (tabaco sem combustão). Seria lógico que esta excepção abrangesse todos os produtos incluídos nesta categoria. Todavia, o legislador fez o contrário e confirmou a medida mais restritiva de todas em relação a uma subespécie de produtos pertencentes a esta categoria.

146. Há que sublinhar que, nestas circunstâncias, a manutenção da proibição do «snus» não pode ser considerada a simples continuação de uma política existente. Recorde-se que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, impõe-se uma fundamentação mais pormenorizada, que permite ao Tribunal exercer o seu poder de fiscalização quando um acto se afasta da prática habitual. Além disso, os interessados têm o direito de conhecer as razões que levaram o legislador comunitário a restringir a sua liberdade

#### D — *Consequências*

147. Quanto mais uma decisão se afasta da prática normal, mais explícitos devem ser os fundamentos invocados pelo legislador comunitário. Dadas as importantes alterações das circunstâncias, a opção do legislador, de manter a proibição do «snus» que, por si só, não excede os limites do seu poder discricionário, exige uma fundamentação sólida. A falta de fundamentação constitui uma violação manifesta da obrigação da Comunidade constante do artigo 253.º CE.

148. Concluo ainda que a falta de fundamentação, tendo em conta a alteração das circunstâncias, deve ser vista como infracção de um requisito processual e causa de invalidade do artigo 8.º da directiva de 2001. Nestes termos, proponho que o

Tribunal de Justiça declare inválido o artigo 8.º da directiva de 2001.

149. No entanto, não se pode deixar de ter em conta que a apreciação dos casos em apreço provou que, em 1992, o legislador comunitário tinha razões válidas para proibir o «snus». Além disso, note-se que a anulação pura e simples da decisão impugnada podia prejudicar o efeito principal da proibição e o objectivo político de evitar o aparecimento no mercado de novos e atractivos produtos do tabaco. Também há que ter em conta o facto de que, como transparece das minhas observações, o conteúdo legislativo essencial da directiva permanece válido.

150. Decorre destas considerações que existem importantes fundamentos de segurança jurídica, comparáveis aos dos casos em que certos regulamentos são anulados ao abrigo do segundo parágrafo do artigo 231.º CE, que justificam que o Tribunal de Justiça limite os efeitos da anulação<sup>47</sup>. Nestes termos, proponho que, nas circunstâncias especiais dos casos em apreço, o Tribunal de Justiça mantenha, de momento, os efeitos do artigo 8.º da directiva de 2001, até o Conselho e o Parlamento Europeu o substituírem por outra disposição devidamente fundamentada.

47 — O percurso lógico para a anulação dos efeitos pode ser muito semelhante ao do Tribunal de Justiça no acórdão de 7 de Julho de 1992, Parlamento/Conselho (C-295/90, Colect., p. I-4193).

## XII — Conclusão

151. À luz do que antecede, proponho que o Tribunal de Justiça responda o seguinte às questões que lhe foram submetidas pelo Verwaltungsgericht (tribunal administrativo) Minden no processo C-434/02 e pela High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division, no processo C-210/03:

- O artigo 8.º da Directiva 2001/37/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Junho de 2001, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco, que contém uma proibição total da comercialização dos produtos do tabaco destinado a uso oral, pode ter como base o artigo 95.º CE.
  
- A proibição do tabaco destinado a uso oral constante do artigo 8.º da Directiva 2001/37/CE é compatível com o princípio da proporcionalidade.
  
- A proibição do tabaco destinado a uso oral constante do artigo 8.º da Directiva 2001/37/CE é compatível com o princípio da igualdade de tratamento de produtos similares.
  
- O legislador comunitário não cumpriu a obrigação de fundamentar a proibição e, consequentemente, o artigo 8.º deve ser declarado inválido.
  
- De momento, devem ser mantidos os efeitos do artigo 8.º da Directiva 2001/37/CE, até o Conselho e o Parlamento Europeu o substituírem por outra disposição devidamente fundamentada.