

2. O controlo dos comportamentos dos Estados membros
 - 2.1. Acção por incumprimento
 - 2.1.1. Fase pré-contenciosa
 - 2.1.2. A Fase contenciosa
 - 2.1.3. O (in)cumprimento do acórdão condenatório
 - 2.2. Competência eventual e compromissória
 - 2.3. Responsabilidade do Estado membro

1. CONTROLO DE LEGALIDADE DE COMPORTAMENTOS DOS ÓRGÃOS COMUNITÁRIOS

1.1. **Recurso de anulação.** O recurso de anulação, previsto no artigo 230.^o¹, representa um instrumento da maior importância para a assunção das Comunidades e União europeias como «comunidade de direito» (acórdão *Os Verdes*)², na sugestiva expressão de HALLSTEIN.

Com efeito, o império do direito (*rule of law*) é também característica própria das modernas ordens jurídicas, de que a Comunidade não se poderá afastar, razão pela qual se deverá reconhecer a todos os actos comunitários produtores de efeitos jurídicos a susceptibilidade de serem objecto de controlo de legalidade pelos competentes órgãos jurisdicionais (para lá do próprio controlo democrático, a ocorrer no próprio processo formativo/deliberativo).

Este controlo de legalidade – ou, como preferirão outros, de «constitucionalidade» – é hoje assumido pelos tribunais comunitários (Tribunal de Justiça e Tribunal de Primeira Instância) como constituindo uma sua prerrogativa exclusiva³.

À esta ideia aparece igualmente associada uma outra, que afirma a existência de uma presunção de legalidade dos actos comunitários⁴, susceptível apenas de ser infirmada pelos tribunais comunitários.

É neste sentido que a doutrina comunitária, acompanhada do Tribunal de Justiça, vem interpretando a referência feita no tratado à sindicabilidade dos actos comunitários, determinando a irrelevância da forma e a primacial importância da juridicidade dos actos, medida pelos seus efeitos.

Assim, estão sujeitos ao controlo exclusivo por parte do Tribunal de Justiça todos os actos emanados dos órgãos comunitários, desde que produtores de efeitos jurídicos em relação a terceiros, independentemente

¹ Era o anterior artigo 173.^o.

² Acórdão de 23.4.1986, proc. 294/83, Colect., p. 1339, n.º 23.

³ Foi nesta base que se formou e consolidou, no espírito do tribunal, a doutrina profetizada inicialmente no acórdão *Foto-Frost*, de 1987, a respeito do chamado reenvio de apreciação de validade.

⁴ É jurisprudência constante do Tribunal de Justiça.

da sua designação, forma ou natureza¹. Na formulação do Tribunal de Justiça:

«é possível interpor um recurso de anulação na aceção do artigo 230.º CE de todos os actos adoptados pelas instituições, independentemente da sua natureza ou forma, que visem produzir efeitos jurídicos vinculativos susceptíveis de afectar os interesses do recorrente, alterando de forma caracterizada a situação jurídica deste»².

A circunscrição que atrás se fez implica reconhecer como passíveis de recurso contencioso tanto actos típicos (os previstos no artigo 249.º, por exemplo) como actos nominales (actos não tipificados) ou mesmo actos não previstos nos tratados. Em suma, todos os actos que tenham carácter decisivo e se destinem a produzir efeitos jurídicos obrigatórios, designadamente incluindo todas as

«medidas que fixam definitivamente a posição da Comissão no termo de um procedimento administrativo e que visam produzir efeitos jurídicos vinculativos susceptíveis de afectar os interesses do recorrente, com excepção das medidas intermédias cujo objectivo consiste em preparar a decisão final, que não produzem tais efeitos»³.

Excluída fica, por isso, a recorribilidade de qualquer acto nacional e, mesmo quanto aos actos emanados de órgãos comunitários, dos actos provisionais, dos actos preparatórios, dos actos ou instruções internos⁴, dos actos confirmativos, dos actos de pura execução⁵ ou das meras recomendações ou pareceres⁶.

1.1.1. Legitimidade passiva. Há que distinguir entre a legitimidade passiva e a legitimidade activa.

¹ Acórdão *Comissão c. Conselho*, de 31.3.1971, proc. 22/70, Colecl., p. 69, n.º 42.
² Por último, no acórdão *Aithinaki Techniki AE c. Comissão*, de 17.7.2008, proc. C-521/06, n.º 29.

³ Acórdão *Aithinaki Techniki AE c. Comissão*, cit., n.º 42.

⁴ Obviamente, também ficam excluídos os actos nacionais, mesmo quando sejam a densificação ou aplicação de actos comunitários.

⁵ V., por todos, o acórdão do Tribunal de Justiça de 1.12.2005, *Reino Unido c. Comissão*, proc. C-46/03, Colecl., I, pp. 10167, n.º 25.

⁶ V., por todos, o acórdão do Tribunal de Justiça de 23.11.1995, *Martel c. Comissão*, proc. C-476/03 P, Colecl., I, pp. 4125, n.º 30.

Sobre a legitimidade passiva, o tratado dispõe, no primeiro parágrafo do artigo 230.º que têm legitimidade passiva o Conselho, o Parlamento e o Parlamento Europeu (actos adoptados de acordo com o procedimento do artigo 251.º), a Comissão e o Parlamento Europeu, quando adopte actos «susceptíveis de produzir efeitos jurídicos obrigatórios em relação a terceiros».

Embora a enumeração seja aparentemente taxativa, deve entender-se como abrangendo qualquer autor de um acto que apresente as características acima referidas, mesmo que não mencionado entre os órgãos dotados de legitimidade passiva. Tal resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça (quanto ao Parlamento Europeu, por exemplo, do já plúrimas vezes citado acórdão *Os Verdes*) e é imposto pela ideia da «comunidade de Direito», correspondendo à ideia segundo a qual não podem existir actos produtores de efeitos jurídicos que escapem ao controlo jurisdicional do Tribunal de Justiça. Novamente, é sinomática a forma como o Tribunal de Justiça se pronunciou recentemente:

«sendo a Comunidade Europeia uma comunidade de direito em que as suas instituições estão sujeitas à fiscalização da conformidade dos actos das mesmas com o tratado, as modalidades processuais aplicáveis aos recursos interpostos para o juiz comunitário devem ser interpretadas, na medida do possível, de modo a que estas modalidades possam ser aplicadas de uma forma que contribua para a realização do objectivo de garantir uma protecção jurisdicional efectiva dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito comunitário»¹.

1.1.2. Legitimidade activa. Quanto à legitimidade activa, esta surge de modo diferenciado. A «justiciabilidade» dos actos comunitários é posta ao alcance de um cada vez mais alargado leque de sujeitos.

Numa primeira categoria de recorrentes, encontramos os chamados *recorrentes privilegiados*, que são os Estados membros, a Comissão, o Conselho e, mais recentemente, o Parlamento Europeu².

Estes podem atacar qualquer acto comunitário produtor de efeitos jurídicos obrigatórios em relação a terceiros, qualquer que seja o seu interesse em agir ou o fundamento da sua acção³.

¹ Acórdão *Aithinaki Techniki AE c. Comissão*, cit., n.º 45.

² Desde o Tratado de Nice.

³ Entende o Tribunal de Justiça que o direito de acção (impugnação) não depende da posição que o órgão assumiu durante o procedimento conducente à adopção do acto: quanto à Comissão, acórdão de 21.1.2003, *Parlamento Europeu e Conselho*,

Depois, temos os recorrentes institucionalmente interessados, como são o Banco Central Europeu e o Tribunal de Contas¹, que apenas podem pedir a anulação de actos que ponham em causa as suas prerrogativas. Exemplo típico deste contencioso são os actos cuja base jurídica é escolhida por Comissão e Conselho em função do procedimento decisório a aplicar e, em especial, quando tal escolha é feita em detrimento de uma mais qualificada participação do Parlamento Europeu.

E, finalmente, os recorrentes ordinários², pessoas singulares ou colectivas destinatárias do acto comunitário³ ou que por ele tenham sido directa e individualmente afectadas³.

A legitimidade dos recorrentes ordinários na Comunidade Europeia⁴ depende de circunstâncias excepcionais. Em princípio, só poderão recorrer contenciosamente de um acto de que sejam destinatários ou de um acto que, embora não lhes seja formalmente dirigido, tenha natureza individual e lhes diga directa e individualmente respeito.

Excluído fica o recurso de particulares contra actos normativos⁵ de carácter geral.

E quando é que um acto diz «directa e individualmente respeito» a um particular?

proc. C-378/80, Colecl., p. 197, quanto ao Conselho, acórdão de 12.7.1979, *Italia c. Conselho*, proc. 166/78, Colecl., p. 2575, n.º 6.

¹ S6 desde o Tratado de Amesterdão.

² Acórdão de 18.5.1994, *BEUC c. Comissão*, proc. T-379/92, Colecl., II, p. 285, n.º 27: «[C]onstituem actos ou decisões susceptíveis de recurso de anulação, na acepção do artigo 173.º do Tratado, as medidas que produzam efeitos jurídicos obrigatórios que ofendam os interesses do recorrente, alterando de forma caracterizada a situação jurídica deste. Mais especialmente, quando se trate de actos ou decisões cuja elaboração se processa em várias fases, nomeadamente no termo de um processo interno, só constituem, em princípio, actos recorribéis as medidas que fixem definitivamente a posição da instituição no termo desse processo, excluindo as medidas transitórias cujo objectivo é preparar a decisão final».

³ Acórdão *CIRFS e o. c. Comissão*, de 24.3.1993, C-313/90, Colecl., I, p. 1125 (quanto a uma decisão da Comissão de não dar início a processo segundo artigo 88.º, n.º 3).

⁴ À este respeito, o Tratado é, em certo sentido, menos rigoroso do que o tratado CECA, na CE, os indivíduos podem recorrer, por outro, o recurso está sujeito a estritas condições.

⁵ Sobre a normatividade dos actos comunitários, mormente para o efeito de afirmar ou excluir a legitimidade dos particulares no contencioso de anulação comunitário, recentemente, é de referir o artigo de Robert Kovar, «L'identification des actes normatifs en droit communautaire», *Mélanges à l'honneur de Michel Waëlbroeck*, vol. I, cit., pp. 387-422.

O Tribunal de Justiça vem adoptando uma interpretação extremamente restritiva, que diz ter a sua base no acórdão *Plaumann*. Contudo, na nossa opinião, tal radica numa leitura contrária ao espírito do acórdão *Plaumann*, no qual se pode ler que

«la lettre et le sens grammatical de la disposition précitée [entenda-se, o actual § 4 do artigo 230.º do Tratado da Comunidade Europeia] justifient l'interprétation la plus large; que, d'ailleurs, les dispositions du Traité concernent le droit d'agir des justiciables ne sauraient être interprétées restrictivement; que par ailleurs, dans le silence du Traité, une limitation a cet égard ne saurait être présumée» (acórdão citado, pp. 222).

Seja como for, o critério que depois se consolidou na jurisprudência constante do Tribunal de Justiça foi diverso. Assentando em dois elementos, quando o acto impugnado não é dirigido formalmente ao recorrente mas se apresenta como acto individual dirigido a outra pessoa ou mesmo como acto dotado de (aparente) carácter geral.

Se o sistema dos tratados pretende excluir a recorribilidade dos particulares contra actos normativos gerais¹, reservando a sua legitimidade processual para os actos individuais (as «decisões»), tal não prescinde de uma averiguação material destinada a, designadamente,

«voir que, pela simples escolha da forma de um regulamento, as instituições comunitárias possam excluir o recurso de um particular contra uma decisão que lhe diz directa e individualmente respeito»².

Por outro lado, o Tribunal de Justiça vem também reconhecendo que certos actos gerais podem afectar directa e individualmente alguns dos operadores interessados por ele abrangidos³.

¹ Acórdão *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e o. c. Comissão*, de 14.12.1962, proc. 161/62, Rec., p. 901. Como sabemos, o conceito de norma pode variar, quer quanto aos requisitos de generalidade e abstracção, dominantes havendo onde os tribunais adoptam noções «funcionalmente adequadas» de norma, como o faz o nosso Tribunal Constitucional.

² Acórdão *Catpök c. Comissão*, de 17.6.1980, procs. 789 e 790/79, Rec., 1980, p. 1949, entre outros.

³ Acórdão *Extramet Industries c. Conselho*, de 16.5.1991, C-358/89, Colecl., I, p. 2501.

A afectação directa existe, segundo o Tribunal de Justiça, quando a medida comunitária em causa produz directamente efeitos sobre a situação jurídica do particular e não deixa qualquer poder de apreciação aos destinatários dessa medida incumbidos da sua aplicação, já que esta é de carácter puramente automático e decorre apenas da regulamentação comunitária, sem aplicação de outras regras intermédias¹.

É esta a jurisprudência constante do TPI, tal como realçada no processo *Regione Siciliana*²:

«45. Devesse recordar-se os dois critérios cumulativos para que se possa afirmar que um acto diz directamente respeito a uma pessoa, na acepção do quarto parágrafo do artigo 230.º CE, definidos pela jurisprudência constante.

46. Em primeiro lugar, o acto em causa deve produzir directamente efeitos na situação jurídica do particular. Em segundo lugar, o referido acto não deve deixar qualquer poder de apreciação aos seus destinatários encarregados da sua aplicação, não tendo este um carácter puramente automático e decorrendo somente da regulamentação comunitária sem aplicação de outras regras intermédias (...). A condição exigida pelo segundo critério está igualmente preenchida quando a possibilidade de o Estado membro não dar seguimento ao acto em causa for puramente teórica, não existindo quaisquer dúvidas quanto à sua intenção de tirar consequências conformes ao referido acto (...).

47. Ao anular a contribuição na totalidade, a decisão impugnada revogou principalmente, tal como é exposto no n.º 15, supra, a obrigação de a Comissão pagar o saldo da contribuição (...) e impôs o reembolso dos adiantamentos pagos à República Italiana e transferidos para a recorrente (...).

¹ Neste sentido, designadamente, os acórdãos *International Fruit Company e o c. Comissão*, de 13.5.1971, proc. 41/70 a 44/70, Colec., p. 131, n.º 23-29; *Stammethal e c. Comissão*, de 6.3.1979, proc. 92/78, Rec., p. 777, n.º 25-26; *NTN Toyo Bearing Company e o. c. Conselho*, de 29.3.1979, proc. 113/77, Rec., p. 1185, n.º 11-12; *Sabero e o. c. Comissão e Conselho*, de 11.7.1985, proc. 87/77, E30777, 2283, proc. 9/84 e 10/84, Rec., p. 2523, n.º 31; *Maintenance-Reifenwerke e Benteler e c. Conselho*, de 17.3.1987, proc. 333/85, Colec., p. 1381, n.º 14; *Arposol e c. Conselho*, de 14.1.1988, proc. 55/86, Colec., p. 13, n.º 11-13; ou, entre os últimos, *Loritz Dreyfus e Comissão*, de 5.5.1998, C-386/96 P, Colec., p. 1-2309, n.º 43.

² Acórdão de 18.10.2005, proc. T-60/03, Colec., II, pp. 4139.

48. O Tribunal considera que tal actuação [rectificação por despacho do TPI, de 27.10.2005] produziu necessariamente efeitos directos na situação jurídica da recorrente, e isto por várias razões. Além disso, a sua decisão impugnada não deixa qualquer poder de apreciação às autoridades italianas, tendo a sua aplicação carácter puramente automático e decorrendo unicamente da regulamentação comunitária sem aplicação de outras regras intermédias.

49. A título preliminar, há que recordar que, depois da adopção da decisão de concessão e notificada à República Italiana, a recorrente podia considerar, para efeitos da realização do projecto que é objecto da contribuição, e sem prejuízo do cumprimento das condições ligadas à referida decisão de concessão e à regulamentação aplicável ao FEDER, que a verba da contribuição (...) estava à sua inteira disposição. Nesta base, a recorrente podia, assim, planificar e organizar as suas despesas com vista à realização da terceira fase das obras da barragem no Gibbesi.

50. Além disso, as autoridades nacionais italianas, à semelhança da recorrente, estavam também vinculadas pelas condições e pela regulamentação supramencionadas. Também as verbas adiantadas pela Comissão a título da contribuição em causa deviam obrigatoriamente ser utilizadas na realização da terceira fase da barragem no Gibbesi. Nem o direito comunitário nem o direito nacional autorizavam as autoridades italianas a privar a recorrente das verbas dessa contribuição ou de as utilizar para outros fins. Assim, enquanto as condições e a regulamentação supramencionadas fossem respeitadas, as autoridades italianas não estavam habilitadas a pedir à recorrente o reembolso, mesmo parcial, dessas verbas.

51. Deve, de resto, sublinhar-se, como a recorrente afirmou na audiência em resposta às questões do Tribunal, que esta, entre 1987 e 1992, realizou a maior parte do projecto que é objecto da contribuição adiada, e que essas obras foram financiadas exclusivamente por recursos próprios da recorrente e pela contribuição comunitária posteriormente suprimida.

52. É à luz destas considerações preliminares que deve ser examinada a questão de saber se a decisão impugnada diz directamente respeito à recorrente.

53. No que respeita, em primeiro lugar, à modificação da situação jurídica da recorrente, a decisão impugnada teve como primeiro efeito directo e imediato modificar a sua situação patrimonial privando-a do saldo da contribuição (...) que restava pagar pela Comissão. O saldo não pago da contribuição não será liquidado à República Italiana pela Comissão, dado que a contribuição foi anulada. As autoridades italianas não podem, portanto, transferir para a recorrente. Quando, antes da adopção da decisão impugnada, a recorrente podia contar garantidamente com a rejeição verba no quadro da realização do projecto, ela foi coagida, a partir da adopção dessa decisão, em primeiro lugar, a procurar um financiamento de substituição para fazer face às obrigações contraídas no quadro da realização das obras da terceira fase da barragem no Gibbesi.

54. A decisão impugnada modifica directamente a situação jurídica da recorrente também no que respeita à obrigação de restituir as verbas pagas a título de adiantamento (...). De facto, a decisão impugnada tem por efeito transformar directamente o estatuto jurídico da recorrente de credor incontestado no de devedor, pelo menos potencial, das referidas verbas. A razão disso é que a decisão impugnada põe fim à impossibilidade em que se encontravam as autoridades nacionais, tanto por força do direito comunitário como do direito nacional, de exigir da parte da recorrente o reembolso dos adiantamentos pagos. Por outras palavras, a decisão impugnada tem como segundo efeito directo e automático modificar a situação jurídica da recorrente face às autoridades nacionais.

55. Na medida em que modifica directamente, e de resto sensivelmente, a situação jurídica da recorrente, tal como resulta dos n.ºs 53 e 54, supra, a decisão impugnada preenche, portanto, efectivamente as condições relativas ao primeiro critério da afectação directa recordado no n.º 46, supra.

56. No respeitante, em seguida, ao critério da aplicabilidade automática da decisão impugnada, deve salientar-se que é mecanicamente, por si mesma, que a decisão impugnada produz em relação à recorrente o duplo efeito indicado nos n.ºs 53 e 54, supra.

57. Esse duplo efeito da decisão impugnada decorre unicamente da regulamentação comunitária, isto é, da conjugação do dis-

posto no terceiro travessão do artigo 211.º CE e no quarto parágrafo do artigo 249.º CE. A esse propósito, as autoridades nacionais não dispõem de qualquer poder de apreciação quanto à sua obrigação de executar essa decisão.

58. As conclusões dos n.ºs 56 e 57, supra, não são novas em causa pelo argumento da Comissão segundo o qual as autoridades nacionais podem teoricamente decidir libertar a recorrente das consequências financeiras que a decisão impugnada directamente provoca nela, financiando a partir de recursos estatais, por um lado, o saldo da contribuição comunitária libertada e, por outro, o reembolso do saldo dos adiantamentos comunitários recebidos pela recorrente, ou um dos dois somente.

59. Com efeito, uma eventual decisão nacional de financiamento dessa ordem não priva a decisão da Comissão da sua aplicabilidade automática. Ela continua juridicamente estranha à aplicação, em direito comunitário, da decisão impugnada. Essa decisão nacional tem por efeito deslocar a recorrente na situação que ela tinha antes da adopção da decisão impugnada, provocando, por seu turno, uma segunda modificação da situação jurídica da recorrente modificada em primeiro lugar, e de forma automática, pela decisão impugnada. Essa segunda modificação da situação jurídica da recorrente decorre somente da decisão nacional e não da execução da decisão impugnada.

60. Por outras palavras, a adopção de uma decisão nacional de financiamento é indispensável para contrariar os efeitos automáticos da decisão impugnada.

Em uma, como a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça tem reconhecido, a «condição exigida pelo segundo critério está igualmente preenchida quando a possibilidade de o Estado membro não dar seguimento ao acto em causa for puramente teórica, não existindo quaisquer dúvidas quanto à sua intenção de tirar consequências conformes ao referido acto».

Já a afectação individual é tradicionalmente entendida pelo Tribunal de Justiça num sentido mais restritivo, ocorrendo quando a posição jurídica do particular é afectada «devido a certas qualidades que lhe são próprias» ou «em virtude de uma situação de facto que a caracterizasse em relação a todas as outras pessoas e que a individualizasse de modo aná-

logo ao de um destinatário»^{1,2}, «condição [que] deve ser interpretada à luz de um princípio de uma tutela jurisdicional efectiva tendo em conta as diversas circunstâncias susceptíveis de individualizar um *recours*»³.

Contudo, recentemente, na sequência das conclusões apresentadas pelo advogado-geral JACOBS no processo *Union de Petenjos Agricultores c. Conselho*⁴, o TPI produziu uma mutação espectacular da sua doutrina, ao decidir, no acórdão *Jégo-quêre*⁵, que

«não há razões imperiosas para entender que o conceito de pessoa a quem um acto diz individualmente respeito, na acepção do quarto parágrafo do artigo 230.º CE, pressupõe que o particular que pretendia invocar uma medida de carácter geral deve ser individualizado de modo análogo ao de um destinatário.»

Pelo contrário,

«a fim de assegurar uma protecção jurisdicional efectiva dos particulares, deve considerar-se que uma disposição comunitária de carácter geral que diz directamente respeito a uma pessoa singular ou colectiva lhe diz individualmente respeito se a disposição em

¹ Acórdãos *Plaumann c. Comissão*, 15.7.1963, proc. 25/62, Rec., p. 197, 223, e *Condoniti c. Conselho*, de 18.5.1994, proc. C-309/89, *Collect.*, I, p. 1853.

² Significativos foram os acórdãos *Plaumann c. Comissão* (de 15.7.1963, proc. 25/62, *Collect.*, p. 279) e *Eridania* (de 10.12.1969, proc. 10/68 e 18/68, *Collect.*, p. 171). Por exemplo, tem relação com uma das partes (destinatária da decisão recorrida) a participação no procedimento administrativo de infracção às regras da concorrência (ver acórdão *Groepement d'achats E. Leclerc c. Comissão*, de 12.1.1996, proc. T-88/92, *Collect.*, II, pp. 1961 e ss.). Uma ressalva deve ser feita. De acordo com a jurisprudência comunitária, não é o simples «facto de uma pessoa intervir, de uma forma ou outra, no processo que leva à adopção de um acto comunitário» que lhe confere legitimidade; tal «só é de natureza a individualizar essa pessoa em relação ao acto em questão quando a regulamentação comunitária aplicável lhe concede certas garantias de processo» (despacho *Greenpeace e o c. Comissão*, de 9.8.1995, proc. T-585/93, *Collect.*, II-2205, n.º 56 e 63; e acórdão *Exporens in Levente Varkens e o. c. Comissão*, de 13.12.1995, procs. T-481/93 e T-484/93, *Collect.*, II-2941).

³ Acórdão *Union de Petenjos Agricultores c. Conselho*, de 25.7.2002, proc. C-50/00 P.

⁴ Proc. C-50/00 P – conclusões apresentadas em 21.3.2002.

⁵ Acórdão *Jégo-quêre e Che. SAS c. Comissão*, de 3.5.2002, proc. T-177/01, n.º 49 e 51.

questão afectar, de forma certa e actual, a sua situação jurídica, restringindo os seus direitos ou impondo-lhe obrigações. O número e a situação de outras pessoas igualmente afectadas pela disposição em susceptíveis de o serem não são, a este respeito, considerações pertinentes».

Esta fundamental mutação jurisprudencial, percebida como necessária para garantir o direito fundamental à protecção jurisdicional efectiva¹, foi apreciada e recusada pelo Tribunal de Justiça², mesmo nas situações em que o direito à tutela jurisdicional efectiva não se encontre assegurado, por inexistência de vias de recurso perante os tribunais nacionais.

No mesmo processo *Union de Petenjos Agricultores*³, o Tribunal de Justiça, apesar de reconhecer um direito fundamental à protecção jurisdicional efectiva, desde logo consagrado na CEDH (artigos 6.º e 13.º) e cujo respeito deve ser assegurado no quadro comunitário (artigo 6.º, n.º 2 UE), afirma claramente competir «aos Estados membros prever um sistema de vias de recurso e de meios processuais que permita assegurar o respeito» por este princípio, devendo o direito interno ser interpretado, ex vi do artigo 10.º, de modo a não comprometer irremediavelmente tal protecção e direito⁴.

Contudo, o Tribunal de Justiça já reconhece algumas hipóteses de afectação individual de particulares por actos gerais emanados dos órgãos competentes da Comunidade Europeia. É o caso de existir «uma disposição de direito superior que imponha ao [órgão comunitário] seu autor ter em conta a situação específica do recorrente»⁵. Em certas condições,

¹ Que, no entanto, como se disse, é reconhecido como princípio geral do direito comunitário – por todos, cfr. acórdão *Sagaleira*, de 11.9.2003, proc. C-13/01.

² O Tribunal de Justiça entende que uma alteração do «sistema de fiscalização da legalidade dos actos comunitários de alcance geral», sendo possível, só pode ter lugar através de uma reforma do tratado, por aplicação do artigo 48.º UE (acórdão *Union de Petenjos Agricultores*, cit.).

³ Acórdão *Union de Petenjos Agricultores c. Conselho*, de 25.7.2002, cit.

⁴ O Tribunal de Justiça considerou ainda não lhe competir o juízo sobre a eventual inexistência de mecanismos processuais de direito interno, porquanto isso «exigiria que o juiz comunitário examinasse e interpretasse, em cada caso concreto, o direito processual nacional, o que excederia a sua competência no âmbito da fiscalização da legalidade dos actos comunitários».

⁵ Acórdão *Amithwa Rice Mills e o. c. Comissão*, de 14.9.1995, procs. T-480/93 e T-483/93, *Collect.*, II, p. 2305.

tal poderá acontecer quando os contratos celebrados pelo recorrente sejam afectados pelo acto em litígio¹.

Mas tais requisitos não podem ser entendidos como reconhecendo, por exemplo, que uma organização constituída para a defesa de interesses colectivos de uma dada categoria de pessoas possa considerar-se atingida directa e individualmente por um acto comunitário que afecte os interesses gerais dessa categoria². Contudo, se os membros da associação, eles próprios, tivessem legitimidade para interpor o recurso, o Tribunal de Justiça considera lícito que tal seja levado a cabo pela associação³.

1.1.3. Prazo de interposição. Nos termos do n.º 5 do artigo 230.º, os recursos de anulação de actos de órgãos da Comunidade devem ser interpostos «no prazo de dois meses a contar, conforme o caso, da publicação do acto, da sua notificação ao recorrente ou, na falta desta, do dia em que o recorrente tenha tomado conhecimento desta».

Na lógica do disposto no parágrafo citado, parece que a data deve começar a contar-se pela ordem aí mencionada, o que leva a que se considerem como subsidiários os sucessivos critérios, nomeadamente o critério da data de conhecimento do acto⁴. E isto mesmo em relação a actos cuja eficácia não dependa de publicação, como é o caso de decisões que, como estabili o artigo 253.º, não são de publicação obrigatória⁵.

Quando é que há notificação? Só quando o acto em si mesmo é notificado ou é suficiente a notificação de uma súmula do conteúdo decidido do acto, por exemplo transmitido por um comunicado de imprensa?

¹ Acórdão *Piraiki-Patraiki e o. c. Comissão*, de 17.1.1985, proc. 11/82, Rec., 1985, p. 207.

² Acórdão *Union Syndicale e o. c. Conselho*, de 18.3.1975, proc. 72/74, Rec., p. 401 ou acórdão *DEFI c. Comissão*, de 10.7.1986, proc. 282/85, Colecl., p. 2469. Seria talvez diversa a situação se a Comissão ou o Conselho, para a elaboração do acto normal ou geral – vide um regulamento – estivessem obrigados a consultar tais pessoas ou associações representativas (acórdão *Kovrig*, de 23.2.1995, proc. T-11/94, n.º 29 e ss., a contrario).

³ Acórdão *Exporteurs in Lenevde Varkens et al. c. Comissão*, de 13.12.1995, proc. T-481/93 e T-484/93, Colecl., II-2941, n.º 64. Para um caso mais recente, v. o despacho *BFB e o. c. Comissão*, de 19.10.2000, n.º 17.

⁴ Acórdão *Alemanha c. Comissão*, de 10.3.1998, C-122/95, Colecl., I, p. 973, n.º 35, citado no acórdão *BAL c. Comissão*, de 28.1.1999, proc. T-14/96, n.º 33.

⁵ Em relação a decisões proferidas pela Comissão em matéria de auxílios de Estado, esta assumiu em várias ocasiões que publicaria sempre as decisões – leiam-se *Droit de la concurrence dans les États membres*, vol. II A, «Règles applicables aux aides d'État», 1995; 20.º relatório sobre a política de concorrência – afirmando o Tribunal que tal cria uma expectativa legítima que deve ser tutelada.

O problema foi de, algum modo, encarado e resolvido pelo Tribunal, no processo T-14/96, no sentido de que é necessária a notificação do acto recorível¹.

O recurso tanto deverá ser interposto perante o Tribunal de Justiça como perante o Tribunal de Primeira Instância (TPI). Sobre o ponto regula a decisão do Conselho que instituiu o TPI, de 24 de Outubro de 1988 e, desde o Tratado de Nice², o artigo 51.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. A alínea c) do seu artigo 3.º dispõe que deverão ser interpostos perante o TPI os recursos de anulação promovidos pelos particulares, ex vi do n.º 4 do artigo 230.º.

1.1.4. Fundamentos do pedido. Em processos de concorrência, o TPI já considerou que lhe cumpre verificar se, ao decidir rejeitar uma denúncia por violação do artigo 81.º, a Comissão não cometeu um erro de direito ao não qualificar um determinado comportamento como restritivo.

Por outro lado, também se verifica se um órgão comunitário, ao tomar uma decisão, não comete um erro manifesto de apreciação, por exemplo rejeitando uma denúncia por não existir interesse comunitário nuna *perseguição* comunitária. A latitude conferida à Comissão em processos de concorrência proferidos neste âmbito é bastante grande, reconhecendo o Tribunal que a «despeito da gravidade objectiva» de um determinado comportamento para o mercado único, ainda assim se podia considerar que a Comissão não havia cometido um erro de tal tipo³.

Serve isto para dizer que, em geral, o tratado prevê um conjunto taxativo de fundamentos de anulação de um acto jurídico comunitário. O tratado diz, no § 2 do artigo 230.º, que o recurso pode ser intentado com fundamento em «incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do tratado ou desvio de poder...».

Nem sempre estes fundamentos são encarados de modo explícito. Como já se disse, a jurisprudência comunitária é, a maior parte das vezes, opçada com fundamentos como «erros de direito» ou «erros manifestos de apreciação»; outras vezes, é pedida a anulação com fundamento na «violação de direitos de defesa» ou na «insuficiência de fundamentação da deci-

¹ Assim alegou a Comissão no processo T-14/96, *BAL c. Comissão*, de 28.1.1999.

² Como já se disse na Parte II, o texto daquela decisão – que o tratado de Nice revoga (artigo 10.º) – podia encontrar-se em TIZZANO/CRUZ VILAÇA/DOBRODO-HENRIQUES, *Código da União Europeia*, 2.ª ed., cit., pp. 339 e ss.

³ Acórdão *Riviera*, de 21.1.1999, n.º 59.

são». Em suma, nem sempre há preocupação em inscrever cada um destes vícios numa das categorias expressamente mencionadas no tratado. O que não invalida que tal não possa ocorrer, embora não seja importante encontrar categorizações abstractas e conceitualistas, mas antes reconhecer a superioridade da ideia de *primado do direito*, a justificar que não se tenha das causas de invalidade um visio submelhada a um estrito princípio de tipicidade¹.

O primeiro motivo² aí previsto é o de violação de formalidades essenciais. Trata-se de um vício de conhecimento oficioso que se manifesta, nomeadamente, quando o acto impugnado não foi adoptado com precedência de todas as formalidades previstas no tratado como pressuposto procedimental para a sua adopção ou quando o acto revela falta ou insuficiência de fundamentação (artigo 253.º).

Já é incompetência aquele vício nos termos do qual um órgão comunitário surge a decidir numa matéria que compete a outro órgão. A incompetência poderá ser total ou parcial. Exemplo deste último caso é a hipótese de o Conselho decidir só por si quando o acto deveria ser adoptado em co-decisão com o Parlamento Europeu. Por outro lado, como MOTA DE CAMPOS dá nota, a incompetência aqui visada é a incompetência interna, pois a externa, isto é, o facto de um acto comunitário ser adoptado numa matéria que excede as atribuições comunitárias parece configurar uma situação de inexistência e não de invalidade³.

O fundamento de violação de tratado é apresentado como equivalente ao vício de violação de lei, que os ordenamentos jurídicos nacionais igualmente conhecem. Abrange, por exemplo, a violação de normas específicas do tratado (de carácter não procedimental) ou até de princípios gerais de direito.

Igualmente o desvio de poder se insere na lógica francófona do sistema. No dizer do Tribunal de Justiça, existe *desvio de poder*

«quando a autoridade comunitária, por falta grave de previsão ou circunstância, prossegue fins diversos dos invocados ou visa formar um processo especialmente previsto pelo Tratado para obviar às circunstâncias do caso em apreço».

¹ Dal que, noutra domínio conexo, o Tribunal tenha afirmado ser-lhe permitido tomar em atenção determinado argumento, mesmo que estritamente qualificado pelo recorrente (acórdão B.A.I. c. Comissão, de 28.1.1999, T-14/96, n.º 67).

² A descrição destes vários fundamentos (em termos que de ora em diante seguimos) é feita por J. MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 475-476.

³ Embora diga haver quem considere estar-se aqui perante uma situação de violação de tratado.

Na verdade, esta noção pode abranger situações que, à primeira vista, classificáramos no âmbito de alguns dos fundamentos anteriormente assinalados. Ora, como nos esclarecem LENAERTS/ARIS/MASIELS, trata-se de uma averiguação objectiva, bastando que o «*outcome of the contested act diverges from the objectives for which the power was conferred*»¹.

Por último, neste excuro breve, cumpre assinalar que a arguição dos fundamentos deve ser feita de modo completo logo com a petição inicial, dado o princípio de proibição de introdução de novos fundamentos no decurso da instância (artigos 42.º, n.º 2 e 48.º, n.º 2, dos regulamentos de processo do Tribunal de Justiça e do TPI, respectivamente). Este princípio é apenas excepcionado quando os novos fundamentos tiverem a sua origem em elementos de direito ou de facto revelados durante o processo. Não constituem novos fundamentos os argumentos que tenham, na sua essência, um nexo estreito com um fundamento já invocado, ainda que apenas sejam arguidos na réplica. Por isso, é lícita a ampliação de um fundamento anteriormente invocado².

1.1.5. Efeitos do acórdão. Proferido o acórdão, impõe-se analisar quer a questão dos seus efeitos, quer, seguidamente, a questão da sua eventual recorribilidade.

De acordo com o disposto no Estatuto do Tribunal de Justiça, as decisões do TPI que «*ponham termo à instância, conheçam parcialmente do mérito da causa ou ponham termo a um incidente processual relativo a uma excepção de incompetência ou a uma questão prévia de inadmissibilidade*» são notificadas, não apenas às Partes, mas também a todos os Estados membros e a todas as «instituições da Comunidade», «mesmo que não tenham intervenido no processo» (artigo 55.º do Estatuto).

Quanto ao sentido do acórdão, há que distinguir consoante a pronúncia do tribunal comunitário seja no sentido da validade ou da invalidade do acto comunitário.

Se considerar improcedente o recurso, entende-se que tal significa que a presunção de validade do acto comunitário não foi posta em causa e que inexistia a específica causa de invalidade apreciada no processo. Mas, por outro lado, não impede que, sendo possível, a validade do acto seja outra vez questionada, desde que baseada em fundamento diverso.

¹ K. LENAERTS/D. ARIS/L. MASIELS, *Procedural Law of the European Union*, Oxford, 2006, p. 309.

² Acórdão FRSa e o. c. Comissão, de 27.2.1997, proc. T-106/95. Colec., II, p. 229, n.º 125.

Mas se o tribunal comunitário se pronunciar pela procedência do recurso, o acto comunitário é – no todo ou em parte – extirpado da ordem jurídica comunitária. Nos termos do n.º 1 do artigo 231.º,

«*Se o recurso tiver fundamento, o Tribunal de Justiça anulará o acto impugnado*» [corresponde ao artigo III-366.º da Constituição Europeia].

Em princípio, o acto é retroactivamente eliminado da ordem jurídica comunitária (com eficácia *ex tunc*), sendo o acto declarado nulo e de nenhum efeito¹.

O Tribunal de Justiça apenas poderá, tratando-se de um acto geral, declarar que certos efeitos do acto deverão considerar-se «subsistentes» (n.º 2 do artigo 230.º), expressão que a jurisprudence comunitária usa tanto para ressaltar efeitos já produzidos como para manter a vigência de um acto inválido até à sua substituição por um novo acto (não-viciado).

Por outro lado, anulado o acto, os órgãos comunitários devem adoptar todas as medidas adequadas à execução do acórdão do Tribunal de Justiça, como resulta do artigo 233.º². Além disso, o Tratado é claro na afirmação do princípio de responsabilidade dos órgãos comunitários (*infra*). Como aqui se estipula:

«*A instituição ou as instituições de que emane o acto anulado, ou cuja abstenção tenha sido declarada constante ao presente Tratado, devem tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça.*

«*Esta obrigação não prejudica aquela que decorre da aplicação do segundo parágrafo do artigo 288.º.*

/(...)»

Entende-se que o Tribunal de Justiça não pode ordenar aos órgãos autores do acto inválido quais as medidas que concretamente devem adoptar nem, muito menos, substituir-se a estes, numa qualquer forma de «execução específica»³.

¹ J. MOTA DE CAELOS, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 478-479.

² Regime aplicável igualmente à declaração de omissão, nos termos previstos no artigo 232.º (*infra*).

³ O Tribunal de Justiça começou por tratar o problema no âmbito material da CECA, através do acórdão *De Geussens/Rechtspraak in Limburg*, de 23.2.1961, proc. 30/59, Rec., 1961, p. 11.

Cabe aos órgãos autores do acto ou omissões censurados determinar quais as medidas a adoptar para repor a legalidade comunitária¹, conquanto não gozem de uma “liberdade ilimitada”², porquanto devem obedecer tanto à parte dispositiva do acórdão como à sua fundamentação. Tais medidas tanto se podem bastar com a eliminação da ilegalidade declarada do acto³, sem a sua necessária renovação, como podem implicar a revogação e/ou substituição de todos os actos adoptados com base no acto ilegal, salvo tendo havido, por parte do Tribunal, uma limitação temporal dos efeitos no acórdão anulatório.

Para plena execução do acórdão, o órgão ou órgãos em causa devem agir num «prazo razoável».

Atentos o seu modo de actuação e efeitos, convém reflectir sobre se se trata de uma verdadeira anulabilidade. Parece que nos devemos inclinar para esta solução, pese embora lhe falte a característica da convalidação, o que fará de si, o que lhe confere, em rigor, a natureza de invalidade mista. Quer dizer, o vício não pode ser invocado por qualquer interessado nem a todo o tempo, mas, por outro lado, a não interposição do recurso do prazo fixado não faz sanar a invalidade do acto, que poderá mais tarde ser declarado, ainda que apenas no quadro de outros institutos jurídicos.

1.1.6. Recurso. Dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Primeira Instância cabe recurso para o Tribunal de Justiça (artigo 56.º do Estatuto), limitado a questões de direito (artigo 58.º do Estatuto).

Podem recorrer as partes, desde que total ou parcialmente vencidas, além dos Estados membros ou das «instituições da Comunidade», tenham ou não intervido no processo (artigo 57.º do Estatuto)⁴. Este recurso deve ser interposto no prazo de dois meses a contar da notificação da decisão (v. *supra*, e artigo 55.º do Estatuto).

Além de recurso da decisão final, cabe também recurso da decisão de indeferimento de pedido de intervenção, sendo que neste caso o recurso deve ser interposto no prazo de duas semanas a contar da noti-

¹ Mais desenoventadamente, Denis WAELBROECK, «L'exécution des arrêts d'annulation de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *Mélanges M. Waeltbroeck*, vol. I, cit., pp. 695-717.

² Robert KOVAR, «Article 176», in *Traité instituant la CEE – commentaire article par article*, cit., p. 1070.

³ Acórdão *Asteris e a. c. Comissão*, de 26.4.1988, procs. 97/86, 99/86, 193/86 e 215/86, Colec., pp. 2181, n.º 28.

⁴ Excepção feita ao contencioso da função pública.

ficação de decisão de indeferimento do pedido de intervenção (artigo 57.º do Estatuto)¹.

Sendo limitado a questões de direito, o recurso não pode simplesmente repetir ou reproduzir *expressis verbis* fundamentos e os argumentos já alegados no tribunal a quo, incluindo aqueles que se baseavam em factos expressamente considerados não provados². Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, tal configuraria

*«un pedido de simples reanálise da petição apresentada (...), o que escapa à competência do Tribunal de Justiça»*³.

Já diversa será a situação quando o recorrente contestar

*«a interpretação ou a aplicação do direito comunitário feita pelo Tribunal de Primeira Instância (...) pois aí as questões de direito examinadas em primeira instância podem ser de novo discutidas no âmbito de um recurso de anulação. Com efeito, se um recorrente não pudesse basear o seu recurso em fundamentos e argumentos já utilizados no Tribunal de Primeira Instância, o processo de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância ficaria privado de uma parte do seu sentido»*⁴.

O TRATADO DE LISBOA E O CONTENTENCIOSO COMUNITÁRIO

Há alguns aspectos a salientar, pela sua importância ou carácter inovador.

Em primeiro lugar, a consagração do princípio da tutela jurisdicional efectiva e, no seguimento da mais recente jurisprudência do Tribunal de Justiça, a devolução aos Estados membros da obrigação de assegurar a realização do respectivo objectivo (artigo 19.º, n.º 1, § 2).

¹ O recurso pode ser decidido pelo Presidente do Tribunal através de processo sumário, como previsto no artigo 39.º do Estatuto.

² Por todos, v. Despacho de 25.3.1998, *FFSA e O. C. Comissão*, proc. C-174/97 P, Colect., I, pp. 1303, n.º 24.

³ Por todos, v. Despacho de 26.9.1994, *X c. Comissão*, proc. C-26/94 P, Colect., I, pp. 4379, n.º 13.

⁴ Por todos, v. Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.7.2000, *Salzgitter c. Comissão*, proc. C-210/98 P, Colect., I, pp. 5843, n.º 43; ou Acórdão de 16.5.2002, *ARAP e O. c. Comissão*, proc. C-321/99 P, Colect., I, pp. 4287, n.º 49.

Em segundo lugar, a previsão da recorribilidade, pelos particulares, de *«actos regulamentares que lhes digam directamente respeito e não necessitem de medidas de execução»*.

Em terceiro lugar, o facto de, como hoje sucede, a competência do Tribunal de Justiça não ser plena, em algumas matérias, o que não deixa de apresentar alguma continuidade face ao actual quadro normativo em vigor. Assim acontece com a previsão do controlo da legalidade dos actos adoptados no quadro do procedimento de suspensão de direitos, limitando o âmbito do recurso ao respeito pelas regras procedimentais aplicáveis (e impondo uma aceleração processual em toda a tramitação do processo (§ 2). Mas acontece também no domínio na política externa e de segurança comum, com as importantes ressalvas constantes do mesmo artigo. E, igualmente, também no domínio do espaço de liberdade, segurança e justiça.

Em quarto lugar, a adaptabilidade das regras sobre o Tribunal de Justiça e a repartição de competências entre as diversas jurisdições. Na sequência do disposto no actual artigo 245.º, na redacção de Nice, o Estatuto do Tribunal de Justiça, embora constitua parte integrante dos Tratados, como direito originário, pode, salvo no que toca a algumas normas, ser alterado por regulamento. Prevê-se que seja este o mecanismo utilizado, quer como fundamento, ainda que parcial, para a criação de novos Tribunais especializados e, sobretudo, para, por exemplo, a definição dos domínios em que o Tribunal Geral terá competência prejudicial (que não constam da versão inicial do Estatuto).

Tal como sucede desde o Tratado de Nice, também o Tratado de Lisboa consigna ao Tribunal Geral (que sucede ao TPI) a competência em primeira instância nos recursos de anulação, acções para cumprimento, acções de responsabilidade civil extracotratual ou contratual. Excepcionados ficam os recursos atribuídos em primeira instância a um tribunal especializado (justamente o que sucedeu com o chamado contentencioso da função pública, que o Tratado ainda reconhece ao Tribunal Geral).

No que toca, concretamente, ao recurso de anulação, uma primeira distinção que aí é feita é entre as regulamentos e directivas (susceptíveis de fiscalização independentemente da entidade que as adopte) e os restantes «actos», onde se englobam actos do Conselho, Comissão ou do BCE, mas também actos do Parlamento Europeu ou do Conselho Europeu (novidade absoluta, embora já justificada, dado o novo enquadramento jurídico deste órgão na nova União Europeia), mas também de qualquer outro órgão ou organismo, *«destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros»*.

Quanto à legitimidade activa, prevê-se, pela primeira vez de modo expresso, a legitimidade activa do Comité das Regiões, como recorrente *interessado*. Contudo, não se percebe a razão da discriminação em relação ao Comité Económico e Social.

A norma sobre a legitimidade dos particulares é simplificada. Não fica excluída a recorribilidade de actos gerais, como o mostra a diferença de redacção face à correspondente norma do n.º 4 do artigo 230.º CE. Pelo contrário, os particulares gozam de legitimidade para impugnar «os actos regulamentares que lhe digam directamente respeito e não necessitem de medidas de execução».

1.2. Excepção de inaplicabilidade ou ilegalidade. Assinaladas as limitações que os particulares sofrem no acesso directo à justiça comunitária, quando se trata de pôr em causa a legalidade de actos comunitários, particularmente evidente no que toca a actos de carácter normativo, o mecanismo do artigo 241.º¹ afigura-se de extrema (ainda que limitada) importância.

O mecanismo da excepção de ilegalidade – ou «questão incidental de ilegalidade» – é tradicionalmente configurado como conferindo uma garantia adicional para os particulares, dada a sua ilegitimidade para pedir a anulação de actos comunitários de cunho normativo.

Apresenta características bem evidentes.

Primeiro, só pode ser invocado num processo que decorra perante o tribunal comunitário (Tribunal de Justiça ou Tribunal de Primeira Instância). Segundo, pode ser invocado por qualquer parte demandada (Estado membro, «instituição» ou particular) e apenas em via de excepção.

Terceiro, é complementar em relação ao mecanismo do artigo 230.º. Pode ser invocado mesmo que já tenha decorrido o prazo para a interposição de um recurso de anulação (n.º 5 do artigo 230.º)², já que não está submetida a qualquer prazo.

¹ Anterior artigo 184.º. Consulte-se, igualmente, J. MOTA DE CAMPOS, *Manual de direito comunitário*, cit., pp. 479-488, embora englobe na mesma secção diferentes realidades.

² Como resultou logo do acórdão *Lüttcke* (acórdão *Milchwerke Heinz Wöhrmann & Sohn KG e Alfons Lüttcke GmbH c. Comissão*, de 14.12.1962, proc. 31/62 e 33/62, Colect., pp. 195 e segs.) «resulta do seu [do artigo 184.º actual artigo 241.º CE] texto e da sua economia que esta disposição apenas prevê a declaração de inaplicabilidade de um regulamento, por via incidental e com efeitos restrictos, mediante um processo intentado no próprio Tribunal de Justiça com base nortea [que não o actual artigo 230.º CE] disposição do Tratado, tendo apenas por objecto «proteger os sujeitos de direito contra a aplicação de um regulamento ilegal, sem por esse facto pôr em causa o regulamento em si».

Quanto, o seu fundamento é apenas a ilegalidade de um acto de carácter geral.

Finalmente, a originalidade deste instituto é marcada pelos seus efeitos. Ainda que o Tribunal de Justiça considere que o acto comunitário em causa é ilegal, a única consequência do aresto é a desaplicação do acto ao caso concreto *sub iudice*, não a eliminação do acto da ordem jurídica comunitária. Ou seja, mesmo que a excepção proceda, o que se obtém é apenas a inaplicabilidade do acto geral, não a sua invalidação.

1.3. Acção para cumprimento. A acção para cumprimento, prevista no artigo 232.º¹, diz respeito a comportamentos omissivos dos órgãos comunitários, razão pela qual este instituto é frequentemente designado como recurso por omissão.

Na verdade, porém, como bem assinala A. BARBOSA DE MELO², é uma acção e não um recurso, pois não se reage contra um acto – ainda que silente – da administração comunitária, mas contra uma verdadeira e própria omissão.

1.3.1. Funcionamento. Dado que se trata de obter uma condenação jurisdiccional que declare que um determinado órgão comunitário não agiu (devendo agir), os autores dos tratados consideraram adequado fazer preceder esta acção de uma fase pré-contenciosa, em que o órgão comunitário inadimplente é convidado a agir, adoptando o acto cuja omissão lhe é imputada.

Assim prescreve o segundo parágrafo do artigo 232.º:

«Este recurso só é admissível se a instituição em causa tiver sido previamente convidada a agir. Se, decorrido o prazo de dois meses a contar da data do convite, a instituição não tiver tomado posição, o recurso pode ser introduzido dentro de novo prazo de dois meses».

Esta fase pré-contenciosa apresenta uma dupla finalidade. Primeiro, dá ao órgão comunitário a oportunidade de, num prazo razoável, adoptar o acto em falta, permitindo assim reduzir a conflitualidade judicial, promovendo a celeridade da administração comunitária e a economia processual. Mas, além disso, fixa o início do prazo (de dois meses) para a propositura da acção.

¹ Anterior artigo 175.º.

² *Notas de contencioso comunitário*, cit.

Se após o convite a agir e o decurso do prazo o órgão comunitário não adoptar o acto omitido, poderá então ser proposta a acção. O tratado diz mesmo que a acção para cumprimento só poderá ser intentada se «*a instituição não tiver tomado posição*». Assim, se o órgão comunitário se recusar explicitamente a adoptar o acto, o meio contencioso adequado será o recurso de anulação (artigo 230.º) e já não a acção para cumprimento (artigo 232.º).

Mas se nada disser, se adoptar um acto diferente daquele que é pedido ou emitir um acto¹ informando que continua a analisar a questão ou questões suscitadas, tal não constitui uma tomada de posição pondo termo a uma omissão?

1.3.2. Legitimidade passiva. A acção pode ser proposta contra Conselho, Comissão e Parlamento Europeu (artigo 232.º, § 1). A razão é simples. São estes os órgãos que, como vimos na *Parte II*, adoptam actos jurídicos normativos e individuais (artigo 249.º).

Paralelamente, o tratado reconhece, no último parágrafo do artigo 232.º, que também as omissões do BCE podem ser submetidas ao Tribunal de Justiça. Recorde-se que, no domínio da UEM, o BCE tem poder para adoptar, entre outros, regulamentos, decisões, recomendações e pareceres (artigo 110.º).

1.3.3. Legitimidade activa. Tal como acontece no recurso de anulação, a posição processual de Estados, órgãos comunitários e particulares não é idêntica.

Autores *privilegiados* são os Estados membros e os órgãos comunitários (as «instituições»). No respeito pela precedência da fase pré-contenciosa, poderão interpor tal acção quando «*em violação do presente tratado*» os órgãos de direcção da Comunidade se «*abstiverem de pronunciarem-se*».

Significa isto que é apenas necessário que exista um *dever jurídico de agir* para justificar a legitimidade da acção para cumprimento intentada pelos Estados membros ou por instituições comunitárias.

¹ Exemplo típico é uma carta ou outro tipo de acto informal.

² Acórdãos *SVUPAT/Atta Autoridade*, de 22.3.1961, proc. 42/59 e 49/59, Rec., 1961, pp. 99, 143, Colecc., 1954-1961, p. 597, e *Parlamento/Conselho*, de 22.5.1985, proc. 13/83, Rec., p. 1513, n.º 25. Em certos casos, porém, a não adopção de um acto pode constituir um acto impugnável, ex vi do artigo 230.º – acórdão *Eurocofen c. Comissão*, de 30.9.2003, proc. C-76/01 P, Colecc., I-10091.

Cumpra apenas fazer ressaltar um aspecto. Ao contrário do que vimos suceder no recurso de anulação, ao Parlamento Europeu é desde o início reconhecida legitimidade activa na acção para cumprimento, em termos idênticos aos que valem para os restantes órgãos comunitários.

Já o BCE ocupa uma posição intermédia. Não pode pôr em causa qualquer omissão de pronúncia, mas apenas aquela que esteja relacionada com as suas atribuições (§ 4 do artigo 232.º), sendo por isso um autor *interresado*.

Por último, os particulares só podem interpor a acção quando a instituição tiver omitido a prática de um acto jurídico obrigatório a eles dirigido (§ 3 do artigo 232.º). É o correlato do que se disse aquando do recurso de anulação.

1.3.4. Consequências. E o que sucede se o órgão comunitário «*omitir uma posição*»? Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, tal priva a acção do seu objecto, quer ocorra na fase prévia, quer ocorra após a proposição da acção, mesmo quando a tomada de posição não se traduz na adopção de um acto definitivo dirigido ao autor¹.

O TRATADO DE LISBOA E A ACÇÃO PARA CUMPRIMENTO

Este instituto consta do artigo 265.º do TFUE.

Em resultado da nova configuração institucional, prevê-se igualmente a proposição desta acção contra omissões do Conselho Europeu e de quaisquer outros «órgãos ou organismos da União», o que não parece enquadrar exemplarmente com o elenco preciso feito no n.º 1 do mesmo artigo. O TFUE prevê expressamente a legitimidade activa do BCE, tal como já sucede com o artigo 232.º, § 4 CE, mas diversamente do que sucedia com a Constituição, conquanto à mesma solução se pudesse at chegar. Aliás, no nosso entender, o ponto foi esclarecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, designadamente no acórdão *Comissão c. BCE*, de 10.7.2003, proc. C-11/00.

¹ Assim os acórdãos *Gueftin automobiles c. Comissão*, de 18.3.1997, proc. C-282/95 P, Colecc., I, p. 1503, n.º 31, e *Asia Motor France e o. c. Comissão*, de 18.9.1992, proc. T-28/90, Colecc., II, p. 2285, considerando 34 a 36, citados no acórdão *Interwet Fruwastion c. Comissão*, de 7.3.2002, proc. T-21/2/99, n.º 67.

1.4. Responsabilidade contratual e extracontratual da Comunidade Europeia. Tal como sucede no plano interno, a responsabilidade civil tanto pode derivar do incumprimento de um negócio jurídico (contrato ou não) como basear-se na violação de «direitos ou interesses legalmente protegidos» (cfr. artigo 483.º do Código Civil português). Contudo, o regime da responsabilidade civil na e da Comunidade conhece bastantes especificidades, que convém conhecer.

1.4.1. Responsabilidade contratual. A acção de responsabilidade contratual da Comunidade só é competência do Tribunal de Justiça se tiver «fundamento em cláusula compromissória constante de um contrato de direito público ou de direito privado, celebrado pela Comunidade ou por sua conta» (artigo 238.º).

Não é, pois, jurisdição obrigatória, podendo ser outra a instância jurisdicional competente para a resolução de tais litígios.

E o que se diz quanto à determinação da jurisdição competente pode igualmente dizer-se quanto à lei aplicável aos contratos em que seja Parte a Comunidade. Como se estabelece no § 1 do artigo 288.º,

«A responsabilidade contratual da Comunidade é regulada pela lei aplicável ao contrato em causa».

1.4.2. Responsabilidade extracontratual. Já o julgamento da responsabilidade aquiliana da Comunidade¹ é objecto de competência explícita e obrigatória do Tribunal de Justiça, como dispõe o artigo 235.º:

«O Tribunal de Justiça é competente para conhecer dos litígios relativos à reparação dos danos referidos no segundo parágrafo do artigo 288.º».

1.4.2.1. O segundo parágrafo do artigo 288.º enuncia os pressupostos da responsabilidade civil da Comunidade Europeia por força da acção dos seus órgãos ou agentes.

Mais uma vez, é de alguma utilidade conhecer a redacção da norma em questão:

«Em matéria de responsabilidade extracontratual, a Comunidade deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns

¹ Mas o Tribunal de Justiça já não será competente se for a própria Comunidade a interpor a acção de responsabilidade – sobre este instituto, entre nós, Maria Luísa Duarte, «A acção de indemnização por responsabilidade extracontratual da Comunidade Económica Europeia», *ROA*, 1993, p. 85.

aos direitos dos Estados membros, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções».

São vários os pressupostos da responsabilização aquiliana da Comunidade Europeia. Não nos alongaremos na sua análise, ficando pela resposta enunciação¹, até porque, como resulta do artigo 288.º, a responsabilização da Comunidade opera «de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros».

Em primeiro lugar, é preciso haver um *acto* que expresse a vontade comunitária e que seja produtor de efeitos jurídicos. O acto deve, além disso, ser *eficaz*², isto é, configurar uma actuação da Comunidade, através de um seu órgão ou agente, violadora de uma «regra superior de direito tuteladora da posição jurídica dos particulares» ou dos «limites impostos ao exercício dos poderes» da Comunidade³.

Não é qualquer ilegalidade que parece consubstanciar o preenchimento deste primeiro elemento. A jurisprudência caracteriza-a como uma «violação suficientemente grave» [da regra superior de direito tuteladora dos particulares] ou como uma violação em forma «grave e manifestas» [dos limites impostos ao exercício dos seus poderes].

O acto deve, em terceiro lugar, ser produtor de prejuízos, de danos reais⁴. Os danos, que devem ser ressarcíveis, tanto podem ser danos actuais como previsíveis⁵.

Por último, entre o facto [o acto ilegal] e o dano deve existir um nexo de causalidade. O dano tem de ser imputado à Comunidade, resultando quer da regulamentação comunitária quer de uma omissão [ilegítima] de um seu órgão ou agente.

1.4.2.2. A isto há apenas que fazer acrescer duas últimas considerações. Este mecanismo é concebido pelo Tribunal de Justiça como uma via subsidiária em relação às vias nacionais.

¹ Ver acórdãos *Sonito e o. c.*, Comissão, de 17.5.1990, proc. C-87/89, *Collec.*, I, p. 1981, n.º 16; e acórdão *TEAM c. Comissão*, de 29.10.1998, proc. T-13/96, *Collec.*, II, p. 4073, n.º 68.

² Mas não é necessário que o acto tenha sido objecto de um recurso de anulação (artigo 230.º) e efectivamente eliminado da ordem jurídica comunitária.

³ Aquilo que alguns qualificam como a “*formula Schönpenscheidt*”, por referência ao acórdão do Tribunal de Justiça que enunciou, no acórdão *Zuckerfabrik Schönpenscheidt c. Conselho* (HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, cit., pp. 443-453).

⁴ Acórdão *Hitra Witterer e o. c. Conselho e Comissão*, de 27.1.1982, proc. 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 e 5181, *Rec.* 1982, I, n.º 9.

⁵ Pode por exemplo pedir-se o pagamento de juros indemnizatórios.

E, por outro lado, só opera se o comportamento for exclusivamente imputável à Comunidade, devendo a acção, nesta hipótese, ser intentada contra a própria Comunidade Europeia¹. Se foi o Estado membro que, pela sua actuação de uma norma comunitária e no exercício da sua margem de apreciação na implementação do direito comunitário, originou o dano, a ele cumpre responder judicialmente.

1.5. Litígios da função pública comunitária (artigo 236.º). Embora, pela sua especificidade, esta matéria não seja leccionada, deve salientar-se a já referida criação da primeira câmara jurisdicional (artigo 225.º A) e primeiro Tribunal Especializado, por isso já chamado Tribunal da Função Pública da União Europeia³.

1.6. Medidas provisórias⁴ As medidas provisórias, habitualmente conhecidas como «providências cautelares», estão previstas, como competência do Tribunal de Justiça⁵, nos artigos 242.º e 243.º⁶.

¹ O Tribunal de Justiça igualmente admite que a acção possa ser intentada contra o órgão comunitário produtor do acto ilegal (*acçãoção Brantex e Di Domenico c. Comissão*, de 9.11.1989, proc. 353/88, Colecl., p. 3623, n.º 7; *SGEFM e Eron c. BEI*, de 2.12.1992, proc. C-370/89, Colecl., p. 1-6211, n.º 12 a 16; *Front Lambert c. Provedor de Justiça Europeia*, de 10.4.2002, proc. T-209/00, n.º 51-60).

² Matéria não leccionada.

³ Através da Decisão n.º 2004/752/CE do Conselho – JO, L 333, de 9.11.2004, p. 7.

⁴ Neste ponto, segue-se de modo especial o trabalho de J. L. da Cruz Vilaça, «La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire», *Scritti in onore di G. Federico Mancini*, vol. II, Giuffrè, 1998, pp. 257-306.

⁵ Mas não é apenas o Tribunal de Justiça que tem competência para adoptar medidas provisórias em relação com o direito comunitário. A Comissão fá-lo no domínio do direito da concorrência e os tribunais nacionais também exercem essa sua competência.

⁶ Discutidos são os termos em que o juiz nacional poderá decretar medidas provisórias contra actos de direito interno, com fundamento no direito comunitário – sobre as medidas provisórias, na perspectiva do juiz nacional, José CAVALLINI, *La jige national du provisione face au droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1995. Imaginam-se desde logo duas situações. Primeiro, um acto interno que viola uma norma comunitária. Em segundo lugar, um acto de direito interno adoptado com base numa norma comunitária ilegal.

A segunda situação foi posta, de maneira muito forte, no caso *Atlanta* (acçãoção *Atlanta Fruchtharvestgesellschaft GmbH e a. C. RFA*, procs. C-465/93 e C-466/93, de 1995,

As duas normas têm um sentido e alcance diversos, ainda que se saliente que a distinção é mais formal que material. Enquanto o artigo 242.º descreve um tipo específico de medida provisória (a suspensão da execução de um acto comunitário impugnado contenciosamente), o artigo 243.º contém uma autorização genérica para a concessão, pela justiça comunitária, das «medidas provisórias necessárias».

Em ambos os casos, o que está em causa é a protecção provisória e conservatória dos direitos dos particulares, no quadro de um litígio perante os tribunais comunitários (daí a sua característica acessoriedade). Quer dizer, ambos os mecanismos visam atribuir uma protecção ao requerente que, por definição, seja:

— provisória, isto, é susceptível de produzir efeitos só até à decisão do processo principal;

— conservatória, assegurando apenas a protecção dos direitos de quem, molde a impedir a produção de lesões irreversíveis desses mesmos direitos.

1.6.1. O artigo 243.º confere ao Tribunal de Justiça o «poder de ordenar as medidas provisórias necessárias». Uma vez, este pode impor obrigações de fazer ou não fazer, até à decisão sobre a matéria de fundo¹, outras vezes, atribui à Comissão o dever de controlar a execução do despacho.

A concessão de medidas provisórias supõe a prévia proposição de uma acção, como resulta da redacção do artigo 243.º [«O Tribunal de Justiça, nas causas submetidas à sua apreciação...»], e uma estreita conexão com o objecto do litígio².

¹ Colecl., 1995). A doutrina do Tribunal de Justiça é a de que, se se tratar de um processo que decorra perante um tribunal nacional, a decisão de aplicação de medidas provisórias depende do juiz nacional. Contudo, ao fazê-lo, este deve reger-se pelos seguintes critérios: a medida deve ser apta a proteger o direito, até à decisão final; não deve propiciar a resolução definitiva da questão nem prejudicar a utilidade efectiva da decisão final; não deverá ser concedida em condições diversas das que o Tribunal de Justiça lança não no mesmo domínio (Hennek von Holstern, in *Festschrift an Ole Due*, pp. 143 ss., citado pelo advogado-geral Emler, no processo *Atlanta*).

² Aménos artigos 185.º e 186.º.

³ Por exemplo, suspendendo as provas de um concurso para funcionários, ainda que o acto impugnado seja o que recusou admissão de um candidato às provas; ou admitindo um concorrente excluído às provas de um concurso, ficando os resultados dependentes da sorte da impugnação principal – despacho *Kerstler*, de 1994.

⁴ Artigo 83.º, n.º 1, § 2 e n.º 2 do RPTI, e correspondente artigo 104.º do RPTPI.

O mecanismo contencioso que pode ter sido adoptado pode ser o mais variado. Tanto pode tratar-se de um recurso de anulação (artigo 230.º), como de uma acção para cumprimento (artigo 232.º) ou até de uma acção por incumprimento (artigos 226.º-227.º).

1.6.2. Também a suspensão da execução de um acto comunitário supõe que exista um acto comunitário (positivo) e que este haja sido já «impugnado» (artigo 242.º)¹.

Um acto positivo, porquanto a suspensão de uma «decisão negativa», pela qual o órgão se recuse a adoptar a medida pedida, não poderia conduzir a um resultado útil, pois, normalmente, a suspensão não equivaleria à adopção de uma medida de sentido contrário e por isso não alteraria a situação jurídica do requerente.

É um acto actual, produtor de efeitos jurídicos.

A suspensão da execução de um acto comunitário só tem sentido no quadro do recurso de anulação (artigo 230.º) ou do contencioso da função pública comunitária (artigo 236.º).

1.6.3. Em termos genéricos, importa reter os pressupostos materiais do mecanismo de medidas provisórias, que devem dizer respeito às relações entre as partes e permitir a composição temporária e provisória do litígio, sem prejudicar a autonomia e plena eficácia do julgamento e da decisão do litígio principal.

São três os pressupostos que devem estar cumulativamente preenchidos, para a concessão de medidas provisórias:

- Urgência;
- Probabilidade séria de existência do direito (*firmus bonus iuris*);
- Provisoriedade dos efeitos.

1.6.3.1. A urgência da decisão de concessão da medida provisória é revelada pela necessidade de evitar um «prejuízo grave e irreparável».

O Tribunal considera a intensidade e natureza do prejuízo sofrido. Como se salienta, não basta um «prejuízo hipotético baseado numa probabilidade aleatória de acontecimentos futuros e incertos», assim como não é suficiente, em princípio, um prejuízo meramente pecuniário².

¹ Vide igualmente os §§ 1 dos n.ºs 1 dos artigos 83.º do RPTPI e 104.º do RPTPI.

² Ainda que a Comissão tenha por hábito a não cobrança de coima fixada, em caso de recurso para o Tribunal de Justiça, se existir garantia bancária. Nesta hipótese, o interesse por detrás da concessão da medida provisória seria apenas o de evitar a constituição obrigatória de garantia bancária ou de caução.

Além disso, para ser urgente, o prejuízo deve ser entendido como um «*natureza sério do interesse envolvido no litígio, qualquer que seja a natureza desse prejuízo*». Alguns consideram que a urgência deverá ser incontestável, quer dizer, face aos efeitos irreversíveis resultantes da não concessão das medidas provisórias¹, embora, por outro lado, a concessão das medidas provisórias não possa também produzir efeitos irreversíveis. Esta tensão coloca o juiz comunitário numa posição delicada, devendo eleccionar uma fundamental e cuidada ponderação dos interesses envolvidos (proporcionalidade)².

1.6.3.2. O *firmus bonus iuris* traduz os fundamentos de facto e de direito que justificam o pedido de medidas provisórias e da sua concessão («*pro facie case*»). O juiz deverá fazer um juízo sumário acerca da probabilidade de procedência dos pedidos do requerente das medidas provisórias, aliás exigido no já referido n.º 2 do artigo 83.º do RPTJ.

1.6.3.3. A *provisoriedade* dos efeitos afere os efeitos da decisão sobre as medidas provisórias sobre o processo principal e sobre a situação jurídica dos particulares.

1.6.4. Uma última palavra para questões de índole processual. A competência para a concessão das medidas provisórias pertence ao Presidente do tribunal comunitário, o qual pode submeter a questão ao Tribunal de Justiça ou à secção competente para a questão principal³.

As decisões sobre as medidas provisórias são recorríveis no prazo de dois meses⁴, recurso limitado a questões de direito⁵.

¹ O exemplo dado é o da concorrência, quando a execução da decisão da Comissão conduzir à produção de efeitos irreversíveis na estrutura no mercado, difilmente corrigida com a decisão final ou até pelo próprio mercado.

² Para uma aplicação, no sensível domínio do sigilo profissional, no quadro do direito da concorrência. Despacho do Presidente do TPI de 27.9.2004, proc. G-07/04 P (R).

³ Artigos 85.º do RPTJ e 106.º do RPTPI. Como informa J. L. da Cruz Vilaça, em regra o Presidente decide o pedido, mas costuma fazer-se acompanhar na audiência, quando há lugar a esta, por juiz-relator (TPI) ou advogado-geral (Tribunal de Justiça).

⁴ Artigo 57.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

⁵ Artigos 225.º e 58.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

2. O CONTROLO DOS COMPORTAMENTOS DOS ESTADOS MEMBROS

2.1. Acção por incumprimento. A efectividade das normas comunitárias depende, em grande medida, da não contrariedade das disposições nacionais em relação a elas.

Se cada Estado membro mantivesse em vigor normas nacionais que contrariassem as normas comunitárias, prejudicada ficaria a realização dos objectivos comunitários.

Mas a necessidade de os Estados membros respeitarem o direito comunitário decorre ainda de uma norma específica, o artigo 10.º, pela qual os Estados membros se obrigam a tudo fazer para realizar os objectivos comunitários expressos nos tratados, obrigação de lealdade que pode igualmente impor obrigações negativas, de abstenção. Abstenção de estabelecer ou manter normas ou comportamentos nacionais que contrariem o direito comunitário.

A incompatibilidade entre o direito emanado pelo Estado e as obrigações que decorrem do direito comunitário pode manifestar-se pelas formas mais variadas. Normas e actos de direito nacional podem estar em contradição com o ordenamento jurídico comunitário, do mesmo passo que a incompatibilidade pode resultar do modo como os Tribunais¹ ou a Administração nacionais interpretam normas e actos nacionais². Por outro lado, uma vez afirmada a violação de uma norma comunitária por um acto normativo de direito interno, parece ser irrelevante saber se a prática administrativa de aplicação/concretização desse acto de direito nacional é ou não conforme às exigências postas pelo direito comunitário³. Irrelevante são igualmente o facto de as disposições de direito comunitário cujo respeito esteja em causa se encontrarem providas da característica do efeito

¹ V., quanto a «*regras de natureza jurisprudencial*», o acórdão *AMOK Verlag GmbH. A & R Gastronomie GmbH*, 11.12.2003, proc. C-289/02, Collect., 2003, I, pp. I-5059.

² No entanto, se por aplicação de princípios hermenêuticos «*comuns às tradições jurídicas dos Estados membros*», puder ser afirmada a compatibilidade entre ambos os ordenamentos jurídicos (por exemplo, por força do princípio *lex posterior derogat lex anterior*), não estaremos perante uma situação de incumprimento – assim acórdão *Comissão c. Itália*, de 7.3.2002, C-145/99, n.º 38.

³ Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, as práticas administrativas conformes ao direito comunitário não são de natureza a fazer desaparecer a incompatibilidade de disposições legislativas nacionais com o direito comunitário – acórdão *Comissão c. Itália*, de 15.10.1986, Collect., p. 2945 –, embora a prática das autoridades nacionais possa ter algum relevo (v. acórdão *Comissão c. Itália*, de 18.1.2001, proc. C-162/99).

imediato, podendo os particulares invocá-las em juízo directamente¹, ou a circunstância de as repercussões económicas do incumprimento serem insignificantes².

Por isso, quando os Estados membros não respeitam na sua ordem nacional as obrigações emanadas do direito adoptado pela Comunidade, o tratado prevê a possibilidade de tanto a Comissão como qualquer outro Estado membro intentarem perante o Tribunal de Justiça uma acção por incumprimento.

O incumprimento estadual é, como ilustra a nossa doutrina³, abundantemente justificado pelos Estados, sem que tal beneficie de qualquer olhar benevolente por parte dos órgãos comunitários⁴, que afirmam mesmo não poderem os Estados membros invocar «*disposições, práticas ou situações da sua ordem jurídica interna*» para justificar o desrespeito das obrigações impostas pelo direito comunitário⁵.

O mecanismo contém previsto no tratado para assegurar o respeito pelo direito comunitário por parte dos Estados membros está essencialmente previsto nos artigos 226.º a 228.º.

Existem ainda procedimentos especiais, nomeadamente os previstos nos artigos 88.º, n.º 2 (ajudas de Estado) e 95.º, n.º 9 (mercado interno), caracterizados pela ausência de uma específica fase pré-contenciosa.

2.1.1. Fase pré-contenciosa. A acção por incumprimento constitui um importante instituto, porquanto, nele, os Estados membros são julgados pelo Tribunal de Justiça, funcionando como jurisdição internacional. Por isso, o tratado rodeia a propositura desta acção de especiais cuidados. Em primeiro lugar, limitando as entidades ou órgãos com legitimidade para desencadear o processo. Apenas a Comissão (artigo 226.º)⁶

¹ Ver acórdão *Eumorf*, de 25.7.1991, proc. C-208/99, Collect., I-4269, n.º 20-21.

² Neste sentido, por todos, as conclusões do Advogado-Geral S. ALBER no proc. C-298/99, n.º 81.

³ Ver J. MOREIRA DE CARVALHO, *Manual de Direito Comunitário*, cit., pp. 451-454.

⁴ O Tribunal de Justiça reconhece, no entanto, a impossibilidade absoluta de cumprir as obrigações que decorrem do direito comunitário (acórdão *Comissão c. Bélgica*, de 15.1.1986, proc. 52/84, Collect., p. 89, n.º 16; acórdão *Comissão c. Países Baixos*, de 2.2.1988, proc. 213/85, Collect., p. 281, n.º 22; ou acórdão *Comissão c. Espanha*, de 26.6.2003, proc. C-404/00, Collect., p. I-6695, n.º 45).

⁵ Por todos, o acórdão *Comissão c. Bélgica*, de 28.3.1985, proc. 275/83, Rec., p. 1097, n.º 10.

⁶ Artigo 258.º do TFUE.

ou os Estados membros o podem fazer (artigo 227.^o).¹ E, nesta última hipótese, os Estados membros só o podem fazer depois de a Comissão ser chamada a estabelecer um diálogo prévio com o Estado membro alegadamente infractor (§§ 2 e 3 do artigo 227.^o). Deve dizer-se que são extremamente raros os casos de acções de incumprimento iniciadas por um Estado membro contra outro.²

Quando é a Comissão a tomar a iniciativa do processo – porque os seus serviços se depararam com uma situação de incumprimento estadual ou por ter havido uma denúncia de um particular ou de outro Estado membro –, é necessário o desencadeamento de uma fase pré-contenciosa, visando a certificação prévia da existência de uma infracção e a preferível composição amigável e célere do conflito.

A fase pré-contenciosa é descrita da seguinte forma no primeiro parágrafo do artigo 226.^o:

«Se a Comissão considerar que um Estado membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente tratado, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado a oportunidade de apresentar as suas observações».

São dois os momentos aí presentes.

Primeiro, a Comissão dá ao Estado «a oportunidade de apresentar as suas observações», através do envio de uma notificação por incumprimento, a que se assinala a natureza de verdadeira nota de culpa, no sentido de delimitar o objecto do eventual incumprimento.³

¹ Artigo 259.^o do TUE.

² Por nós, conhecemos apenas cinco casos em que um Estado membro interpôs, por si ou acompanhando a Comissão, uma acção contra outro Estado membro, apenas tendo sido profetizados três acórdãos: acórdão do Tribunal de Justiça, de 4.10.1979, *Franga c. Reino Unido*, proc. 141/78, Rec., 1979, pp. 2923, acórdão de 16.5.2000, *Bélgica c. Espanha*, proc. C-388/95, Collect., 2000, I, pp. 3123, e, por último, acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 12.9.2006, *Reino da Espanha c. Reino Unido*, proc. C-145/04, Collect., 1006, I, pp. 7917.

³ Daí decorre que o objecto da acção é circunscrito na fase pré-contenciosa, devendo o parecer fundamentado e a acção basear-se em acusações idênticas – acórdãos *Comissão c. Bélgica*, de 10.9.1996, proc. C-11/95, Collect., I-4115, n.º 73, e *Comissão c. Itália*, de 16.9.1997, proc. C-279/94, Collect., I-4743, n.º 24 –, sem prejuízo da possibilidade de a acusação ser restringida face àquela formulada nos dois momentos da fase pré-contenciosa (v. acórdão *Comissão c. Alemanha*, de 29.9.1998, proc. C-191/95, Collect., I-5449, n.º 56) ou da utilização de meios de prova conhecidos durante a fase pré-contenciosa.

Segundamente, se a Comissão não ficar satisfeita com a resposta do Estado membro em causa (se existir), a Comissão formulará o *parecer fundamentado*, cujo cumprimento será pedido ao Estado, durante o prazo nele fixado pela própria Comissão. É de notar que, sendo um parecer, o Estado membro não é obrigado a cumpri-lo, ainda que, de tal forma, se sujeite à efectiva proposição da acção por parte da Comissão.

Este parecer desempenha uma função essencial, pois o incumprimento estadual é apreciado em função da situação deste no termo do prazo fixado no parecer fundamentado, não sendo as alterações posteriormente ocorridas tomadas em consideração pelo Tribunal.¹

Como se pode ler no artigo 226.^o, § 2:

«Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça».

Note-se que se trata aqui de uma faculdade e não de uma obrigação. Se a Comissão assume normalmente o ónus de uma tal decisão (artigo 226.^o), que se inclui ainda no âmbito geral das suas competências enquanto «guardião dos tratados» (artigo 211.^o), tal não lhe impõe uma obrigação, antes se traduzindo no exercício de um poder discricionário não sindicável jurisdicionalmente por parte dos particulares queixosos (ou por qualquer outro ente?), nem sujeito a qualquer prazo prescricional.³

¹ Neste sentido, entre outros, os acórdãos *Comissão c. Reino Unido*, de 7.12.2000, proc. C-69/99, Collect., I-10979, n.º 22, ou *Comissão c. França*, de 15.3.2001, proc. C-147/00, Collect., I-2387, n.º 26.

² Claro que outro Estado membro pode, ao abrigo do artigo 227.^o, desencadear o mecanismo jurisdicional, mas tal tem sempre sido uma hipótese rara. Que os queixosos de uma hipótese violação estadual de uma obrigação comunitária não podem recorrer do aquilamento da denúncia é jurisprudência pacífica do tribunal comunitário: v.g. acórdão *Star Fruit c. Comissão*, de 14.2.1989, proc. 247/87, Collect., p. 291, n.º 10 a 14. O mesmo acontece noutros casos de incumprimento, regidos por normas comunitárias específicas, como no domínio da concorrência. Af. com efeito, a Comissão não é obrigada a decidir sobre uma denúncia relativa a uma violação dos artigos 81.^o ou 82.^o (acórdão *GEHA c. Comissão*, de 19.10.1979, proc. 125/78, Rec., 1979, 3.^a parte, p. 3173) ou das normas sobre auxílios estatais (artigo 88.^o, n.º 3; acórdão *Ladbroke Racing c. Comissão*, de 27.10.1994, proc. T-32/93, Collect., II, p. 1015, n.º 36-38), ainda que, neste último caso, tal possa excepcionalmente suceder (acórdão *Bilanzhelfer c. Comissão*, de 20.2.1997, proc. C-107/95 P, n.º 25).

³ O Tribunal de Justiça admite que o Estado membro possa invocar que a duração excessiva da fase pré-contenciosa viola o seu direito de defesa, ao tornar mais difícil refutar os argumentos da Comissão – acórdão *Comissão c. Profesa Baixos*, de 16.5.1991, proc. C-96/89, Collect., I, p. 2461, n.º 15-16.

Trata-se de um juízo de oportunidade que só à Comissão cabe, e que lhe permite ser soberana na decisão de prosseguir o processo, em qualquer momento da fase pré-contenciosa, interpor a acção ou não ou até desistir da acção e do pedido.

Quer dizer, não só os particulares queixosos não podem atacar concretamente a decisão de recorrer ou a omissão de uma tal decisão, *ex vi* dos artigos 230.º e 232.º, porquanto o acto não lhes diz directa e individualmente respeito, como, por outro lado, a Comissão determina livremente o momento adequado para a actuação contenciosa¹.

2.1.2. A fase contenciosa. Se o Estado membro não se conformar com o parecer fundamentado, a Comissão (ou outro Estado membro, se esta não o fizer – artigo 227.º) poderá intentar a acção.

Recai sobre a Comissão (ou sobre o Estado membro autor) o ónus da prova. Ao alegar o incumprimento, deve também fazer prova do mesmo. Como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a Comissão (ou o Estado membro autor da acção) deve apresentar ao Tribunal de Justiça todos elementos necessários à verificação, por este, da existência daquele incumprimento, sem poder basear-se numa qualquer presunção².

Perante a acusação, o Tribunal de Justiça decidirá da existência (ou não) do imputado incumprimento estadual, apreciando as normas nacionais aplicáveis para determinar se estas envolvem (na sua formulação ou interpretação³) a violação de uma obrigação assumida pelo Estado no plano comunitário.

¹ Por exemplo, nos casos C-24/97 (*Comissão c. Alemanha*) e C-202/97 (*Comissão c. Bélgica*), a Comissão demorou mais de cinco anos entre a notificação de incumprimento e a emissão do parecer fundamentado, sem que o seu comportamento tenha sido censurado pelo Tribunal de Justiça.

² Acórdãos *Comissão c. Países Baixos*, de 25.5.1982, proc. 96/81, Rec., p. 1791, n.º 6; *Comissão c. França*, de 20.3.1990, proc. C-62/89, *Collect.*, I, p. 925, n.º 37, ou *Comissão c. Países Baixos*, de 12.9.2000, proc. C-408/97, *Collect.*, I, p. 6417, n.º 15.

³ De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o alcance das disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais deve ser apreciado tendo em conta a interpretação que delas fazem os órgãos jurisdicionais (v., por exemplo, o acórdão *Comissão c. Reino Unido*, de 8.6.1994, proc. C-382/92, *Collect.*, I, p. 2435, n.º 36), incumbido ao Estado pretensamente infractor demonstrar (designadamente quando se trate da transposição de uma directiva) que as disposições nacionais permitem alcançar os resultados e objectivos previstos pelo direito comunitário (acórdão *Comissão c. Itália*, de 24.1.2002, proc. C-372/99, n.º 26).

No termo deste processo, o Tribunal de Justiça (tanto poderá considerar procedente o pedido da Comissão, condenando o Estado membro, como poderá absolver o Estado, na hipótese contrária).

A este propósito, convém salientar que decorre do n.º 1 do artigo 228.º uma obrigação clara para os Estados: a de darem cumprimento aos acórdãos «condenatórios» do Tribunal de Justiça¹. Mas não se pode esquecer que, devido à limitação genérica das suas competências (o Tribunal de Justiça, de facto, limita-se a declarar o incumprimento), o tribunal comunitário não pode substituir-se às autoridades nacionais na revogação e desaplicação das normas e medidas nacionais consideradas incompatíveis com a ordem jurídica comunitária. Tal implica uma efectiva actuação e responsabilização estadual pela harmonização com a jurisprudência declarativa condenatória do Tribunal².

Como repetidamente afirma o Tribunal de Justiça, em nome da segmentação jurídica,

«a incompatibilidade da legislação nacional com as disposições comunitárias, mesmo directamente aplicáveis, não pode ser efectivamente eliminada sendo através de normas internas de carácter coercitivo com o mesmo valor jurídico que as que devem ser modificadas. Simples práticas administrativas, por natureza modificáveis ao critério da administração e desprovidas de publicidade adequada, não podem ser consideradas como constituindo execução válida das obrigações impostas pelo Tratado»³.

visto que práticas conformes ao direito comunitário não fazem desaparecer legislação contrária ao mesmo direito comunitário⁴.

Por outro lado, o não cumprimento de uma obrigação imposta pelo direito comunitário pode constituir, no plano jurisdicional nacional, fundamento de anulação de uma norma ou acto de direito interno⁵.

¹ Sobre o tema, monograficamente, M. J. RANÇEL DE MESQUITA, *Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento*, Alameda, Coimbra, 1997.

² No processo C-197/96, a República Francesa invocava a inaplicação da norma do *code du travail* que proibia o trabalho feminino nocturno, como consequência do efeito combinado da denúncia da convenção n.º 89 do OIT e do efeito directo do artigo 5.º da Directiva n.º 76/207/CEE.

³ N.º 14 do acórdão *Comissão c. República Francesa*, de 13.3.1997, já citado.

⁴ Acórdão *Comissão c. Itália*, de 15.10.1986, proc. 168/85.

⁵ Assim a opinião do órgão jurisdicional de reenvio no caso *Bla Benelux c. Bélgica* (acórdão de 20.3.1997, proc. C-13/96, n.º 13). Por outro lado, a anulação de actos

Finalmente, qual o prazo que o Estado membro tem para cumprir o disposto no acórdão condenatório? O tratado é omissivo, mas o Tribunal de Justiça tem entendido que

«o interesse da aplicação imediata e uniforme do direito comunitário impõe que essa execução seja iniciada imediatamente e concluída no mais breve prazo»¹.

2.1.3. O (in)cumprimento do acórdão condenatório. E se os Estados membros não cumprirem o acórdão condenatório? Regé, nesse ponto, o n.º 2 do artigo 228.º. Se o Estado membro condenado não cumprir o acórdão, um novo processo poderá ser iniciado, tudo reconhecendo do início (nova fase pré-contenciosa seguida de nova acção interposta contra o Estado membro incumpridor).

Contudo, a partir de Maastricht, uma novidade é introduzida². Neste novo processo, que tem por objecto o incumprimento do acórdão condenatório proferido no primeiro processo, a Comissão pode pedir a condenação do Estado, por parte do Tribunal de Justiça, ao pagamento de uma

«*quantia fixa ou progressiva correspondente à sanção pecuniária a pagar pelo Estado membro, que considere adequada às circunstâncias*».

Administrativos irregulares pode ser dificultada pelos ordenamentos nacionais. Por exemplo, o artigo 48.º da *Vervordnungsverfahrensgesetz* determina que um acto administrativo consultativo ou declarativo de um direito ou de um benefício de natureza jurídica só pode ser revogado se o seu destinatário não tiver podido adquirir uma confiança legítima (degradação de protecção) na sua força jurídica, sob limite do interesse público, se a administração proceder à sua revogação no prazo de um ano ou, quanto ao direito de recuperação, se o poder discrecional da autoridade estatal (na concessão do auxílio) foi exercido de modo irregular ou se mostra que o beneficiário já não está enriquecido (isto quanto à oposição à decisão de recuperação de um auxílio ilegal). No entanto, a jurisprudência comunitária vai no sentido de que as disposições nacionais não devem poder ser utilizadas para contornar obrigações comunitárias, de modo a tornar praticamente impossível o cumprimento do direito comunitário e o respeito pleno pelo interesse comunitário (acórdão *Deutsche Milchkontor*, de 21.9.1983, proc. 205 a 215/82, Rec., 1983, p. 2653), não podendo as empresas adquirir uma confiança legítima na regularidade do auxílio senão quando este tenha respeitado os processos previstos comunitariamente (acórdão *Comissão c. Alemanha*, de 20.9.1990, proc. C-5/89, Collect. I, p. 3437, n.º 13-14).

¹ Acórdãos *Comissão c. Itália*, de 6.11.1985, proc. 131/84, Rec., p. 3331, n.º 7; e *Comissão c. França*, de 13.7.1988, proc. 169/87, Collect. p. 4093, n.º 14.

² Analisando esta modificação como «um traço novo (...) com forte conotação federalista», P. PITTA E CUNHA, «Os impulsos federais na construção europeia», *REDUI*, cit., p. 9.

Embora pertença à Comissão a competência para o pedido, para os quais esta formulou critérios objectivos¹, é ao Tribunal de Justiça que compete em exclusivo uma tal condenação do Estado [que não cumpriu o anterior acórdão condenatório] ao pagamento da sanção pecuniária, que tem uma natureza compulsória².

Na sua primeira aplicação³, o Tribunal de Justiça foi bastante claro. Competência para a fixação da sanção pecuniária pertence em exclusivo ao Tribunal de Justiça. Este, por seu turno, considera os critérios formulados pela Comissão como uma «base de referência útil»⁴.

O TRATADO DE LISBOA E A ACÇÃO POR INCUMPRIMENTO

Na sequência da Constituição Europeia, são algumas as novidades que o Tratado de Lisboa traz, nesta matéria, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Primeiro, no que toca ao incumprimento de um acórdão condenatório por um Estado membro, continua a prever-se, em geral, a necessidade de um segundo processo. Contudo, note-se que, ao contrário do que hoje sucede, não é necessário que o Estado esteja dispensado da obrigação de fornecer, no segundo processo, a Comissão, estando esta agora com a previsão de que o Estado, intencionalmente inadimplente, deverá ter «a possibilidade de apresentar novas observações», o que corresponde à fase dita de «modificação de incumprimento» (artigo 260.º, n.º 2 TFUE).

Ver a *Comunicação sobre a aplicação do artigo 171.º CE* [actual artigo 228.º CE] de 24.2.2000, de 21.8.1996, pp. 6-8 - e o *método de cálculo da sanção pecuniária compulsória prevista no artigo 171.º*, publicada no JO, C 63, de 28.2.1997, pp. 2-4 - ambos os textos podem encontrar-se em TIZZANO/CRUZ VILAGA/GONÇALVES-HENRIQUES, *Código da União Europeia*, cit.

² A primeira grande sanção em que o Tribunal de Justiça se viu confrontado com esta hipótese foi no acórdão *Comissão c. França*, de 7.3.1996, proc. C-334/94, Collect. I, p. 1307. Neste caso, o Tribunal de Justiça considerou, no entanto, que só é relevante o prazo de incumprimento decorrido após 1 de Novembro de 1993, data da entrada em vigor do tratado de Maastricht.

³ Sobre a aplicação de sanções, Paz Andrés Sáenz de SANTA MARÍA, «Primera multa coercitiva a un Estado miembro por incumplición e sentencia (Comentario a la sentencia del TJCE de 4 de julio de 2000, *Comisión c. Grecia*)», *RDCE*, n.º 8, ano 4, 2000, pp. 493-518.

⁴ Acórdão *Comissão c. Grécia*, de 4.7.2000, proc. C-387/97, n.º 89.

Segundo, note-se que, se o incumprimento imputado ao Estado membro for o incumprimento da obrigação de comunicação das medidas de transposição de uma directiva (rectius, «a obrigação de comunicar as medidas de transposição de uma lei-quadrado»), a Comissão pode, logo nesse processo, pedir a condenação do Estado membro ao pagamento de uma quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória (n.º 3 do artigo 260.º TFUE).

Terceiro, à primeira vista, o Tratado parece tomar partido na questão da natureza da sanção pecuniária, ao classificá-la como «sanção pecuniária compulsória».

Quarto, embora nada introduzindo de novo sobre o modo de cumprimento (pagamento) das referidas sanções financeiras, o Tratado confere ao Tribunal de Justiça a competência para determinar a data da produção de efeitos da «obrigação de pagamento».

2.2. Competência eventual e compromissória. Diversa é situação prevista no artigo 239.º. Aí o que está em causa é a competência do Tribunal de Justiça para

«decidir sobre qualquer diferendo entre os Estados membros, relativo a qualquer objecto do presente Tratado».

A competência do Tribunal de Justiça não é obrigatória, dependendo de prévio compromisso entre os Estados membros em causa, nesse sentido. O artigo 239.º não diz respeito ao incumprimento por parte de um Estado membro, dado que, nesta hipótese, a competência do Tribunal de Justiça é obrigatória e o procedimento e processo previstos são os do artigo 227.º.

2.3. Responsabilidade do Estado membro.¹ Se um Estado membro não cumpre o direito comunitário, isso não implica a total desprotecção

¹ Sobre esta matéria, na doutrina nacional, M. J. RANGEL DE MESQUITA, *Efeitos dos acordados do Tribunal de Justiça, cit.*, pp. 53-55 e 111-117; FAUSTO DE QUADROS, «Introdução», in *Responsabilidade civil extrajudicial da administração pública*, Fausto de Quadros (coord.), Alameda, Coimbra, 1994, pp. 31-36; Maria C. C. RIBEIRO DA CUNHA, *Da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário*, Alameda, Coimbra, 1996; e Maria Luísa VERDELHO ALVES, *A responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário*, Dissertação para Mestrado, Coimbra, 1998; J. L. da Cruz VILAÇA, «Le Choc», in *Administration et le Droit européen*, *Relatório português*, XVIII Congresso

dos direitos dos particulares. Os princípios do efeito directo e da prevalência, na aplicação¹, há muito reconhecidos pelo Tribunal de Justiça e aceites pelos ordens jurídicas nacionais, permitem aos particulares a invocação em juízo das normas comunitárias dotadas de efeito directo.

Claro que esta via nacional de garantia da efectividade do direito comunitário não oferece uma protecção completa da posição jurídica dos particulares.

Em muitas hipóteses, as normas comunitárias não cumpridas pelos Estados membros não podem usufruir do efeito directo (por não reconhecerem, aos particulares direitos de forma precisa e incondicional). Por outro lado, mesmo providas de efeito directo, o seu reconhecimento judicial pelas jurisdições nacionais não permite uma total reparação dos prejuízos enfrentando sofridos pelos particulares.

2.3.1. Daí que o Tribunal de Justiça tenha sido sensível à necessidade de protecção e eliminação das consequências jurídicas resultantes do incumprimento estadual, reconhecendo o princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário.

O direito à reparação foi afirmado no acórdão *Francovich*², no contexto de um reenvio prejudicial, mecanismo de colaboração com os tribunais nacionais, em ordem a promover a boa administração da justiça por estes últimos (artigo 234.º).

(D. E., Estocolmo, Junho 1998; e, na jurisprudência comunitária, entre outros, os acórdãos de 19.11.1991, *Andrea Francovich e o.*, proc. C-6/90 e C-9/90, Colect. I-5357, n.º 31; de 5.3.1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, C-46/93 e C-48/93, Colect. I-1029, n.º 31; de 26.3.1996, *British Telecommunications*, C-329/93, Colect. I-1631, n.º 38; de 23.5.1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, Colect. I-2553, n.º 24, e de 8.10.1996, *Dillenkofer e o.*, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, Colect. I-4845, n.º 20.

¹ Ver supra a Parte III, § 1.

² Acórdão *Andrea Francovich e o. c. República Italiana*, de 19.11.1991, proc. C-6/90 e C-9/90, Colect. I, p. 5357. Trata-se de Directiva n.º 80/987/CEE, sobre a aproximação de legislações respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador. Eram dois processos (de *Vicenza* e *Bassano del Grappa*) que foram apensados. Sobre a situação, antes do acórdão *Francovich*, vide o acórdão *Rizzo c. AlMA*, de 22.1.1976, proc. 60/75, Rec., 1976, p. 45. Na doutrina nacional, M. CHAVAT RIBEIRO DA CUNHA, *A responsabilidade do Estado por violação de direito comunitário*, Alameda, Coimbra, p. 47, quanto ao reconhecimento da responsabilidade por jurisdições nacionais, antes do acórdão *Francovich*, na Bélgica, em França (embora não resultasse do acórdão de incumprimento, mas da sua própria e exclusiva competência, juízo – responsabilidade objectiva, com prejuízo anormal e especial), nos Países Baixos (disposições com efeito directo), no Reino Unido (violação de norma comunitária com efeito directo equivalente a violação de lei interna «breach of statutory duty») e no Luxemburgo.

Assim, a resposta surge enquadrada pelas circunstâncias do caso. Tratava-se de prejuízos sofridos pelos particulares resultantes da não transposição (já declarada pelo Tribunal de Justiça¹) de uma directiva desprovida (quanto ao ponto em questão) de efeito directo².

Novamente guiado pela intenção de assegurar a plena eficácia das normas comunitárias, o Tribunal de Justiça reconhece um direito subjectivo dos particulares à reparação imposto pela obrigação de cooperação leal dos Estados membros (artigo 10.^o), considerado «*particularmente indispensável*» quando as normas não puderem gozar de efeito directo. O Tribunal de Justiça declara mesmo a inerência do princípio de responsabilidade do Estado ao sistema do Tratado.

O princípio da responsabilidade não é estritamente funcionalizado à inexistência de efeito directo da norma comunitária infringida. Em relação à *factispecie* concreta, o Tribunal de Justiça subordinou o reconhecimento de um direito à reparação ao preenchimento de três específicos pressupostos:

- o resultado da directiva deveria visar a atribuição de direitos aos particulares;
- o conteúdo desses direitos deverá ser identificável com base nessas disposições;
- deve existir um nexo de causalidade entre a violação da obrigação de transposição e o prejuízo sofrido pelos particulares.

2.3.2. O princípio afirmado no acórdão *Francovich* foi substancialmente reafirmado e clarificado em 1996, no processo *Brasserie du Pêcheur*³. Neste, não apenas o princípio é afirmado numa hipótese de incumprimento de norma dotada de efeito directo, como é estendido aos casos em que o órgão responsável é o órgão legislativo.

Além disso, o Tribunal de Justiça reformula os pressupostos de uma tal responsabilização, nos seguintes termos:

- 1) A regra de direito comunitário deve ter por objecto conferir direitos aos particulares;

¹ Através do acórdão *Comissão c. Itália*, de 2.2.1989, proc. 22/87, Collect., pp. 143 e ss.

² M. CHARTAL, RUBERO DA CUNHA, *Da responsabilidade do Estado*, cit., p. 128.

³ Acórdão *Brasserie du pêcheur* SA c. *RFA e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factorie Ltd e o.*, de 5.3.1996, proc. C-46/93 e C-48/93, Collect., I, pp. 1029 e ss.

- 2) Deve configurar uma «violação suficientemente caracterizada» do direito comunitário.

Embora não se exija culpa (a título de dolo ou negligência) como pressuposto da responsabilidade, o Tribunal de Justiça formula alguns critérios. Deve tratar-se de uma violação grave e manifesta dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação, o que dependerá, entre outros factores:

- do grau de clareza e precisão da norma violada;
- da margem de apreciação das autoridades nacionais;
- da intencionalidade ou involuntariedade do incumprimento ou do prejuízo;
- da desculpabilidade ou não de eventual erro de direito;
- da contribuição dos órgãos da Comunidade Europeia para o incumprimento estadual.

Uma situação, contudo, é logo considerada como representando uma «violação grave e manifestas»: a do incumprimento estadual que perdura após a condenação do Estado membro por incumprimento (artigo 228.^o, n.º 1).

- 3) Por último, deve existir um nexo causal entre a violação da norma comunitária e o prejuízo sofrido pelos particulares.

2.3.3. Se o Tribunal de Justiça afirma a valência substantiva uniforme do princípio da responsabilidade, é devolvida aos Estados membros a definição do regime processual (de fundo e de forma).

Apesar da autonomia processual do Estado, este deve reconhecer ao particular condições tão favoráveis como as relativas a reclamações semelhantes fundadas no direito nacional, não podendo tornar o direito à reparação excessivamente difícil ou praticamente impossível.

§ 3. A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA: O REENVIO PREJUDICIAL

1. Sentido e justificação.¹ É um lugar comum dizer-se que o chamado reenvio prejudicial constitui um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais, considerados como tribunais comuns de direito comunitário², por força das características da ordem jurídica comunitária. De facto, o direito criado pelas Comunidades deve ser aplicado no plano estadual através dos órgãos nacionais, sejam eles judiciais ou administrativos.

Estes devem assegurar a efectividade das normas comunitárias e a plena eficácia da realização interna dos objectivos dos tratados.

O reenvio prejudicial é um instrumento com uma dualidade fundamental de objectivos, exprimindo duas dimensões tendencialmente conflitantes.

¹ Como principal bibliografia, necessária para colmare a assumida incompletude deste parágrafo, consultem-se as obras em que este texto (mais uma vez) se baseia. Enure nós, salientem-se A. BARBOSA DE MELLO, *Notas de conferência comunitária*, cit., pp. 99-133; R. MOURA RAMOS, «Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na conjugação comunitária», *Legislação (cadernos de)*, n.º 4/5, 1992, pp. 180 e ss., e em *Das Comunidades à União Europeia*, cit., pp. 213-237; J.C. MOURA DE ALMEIDA, *O reenvio prejudicial permite o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992; P. J. CAMELAS DE CASTRO, «O reenvio prejudicial: um mecanismo de integração através da cooperação de juízes — apontamentos sobre uma história (ainda?) de sucesso», *Temas de integração*, 2.º vol., 1997, pp. 101-153; M. GONÇALO-HENRIQUES, *Da restrição da concorrência*, cit., pp. 383-391; M. MOURA E SILVA, «O papel das partes e outros interessados no processo de reenvio prejudicial», *Direito e Justiça*, vol. IX, tomo I, 1995, pp. 123-167. Na doutrina estrangeira, Roberto Socini, *La competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, Milano, Giuffrè, 1967; Meuser et al., «Article 177.º», *Commentaire Mégret*, vol. 10, tomo I, 1983; René Jarent, «L'article 177 du traité CEE et le renvoi préjudiciel», *Revue de Droit Européen*, n.º 3, Julho/Setembro 1991, p. 591-616; Robert Kovar, «L'évolution de l'article 177 du traité CEE», in *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Univ. Bruxelles, 1994, pp. 35-57; ou Georges Vandersanden, «La procédure préjudiciale: à la recherche d'une identité perdue», *Mélanges de Wierzbowski*, vol. I, cit., pp. 619-680.

² Na terminologia do Tribunal de Justiça, «*tribunaux nationaux de droit commun*» — por todos, acórdão *Terra Pök I*, de 16.7.1990, proc. T-51/89, *Collect.*, II, 309, n.º 42.

Por um lado, o objectivo da sua instituição foi o de estabelecer um mecanismo de cooperação judiciária entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais que permitisse ao primeiro colaborar com os segundos para a plena realização do princípio de *boa administração da justiça*.

Por outro lado, o seu *desejho* e modo de implementação cedo o configuraram como instrumento privilegiado de garantia da *uniformidade* na aplicação do direito comunitário. E com uma importância acrescida, dado o princípio da administração indirecta do direito comunitário e a diversidade de culturas e sistemas jurídicos entre os Estados membros.

O reenvio prejudicial visa garantir que, em todo e em cada um dos processos que decorrem perante os órgãos jurisdicionais nacionais e onde se suscitam *questões* de direito comunitário, a uniformidade da interpretação das normas comunitárias (e da apreciação que da sua validade aí se faça) seja garantida, em último termo, pelo Tribunal de Justiça.

Para tal, eram manifestamente insuficientes os princípios que o próprio tribunal comunitário foi afirmando, designadamente o efeito directo e a prevalência na aplicação. O primeiro apenas assegura aos particulares a possibilidade de invocar normas comunitárias em juízo, enquanto o segundo resolve o conflito de normas [comunitárias e nacionais] aplicáveis à mesma situação.

Ao princípio da uniformidade, garantido pelo Tribunal de Justiça através do reenvio prejudicial, cabe a tarefa hercúlea de prover à uniforme interpretação e constatação da (in)validade de normas comunitárias pelos operadores jurisdicionais das diversas ordens jurídicas nacionais. Restam, portanto, possibilidades que as mesmas normas, sejam elas de direito originário ou derivado, directamente aplicáveis ou necessitando de normas internas de transposição, sejam igualmente interpretadas pelos juízes portugueses, espanhóis, alemães, suecos ou britânicos, apesar da fundamental diversidade de culturas e sistemas jurídicos¹.

Duas notas cumpre acrescentar, quanto à natureza da intervenção do Tribunal de Justiça e quanto às especialidades do regime comunitário do reenvio prejudicial.

Por um lado, a intervenção do Tribunal de Justiça assume uma natureza não contenciosa. O Tribunal de Justiça não se substitui ao órgão juris-

¹ Esta finalidade é particularmente sublinhada pelo Tribunal Constitucional, no processo 1633/90, que afirmou este mecanismo como necessário para assegurar a «*unidade do direito comunitário*» e apelo a «*conservar uma interpretação uniforme do direito comunitário em toda a Comunidade*».

dicial nacional. É perante este último que o processo decorre e é este a instância decidente, em última instância.

Por outro lado, o reenvio prejudicial previsto no artigo 234.º não constitui o único modelo de intervenção do Tribunal de Justiça no exercício estadual da administração da justiça. Existem regimes jurídicos específicos e, em alguns casos, a competência do Tribunal de Justiça depende até de uma declaração de aceleração prévia por parte dos Estados membros. Basta referir os regimes específicos de reenvio prejudicial previstos para o título IV no artigo 68.º, n.º 1 ou, no âmbito da União Europeia, no artigo 35.º UE.

2. Sujeitos. Estabelecendo o reenvio prejudicial uma estreita colaboração entre os tribunais especializados comunitários e os tribunais nacionais, tribunais comuns de direito comunitário, há que precisar e identificar os sujeitos desta relação de colaboração judiciária.

2.1. O Tribunal de Justiça. Do lado comunitário, temos essencialmente o Tribunal de Justiça, estando tradicionalmente excluída a participação, neste processo, do TPI (artigo 225.º, n.º 1 *in fine*). Contudo, o Tratado de Nice veio prever, no artigo 225.º, n.º 3, que o TPI poderá ser chamado a pronunciar-se no quadro do reenvio prejudicial, em «*questões específicas determinadas pelo Estatuto*» do Tribunal de Justiça, embora possa suceder que o TPI decline essa competência em favor do Tribunal de Justiça [quando o TPI «*considerar que a causa exige uma decisão de princípio capaz de afectar a unidade ou a coerência do direito comunitário*»] ou que, em hipóteses de existência de «*risco sério de lesão grave*» da mesma «*unidade e coerência do direito comunitário*», da decisão por si proferida caiba recurso para o Tribunal de Justiça.

De qualquer forma, o novo Estatuto do Tribunal de Justiça ainda não operou a determinação acima referida, pelo que deverá considerar-se desprovida de efeito a atribuição ao TPI de competências em matéria de reenvio prejudicial.

2.2. Os órgãos jurisdicionais nacionais. O reenvio, como instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e o que o artigo 234.º designa por «*órgão jurisdicional nacional*», implica a prévia determinação dos sujeitos reenviáveis (já que o sujeito reenviado está à partida fixado). Duas grandes opções se apresentavam como possíveis.

À primeira era a de devolver às ordens jurídicas nacionais a competência para determinar a noção de «*órgão jurisdicional*», respeitando-se a autonomia dos Estados na determinação dos modos de realização da

integração jurídica (jurisdicional) comunitária, mas correndo-se o risco de perda de uniformidade na aplicação do direito comunitário, pois a sujeição a este mecanismo valeria apenas para os órgãos que em cada Estado fossem classificados como «jurisdições».

A outra opção era de procurar uma noção comunitária e material de «jurisdição», susceptível de ser aplicada em relação a órgãos de qualquer Estado membro, independentemente da sua qualificação formal na ordem jurídica nacional.

Esta última concepção prevaleceu, logo na década de 1960, com o acórdão *Vanasson Göbbels*¹, considerando o Tribunal de Justiça como criatórios relevantes, entre outros, a origem legal do órgão, a sua natureza permanentemente, a obrigatoriedade de sujeição à sua jurisdição², o respeito que demonstrasse pelos princípios do processo (*due process of law*), a resolução de litígios, a aplicação de direito (e não da equidade) e a sua independência³. Estes elementos não são todos de verificação necessária⁴, embora a resolução de litígios pela aplicação do direito⁵, a natureza legal e permanentemente do órgão, bem como a sua independência⁶, apareçam como requisitos (quase) indispensáveis.

¹ Acórdão de 30.6.1966, proc. 61/65, Colect., p. 401.

² Característica que os tribunais nacionais não possuem — o Tribunal de Justiça começou por recusar pronunciar-se sobre questões prejudiciais colocadas por um tribunal alemão, por a sua jurisdição não ser obrigatória (acórdão *Mortele*, de 23.3.1982, proc. 102/81, Rec., p. 1095). Assim, quando o fosse, poderia ser considerado como um órgão jurisdicional, para efeitos do artigo 234.º (acórdão *Danfos*, de 17.10.1989, proc. 109/88, Colect., p. 3199).

³ Vide acórdão *Groffels*, de 16.10.1997, proc. C-69/96 a C-79/96, n.º 17 e 19. No caso, tratava-se de uma apreciação por parte do Conselho de Estado italiano consistenciada num parecer emitido no quadro de um recurso extraordinário. Solução semelhante havia sido adoptada no acórdão *Nederlandsche Spoorwegen*, de 27.11.1973, proc. 36/73, Colect., p. 489.

⁴ O Tribunal de Justiça declarou no acórdão *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft GmbH e Bundesbahngesellschaft Berlin GmbH*, de 17.9.1997, proc. C-54/96, que a existência de um processo contraditório não é um critério absoluto (n.º 31). Por vezes, surgem casos-limite, como sucedeu no processo *De Coster* (C-17/00), onde, ao contrário do Tribunal de Justiça, o advogado-geral Pancho Colomera considerou não se estar perante uma jurisdição e propôs mesmo uma nova noção de órgão jurisdicional, nas conclusões que apresentou em 28.6.2001.

⁵ Os órgãos jurisdicionais, quando exerçam funções administrativas e não se encontrem a dirimir um litígio, não podem utilizar o mecanismo do artigo 234.º, não sendo considerados como tribunais — acórdão *Job Centre I*.

⁶ Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o conceito de «órgão jurisdicional nacional» só pode designar uma autoridade que tenha a qualidade de terceiro — a ela

Questão diversa é a de saber se todos os órgãos jurisdicionais de Estados membros¹ podem aplicar a todo o tempo o mecanismo do artigo 234.º ou se, ao invés, a sua competência para aplicar direito comunitário pode estar subordinada a prazos ou à invocação pelas partes de normas comunitárias. O Tribunal de Justiça tem entendido, desde o acórdão *Rheinmiller*², que nenhuma norma de direito nacional deve poder impedir recurso ao instituto do recurso prejudicial por parte de um órgão jurisdicional nacional. Mais do que isso, no acórdão *Peterbroeck*³, o Tribunal de Justiça considerou que o juiz nacional não pode ser impedido de apreciar oficialmente uma norma de direito comunitário, mesmo quando a invocação da norma deva — e não tenha sido — ser efectuada por um particular num determinado prazo (*la cour sait le droit*).

A competência do Tribunal de Justiça, em nome da uniformização da aplicação da normas comunitárias, permite-lhe não apenas fornecer aos órgãos jurisdicionais nacionais todos os elementos de interpretação de direito comunitário, como considerar normas comunitárias não referidas no quadro da questão prejudicial colocada⁴. No entanto, tanto a aferição da necessidade de uma decisão interpretativa ou de apreciação de validade (de uma decisão prejudicial, pois) como da pertinência das questões⁵ ou, finalmente, do quadro factual que está na base da questão concreta

¹ não ligada de modo orgânico e funcional — em relação àquela que adoptou a decisão objecto do recurso (acórdãos *Corbinau*, de 30.3.1993, proc. C-24/92, Colect., I-1277, n.º 15; *Chelazzi e o.*, de 21.3.2000, proc. C-110/98 a C-147/98, Colect., I-1577, n.º 33; e *Wolff*, de 30.5.2002, proc. C-516/99, n.º 35-43).

² *Solve* a aplicação do instituto pelos tribunais portugueses, Neves Ribeiro, «A Questão Prejudicial nos Tribunais Portugueses», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodri-gues*, vol. II, Coimbra Editora, 2003, pp. 1095-1111.

³ Acórdão *Rheinmiller*, de 16.1.1974, proc. 166/73, Colect., p. 17, n.º 2 e 3.

⁴ Acórdão *Peterbroeck*, Van Compenhont & Cie SCs c. *Estado Belga*, de 14.12.1995, proc. C-312/93, Colect., I, 12, pp. 4599 e ss.

⁵ Acórdão *Verbaan Sozialer Wettbewerb*, de 2.2.1994, proc. C-315/92, Colect., I, 317, n.º 7, posteriormente reafirmada, embora nem sempre praticada (assim, na nossa opinião, no acórdão *Diego Cañi c. SEPAG*, de 18.3.1997, proc. C-343/95).

⁶ Por último, acórdão *Gutierrez*, de 5.12.2000, proc. C-448/98, Colect., I, p. 10662, n.º 22; acórdão *Reisch e o.*, de 5.3.2002, proc. C-515/99 et al., Colect., p. 2157, n.º 25. Quanto a este ponto, o Tribunal salienta, entre os seus argumentos, a modificação substancial do problema, a tutela de posições subjectivas que não tenham acesso ao processo concreto em causa (v.g., porque não são partes no litígio principal) ou que sobre as questões não tenham podido apresentar observações (como os governos e as partes interessadas, no âmbito do anterior artigo 20.º do Estatuto do Tribunal de Justiça) — acórdão *Hofidlik*, de 14.1.1982, proc. 141 a 143/81, Rec., 1982, p. 1299, n.º 6, e *Phylberton c. Bou-dou*, de 20.3.1997, proc. C-352/95, n.º 12-14.

incumbe, em primeira mão (não se ousa dizer exclusivamente¹) ao órgão jurisdicional nacional.

Concluído, para que o Tribunal de Justiça se possa pronunciar, importa que o juiz nacional indique de modo suficientemente claro o quadro legal e factual em que se inscrevem as questões colocadas ou as hipóteses factuais em que assentam (bem como a sua explicação²), exigência menos imperativa quando as questões se prendam com aspectos técnicos processuais³.

Deverá ainda justificar a *necessidade objectiva*⁴ de uma pronúncia do Tribunal de Justiça para a resolução do litígio concreto. A razão é simples. Trata-se de evitar que o Tribunal de Justiça seja sobrecarregado com questões gerais ou hipotéticas, que impliquem um desvio na sua função neste processo, que é a de contribuir para a boa administração da justiça nos Estados membros⁵. Além disso, cumpre outros propósitos, como seja o de dar aos governos dos Estados membros e às outras partes interessadas a possibilidade de apresentarem observações no processo, como prevê o artigo 23.º do novo Estatuto do Tribunal de Justiça⁶.

É certo que, apesar do que se disse, não existe qualquer modelo formal definido *a priori* que se imponha aos juízes nacionais, quando pretendam colocar questões ao Tribunal de Justiça⁷. Contudo, o Tribunal de

¹ Apesar de o Tribunal de Justiça utilizar a expressão: *acórdãos Ennerby* (de 27.10.1993, proc. C-127/92, Colect., I-5535, n.º 10), *Bougaard e Larmann* (de 27.2.1997, proc. C-220/95, n.º 16) ou *Jackie Farrell e James Long* (de 20.3.1997, proc. C-295/95, n.º 11). No entanto, o Tribunal de Justiça também é visto a afirmar que só pode substituir-se nesse juízo «quando se verifique de modo manifesto que a interpretação ou a apreciação de validade de uma norma comunitária não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal» (*Spyridou e o.*, de 7.12.1995, C-472/93, Colect., I-4321, n.º 15).

² *Acórdão Telemarshichbratzev e o.*, de 26.1.1993, proc. C-320 a 322/90, Colect., I-393, n.º 6. No *acórdão Baccardi-Mantini e Celler des Dauphins*, de 21.1.2003, proc. C-318/00, Colect., p. 905, n.º 46, o Tribunal de Justiça declarou inadmissível um pedido prejudicial em que se visava a apreciação da conformidade da legislação de outro Estado membro com o direito comunitário.

³ *Acórdão Vinetveld*, de 3.3.1994, proc. C-316/93, Colect., I-763.

⁴ *Despacho Hoffa Fessa e Mario Modesti*, de 30.4.1998, proc. C-128/97 e C-137/97, Colect. I-2181, n.º 17.

⁵ *Acórdão Manuel José Lourenço Dias*, de 16.7.1992, proc. C-343/90, Colect., I-4573.

⁶ *Despacho Sumino e Data*, de 20.3.1996, proc. C-2/96, Colect., I-1543.

⁷ Conquanto o juiz nacional deva explicar as razões pelas quais consideram necessária uma pronúncia do Tribunal de Justiça, como afirma claramente o Tribunal desde o *acórdão Foglia/Novello II*, de 16.12.1981, proc. C-244/80, Rec., p. 3062, n.º 16-17.

Justiça frequentemente exige alguma informação sobre os factos e o direito em causa, designadamente para que possa verificar se existe uma verdadeira questão de direito comunitário com relevância para a administração da justiça no caso concreto¹.

Na sua actividade prejudicial, o Tribunal comunitário procura, bastas vezes, em vez de uma noção representando uma súmula das várias noções jurídicas nacionais, uma noção autónoma ou comunitária, garante da plena eficácia dos actos comunitários, sejam eles de direito originário, derivado ou complementar².

Por outro lado, a manutenção da autonomia também no lado das ordens jurídicas nacionais, se permite aos Estados regular livremente certos aspectos – vide, as modalidades processuais das acções judiciais a intentar nos tribunais nacionais para realizar plenamente aos direitos conferidos pelo direito comunitário ou os prazos de recurso³ –, deve sempre entender-se como não legitimando qualquer restrição ao exercício das liberdades fundamentais ou do princípio geral da igualdade de tratamento, quando garantidos pelo direito comunitário⁴.

¹ *Acórdão Sotgiu*, de 15.5.2003, proc. C-300/01, Colect., p. 4899, n.º 34, onde o Tribunal de Justiça aceitou responder a uma questão prejudicial, apesar de todos os elementos do litígio estarem situados no interior de um único Estado membro, visto que, se a litigância se preocupa em «evitar o aparecimento de discriminações face aos cidadãos nacionais, existe um interesse comunitário evidente em que, para evitar divergências de interpretação futura, as disposições ou normas recolhidas no direito comunitário regram uma interpretação uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devam aplicar».

² Designadamente, sejam eles normas do tratado, actos unilaterais ou convenções internacionais celebradas no abrigo do artigo 293.º, como a Convenção de Bruxelas de 1968 – quanto a esta última, por todos, os *acórdãos Minlos HB* (de 13.7.1993, proc. C-125/92, Colect., I-4075, n.º 10) e *Rinnen*, de 9.3.1997, proc. C-383/95, n.º 12).

³ *Acórdão Rine*, de 16.12.1976, proc. 33/76, Rec., 1976, p. 1989, 3-6. Os prazos de recurso do direito interno são também aplicáveis, na falta de regulamentação comunitária, aos recursos baseados no direito comunitário, na condição de não serem menos favoráveis para estes recursos que para os recursos semelhantes de natureza interna e de não tornarem impossível praticamente o exercício do direito.

⁴ *Acórdão Hayes e Krumbelger*, de 20.3.1997, proc. C-323/95, n.º 13-14. Em várias espécies, o tribunal comunitário julgou incompatível com o princípio da não discriminação a exigência, pelos tribunais alemães, de uma *contra justitiam solvi* (garantia para despesas processuais e honorários de advogados) a cidadãos comunitários não alemães por, apesar de não visar «regular uma actividade de natureza comercial», ter por efeito «colocar estas operadores numa posição menos vantajosa que a dos seus nacionais», assim se intinuando a igualdade de tratamento postulada no cerne da livre circulação de mercadorias (*acórdão Data Delcica e Forberg*, de 26.9.1996, proc. C-43/95, n.º 13) e de serviços (*acórdão Hubbard*, de 1.7.1993, proc. C-20/92, Colect., I, p. 3777). Aliás, o Tribunal de

Neste sentido, tal autonomia deve permitir ao juiz nacional suspender a execução de actos administrativos nacionais fundados numa norma comunitária cuja validade tenha sido submeida a apreciação do Tribunal de Justiça, em nome daquilo que chama a «coerência da tutela provisória dos particulares»¹, paralisando assim os efeitos dessa norma comunitária, ainda que apenas quando preenchidas outras condições excepcionais: a existência de sérias dúvidas sobre a validade da norma comunitária², a provisoriedade das medidas³, a urgência da situação, o risco para o recorrente de sofrer um prejuízo sério e irreparável⁴ e o interesse comunitário⁵.

Além disso, para garantir o respeito integral da norma comunitária por parte dos aplicadores da norma, estes deverão — antes de mais — utilizar todos os meios permitidos pelo direito interno, como o recurso para os órgãos jurisdicionais nacionais, para garantir o seu pleno efeito directo. Com efeito, a estes incumbe «assegurar a protecção jurídica que para os particulares resulta do efeito directo das disposições do Tratado» (*Factor*

Justiça vai mais longe, ao afirmar — repetidamente — que tais disposições legislativas nacionais são incompatíveis com o tratado por violarem o princípio geral da não discriminação, enquanto são desproporcionadas, sem necessidade de avaliação do seu impacto concreto à luz das disposições do tratado que concretizam as várias liberdades circunscritas Junctamenais (acórdão *Phil Collins e o. de 20.10.1993*, proc. C-92/92 e C-326/92, *Collect. I*, pp. 5170 e ss., coms. 13 e 27), embora sempre dependendo de um efeito directo ou indirecto sobre as trocas intracomunitárias.

¹ Acórdão *Zuckerfabrik*, de 21.2.1991, procs. C-143/88 e C-92/89, *Collect. I*, p. 415.

² Imposto no tribunal nacional a obrigação de, ao despacho de reenvio, indicar as razões pelas quais julga que o Tribunal de Justiça vai declarar a invalidade do acto, devendo para isso ter em atenção a margem de apreciação dos órgãos comunitários nos diversos sectores materiais do direito comunitário, num juízo de prognose e de substituição face ao juízo do Tribunal de Justiça — acórdão *Atlanta c. Bredasani*, de 9.11.1995, proc. C-465/93, *Collect. I*, n.º 36-37.

³ Acórdão *Zuckerfabrik*, de 21.2.1991, cit., n.º 24 e 27.

⁴ Anterior — potencialmente — à pronuncia do Tribunal de Justiça. Além disso, não deve ser, em regra, um prejuízo puramente pecuniário.

⁵ O tribunal nacional deve, em primeiro lugar, verificar se a não aplicação do acto comunitário não o privaria de todo o efeito útil. Deve, depois, atender aos efeitos da concessão de tais medidas no regime jurídico instituído pelo regulamento para toda a Comunidade, nomeadamente o efeito cumulativo de várias decisões análogas e a especificidade do operador económico requerente das medidas. Em terceiro lugar, deve avaliar o risco financeiro para a Comunidade, por exemplo através da obrigação de prestação de garantias suficientes (caução, depósito à ordem). Finalmente, condição inatransmissível é a de o Tribunal de Justiça não ter já declarado a ausência dos motivos de invalidade invocados pelo requerente — acórdão *Atlanta c. Bredasani*, de 9.11.1995, cit., n.º 42-46.

factor), dando às disposições nacionais uma interpretação conforme com as exigências do direito comunitário e, se necessário, desaplicando a norma nacional que não permitir uma tal compatibilização interpretativa.

Questão diversa, também já resolvida em sentido positivo, era a de saber se, mais do que suspender os efeitos de um regulamento, seria possível a um órgão jurisdicional nacional — em nome do mesmo valor da tutela jurídica e nas mesmas condições — adotar medidas provisórias que tornassem inaplicável o regulamento, criando uma situação jurídica nova². O mesmo acontecia com eventuais normas nacionais contrárias ao direito comunitário³, factor tanto mais bizarro quanto uma afirmação de contrariedade entre normas de ambos os ordenamentos extravasava claramente do domínio de aplicação do artigo 234.º.

3. Modalidades. Se os sujeitos participantes neste «processo interlocutório»⁴ são o Tribunal de Justiça, por um lado, e os «órgãos jurisdicionais nacionais», por outro, o certo é que estes últimos podem colocar ao Tribunal de Justiça diferentes questões e estar mesmo, em certas hipóteses, vinculados à obrigação de reenvio.

3.1. Reenvio de interpretação e reenvio de validade. O reenvio prejudicial começa por se distinguir quanto ao seu objecto.

Resulta do primeiro parágrafo do artigo 234.º que as jurisdições nacionais tanto podem pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a interpretação como sobre a validade de normas comunitárias. Contudo uma distinção cumpre fazer imediatamente. O tratado é claro quando dispõe que o chamado reenvio de interpretação tanto pode abranger normas de direito comunitário originário como normas de direito comunitário derivado, enquanto o reenvio de apreciação de validade apenas pode incidir sobre normas de direito comunitário derivado.

Neste ponto, o regime comum do reenvio prejudicial distingue-se bastante do regime formalmente previsto no tratado CEEA. Ali apenas se previa o reenvio de apreciação de validade e, por outro lado, a intervenção do Tribunal de Justiça era considerada obrigatória (artigo 41.º CEEA). A omissão do reenvio de interpretação foi considerada pelo Tribunal

¹ Realizando estes princípios, acórdão *Colwell Pensions Trustees*, de 28.9.1990, n.º 28-36.

² Acórdão *Atlanta c. Bredasani*, de 9.11.1995, cit., n.º 30 e 33.

³ Acórdão *Factor*, de 19.6.1990, proc. C-213/89, *Collect. I*, p. 2433.

⁴ P. CAVELAS DE CASTRO, «O reenvio prejudicial...», cit., p. 106.

de justiça uma lacuna dos tratados passível de ser integrada com apelo à ideia da unidade de sentido dos tratados, sem prejuízo para a autonomia jurídica das diversas Comunidades Europeias (acórdão *Busseni*)¹. Por outro lado, o Tribunal de Justiça procurou igualmente a harmonização do regime do reenvio prejudicial de apreciação de validade do tratado CE (artigo 234.º) com aquele previsto no tratado CECA (artigo 41.º CECA), nomeadamente através da doutrina expendida no acórdão *Foto-Frost*².

Neste processo, o Tribunal de Justiça formulou uma doutrina segundo a qual o juiz nacional estaria sempre obrigado a reenviar quando no processo se suscitasse uma questão de apreciação de validade de uma norma de direito comunitário (não originário, claro) e o juiz nacional se inclinasse para a solução da invalidade. O fundamento — múltiplo — baseia-se, sobretudo, na ideia segundo a qual cabe apenas ao Tribunal de Justiça (e TPI) a anulação de actos jurídicos comunitários.

Concluído, esta interpretação não só é explicitamente contrária à letra do tratado (artigo 234.º), que não faz qualquer distinção de regime entre reenvio de interpretação e reenvio de apreciação de validade (nem dentro deste último), como contraria o próprio sentido do mecanismo do reenvio prejudicial³.

Recorde-se que, por força deste, os tribunais nacionais são considerados tribunais comuns de direito comunitário (não se compreendendo que tenham autonomia para afirmar a validade mas já não o contrário) e que, por outro lado, se o objectivo do instituto é permitir ao Tribunal de Justiça a colaboração na administração da justiça no plano nacional, assegurando em último termo a uniformidade na aplicação do direito comunitário, o sentido de cada resposta concreta do Tribunal de Justiça é o de auxiliar o juiz nacional que naquele processo concretamente coloca a questão, pelo que, para lá do que se dirá já a seguir⁴, a declara-

¹ Acórdão CECA c. *Massa filiada de Acciterre e Ferrere Barent SpA*, de 22.2.1990, proc. C-221/88, Collect. p. 519 — sobre este ponto, R. MOURA RAMOS, «Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordenamentos jurídicos», *Das Comunidades à União*, cit., p. 224.

² Acórdão *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, de 22.10.1987, proc. 314/85, Collect. p. 4231, n.º 15. No acórdão *Busseni*, já citado, o Tribunal de Justiça invocará expressamente a aproximação do regime do reenvio no âmbito da CE daquele previsto no quadro do artigo 41.º CECA (acórdão cit., p. 523, n.º 14).

³ Para um juízo crítico quase unânime, na doutrina portuguesa, Alberto SOUZA DE MIRANDA, *Temas de direito comunitário*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 9-31.

⁴ Interfere neste juízo argumentos relacionados com o carácter obrigatório ou não do reenvio e com a eficácia das respostas dadas pelo Tribunal de Justiça no âmbito deste processo.

ção de invalidade feita pelo juiz nacional não podia produzir efeitos para lá do específico caso *sub iudice*.

3.2. Reenvio facultativo e reenvio obrigatório. Outra distinção que se faz é a que resulta directamente dos §§ 2 e 3 do mesmo artigo 234.º. O § 2 prevê o chamado reenvio facultativo, enquanto o § 3 consagra o denominado reenvio obrigatório.

Dispõe assim o segundo parágrafo do artigo 234.º:

«Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie».

Assim, resulta desta disposição que o reenvio prejudicial será em regra facultativo (o «órgão jurisdicional (...) pode (...) pedir...»), o que se compreende por os tribunais nacionais serem autênticos tribunais comuns de direito comunitário.

Mas, por outro lado, o terceiro parágrafo vem dispor diversamente que

«Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça».

Claramente, portanto, encontra-se aqui expresso o reenvio obrigatório.

Esta norma é objecto de diversas considerações, mas a doutrina comunitária tem concentrado a sua atenção em dois pontos particulares.

Primeiro, a determinação do sentido da expressão «órgão jurisdicional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno». Enquanto parte da doutrina sempre defendeu que só estariam nesta situação os órgãos jurisdicionais nacionais que estivessem situados no topo da hierarquia legal dos tribunais nacionais (assim, no caso português, o STJ, o STA e, porventura, o TC), outros, segundo o ensino do Prof. Rui MOURA RAMOS, sustentam que, em homenagem aos objectivos do reenvio prejudicial, deveria aplicar-se um critério concreto, de acordo com o qual estariam enquadrados no reenvio prejudicial

obrigatório todos os órgãos jurisdicionais nacionais que decidam em última instância, sem possibilidade de recurso ordinário, ainda que não sejam os órgãos situados na cúpula do sistema jurisdicional nacional ou que o recurso para o órgão de cúpula dependa de uma decisão de admissibilidade.

Apesar da falta de clareza, parece ser esta última concepção que terá prevalecido na jurisprudência do Tribunal de Justiça², até porque é aquela que melhor se adequa aos ambiciosos objetivos de assegurar, em todo e cada processo, a uniformidade na aplicação do direito comunitário, embora tenha um custo em termos de eficácia e volume de trabalho do Tribunal de Justiça.

Segundo, a correlata determinação da existência de uma «questão» de direito comunitário. É que, por um lado, importa ter presente que o reenvio prejudicial estabelece uma relação de colaboração «objectiva» entre o Tribunal de Justiça e o órgão jurisdicional nacional, dependendo exclusivamente da iniciativa do juiz nacional. E, por outro lado, que também é comum a afirmação segundo a qual o Tribunal de Justiça tem competência para interpretar mas não para a aplicação, operação que caberia em exclusivo ao órgão jurisdicional nacional³.

O Tribunal de Justiça acabou por reconhecer na sua jurisprudência a autonomia do juiz nacional na delegação e afirmação de existência de uma «questão de direito comunitário».

¹ Numa espécie recente, na qual se discutia se um tribunal sueco de instância, de cujas decisões cabia recurso para o tribunal supremo, mas em que um tal recurso estava condicionado por decisão de admissibilidade por parte do tribunal supremo, o advogado-geral TIZZANO sustentou que, mais do que considerar o órgão jurisdicional concreto, importa considerar «o sistema jurisdicional nacional, na sua globalidade e organicidade (...). *o fim de apurar se esse sistema funciona os instrumentos aptos para satisfazer os objetivos do artigo 234.º CE*» (conclusões no processo C-99/00, *Kenny Roland Lyckeskog*, n.º 42), que são os de, nomeadamente, «evitar que se estabeleça, num Estado membro, uma jurisdição nacional em desconformidade com as regras do direito comunitário» (acórdão *Hoffmann-La Roche*, de 24.5.1977, proc. 107/75, n.º 5). No acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que, na hipótese concreta, não se estava perante um reenvio obrigatório (acórdão de 4.6.2002, considerando 16 e 19).

² Desde logo no acórdão *Da Costa en Schaake NV e.o. c. Administração Fiscal Neerlandesa*, de 27.3.1963, proc. 28 a 30/62, Rec. 1963, I, pp. 59 e ss. T. C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, cit., pp. 283-289, apresenta detalhadamente a questão, analisando a jurisprudência que sobre o assunto se pronunciou e inclinanda-se para a «teoria concreta», que afirma extrair-se do acórdão *Costa c. ENEL*, onde o Tribunal de Justiça considerou o reenvio obrigatório.

³ Vide P. CANELAS DE CASTRO, cit., p. 122.

Para o efeito, reconheceu a doutrina do *acto claro* (acórdão *Cilfit*)¹ que permite — por força de uma cisão intelectual entre interpretação e aplicação que suscita não surgir, em certas hipóteses de aplicação de uma norma comunitária, uma verdadeira questão — dispensar um órgão abrangido pela letra do § 3 do artigo 234.º da obrigação de reenvio.

Esta mesma dispensa da obrigação de reenvio já havia sido manifestações anteriores, nomeadamente no acórdão *Da Costa*², ainda que baseando-se na especial força conformadora de anteriores pronúncias do Tribunal de Justiça. Deve recordar-se, contudo, que o Tribunal de Justiça entende que o juízo sobre a necessidade do reenvio ou a pertinência das questões cabe em exclusivo ao tribunal nacional.

4. A eficácia dos acórdãos prejudiciais. O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça na sequência da questão prejudicial formulada pela jurisdição nacional não vai resolver o litígio que decorre perante o tribunal nacional.

O Tribunal de Justiça não interfere directa e imediatamente na solução do caso concreto, que cabe em exclusivo ao tribunal nacional.

O sentido da resposta dada pelo Tribunal de Justiça é o de fornecer elementos para a interpretação ou apreciação de validade de uma norma comunitária que o tribunal nacional terá de fazer no caso concreto.

É discutida a questão da eficácia das deliberações do Tribunal de Justiça, ao abrigo da competência exclusiva conferida pelo artigo 234.º para se pronunciar a título prejudicial sobre a interpretação ou a validade do direito comunitário³.

Encontram-se na doutrina as mais diversas qualificações do sentido e alcance das pronúncias prejudiciais do Tribunal de Justiça⁴. Por nós, estas apenas vinculam o juiz do processo — o que efectuou o reenvio e todos os que, ainda que em sede de recurso, venham a conhecer do mesmo processo —, mas boa parte da doutrina e dos tribunais nacionais tendem

¹ Acórdão *Srl CHEIT e Lemificio di Garavito SpA c. Ministero della Sanità*, de 6.10.1982, proc. 283/81, Rec. 1982, 9, pp. 3415 e ss.

² Acórdão *Da Costa*, de 27.3.1963 (já citado) — M. GORRÃO-HENRIQUES, *Da resolução da concorrência na comunidade Europeia*, cit., pp. 389, 1021.

³ Excluída, neste último caso, para o direito comunitário originário. Em Portugal, recomenda-se o anuigo mas excelente ensaio de Ana Maria Guerra Martins, *Efeitos das acórdãos prejudiciais do artigo 177.º do TR (CEE)*, AAFDL, Lisboa, 1988. Em sentido diverso, Guy Isaac, *Droit Communautaire Général*, cit., p. 306.

⁴ Para um elenco exemplificativo, M. GORRÃO-HENRIQUES, *Da resolução da concorrência na Comunidade Europeia*, cit., pp. 387-388.

a considerar que a vinculação fática excede em muito a que resulta da lógica formal do sistema.

O acórdão do Tribunal de Justiça apresenta-se, de certa forma, a meio caminho entre a apreciação abstracta típica do assento e a concreção do precedente.

De uma forma simples, poderá dizer-se que o Tribunal de Justiça faz uma declaração abstracta¹, que o tribunal nacional poderá ou não aplicar ao caso, consoante tome a norma comunitária como efectivamente pertinente ou não para o caso concreto. Se se tratar de uma questão de interpretação, por exemplo, e o tribunal nacional considerar que a norma comunitária é aplicável na espécie concreta, ele terá mesmo que a aplicar, estando vinculado (tanto ele como os órgãos jurisdicionais de recurso, no âmbito do mesmo processo). Mas o mesmo não se diga dos restantes órgãos jurisdicionais nacionais, os quais são livres de (não) adoptar a interpretação formulada pelo Tribunal de Justiça nos casos concretos com que se deparem, ainda que se reconheça, quer a força de *precedente de facto* da jurisprudência comunitária, quer a previsível obrigatoriedade de recurso – quando a mesma questão de interpretação for colocada – num outro processo – perante um órgão jurisdicional que decida sem possibilidade de recurso ordinário de direito interno (casos de reenvio obrigatório).

O que o Tribunal de Justiça nunca poderá fazer é apreciar nesta sede a compatibilidade de uma norma nacional com o direito comunitário², caso em que o procedimento adequado será o dos artigos 226.º a 228.º. Contudo, o julgador comunitário poderá indicar ao juiz nacional – e muitas vezes o faz – elementos que lhe permitam apreciar a compatibilidade das normas nacionais com o direito comunitário.

¹ Na síntese, de 1982, de Mário de Melo Rocha, «o Tribunal de Justiça dá uma interpretação abstracta da regra comunitária e não intervém na sua aplicação ao caso em questão» (op. cit., p. 52).

² No sentido do texto, Francis G. Jacobs, «The role of national courts and of the European Court of Justice in ensuring the uniform application of Community law: is a new approach needed?», *Diverse Société e adattamento del diritto – Studi in onore di Francesco Caporossi*, II, Giuffrè, Milano, 1999, p. 175; Despacho *Proceso Penal contra Mostafa Sadiq*, de 23.3.1995, proc. C-458/93, Collect., p. 513, n.º 6.

§ 4. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PESC E ESPAÇO DE LIBERDADE, SEGURANÇA E JUSTIÇA

SUMÁRIO:

4. O Tribunal de Justiça na União Europeia
- 4.1. O Tribunal de Justiça e a Política Externa e de Segurança Comum (PESC)
- 4.2. O Tribunal de Justiça no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça
 - 4.2.1. O Tribunal de Justiça e a JAI
 - 4.2.2. O Tribunal de Justiça e a reforma da JAI pelo Tratado de Amesterdão
 - 4.2.2.1. Nos domínios «comunitarizados»
 - 4.2.2.2. Nos domínios da *CoPolinP*