

CARLOS PROENÇA

***TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA
NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA***

DIMENSÕES TEORÉTICAS E PRÁTICAS

Coimbra

2014

***TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA
NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA***

DIMENSÕES TEORÉTICAS E PRÁTICAS

***TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA
NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA***

TESE DE DOUTORAMENTO EM DIREITO
APRESENTADA NA FACULDADE DE DIREITO
E NA FACULDADE DE ECONOMIA DA
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

SOB A ORIENTAÇÃO DO SENHOR DOUTOR
JÓNATAS E. M. MACHADO

NO ÂMBITO DO PROGRAMA *DIREITO, JUSTIÇA
E CIDADANIA NO SÉCULO XXI (2.ª Edição)*

"Inimiga jurada do arbítrio, a forma é irmã gémea da liberdade"

JHERING

Resumo

Não sendo um Estado (nomeadamente, federal), a União Europeia apresenta-se antes como uma associação *sui generis* de Estados soberanos desprovida da *competência das competências* e de um *poder constituinte*, atributos que permanecem nos respetivos Estados membros. Nessa medida, a sua instituição jurisdicional - o Tribunal de Justiça da União Europeia - diferentemente do que ocorre com os supremos tribunais federais (v. g. o *Suprem Court* norte-americano ou o *Bundesverfassungsgericht* alemão), não funciona (nem poderia) como uma instância de apelo das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais dos Estados membros; igualmente, não dispõe de poderes que lhe permitam invalidar ou reformular tais decisões, tal como não pode invalidar os atos nacionais que se afigurem contrários ao direito da União.

Na verdade, a prossecução das atribuições da União Europeia rege-se pelo *princípio da competência de atribuição*, que, extensível ao exercício das competências das suas instituições, baliza a atuação dos órgãos integrados no Tribunal de Justiça da União Europeia, de forma a que eles atuem somente no quadro competencial que os Tratados (*maxime* o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) preveem. Tal, porém, não obsta a que esses órgãos tenham a seu cargo um relevante papel na realização da tutela jurisdicional efetiva da ampla *legalidade europeia*, a qual, por sua vez, se subdivide entre objetiva (ou estrita) legalidade e pretensões de natureza subjetiva (direitos, principalmente fundamentais, e interesses) reconhecidas pela respetiva ordem, sobretudo aos particulares, e cujo respeito é condição da legalidade dos atos das instituições. As ações por incumprimento, por omissão e de indemnização, bem como o recurso de anulação, típicos instrumentos processuais do tradicional contencioso da União, são instaurados com vista a alcançar tal móbil.

Não obstante, tendo em conta as limitações decorrentes do referido princípio, os órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados membros também desempenham uma função essencial, por ventura preponderante, na prossecução da referida tutela jurisdicional efetiva, tendo sido erigidos em órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da União Europeia. Sobretudo através do reenvio prejudicial, mas também mediante o recurso de anulação, do principal órgão da instituição jurisdicional da União - o Tribunal de Justiça - têm emanado vários arestos que enunciaram e delimitaram essa competência, a qual implicou uma alteração no paradigma da atuação dos tribunais dos Estados membros, uma vez que estes passaram a desdobrar-se

funcionalmente entre órgãos jurisdicionais nacionais que zelam pela salvaguarda da respetiva ordem interna, e órgãos jurisdicionais da União velando pela proteção do respetivo direito.

O presente trabalho debruça-se sobre a temática da tutela jurisdicional efetiva na União Europeia. Sugere-se uma noção da mesma, analisam-se os seus pressupostos e decorrências, apontam-se propostas de melhoramento do sistema de garantia judicial da juridicidade da União, tendo por referência o quadro jurídico-institucional introduzido pelo Tratado de Lisboa, sem ignorar os tratados que o antecederam; comentam-se aspetos dogmáticos bem como questões práticas que, marcadas sobretudo pela chancela do Tribunal de Justiça, contribuíram para o *status quo* do tema.

Palavras-Chave:

Legalidade europeia; direitos fundamentais; Tribunal de Justiça da União Europeia; órgãos jurisdicionais nacionais.

Abstract

Not being a State (namely Federal), the European Union comes forward as a *sui generis* association of sovereign Nations without the *competence of competences* and a *constituent power* that are attributes belonging to the respective member States. In that regard, its jurisdictional institution - the European Union Court of Justice - unlike it occurs with federal supreme courts (e.g. the North American *Supreme Court* or the German *Bundesverfassungsgericht*), does not work (nor it should) as an appeal body for the decisions of the jurisdictional bodies of the Member States; likewise, it does not hold any powers that allow an invalidation or restructuring of those decisions, as it cannot invalidate national acts appearing in conflict to the Union law.

Actually, the pursuit of the European Union assignments is ruled by the *principle of power of action* that, being extended to its institutions competences, limits the activity of the bodies that are integrated in the European Union Court of Justice in a way they act only within the competence framework that Treaties predict (particularly the Treaty on the functioning of the European Union). However, that does not prevent those to bodies have a relevant role in the fulfillment of the effective jurisdictional protection of the broad *European legality*, which, in turn, is subdivided between objective (or strict) legality and ambitions of a subjective nature (rights, mainly fundamental rights and interests) recognized by the respective order, mainly considering individuals, whose respect is a legality condition of institutional acts. Infringement actions, by omission or indemnity, as well as the action for annulment that are typical procedure instruments of the traditional Union litigation, are implemented in order to achieve such motive.

In spite of that, considering the limitations arising from the above mentioned principle, domestic jurisdictional bodies of Member States also perform an important role, perhaps prominent, in the pursuit of the effective jurisdictional protection, appearing in common jurisdictional bodies of application of European Union law. Mainly through preliminary ruling, but also through action for annulment of the main body of the Union jurisdictional institution - the Court of Justice - several court decisions have come to the surface and have cited and delimited that competence, which implied a paradigm shift in the action of European Member courts as they started to functionally unfold into national jurisdictional bodies that ensure the protection of the respective internal order, and the union jurisdictional bodies protecting the respective law.

The present study approaches the topic of effective jurisdictional protection in the European Union. We suggest a concept for it, analyzing its assumptions and effects, proposing improvements for the legal guarantee of the Union judiciary and having by reference the institutional-legal framework introduced by the Lisbon Treaty, without ignoring the previous treaties; we also comment dogmatic aspects as well as practical issues marked by the Court of Justice, that have contributed to the *status quo* of the subject.

Keywords:

European legality; fundamental rights; European Union Court of Justice; domestic jurisdictional bodies.

Modo de citação das fontes e orientações de leitura

As referências bibliográficas de que nos socorremos para a elaboração do presente trabalho surgem citadas do seguinte modo: tratando-se de primeira citação é identificado o autor, título completo e o número do volume ou/e tomo da obra, seu ano, local de edição e as páginas pertinentes; existindo mais do que uma edição, referenciar-se-á também o respetivo número; em algumas obras, poder-se-á ainda utilizar outros elementos identificadores considerados convenientes, como a editora. Tratando-se de segunda citação, manteremos a menção ao autor, bem como à primeira ou primeiras palavras do título da obra, de forma a que a mesma não se confunda com outra que tenha um título total ou parcialmente coincidente, a que acrescerá uma referência sumária ao facto de tal obra já ter sido anteriormente citada ("*cit.*" relativamente aos autores de quem nos socorremos de várias obras; "*op. cit.*" para aqueles de quem mencionámos apenas uma), culminando com as páginas pertinentes.

A sequência das obras bibliográficas constantes de uma mesma referência obedecerá, normalmente, ao critério cronológico, começando na mais antiga e culminando na mais recente.

As transcrições de obras estrangeiras, normalmente, são realizadas na língua original da obra citada, exceto se entendermos que as devemos traduzir, sendo tais traduções livres e, portanto, da nossa responsabilidade.

No que tange aos arestos dos órgãos jurisdicionais em que se subdivide a instituição Tribunal de Justiça da União Europeia, fruto do protagonismo das fontes do direito da União Europeia ser repartido, no mínimo em partes idênticas, entre doutrina e jurisprudência, na falta de menção expressa, são da autoria do Tribunal de Justiça; sem prejuízo de outros elementos identificativos (já que os processos decididos por ele são identificados com a letra "C" a preceder o respetivo número), far-se-á, portanto, referência ao seu autor quando se trate de órgão jurisdicional distinto, como por exemplo, o Tribunal Geral (ex-Tribunal de Primeira Instância, cujos processos são identificados pela letra "T" anteriormente ao número), o qual, a par dos tribunais especializados, também se insere organicamente na referida instituição. Os mesmos, sempre que se trate de primeira citação, são identificados por referência ao caso (ou às partes), seguindo-se a data, o número de processo, o ano da coletânea e as páginas onde se inicia a respetiva publicação; eventualmente, poderá acrescer o número do segmento (considerando) ou da página pertinente. Nas citações subsequentes mencionar-se-á que os mesmos já foram

anteriormente citados, podendo neste caso acrescer a menção à data da prolação, de forma à sua identificação correta se houver coincidência de partes com outros arestos.

Porque nos facilita a escrita, mas também para não sobrecarregar demasiadamente o texto, embora cientes de que possa dificultar a leitura essencialmente daqueles que estão menos habituados a estas temáticas, optámos por utilizar um conjunto de abreviaturas e acrónimos cujo significado surge nas páginas seguintes; ainda assim, evitámos utilizá-los nos títulos e subtítulos do trabalho.

Principais abreviaturas e acrónimos utilizados

AA. VV. - Autores vários

AJCL - American Journal of Comparative Law

AUE - Ato Único Europeu

BCE - Banco Central Europeu

BFDUC - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BVerfG - Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemão)

CDE - Cahiers de Droit Européen

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE - Comunidade Europeia

CECA - Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEE - Comunidade Económica Europeia

CEEA - Comunidade Europeia da Energia Atómica

CJAI - Cooperação nos domínios da Justiça e dos Assuntos Internos

CMLR - Common Market Law Review

CNU - Carta das Nações Unidas

Col. - Coletânea de acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades e da União Europeias

Colum. J. Eur. L. - Columbia Journal of European Law

CPC - Código de Processo Civil

CPJMP - Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal

CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP - Constituição da República Portuguesa

CVDT - Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

DDC - Documentação e Direito Comparado

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

ELJ - European Law Journal

ELR - European Law Review

EPL - European Public Law

ETAF - Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

Fordham Int'l LJ - Fordham International Law Journal

GG - Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Constituição da República Federal da Alemanha; Lei Fundamental de Bona)

GLJ - German Law Journal

ICLQ - International and Comparative Law Quarterly

JOUE - Jornal Oficial da União Europeia

LPTA - Lei de Processo dos Tribunais Administrativos

MJ - Maastricht Journal of European and Comparative Law

PE - Parlamento Europeu

PESC - Política Externa e de Segurança Comum

PIDCP - Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

ONU - Organização das Nações Unidas

RCCS - Revista Crítica de Ciências Sociais

RDCE - Revista de Derecho Comunitario Europeo

RDE - Rivista di Diritto Europeo

Rec. - Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes

RIDPC - Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario

RIE - Revista de Instituciones Europeas

RMC - Revue du Marché Commun

RMCUE - Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne

RMUE - Revue du Marché Unique Européen

ROA - Revista da Ordem dos Advogados

RPTFP - Regulamento de Processo do Tribunal da Função Pública (da União Europeia)

RPTG - Regulamento de Processo do Tribunal Geral

RPTJ - Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça

RTDE - Revue Trimestrielle de Droit Européen

SEBC - Sistema Europeu de Bancos Centrais

TCE - Tratado da Comunidade Europeia

TCECA - Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

TCEE - Tratado da Comunidade Económica Europeia

TCEEA - Tratado da Comunidade Europeia da Energia Atómica

TeCE - Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TFP - Tribunal da Função Pública [da União Europeia (órgão jurisdicional integrado na instituição TJUE)]

TG - Tribunal Geral (órgão jurisdicional integrado na instituição TJUE; ex-Tribunal de Primeira Instância)

TJ - Tribunal de Justiça (órgão jurisdicional integrado na instituição TJUE)

TJCE - Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (atual TJUE)

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia (instituição jurisdicional da União Europeia; ex-TJCE)

TPI - Tribunal de Primeira Instância (atual Tribunal Geral)

TUE - Tratado da União Europeia

UE - União Europeia

UEM - União Económica e Monetária

Introdução

1. Considerações iniciais

Uma proteção efetiva dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos conferidos sobretudo aos particulares pela ordem jurídica da União Europeia (doravante UE) não se satisfaz apenas com a componente *proclamatória*, que atua a montante, de consagração e positivação dos mesmos, não obstante a sua importância se afigure inquestionável. Com efeito, a efetividade da salvaguarda de tais direitos e interesses exige também uma dimensão *garantística* a intervir a jusante¹. As duas vertentes, centradas respetivamente entre uma função *decisória* e um papel de *controlo*, complementam-se² e correspondem aos dois cunhos da mesma moeda.

Na verdade, a defesa das pretensões de natureza subjetiva previstas no direito da UE³ apenas será alcançada se a sua positivação for acompanhada de instrumentos processuais (e procedimentais) que permitam aos interessados, principalmente aos cidadãos e empresas, fazerem-se valer das mesmas em **juízo**. Com efeito e ao contrário do que uma ilação precipitada, ainda que recentemente propalada por alguns, pode determinar⁴, não é a existência de uma Constituição - ou de um texto de vocação constitucional (como mais parecia ser o Tratado que pretendeu estabelecer uma Constituição para a Europa⁵, adiante TeCE) - que melhor garante os

¹ Ainda que numa ótica constitucional interna *vide* Luigi FERRAJOLI, *Sobre los derechos fundamentales*, in AA. VV, *Teoria de neoconstitucionalismo - Ensayos escogidos*, Madrid, 2007, p. 72.

² A este propósito, Hans KELSEN propõe a substituição da tradicional doutrina da "*separação de poderes*" pela sua homóloga da "*distribuição de poderes*". Ver *Teoria Geral do Direito e do Estado* (tradução portuguesa do original *General Theory of Law and State*, de Luís Carlos Borges), 3.^a Ed, São Paulo, 2000, pp. 385 e ss, em especial p. 390.

³ Até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, ocorrida a 1 de dezembro de 2009, mais conhecido por direito comunitário, ainda que desde há muito (concretamente, desde o início da vigência do Tratado da UE, que remonta a 1 de novembro de 1993) tal *nomen iuris* se afigurasse redutor.

⁴ Aparentemente (mas não mais do que isso) inspirada no conceito material de Constituição que encontramos no artigo 16.º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789 e idealizada por Thomas JEFFERSON, o qual assenta na defesa dos direitos fundamentais e no princípio da separação de poderes: "*A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*".

⁵ Na verdade, o "direito constitucional" das organizações internacionais em geral e da UE em especial, concentra-se essencialmente nos tratados que as instituem e regem o seu funcionamento; tais atos funcionam como uma espécie de "Constituição". Assim Cristina QUEIROZ, *Direito Internacional Público II - Organizações Internacionais*, Lisboa, 2002, p. 45; da mesma autora *vide Poder constituinte, democracia e direitos fundamentais. Uma via constitucional para a Europa?*, Coimbra, 2013, pp. 72 e 73.

No âmbito da UE, alguns autores, designadamente, Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 2000, pp. 303 e ss, referem-se aos Tratados como uma espécie de "Constituição transnacional"; outros, como Miguel POIARES MADURO, *A Constituição Plural*.

direitos subjetivos, ainda que fundamentais, e interesses legítimos consagrados na ordem jurídica europeia⁶. O que estabelece a diferença é a existência de uma **instituição jurisdicional independente**⁷, dotada de competência *obrigatória* e garantidora do *acesso direto* dos interessados em caso de violação desses direitos ou interesses⁸. É sobretudo na vertente garantística da temática dos direitos subjetivos e interesses legítimos que surge a necessidade de existir uma *tutela jurisdicional efetiva*, concebida para a proteção judicial não apenas de pretensões subjetivas conferidas pelo ordenamento jurídico da União, como da própria *legalidade europeia*, realidade bem mais ampla e da qual fazem parte aquelas pretensões, já que o seu respeito constitui um requisito da referida legalidade, igualmente entendida enquanto juridicidade. Ademais, a legalidade europeia é mais abrangente, uma vez que ela também pode ser encarada numa aceção estrita ou objetiva, na qual já não está em causa a necessidade de salvaguarda dos direitos e interesses.

A instituição de que falamos consiste, logicamente, no *Tribunal de Justiça da União Europeia* (a seguir TJUE)⁹, cujas jurisdições *imperativas* compreendem os diversos instrumentos processuais sumariamente enunciados no n.º 3 do artigo 19.º do TUE - entre ações (*v. g.* por incumprimento movidas contra os Estados membros, por omissão propostas contra as instituições europeias, e de responsabilidade civil instauradas contra a União), recursos diretos

Constitucionalismo e União Europeia, Cascais, 2006, p. 59, preferem o termo, não muito distinto, "Constituição plural".

A verdade, no entanto, é que a inexistência de um verdadeiro poder constituinte (tanto originário, como derivado) na UE, muito por força de esta não dispor do poder de auto-organização, acrescida da ausência de uma autêntica legitimação democrática (oriunda dos povos dos Estados membros), obsta à existência, na União, de uma constituição em sentido formal. Ainda que na UE se possa falar em constituição em sentido material, ideia que de facto tem proliferado, convirá não estabelecer analogias precipitadas com as constituições estaduais. Cfr. Jürgen HABERMAS, *Why Europe needs a Constitution*, in *New Left Review*, 2001 (Vol. 11), p. 5; *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Lisboa, 2012, pp. 61 e ss; Carlos BLANCO DE MORAIS, *A sindicabilidade do direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional português*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. I, Coimbra 2010, p. 223; António VITORINO, *A "Casa Europeia" de Lisboa*, in Nuno PIÇARRA (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011, p. 40.

⁶ Esta expressão é apta a designar tanto o ordenamento da UE, como a ordem jurídica desenvolvida no âmbito internacional regional no quadro jurídico-institucional do Conselho da Europa. Impõe-se, por isso, esclarecer desde já que sempre que nos referirmos à ordem jurídica europeia (ou ordenamento europeu), na ausência de reserva em contrário, teremos em mente apenas a primeira.

⁷ Com efeito, a independência do poder jurisdicional face às demais funções (política, legislativa e administrativa) constituídas do Estado tem sido tradicionalmente apontada como um pilar estruturante do Estado de direito. Cfr. Gustav RADBRUCH, *Filosofia do Direito* (tradução portuguesa do original *Rechtsphilosophie*, de L. Cabral de Moncada), 5.ª Ed, Coimbra, 1974, p. 341.

⁸ Efetivamente, é incontornável a importância absolutamente estruturante da existência de órgãos jurisdicionais no seio de qualquer comunidade organizada. Já o clássico Jean-Jacques ROUSSEAU enfatizava o papel desses órgãos da seguinte forma: "*Este corpo que chamarei de tribunado, é o guardião das leis e do poder legislativo (...). O tribunado não é nenhuma parte constitutiva da cidade e não deve deter qualquer poder legislativo ou executivo, mas é por esse facto que o seu poder se torna maior, pois, nada podendo fazer, tudo pode impedir. É mais sagrado e reverenciado como defensor das leis do que o príncipe que as executa e do que o soberano que as dá. (...) O tribunado sabiamente temperado é o mais firme apoio de uma boa constituição*". Vide *O Contrato Social* (tradução portuguesa do original *Le Contrat Social*, de Leonardo Manuel Pereira Brum), 5.ª Ed, Mem Martins, 2003, pp. 121 e 122.

⁹ Até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa designado de Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (adiante TJCE).

(v. g. de anulação), procedimentos cautelares, sem esquecer a original e importantíssima via do reenvio prejudicial - e a que tradicionalmente se tem chamado de *contencioso comunitário*¹⁰, posteriormente renomeado de *contencioso da UE*, através do qual se realizam os direitos subjetivos e interesses legítimos tanto dos particulares como dos Estados membros, dessa forma, alcançando-se uma tutela jurisdicional que se deseja efetiva. Esta, por sua vez, também pode visar a salvaguarda da própria objetiva legalidade europeia (sancionando, nomeadamente, vícios de competência e violações aos Tratados), no sentido de proteção judicial do direito da UE independentemente da violação de pretensões de índole subjetiva, o que é visível nos mecanismos adjetivos que as instituições europeias estão autorizadas a lançar mão.

Sucedem, porém, que a existência por si só do TJUE, tal como configurado nos moldes que resultam dos Tratados de Roma e de Maastricht e ainda que o mesmo se desdobre entre Tribunal de Justiça (adiante TJ), Tribunal Geral (doravante TG, correspondente ao anterior Tribunal de Primeira Instância, a seguir TPI) e tribunais especializados¹¹, jamais seria suficiente para levar a cabo tal missão. Bastará ter presente que a UE conta com várias centenas de milhões de particulares, entre cidadãos e empresas, e cada um dos dois órgãos jurisdicionais primeiramente referidos é composto - ainda que o número de magistrados do segundo possa ser superior - por um juiz por cada Estado membro. Daí que os **tribunais nacionais**, isto é, os órgãos jurisdicionais dos Estados membros, desempenhem neste âmbito uma importantíssima tarefa de garantia da efetividade dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e dos interesses legítimos proclamados pelo ordenamento da UE, assim contribuindo para a densificação e concretização da tutela jurisdicional efetiva dos mesmos.

Na verdade, não podemos escamotear que os tribunais dos Estados membros, além de órgãos jurisdicionais nacionais, onde resolvem questões estritamente domésticas e sujeitas aos respetivos direitos internos¹², também se afiguram como os *órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da União*¹³, função na qual foram investidos pelo próprio TJ¹⁴ à medida da paulatina edificação das célebres doutrinas do *primado* e do *efeito direto* daquele direito nas

¹⁰ Ainda que este, no seu sentido clássico e restrito (o de contencioso comunitário *stricto sensu*), cubra somente uma parte do mesmo, não abrangendo, designadamente, a importantíssima atividade levada a cabo pelos órgãos jurisdicionais nacionais quando atuam como tribunais comuns da ordem jurídica da União.

¹¹ Neste tipo, aparentemente (mas não mais do que isso) abrangente, por enquanto encontramos somente o Tribunal da Função Pública (seguidamente TFP).

¹² Sobre a noção de direito interno *vide* a nossa entrada in Manuel de ALMEIDA RIBEIRO, Francisco PEREIRA COUTINHO e Isabel CABRITA (coord.), *Enciclopédia de Direito Internacional*, Coimbra, 2011, pp. 170 e 171.

¹³ É feliz a expressão "*desdobramento funcional enquanto órgãos nacionais e órgãos da UE*" de que fala Jónatas MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2010, p. 464, e à qual aderimos.

¹⁴ Com efeito, assim foi estabelecido, pela primeira vez, no acórdão *ADMINISTRAZIONE DELLE FINANZE DELLO STATO/SIMMENTHAL* (SIMMENTHAL III), de 9 de março de 1978, proc. 106/77, Col. 1978, pp. 243 e ss, consolidado em decisões subsequentes. Célebre no princípio do primado do direito da UE, nele o TJ investiu os tribunais nacionais, enquanto órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do referido direito, no dever de não aplicarem normas nacionais, legislativas ou constitucionais, contrárias àquele, ainda que posteriores.

ordens jurídicas nacionais. Aliás, as aludidas expressões *contencioso comunitário* e *contencioso da UE* também podem ser empregues num sentido *amplo* (ou lato), com vista a contemplar a atividade dos tribunais nacionais quando mobilizados a aplicar o direito da União aos pleitos colocados à sua apreciação e cuja resolução passa pela aplicação de disposições daquele ordenamento enquanto critério material de resolução.

Daí, aliás, a redação do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do Tratado da UE (a seguir TUE), segundo a qual "*Os Estados membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União*", norma absolutamente inovadora e sem precedentes nas anteriores redações dos Tratados institutivos da Comunidade e da União Europeias¹⁵, introduzida no direito primário pelo Tratado de Lisboa¹⁶ e para a qual muito contribuiu o papel do TJ ao erigir os órgãos jurisdicionais nacionais em tribunais da UE em sentido *amplo* e *funcional*. Através da sua jurisprudência o referido Tribunal, que começou por coincidir com a instituição jurisdicional comunitária, desempenhou um papel igualmente relevantíssimo e precursor na *proclamação da defesa dos direitos fundamentais* na CE, entretanto absorvida pela UE, bem como na delimitação, no seio delas, do *princípio geral* e do *direito fundamental* da tutela jurisdicional efetiva.

Se é certo que aquele preceito se encontra configurado para que a tutela jurisdicional efetiva no ordenamento da União seja assegurada no âmbito de meios adjetivos internos e pelas jurisdições nacionais - em termos de tal aspeto assumir, pela primeira vez, dignidade de direito primário - não é menos verdade que tal tutela deve igualmente ser prosseguida no seio das jurisdições do TJUE, o que ocorre através dos mecanismos do tradicional contencioso europeu (neles integrando o processo das questões prejudiciais, que em rigor se situa fora desta categoria) previstos nos artigos 258.º e seguintes do TFUE. Desses instrumentos - em especial do reenvio prejudicial - têm resultado inúmeros acórdãos verdadeiramente épicos na edificação da UE e reveladores de "*uma certa ideia de Europa*"¹⁷, onde uma trave-mestra consiste na defesa dos direitos subjetivos e interesses legítimos atribuídos pelo direito da União aos particulares, a qual não prescinde de uma tutela jurisdicional efetiva ou não fosse a defesa de tais pretensões levada a cabo, entre outros meios e em última instância, pelos tribunais. Também por isso o *ativismo*

¹⁵ O primeiro consiste no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (adiante TFUE), o qual corresponde ao anterior Tratado da Comunidade Europeia (a seguir TCE) e este por sua vez ao precedente Tratado da Comunidade Económica Europeia (doravante TCEE), o qual foi outorgado em Roma no dia 25 de março de 1957 e iniciou vigência a 14 de janeiro de 1958. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o TCE passou a ser designado de TFUE, fruto da absorção da Comunidade Europeia (adiante CE) pela UE. O segundo consiste no TUE, que foi assinado em Maastricht no dia 7 de fevereiro de 1992 e entrou em vigor em 1 de novembro de 1993; a ele se deve a alteração do *nomen* do primitivo TCEE para TCE.

¹⁶ Assinado em 13 de dezembro de 2007, entrou em vigor no dia 1 de dezembro de 2009.

¹⁷ A expressão é de Pierre PESCATORE, *The doctrine of "direct effect": an infant disease of Community Law*, in *ELR*, 1983 (Vol. 8; n.º 3), p. 155. Entre nós, ela é utilizada por Maria Luísa DUARTE, *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros*, Lisboa, 1997, p. 293.

judiciário, enquanto fenómeno que espelha a "*quebra da neutralidade política dos tribunais*"¹⁸ e baseado nas técnicas do *leading case* ou do *case-law*, dos principais órgãos integrantes do TJUE¹⁹ será um aspeto recorrente ao longo do nosso trabalho.

Efetivamente, quando se abordam estas matérias torna-se inevitável revisitar constantemente as referências oriundas da instituição europeia que tem a cargo as funções que nos Estados de direito competem ao poder judicial, nomeadamente garantir "*o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados*"²⁰ como previsto na segunda parte do primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE (norma nitidamente inspirada no ex-artigo 220.º do TCE, ex-ex-artigo 164.º do TCEE)²¹ e que contribui para a caracterização da UE como *União de direito*²². Em suma, é incontornável fazer uma referência à jurisprudência dos órgãos em que o TJUE se desdobra (*maxime* TJ e TG). Isto porque, se é certo que ao TJUE cabe a aludida tarefa, a verdade é que esta instituição, mediante um papel assumidamente ativista²³, tem extravasado a "mera" função de interpretar e aplicar o direito da UE e contribuído para o desenvolvimento da ordem jurídica europeia mediante uma interpretação teleológica, sistemática e evolutiva dos Tratados e do direito derivado. Na síntese de Maria Luísa DUARTE, a propósito do papel desempenhado pelo TJUE no desenvolvimento e aprofundamento das Comunidades²⁴ e da UE, tal instituição tem reservado "*...a mais empenhada prioridade interpretativa ao espírito dos Tratados, assumindo, sem reboço, uma visão verdadeiramente reconstrutiva dos textos*

¹⁸ Assim José Manuel PUREZA, *Justiça e Cidadania. Por uma justiça mais democrática*, in RCCS, 1999 (n.º 54), p. 49. Cfr. Pedro BACELAR DE VASCONCELOS, *Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática*, in RCCS, 1999 (n.º 54), p. 55.

¹⁹ Cfr. Donna STARR-DEELEN e Bart DEELEN, *The European Court of Justice as a Federator*, in *The Journal of Federalism*, 1996 (Vol. 26; n.º 4), p. 81; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 3.ª Ed, Coimbra, 2013, pp. 378 e ss.

²⁰ Cfr. Gerhard BEBR, *Development of Judicial Control of the European Communities*, Haia, 1981, p. 4; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2.ª Ed, Oxford, 2006, p. 33; Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Pamplona, 2007, p. 141.

²¹ Ao conferir-se poderes ao TJUE para garantir "*o respeito do direito*" e não somente dos Tratados, A. BARBOSA DE MELO observa que o Tratado prevê margem suficiente para uma eventual evolução, no que à competência daquele diz respeito, de um modelo assente numa *jurisdição por atribuição*, isto é, enformada pelos princípios da competência de atribuição e da limitação de competências, para um sistema de *jurisdição por natureza*. Ver *Notas de Contencioso Comunitário* (policopiado), Coimbra, 1986, p. 34.

²² Cfr. John RAWLS, *Uma teoria da justiça* (tradução portuguesa do original *A Theory of Justice*, de Carlos Pinto Correia), 2.ª Ed, Lisboa, 2001, p. 68.

²³ "*Progressista*", segundo João MOTA DE CAMPOS, *Direito Comunitário*, I Vol: O Direito Institucional, 8.ª Ed, Lisboa, 1997, p. 320.

²⁴ Inicialmente, eram elas (i) a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), (ii) a Comunidade Económica Europeia (CEE), e (iii) a Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEEA). A primeira foi constituída através do Tratado de Paris (TCECA), outorgado em 18 de abril de 1951 e iniciando vigência a 24 de julho de 1952; as outras duas foram criadas pelos Tratados de Roma (TCEE e TCEEA), os quais foram assinados em 25 de março de 1957, tendo entrado em vigor a 14 de janeiro de 1958. Sobre a génese destes Tratados *vide* João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, I Vol, *cit.*, pp. 75 e ss; *Manual de Direito Comunitário*, 3.ª Ed, Lisboa, 2002, pp. 52 e ss. Entretanto, a CECA extinguiu-se no dia 23 de julho de 2002 dado o decurso do prazo (50 anos) de vigência estipulado e a caducidade do respetivo Tratado; a CEE, posteriormente CE foi absorvida, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, pela UE; a CEEA (ou *Euratom*) corresponde à única Comunidade Europeia cuja existência se mantém.

normativos, seja na determinação do sentido dos comandos expressos seja na integração de lacunas"²⁵.

Não se tratando de uma instância de recurso dos tribunais nacionais (mesmo quando apliquem direito da UE), nem tão-pouco se relacionando hierarquicamente com eles, o TJUE (com particular destaque para o seu órgão máximo: o TJ) não está habilitado a revogar nem a reformar as decisões daqueles²⁶; igualmente não dispõe de competência para invalidar os atos dos Estados membros que se afigurem contrários ao direito da UE²⁷, ainda que se possa pronunciar sobre a (in)compatibilidade dos mesmos com a ordem jurídica europeia²⁸. No entanto, encontrando-se dotado de competências distintas das que se encontram a cargo das jurisdições nacionais, desde logo em homenagem ao *princípio da competência de atribuição* (expressão que no direito da UE particulariza o mais vasto princípio da especialidade enquanto condicionador da atuação das organizações internacionais), presente genericamente nos números 1 e 2 do artigo 5.º do TUE e especificamente no âmbito jurisdicional no artigo 274.º do TFUE, a verdade é que os instrumentos processuais previstos neste Tratado têm proporcionado um importantíssimo ativismo judicial aos principais órgãos integrados no TJUE e que muito tem contribuído para o desenvolvimento do processo de integração europeia.

A jurisprudência dos referidos órgãos jurisdicionais, *maxime* do TJ, desempenha uma importância e um papel fundamentais na medida em que se tem revelado como uma fonte verdadeiramente criadora do direito da UE e contribuído de forma incisiva para a evolução desta - *maxime* nos domínios que até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa relevavam ao nível da CE (ou seja, a parcela mais relevante do direito da União, constituída pelo primeiro dos três pilares em que a UE assentou) - como *União de direito*²⁹, a qual não prescinde do princípio de tutela jurisdicional efetiva.

²⁵ Cfr. *Contencioso Comunitário*, Cascais, 2003, p. 28; texto igualmente disponível sob o título *Direito Comunitário II (Contencioso Comunitário). Relatório*, Coimbra, 2003.

²⁶ Cfr. João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Europeu. O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 6.ª Ed, Coimbra, 2010, p. 412.

²⁷ Cfr. Joël RIDEAU, *Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, in Stéphane LECLERC, Jean-François AKANDJI-KOMBÉ e Marie-Joëlle REDOR (editores), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelas, 1999, p. 88.

²⁸ Com efeito, muitas questões prejudiciais colocadas, pelos juízes nacionais, ao TJ, têm por escopo a obtenção de respostas sobre aspetos de compatibilidade do Direito nacional face ao Direito da UE, o qual prima sobre aquele. Nestes casos, o que o TJ faz é fornecer ao órgão jurisdicional nacional orientações que indiciam a incompatibilidade do regime nacional com a bitola europeia, mas de forma a que seja o tribunal nacional a extrair a ilação relativa a essa incompatibilidade. Cfr. Giuseppe Federico MANCINI, *The Making of a Constitution For Europe*, in *CMLR*, 1989 (Vol. 26; n.º 4), p. 606.

²⁹ Neste sentido *vide* Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios estruturantes do Direito Comunitário de criação jurisprudencial*, in Ministério da Justiça, Gabinete de Direito Europeu, n.º 32, Lisboa, 2000, p. 9.

Através de um modelo "judicial-normativo"³⁰, isto é, mediante uma função normativa de criação pretoriana própria de um ativismo judicial assumido, o TJ tem desempenhado um papel estruturante na conceção e delimitação de alguns princípios e normas fundamentais do ordenamento europeu, (i) uns relativos às relações entre as ordens jurídicas nacionais e a ordem da União, (ii) outros atinentes à proteção dos direitos fundamentais por esta, (iii) outros ainda relativos ao âmbito objetivo e subjetivo dos instrumentos processuais em que se subdivide o contencioso da UE, os quais no seu conjunto se encontram interligados sob a égide da tutela jurisdicional efetiva. Com efeito, alguns acórdãos do TJ revelaram e consolidaram vários princípios fundamentais do ordenamento da União, alguns sem consagração (pelo menos expressa) no direito positivo, que regulam as relações entre aquele e as ordens jurídicas dos Estados membros de uma forma não neutra, mas que tem como um dos principais postulados a garantia da proteção dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos na UE; noutras decisões deparamo-nos com esclarecimentos sobre o âmbito normativo das vias adjetivas previstas nos Tratados e nos direitos nacionais através das quais se efetiva a tutela jurisdicional das pretensões de natureza subjetiva previstas na ordem jurídica da União e da estrita legalidade europeia. Tais princípios e normas visam não apenas garantir o *efeito útil*, isto é, a eficácia e a vigência plenas, do ordenamento europeu no espaço dos Estados membros, mas também, mediante a correta interpretação e aplicação uniforme do respetivo direito, contribuir para o aprofundamento da UE enquanto União de direito.

Uma referência, aliás justíssima, também deve ser feita ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH) e ao controlo que o mesmo leva a efeito sobre o direito da UE, concretamente quanto à sua compatibilidade com a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, vulgarmente designada de Convenção Europeia dos Direitos do Homem (adiante CEDH).

2. Delimitação do objeto e plano da tese

No presente trabalho cuidaremos de levar a cabo um tratamento teórico-dogmático da tutela jurisdicional efetiva no direito da UE coadjuvado da problematização de algumas questões práticas suscitadas pela temática. Esta simbiose desdobrar-se-á entre (i) uma análise conceptual

³⁰ Vide Manuel LOPES ROCHA, *Protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária*, in Ministério da Justiça, Gabinete de Direito Europeu, n.º 11, Lisboa, 1992, pp. 24 e 41. No mesmo sentido L. Neville BROWN e Tom KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, 4.ª Ed, Londres, 1994, p. 101 e em especial pp. 295 a 298.

da referida tutela, (ii) enformada pelos seus pressupostos e (iii) desenvolvida através dos respetivos corolários, firmados na análise das bases jurídicas pertinentes e na interação com a doutrina e a jurisprudência mais autorizadas.

Já referimos que a proteção que o ordenamento jurídico da UE confere aos direitos subjetivos e interesses legítimos fundamentais se subdivide em duas vertentes que se completam: uma de cariz proclamatório e outra de natureza garantística. A temática da tutela jurisdicional efetiva no quadro jurídico-institucional da UE releva sobretudo ao nível da segunda. Contudo, não podemos escamotear a primeira, uma vez que a existência de um sistema de salvaguarda dos direitos fundamentais na União, o qual parte da promoção dos mesmos, apresenta-se como um pressuposto material da tutela jurisdicional efetiva no seio da UE; acresce que a referida tutela afigura-se, em si mesma, como um direito fundamental, *maxime* dos particulares. Daí que, muito embora seja correta a afirmação segundo a qual a tutela jurisdicional efetiva releve primordialmente no âmbito da dimensão garantística das pretensões de natureza subjetiva derivadas do ordenamento da União, surgindo configurada de forma a que a defesa dos referidos direitos e interesses seja realizada através de meios judiciais idóneos, não é menos verdade que tal tutela também tem subjacente a vertente proclamatória dos mesmos, primeiramente revelada paulatinamente pelo TJ, a propósito da proteção conferida pelo direito comunitário aos direitos fundamentais, e mais tarde positivada nos Tratados.

O presente trabalho dividir-se-á em quatro partes, sendo que a maioria delas desdobrar-se-á em vários capítulos. A primeira parte terá como horizonte uma proposta de conceptualização, negativa e positiva, da tutela jurisdicional efetiva no direito da UE, bem como a análise dos seus pressupostos formais e substanciais. Na segunda parte ocupar-nos-emos com um aspeto específico que releva já em sede de corolários da tutela jurisdicional efetiva: o decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar tanto pelos órgãos jurisdicionais em que o TJUE se desobra, como pelos órgãos jurisdicionais nacionais quando atuem como tribunais comuns de aplicação do direito da UE. A terceira parte, incidindo também sobre os corolários, terá como objetivo demonstrar em que medida a tutela jurisdicional efetiva se encontra presente nos vários instrumentos do tradicional contencioso da UE, aqui inserindo por razões de sistematização o mecanismo das questões prejudiciais que, na verdade, não assume natureza contenciosa. Enfim, a quarta e derradeira parte versará sobre a tutela jurisdicional efetiva a propósito do papel dos tribunais nacionais enquanto garantes das pretensões subjetivas conferidas aos particulares pelo ordenamento da União, bem como da legalidade europeia.

Densificando e especificando esta sistematização, diremos que a primeira parte dividir-se-á em três capítulos. No primeiro importa distinguir tutela jurisdicional efetiva de defesa do direito da UE, este um conceito mais abrangente e, em certa medida, aglutinador daquele. Naturalmente,

importa centrar as atenções em torno do primeiro através da análise do seu conteúdo, da sua natureza e, tratando-se a tutela jurisdicional efetiva também de um direito, determinando quem são os seus titulares, bem como qual o seu fundamento axiomático. Sobretudo no segundo capítulo, mas também no primeiro, faremos algumas alusões às jurisdições da UE entendidas numa aceção *ampla*, a qual abrange os órgãos jurisdicionais em que se desdobra o TJUE, mas também os órgãos jurisdicionais nacionais enquanto tribunais comuns de aplicação do direito da União. No terceiro capítulo veremos em que medida a doutrina do primado (e vários dos seus corolários) do direito da UE, bem assim o sistema comunitário de proteção dos direitos fundamentais (concretizado em diferentes formas de proclamação e salvaguarda dos mesmos) se apresentam como pressupostos substantivos da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia.

Após percorrermos este trajeto estaremos em condições de iniciar o estudo dos aspetos relacionados com a vertente garantística da tutela jurisdicional efetiva, ou seja, com os seus corolários. As restantes partes serão, portanto, dedicadas ao estudo de tal tutela no contexto dos diversos instrumentos processuais previstos nos Tratados (principalmente no TFUE) e das incumbências que incidem sobre os tribunais dos Estados membros quando atuem como tribunais da União com vista à salvaguarda de pretensões de natureza subjetiva que emergem do direito da União, mas também da objetiva legalidade europeia.

A segunda parte e única que não se desdobra em capítulos, será dedicada à questão das medidas provisórias de natureza cautelar que podem ser decretadas, tanto pelos órgãos integrantes do TJUE como pelo órgãos jurisdicionais nacionais, com base no ordenamento da União.

Na terceira parte abordaremos a tutela jurisdicional efetiva no quadro jurídico dos mecanismos processuais que tradicionalmente se inserem no contencioso da UE *sticto sensu*, bem como do reenvio prejudicial, ou seja, nas vias que permitem mobilizar a atuação dos órgãos em que se desdobra a instituição jurisdicional da União. Muito embora o imperativo de se assegurar uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses que o ordenamento europeu reconhece aos particulares surja, no contexto do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, primordialmente dirigido aos órgãos jurisdicionais nacionais, não menos verdade é que o TJUE também desempenha, no quadro competencial que os Tratados lhe *reservam*, um papel incontornável na prossecução desse objetivo. Aliás, veremos que no contexto de uma organização internacional de cariz supranacional, como a UE, a tutela jurisdicional efetiva, enquanto direito fundamental, não é apanágio dos particulares, sendo também, em moldes que oportunamente retomaremos, titulada pelos próprios Estados membros.

Fracionada em quatro capítulos, dedicaremos três deles aos instrumentos processuais onde os tribunais nacionais não têm, pura e simplesmente, qualquer tipo de intervenção (ações de declaração e sancionamento de incumprimentos de obrigações assumidas pelos Estados membros no quadro do direito da UE; recurso de anulação com vista a expurgar da ordem jurídica europeia atos das instituições feridos de invalidade; e ação de indemnização destinada a ressarcir eventuais lesados por danos causados pelas instituições da União ou pelos seus agentes no desempenho de funções). Um capítulo será reservado ao mecanismo de cooperação institucional entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o TJ (em que se traduz a original e importantíssima via processual vulgarmente designada de reenvio prejudicial). Analisaremos o direito positivo e faremos propostas que permitam um aperfeiçoamento do papel das jurisdições dos órgãos que compõem o TJUE (os chamados tribunais da União em sentido orgânico) com vista à realização e incremento da tutela jurisdicional efetiva. Por outro lado, veremos em que medida as ações por incumprimento, o recurso de anulação e o próprio reenvio prejudicial, além de se caracterizarem pela existência de constrangimentos que limitam o acesso dos particulares aos referidos órgãos jurisdicionais, suscitam outros problemas igualmente relacionados com a referida tutela³¹.

Na quarta parte cuidaremos de analisar o âmbito da tutela jurisdicional efetiva no contexto da atuação dos tribunais nacionais enquanto órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da UE, ou seja, tribunais da União em sentido amplo e funcional.

Dividida em dois capítulos, trataremos de aspetos que, antes de mais, são decorrências das doutrinas do primado e do efeito direto do direito da UE nas ordens nacionais. O primeiro incidirá sobre a necessidade de os órgãos jurisdicionais nacionais interpretarem o direito nacional em conformidade com o direito da União; no segundo estará em causa a temática da responsabilidade dos Estados e dos próprios particulares por violação do direito da UE.

Terminaremos o trabalho com a apresentação de conclusões.

Definido este caminho, diremos que a presente tese obedecerá ao seguinte plano geral:

Introdução

Parte I

A tutela jurisdicional efetiva na União Europeia: conceito e pressupostos

³¹ A falta de legitimidade dos particulares para a intentar ou sequer participar no processo inerente às ações por incumprimento; igualmente, a ausência de legitimidade dos particulares para a impugnação dos atos de alcance geral (*maxime* regulamentos), legislativos ou não, adotados pelas instituições europeias, no quadro do recurso de anulação; e a violação do dever de reenvio, isto é, de colocar questões prejudiciais ao TJ, por um órgão jurisdicional nacional que estava obrigado a fazê-lo, são algumas das questões relacionadas com a tutela jurisdicional efetiva.

Capítulo I - *Noção, conteúdo, natureza e fundamentos da tutela jurisdicional efetiva na União Europeia*

Capítulo II - *Pressuposto orgânico e formal da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia: os tribunais da União e as regras adjetivas*

Capítulo III - *Pressupostos substantivos da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia: primado e seus corolários, e sistema de proteção de direitos fundamentais*

§ 1.º - O princípio do primado do direito da União e suas decorrências enquanto pressuposto material da tutela jurisdicional efetiva na União Europeia

§ 2.º - O sistema de proteção de direitos fundamentais enquanto pressuposto substancial da tutela jurisdicional efetiva na União Europeia

Parte II

A tutela jurisdicional efetiva no âmbito das medidas provisórias de natureza cautelar previstas no direito da União Europeia

Parte III

Corolários da tutela jurisdicional efetiva nos instrumentos processuais da União Europeia *stricto sensu* a cargo da respetiva instituição jurisdicional

Capítulo I - *A tutela jurisdicional efetiva no mecanismo contencioso de declaração e repressão de comportamentos dos Estados membros contrários às obrigações decorrentes dos Tratados*

Capítulo II - *A tutela jurisdicional efetiva no contencioso de tutela da legalidade europeia, em especial no recurso de anulação*

Capítulo III - *A tutela jurisdicional efetiva no instrumento processual das questões prejudiciais*

Capítulo IV - *A tutela jurisdicional efetiva no instrumento contencioso de apuramento da responsabilidade extracontratual da União Europeia*

Parte IV

Corolários da tutela jurisdicional efetiva no contencioso da União Europeia *lato sensu* a cargo das jurisdições nacionais

Capítulo I - A tutela jurisdicional efetiva e a interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União Europeia

Capítulo II - A tutela jurisdicional efetiva e o apuramento da responsabilidade extracontratual dos agentes nacionais por violação do direito da União Europeia

§ 1.º A responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União Europeia

§ 2.º A responsabilidade dos particulares por violação do direito da União Europeia

Conclusão

3. Razões de escolha do tema

Tratando-se de um tema clássico, a entrada em vigor do Tratado de Lisboa recolocou e recentrou alguns problemas relacionados com a tutela jurisdicional efetiva³² no direito da UE, designadamente, dos direitos fundamentais constantes do seu catálogo proclamatório³³. A justificação da temática baseia-se, por isso, sobretudo em duas ordens de razões: de um lado, a já incutida *atualidade*; de outro lado, o carácter *multidisciplinar* no universo jurídico que a mesma pressupõe.

Quanto ao primeiro fundamento e ainda que a temática não seja absolutamente inovadora, a atualidade resulta de um refrescado contexto jurídico-institucional emergente da entrada em vigor de um novo tratado, de onde decorre uma maior abertura e propensão a um trabalho científico que seja criativo, reflexivo e de alguma forma especulativo (ou pelo menos problematizante). Igualmente, a Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa alterou o Protocolo n.º 3, anexo ao TUE, TFUE e ao TCEEA, relativo ao Estatuto do

³² É com o referido Tratado que ela encontra, pela primeira vez, consagração positiva expressa e explícita nos Tratados, ainda que dirigida às jurisdições nacionais (segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE).

³³ Com efeito, é também com o Tratado de Lisboa que a Carta dos Direitos Fundamentais da UE (a seguir CDFUE) adquire a tão almejada força jurídica, ou seja, efeitos juridicamente vinculativos (n.º 1 do artigo 6.º do TUE).

TJUE. Em 2012, assistimos a outra modificação deste texto³⁴, bem como à aprovação de um novo Regulamento de Processo do TJ (doravante RPTJ). No ano de 2013 ocorreu o sétimo alargamento da UE e com ele a elevação do número de Estados membros para vinte e oito³⁵. Por outro lado, vislumbra-se para um futuro próximo a propalada adesão da UE à CEDH. Em suma, o surgimento de vários elementos novos contribuiu para o relançamento de um tema já deveras importante.

Relativamente à segunda causa, está em causa o aspeto de no tema se combinarem aspectos que, não sendo monopólio do jurídico, misturam cambiantes do direito da UE, dos direitos nacionais (v. g. constitucional, administrativo, processual) e do direito internacional público. Com efeito e mais do que um ramo do direito como sucede num plano tipicamente interno, o direito da UE afigura-se como uma verdadeira *ordem jurídica*³⁶ que, compreendendo parcelas de praticamente todos os setores (publicistas³⁷ e privatistas³⁸) do jurídico, se integra e sobrepõe aos ordenamentos nacionais, assim interferindo permanente e paulatinamente no paradigma e homogeneidade dos sistemas jurídicos internos, sem que tal ainda provoque grande estranheza.

4. Questões metodológicas

Apesar de multidisciplinar por conjugar componentes do ordenamento jurídico da UE, do direito internacional e das ordens internas dos Estados membros, o tema escolhido insere-se sobretudo no direito *institucional* da integração europeia, área pela qual nutrimos especial fascínio e grande carinho. Trata-se, por isso, de um tema essencialmente jurídico, pelo que será com base no respetivo método que o mesmo será analisado. Na nossa investigação daremos, portanto, prevalência à análise e ao estudo de textos doutrinários e de decisões jurisprudenciais, naturalmente sob o quadro jurídico-institucional trazido a lume pelo Tratado de Lisboa, sem ignorar os seus precedentes normativos e algum direito derivado. Todavia, não podemos ignorar que o tema também suscita alguns problemas que relevam do campo político, pelo que não seremos insensíveis às questões dessa natureza que daí derivam.

³⁴ Pelo Regulamento (UE e Euratom) n.º 741/2012, do Parlamento Europeu (adiante PE) e do Conselho, de 11 de agosto de 2012 (JOUE de 23 de agosto de 2012, L 228, pp. 1 e ss).

³⁵ Num plano estritamente interno português, merece um apontamento a aprovação e entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (adiante CPC).

³⁶ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., p. 31.

³⁷ A título meramente exemplificativo, pense-se no direito administrativo ou no direito fiscal europeu.

³⁸ Igualmente de forma enunciativa, lembre-se o direito trabalho ou o direito bancário europeu.

Neste título impõe-se desde já um esclarecimento que decorrente da utilização, ainda que parcimoniosa, ao longo deste trabalho do adjetivo "comunitário", derivado do direito das Comunidades Europeias e que remonta às origens do processo europeu de integração. Com o direito comunitário não deve ser confundido o conceito, mais abrangente, de direito da UE, o qual por sua vez pode ser empregue num sentido amplo, que também abrange aquele, e numa aceção restrita.

No seu sentido mais lato, o direito da UE inclui o clássico direito das Comunidades Europeias (ou direito comunitário) e o direito dos dois antigos pilares intergovernamentais (a Política Externa e de Segurança Comum - doravante PESC - e a Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal - adiante CPJMP; esta, por sua vez, correspondendo ao que restou do primitivo terceiro pilar, a Cooperação nos domínios da Justiça e dos Assuntos Internos, a seguir CJAI)³⁹; na sua aceção restrita, o direito da UE abrange apenas o ordenamento dos referidos pilares intergovernamentais, deixando de fora o direito comunitário. Já este identifica-se com a ordem jurídica das Comunidades Europeias, ou seja, do anterior primeiro pilar ou pilar de integração supranacional, excluindo o direito dos dois antigos pilares intergovernamentais.

Ora, se é verdade que com a criação da UE, ocorrida com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, as expressões direito comunitário e ordem jurídica comunitária (ou das Comunidades Europeias) passaram a ser desadequadas para exprimir o sistema jurídico global do processo de integração europeia, devendo ser substituídas por direito da UE e ordem jurídica da União⁴⁰, não é menos certo que o Tratado de Lisboa representou um reforço do método comunitário, assente na integração supranacional levada a cabo sobretudo no quadro jurídico-institucional da CE, em detrimento da cooperação intergovernamental⁴¹ própria dos anteriores segundo e terceiro pilares e exercida pelo Estados membros no quadro jurídico-institucional da UE.

Com efeito e não obstante a clarificação da questão alusiva à personalidade jurídica da UE (*vide* artigo 47.º do TUE), bem como a absorção por esta da CE (*vide* terceiro parágrafo do artigo 1.º do TUE) com a inerente supressão do adjetivo "comunitário" e suas derivações dos Tratados, a verdade é que o Tratado de Lisboa incrementou o método comunitário de integração europeia.

³⁹ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A cooperação intergovernamental na União Europeia - âmbito, natureza das acções previstas e sua relação com o domínio da integração comunitária*, in AA. VV, Em torno da revisão do Tratado da União Europeia, Coimbra, 1997, pp. 35 e ss.

⁴⁰ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1995, p. 27, nota de rodapé n.º 47; *A nova dimensão do Direito Administrativo. O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, 1999, p. 9; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, Coimbra, 2002, p. 14, nota de rodapé n.º 1; Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, *cit.*, pp. 30 e 31.

⁴¹ Cfr. Paulo de PITTA E CUNHA, *O Tratado de Lisboa. Génesis, conteúdo e efeitos*, Lisboa, 2008, p. 37; Maria Luísa DUARTE, *notas de apresentação*, in Maria Luísa DUARTE e Carlos Alberto LOPES, *Tratado de Lisboa*, Lisboa, 2008, pp. 7 e 8; *Uma visita guiada ao novo estatuto jurídico da União Europeia*, in Estudos sobre o Tratado de Lisboa, Coimbra, 2010, p. 27; Nuno PIÇARRA, *O Tratado de Lisboa em Perspectiva Constitucional. Uma apresentação à luz de vinte meses de vigência*, in Nuno PIÇARRA (coord.), *op. cit.*, pp. 19 a 21.

Na realidade, a eliminação, pelo menos sob o ponto de vista formal, da peculiar estrutura de pilares em que a UE assentou durante cerca de 16 anos e que contribuiu para a sua caracterização como organização internacional *sui generis*, mais não é do que um fortalecimento do cariz supranacional ou da partilha democrática de soberania em que a UE já assentava no quadro do antigo primeiro pilar. Em consequência, também se verifica alguma desconsideração pelo método da cooperação levada a efeito pelos Governos de Estados (membros) soberanos, sem transferência de atribuições para uma entidade supraestadual, que, complementarmente ao pilar comunitário, temperava o funcionamento da UE no âmbito dos antigos segundo e terceiro pilares⁴².

No entanto, também nos parece que com o Tratado de Lisboa e a referida absorção da CE pela UE, as distinções entre direito comunitário, direito da UE *stricto sensu* e direito da União *lato sensu* foram relativizadas e tenderão mesmo a desaparecer. A História demonstrará a opção prevalecente.

⁴² Sobre a natureza jurídica do antigo terceiro pilar, antes e após a reforma do mesmo operada pelo Tratado de Amsterdão, não coincidente com a do segundo por não se tratar de um pilar puramente intergovernamental, *vide* a nossa dissertação de mestrado, *O princípio da flexibilidade no espaço de liberdade, segurança e justiça*, Lisboa, 2004, (disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa), pp. 234 e 235; e 304 e 305.

Parte I

A tutela jurisdicional efetiva na União Europeia: conceito e pressupostos

Capítulo I

Noção, conteúdo, natureza e fundamento da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia

1. Razão de ordem

O direito da UE corresponde ao ordenamento, não de um Estado (v. g. federal)⁴³, mas de uma organização internacional⁴⁴ composta por Estados membros soberanos⁴⁵. Caracterizado, entre outros aspetos, pela *autonomia* face às ordens jurídicas nacionais e internacional⁴⁶, ele é composto por um sistema de fontes onde se incluem, principalmente, (i) os Tratados (constitutivos ou institutivos; de revisão, modificativos ou reformadores; culminando nos relativos à adesão de novos Estados membros) e seus protocolos anexos, conjunto designado de direito primário ou originário; (ii) os regulamentos, as diretivas e decisões, entre outros actos juridicamente vinculativos, bloco que forma o direito derivado (secundário e terciário); sem

⁴³ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, cit., p. 5; *Um ensaio...*, cit., p. 62.

⁴⁴ Uma definição consensual de organização internacional é a formulada, em 1956, por Gerald FITMAURICE, segundo a qual a mesma consiste numa "associação de Estados constituída por tratado, dotada de uma constituição e de órgãos comuns, e possuidora de personalidade jurídica distinta dos Estados membros". Cfr. apud AA. VV, *Organizações Internacionais*, Lisboa, 1999, p. 35. Tal noção destaca os dois elementos essenciais das organizações daquele tipo: (i) a origem convencional e (ii) a natureza institucional.

⁴⁵ Segundo um setor doutrinário minoritário, os Estados membros da UE são já entidades estaduais semissoberanas, uma vez que perderam a plenitude da sua soberania internacional, transferindo parcelas da mesma para a UE. Neste sentido Joaquim da SILVA CUNHA e Maria de Assunção do VALE PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2.ª Ed, Coimbra, 2004, p. 386.

Existe mesmo quem desde há muito, inclusivamente no período anterior ao surgimento do Tratado de Maastricht a partir do qual ter-se-ão dado os primeiros passos no trilho da integração política, defenda a inexistência, motivada pelo processo europeu de integração, de um núcleo residual de soberania dos Estados membros salvaguardado pelas respetivas Constituições. É o caso Koen LENAERTS, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, in *AJCL*, 1990 (Vol. 38), p. 205.

⁴⁶ Cfr. Rui MOURA RAMOS, *As Comunidades Europeias. Enquadramento normativo-institucional*, in *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2.ª Ed, Coimbra, 1999, p. 100 [igualmente disponível in *DDC*, 1986 (n.ºs 25 e 26), pp. 7 e ss]; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, I Vol, cit., pp. 223 e ss; Miguel POIARES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, p. 7; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra, 2004, p. 426; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Manual...*, cit., p. 287; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 179 e 180; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, 6.ª Ed, Coimbra, 2010, p. 373.

esquecer (iii) a jurisprudência dos órgãos em que se desdobra a sua instituição jurisdicional, o TJUE.

Nesse sistema vislumbra-se um amplo conjunto de normas e princípios jurídicos que disciplina, por um lado, a atividade das instituições, dos órgãos e organismos da União e as relações que estes estabelecem entre si, com os Estados membros e com os particulares (pessoas singulares, com especial destaque para os cidadãos europeus, e coletivas, onde avultam as empresas que atuam no espaço comunitário). Por outro lado, tais fontes também regulam parte das relações estabelecidas entre os Estados membros e os particulares na medida em que aqueles sejam competentes para executar ou aplicar normas europeias, as quais, aliás, vinculam-nos imediatamente, tanto no âmbito da aplicabilidade direta (v. g. disposições dos Tratados e dos regulamentos europeus, cuja imperatividade se estende aos particulares), como na esfera do efeito direto (v. g. àquelas acrescenta-se as normas das diretivas que de forma clara e incondicional conferem direitos aos particulares ou investem os Estados membros no cumprimento de obrigações). Subjacente a esta dinâmica encontra-se o quadro institucional da UE, atualmente composto pelas sete instituições que surgem elencadas no n.º 1 do artigo 13.º do TUE onde, aliás, se definem genericamente os seus objetivos⁴⁷.

É neste contexto que a doutrina⁴⁸ discorre sobre as noções de *direito administrativo europeu* ou *direito administrativo da UE*, configuradas para o enquadramento tanto do direito aplicável às instituições, aos órgãos e organismos europeus, como do direito que enforma a aplicação e a execução do direito da União a nível interno pelos Estados membros⁴⁹.

⁴⁷ Entre eles encontramos a promoção dos valores (referidos no artigo 2.º do TUE) e a prossecução dos objetivos (vide o artigo 3.º do mesmo Tratado) da União, bem como servir os interesses da UE, dos seus cidadãos e dos Estados membros.

⁴⁸ Cfr. Jürgen SCHWARTZ, *Tendências toward a common administrative law in Europe*, in *ELR*, 1991 (Vol. 16; n.º 1), pp. 15 e ss; FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão do direito Administrativo. O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, 1999; Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003, pp. 457 e ss; Luís CABRAL DE MONCADA, *A Legalidade Europeia*, in Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, Coimbra, 2006, pp. 903 e ss; Maria Luísa DUARTE, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra, 2008; Suzana TAVARES DA SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra, 2010; Miguel PRATA ROQUE, *O Direito Administrativo Europeu - Um motor da convergência dinâmica dos direitos administrativos nacionais*, in AA. VV, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra 2010, pp. 903 e ss.

⁴⁹ Estes dois conceitos, idênticos entre si, não se confundem com o de *europeização dos direitos administrativos nacionais*. Se o *direito administrativo europeu* consiste num *corpus* normativo (disposições e princípios jurídicos) regulador da atuação das instituições, dos órgãos e organismos da UE no exercício do poder executivo, sujeita a regras do direito público, abrangendo, também, as normas aplicáveis à execução do direito da União a nível interno dos Estados membros, a *europeização dos direitos administrativos nacionais* refere-se à influência das regras da UE sobre os direitos administrativos nacionais. Cfr. Lourenço VILHENA DE FREITAS, *Os contratos de direito público na União Europeia. No quadro do direito administrativo europeu*, Vol. I: direito administrativo da União Europeia, Coimbra, 2012, pp. 19 a 21, e 34. Não obstante, verifica-se uma notória influência recíproca entre o direito administrativo europeu e os direitos administrativos nacionais, de que fala Miguel PRATA ROQUE, *op. cit.*, pp. 903 a 905, aludindo a um efeito de "boomerang". Por outro lado, o próprio conceito de *direito administrativo europeu* não se apresenta unívoco, desdobrando-se em quatro sentidos, que podem ser vistos em FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, *cit.*, pp. 22 a 25.

Se as instituições, os órgãos e organismos da União, bem como as autoridades nacionais quando aplicam ou executam normas europeias, devem respeitar aquele *corpus* de direito público, o qual forma o *bloco de legalidade da atividade da UE* e consubstancia uma parte considerável da ordem jurídica desta, não é menos verdade que o cumprimento do mesmo é controlado, no que tange aos primeiros entes, pelos órgãos jurisdicionais em que se desdobra o TJUE, sobretudo no âmbito do recurso de anulação, e, no que respeita aos segundos, pelos tribunais nacionais na qualidade de órgãos jurisdicionais da UE em sentido amplo ou funcional, ou ainda enquanto tribunais europeus comuns⁵⁰. É possível vislumbrar desde já a necessidade de, na ordem jurídica europeia, existir uma tutela jurisdicional que se pretende efetiva.

Na verdade, as situações juridicamente relevantes que se podem estabelecer (*i*) entre a UE - que atua por intermédio das suas instituições, dos seus órgãos e organismos - e os Estados membros ou com os particulares, bem como (*ii*) entre os Estados membros - que agem através dos seus órgãos legislativos, executivos e administrativos - quando aplicam ou executam direito da União, e os particulares, são marcadas por relações de autoridade/poder/faculdade *versus* subordinação/sujeição/vinculação. São frequentes, por isso, os conflitos de interesses cuja resolução implica a mobilização, no âmbito de vias contenciosas, de uma ou várias instâncias jurisdicionais, nomeadamente, a que existe no quadro institucional da União (o TJUE), e/ou as que proliferam nos sistemas jurídicos nacionais, em função de tal competência se encontrar ou não reservada àquela pelos Tratados (*maxime* pelo TFUE).

Não é difícil configurarmos cenários de litigiosidade associados à aplicação ou execução do direito da UE.

Imaginemos, designadamente, (*i*) um regulamento europeu ou uma diretiva europeia que, encontrando base jurídica no TFUE, é alegadamente violador deste; ou (*ii*) uma decisão da Comissão que, com fundamento numa norma regulamentar ou do próprio Tratado de Roma, aplica uma sanção pecuniária a uma empresa por violação das normas europeias relativas à proteção da concorrência (*v. g.* por um suposto abuso de posição dominante); ou (*iii*) que a Comissão imputa a um Estado membro a violação de obrigações decorrentes dos Tratados, pretendendo demandá-lo no TJ com vista a obter deste uma sentença declarativa desse incumprimento; (*iv*) cumulativamente, configure-se uma atuação semelhante da Comissão mas motivada pela inexecução do acórdão declarativo da inobservância de obrigações constantes dos Tratados, agora com vista à aplicação de uma sanção pecuniária em virtude de o Estado membro em causa persistir num incumprimento já judicialmente declarado. Este género de situações

⁵⁰ Cfr. José Luís CAMELO GOMES, *O juiz e o Direito Comunitário*, Coimbra, 2003, p. 15; Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 903; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 223; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, Coimbra, 2013, p. 11.

poderá, mediante a propositura de diferentes instrumentos processuais, despoletar a atuação das jurisdições da União em sentido restrito ou orgânico, ou seja, dos órgãos jurisdicionais que se encontram integrados no TJUE. Alguém dotado de legitimidade, por vezes sujeito à contingência de só poder atuar dentro de determinado prazo, poderá querer impugnar o referido regulamento ou a aludida diretiva; a empresa arguida poderá ter interesse em contestar a decisão da Comissão que lhe aplicou uma sanção pecuniária; o Estado membro alegadamente infrator terá interesse em defender-se pugnando pelo reconhecimento judicial de que a sua atuação não é violadora das obrigações previstas nos Tratados ou, no último cenário configurado, que executou devidamente o acórdão declarativo de uma situação de incumprimento pelo que não se justifica a aplicação de qualquer sanção.

Paralelamente, um particular (v) poderá querer obter o reconhecimento de direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) ou interesses legítimos que as disposições europeias lhe atribuem, batendo-se pela aplicação destas em detrimento de normas nacionais contrárias; (vi) poderá também pretender responsabilizar um Estado membro, ou mesmo - num cenário que não se afigura tão linear - outro particular, que lhe tenha causado prejuízos em virtude de um comportamento contrário ao direito da UE. Naturalmente, dentro dos condicionalismos que decorrem do princípio do dispositivo, também este tipo de situações poderá despoletar uma reação judicial mas agora, comparativamente às anteriores, dos órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados membros, os quais atuarão como tribunais comuns de aplicação do direito da UE, devendo garantir o cumprimento e a efetividade deste.

De acordo com um critério distinto, estes exemplos de litigiosidade podem ser fragmentados em dois grupos. No primeiro, onde inserimos as situações atrás descritas ressalvada a última, sobressai a extensa ideia de **legalidade europeia**⁵¹ (ou *eurocomunitária*⁵² ou simplesmente comunitária), a qual abarca relações de compatibilidade entre disposições de direito da União (traduzidas, nomeadamente, na exigência de o direito derivado ou secundário dever ser conforme ao direito originário ou primário); entre atos europeus e atos nacionais (designadamente, um ato de transposição de uma diretiva além de proceder a tal tarefa corretamente deve ocorrer dentro do prazo estipulado para o efeito); entre normas da União e atos individuais e concretos (tanto europeus, como nacionais) de aplicação daquelas; e ainda entre disposições internas que executam direito da UE e atos individuais e concretos, igualmente nacionais, de aplicação daquelas disposições. No segundo, onde inscrevemos o exemplo há pouco excluído, avulta a ideia de **responsabilidade civil por violação de direitos de outrem**, a

⁵¹ Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 904.

⁵² A expressão é de Maria Luísa DUARTE, que a utiliza, entre outras, na obra *União Europeia. Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, Coimbra, 2011.

qual também tem como fonte a violação da referida legalidade e implica o dever de indemnizar os lesados pelos danos sofridos.

Desde já se vislumbram duas ideias distintas: *legalidade europeia* e *defesa do direito da União*, apesar de associadas, não se confundem, já que esta é mais ampla do que aquela.

Na salvaguarda do direito da UE, outrora designada "apenas" de defesa da ordem jurídica comunitária, radica o fundamento do poder sancionatório da UE⁵³, o qual é imprescindível a uma tutela (jurisdicional e não só) efetiva, desdobrando-se entre uma vertente intrínseca, quando exercido relativamente às suas instituições, órgãos e organismos, e extrínseca, quando vocacionado para os Estados membros, cidadãos e empresas.

Por sua vez, a *defesa do direito da União* também não se confunde com a *proteção contenciosa da ordem jurídica europeia* uma vez que esta consubstancia apenas uma parcela daquela⁵⁴.

Com efeito, se é correto afirmar que a prossecução da legalidade europeia pode despoletar uma parcela considerável da proteção jurisdicional do direito da União tanto pelos órgãos que integram o TJUE como pelos órgãos jurisdicionais nacionais, traduzindo-se na necessidade de assegurar uma conformidade entre normas e atos europeus, bem como de disposições e atos nacionais que apliquem o direito da UE com as normas e os princípios deste⁵⁵, não menos verdade é que a defesa contenciosa dessa mesma legalidade abrange ainda situações de ilicitude que podem culminar na responsabilização extracontratual de vários entes (começando na UE, passando pelos Estados membros e terminando nos próprios particulares), vislumbrando-se aqui outra parte substancial da salvaguarda contenciosa do direito da UE. Ambas as situações têm subjacente o imperativo da proteção de pretensões subjetivas (*maxime* direitos e interesses fundamentais) previstos na ordem jurídica europeia.

É neste amplo e intrincado cenário que surge a temática da tutela jurisdicional efetiva no direito da UE, a qual antes de mais carece de ser clarificada e delimitada. Na verdade, a defesa deste ordenamento também abrange formas não contenciosas traduzidas, designadamente, em obrigações normativas positivas, concretizadas em deveres de *facere* (v. g. a obrigação de transposição correta e atempadamente de diretivas), e negativas, consubstanciadas em deveres de

⁵³ Assim Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder Sancionatório da União e das Comunidades Europeias sobre os Estados Membros*, Coimbra, 2006, p. 85, que designa tal exigência de "imperativo de salvaguarda intrínseca da ordem jurídica comunitária ou imperativo de autoconservação desta".

⁵⁴ Cfr. Jean Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6.^a Ed, Paris, 2010, p. 377.

⁵⁵ Na verdade, desde que não estejamos perante domínios reservados da União e pressupondo que a norma europeia a executar não atribui expressamente a uma instituição, órgão ou organismo da UE a competência de adoção dos atos necessários à sua aplicação, caberá aos Estados membros a administração do direito da UE, tanto através de normas de execução, como mediante atos administrativos adequados a assegurar a produção dos efeitos do referido direito nas ordens jurídicas internas. Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A teoria dos poderes...*, cit., p. 350; Margarida TELLES ROMÃO, *Liberdade e vinculação na administração comunitária*, Lisboa, 2000, pp. 44 e 45; Lourenço VILHENA DE FREITAS, op. cit., p. 20.

non facere (a obrigação de não emissão de legislação interna contrária à da União), a cargo dos Estados membros, seja no âmbito da atividade legislativa, executiva ou administrativa. Não se verificando aqui a intervenção do poder judicial mediante a mobilização de um tribunal, as mesmas situam-se fora do âmbito da tutela jurisdicional efetiva no direito da UE.

2. Questão prévia: os acórdãos Maastricht e Lisboa do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a natureza do processo europeu de integração

Impõe-se, antes de mais, um esclarecimento relativamente à estrutura da UE, o qual muito embora se centre na resposta a questões de cariz político, ajuda à compreensão do modelo jurisdicional que existe no seu seio.

Criada pelo Tratado de Maastricht, a UE não se trata de um Estado, nomeadamente federal⁵⁶, sendo antes uma organização internacional *sui generis* composta por Estados soberanos⁵⁷, multiplicando-se as designações que pretendem abranger a complexidade do contexto jurídico-político em que a mesma nasceu e se tem desenvolvido⁵⁸, como sejam "associação de Estados soberanos"⁵⁹, "organização interestadual não soberana"⁶⁰, "Comunidade Jurídica de Estados democráticos de direito"⁶¹, "associação de Estados *sui generis*"⁶² ou ainda "União de Estados e de povos"⁶³. Através daquele Tratado, portanto, os Estados membros das Comunidades constituíram a UE, assente numa atípica estrutura de três pilares, cada um com os seus objetivos e instrumentos específicos. De acordo com essa estrutura, a União fundava-se nas três Comunidades Europeias, as quais constituíam o pilar de integração supraestadual ou primeiro pilar, completadas pela PESC, que compunha o segundo pilar, e pela

⁵⁶ Com efeito, o Estado é uma, porventura a paradigmática, mas não a única, das possíveis formas de organização de uma comunidade política. Cfr. Georges BURDEAU, *O Estado* (tradução portuguesa do original *L'État*, de Maria E. A. Prado Galvão), São Paulo, 2000, p. 1.

⁵⁷ Muito embora seja inquestionável que a UE corresponde a uma estrutura supraestadual detentora de uma vasta parcela de poder político que os Estados membros transferiram para si, não menos verdade é que a mesma não ostenta um substrato - pessoal, territorial e soberano - semelhante ao que tradicionalmente encontramos nos Estados-nação, mais concretamente nos respetivos Estados membros. Com efeito, não existe um povo europeu; inexistente um território europeu, tal como não se vislumbra uma soberania europeia. Residindo a soberania no povo, enquanto inexistir povo europeu, inexistirá soberania europeia. Consequentemente, a natureza da UE corresponderá à de *organização internacional*. Cfr. Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, *cit.*, p. 91.

⁵⁸ Cfr. Asteris D. PLIAKOS, *La nature juridique de l'Union Européenne*, in *RTDE*, 1993 (n.º 2), pp. 187 e ss.

⁵⁹ Assim Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, *cit.*, p. 5, o qual, em texto mais recente (*Um ensaio...*, *cit.*, p. 91), fala antes em "comunidade federal atípica".

⁶⁰ Assim João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, I Vol, *cit.*, p. 567.

⁶¹ Assim J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed, Coimbra, 2005, p. 235.

⁶² Assim J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, 2007, p. 243.

⁶³ Assim Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, pp. 194 e ss.

CJAI, que formava o terceiro⁶⁴, estes dois configurando pilares de cooperação ao nível intergovernamental. Não se tratando de um Estado federal, a UE constitui *uma associação de Estados (Staatenverbund) sui generis*, natureza que permanece após a eliminação da estrutura de pilares pelo Tratado de Lisboa.

A UE não se apresenta uma estrutura estadual na medida em que permanece amputada dos elementos constitutivos de um Estado-nação, desde logo do elemento de natureza funcional: a *soberania*. Inexiste, com efeito, uma *soberania europeia*, isto é, um poder absoluto conferido à União de, relativamente à respetiva organização de meios, operacionalizar livremente e por si a sua atividade com vista à prossecução dos respetivos fins. Por conseguinte, inexiste na esfera da UE a titularidade do poder máximo de auto-organização interna e externa a que se tem chamado, por recurso a um estrangeirismo germânico, de *Kompetenz-kompetenz*. Tal elemento continua a residir nos Estados membros, estes sim Estados-nação soberanos e como tal "donos dos Tratados"⁶⁵. Assim foi esclarecido na notável sentença de 12 de outubro de 1993 e reforçado na decisão de 30 de junho de 2009, ambas do *Bundesverfassungsgericht* (doravante *BVerfG*).

2.1. A sentença do *BVerfG* de 12 de outubro de 1993

A aludida expressão "donos dos Tratados", hoje corrente na doutrina jus-publicista constitucional e comunitária, é da autoria do Tribunal Constitucional Federal alemão e foi proferida pela primeira vez no célebre acórdão de 12 de outubro de 1993, relativo à ratificação alemã do TUE. Conhecido por acórdão MAASTRICHT⁶⁶ em virtude de nele o *BVerfG* ter sido chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade do respetivo Tratado, tal decisão caracterizou-se pela demonstração de um ativismo judiciário notável.

⁶⁴ Recorde-se que inicialmente o terceiro pilar era composto pelas matérias relativas à CJAI, tendo tal pilar ficado reduzido à CPJMP em virtude da comunitarização parcial daquele operada pelo Tratado de Amesterdão. Ou seja, as matérias relativas a vistos, asilo e imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas, foram transferidas do Título VI do TUE para o Título IV do TCE, passando a relevar, portanto, ao nível do primeiro pilar. Retomaremos este ponto *infra* no que tange às repercussões que tal comunitarização implicou ao nível da tutela jurisdicional efetiva.

⁶⁵ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, cit., p. 87 e p. 100. Contra, Joseph H. H. WEILER, *The Reformation of European Constitutionalism*, in *Journal of Common Market Studies*, 1997 (Vol. 35; n.º 1), p. 97; Miguel POIARES MADURO, *A Crise Existencial do Constitucionalismo Europeu*, in AA. VV, *Colectânea de estudos de homenagem a Francisco Lucas Pires*, Lisboa, 1999, p. 204.

⁶⁶ Existe tradução portuguesa da autoria de Margarida BRITO CORREIA, disponível in Maria Luísa DUARTE e Pedro DELGADO ALVES, *União Europeia e jurisprudência constitucional dos Estados membros*, Lisboa, 2006, pp. 283 e ss. Sobre o acórdão MAASTRICHT vide Matthias HERDEGEN, *Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional restraints for an "ever closer union"*, in *CMLR*, 1994 (Vol. 31; n.º 2), pp. 229 e ss; Torsten STEIN, *La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht*, in *RIE*, 1994 (n.º 21/3), pp. 745 a 769; Jürgen SCHWARTZ, *La ratification du Traité de Maastricht en Allemagne, l'arrêt de la Cour Constitutionnelle de Karlsruhe*, in *RMUE*, 1994 (n.º 2), pp. 293 a 302; Steve J. BOOM, *The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany be the "Virginia of Europe"*, in *AJCL*, 1995 (Vol. 43), pp. 177 e ss.

Expressão desse ativismo foram os esclarecimentos importantíssimos oferecidos pelo *BVerfG* a propósito da natureza do processo europeu de integração. Uma questão subjacente ao aresto foi a de saber se o Tratado de Maastricht esvaziava o *princípio democrático* interno na Alemanha. Em especial, o *BVerfG* recusou claramente a existência de qualquer *poder constituinte europeu* no âmbito da União ou das Comunidades Europeias e esclareceu estar-se antes diante de um *poder derivado*⁶⁷. São os Estados membros que, através dos seus órgãos de soberania, decidem a adesão àquelas, conservando-se portanto como os "*donos dos Tratados*".

O *BVerfG* considerou ainda que a integração europeia não poderia levar ao esvaziamento dos poderes do Parlamento nacional e que a faculdade de a Alemanha participar numa Comunidade de Estados está condicionada, devendo ser sempre garantida e legitimada pelo povo⁶⁸. Na conceção do Tribunal de *Karlsruhe*, o papel dos parlamentos nacionais será sempre decisivo na transferência de atribuições estaduais para entidades supranacionais, tendo a expansão das competências comunitárias limites que resultam de não ser possível esvaziar por completo as tarefas nacionais⁶⁹.

O *BVerfG* recusou ainda o carácter automático do calendário de realização da terceira fase da União Económica e Monetária (doravante UEM) e concluiu que a Alemanha, pela ratificação do TUE, não se submeteria a um "*automatismo incontrolável*" conducente a uma união monetária. Segundo ele, a progressão da integração europeia será submetida, a cada nova fase, quer a condições que o *Bundestag* pode prever, quer a uma específica aprovação do Governo Federal que o referido Parlamento poderá influenciar⁷⁰.

Dois aspetos particularmente interessantes destacam-se da decisão. Por um lado, a *negação do carácter federal à UE*, considerando o *BVerfG* que esta mais não é do que uma *associação de Estados (Staatenverbund)*, evitando falar em União e até em Comunidade. Por outro lado, o Tribunal também considerou que o processo de integração *não é irreversível*, podendo a Alemanha sair da CE e da UE quando o desejar, além de futuras transferências para estas de competências nacionais necessitem sempre de ser autorizadas. O acórdão traduziu-se assim num

⁶⁷ Contra, Joseph H. H. WEILER, *Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *ELJ*, 1995 (Vol. 1; n.º 1), pp. 219 e ss, para quem a UE é titular de um poder constituinte que lhe permite, através da aprovação popular por um suposto povo europeu, aprovar uma constituição europeia em sentido formal. Igualmente contra Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, *cit.*, pp. 15 e 16, segundo o qual a inexistência de um povo europeu, que reconhece não existir, não é obstáculo à aprovação, pelos Estados membros, e pelos respetivos povos, de uma Constituição Europeia, nem à evolução da União para uma federação composta por Estados-nação assente em valores como o da *solidariedade entre países* e na emergência de uma *sociedade civil europeia*. Do mesmo autor, mais recentemente, *vide Um ensaio...*, *cit.*, pp. 74 e 75.

⁶⁸ O Tribunal criticava o défice democrático de que a UE padecia, ao mesmo tempo que reclamava um aumento de poderes do PE no processo decisório legislativo. Enquanto esse aumento não ocorresse caberia aos parlamentos nacionais assegurar uma democracia operante no seio da União.

⁶⁹ O *BVerfG* negou assim à CE a competência geral ou a competência das competências (*Kompetenz-kompetenz*).

⁷⁰ O aresto surgia a reiterar a posição manifestada pelo *Bundestag*, na resolução de 2 de dezembro de 1992, no sentido de ser imperioso um voto de aprovação seu para que o Governo Federal Alemão ficasse habilitado a definir o seu voto quanto à decisão sobre a passagem à terceira fase da UEM.

travão aos ímpetos federalistas, na medida em que acentuou o carácter reversível da integração europeia e sublinhou que cada passo seguinte da mesma terá de ser objeto de nova aprovação pelas entidades nacionais, *maxime* pelos parlamentos dos Estados membros enquanto canal privilegiado da legitimação popular. No ponto 8 do sumário do aresto pode ler-se que "*O Tratado da União visa fundar uma associação de Estados destinada a concretizar uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, organizados em Estados, e não um qualquer Estado assente num povo europeu*".

Este acórdão, no fundo, confirmou a tese dominante na doutrina, segundo a qual a CE nunca foi um Estado, tal como a UE não o é, uma vez que para o serem teriam de deter a designada "*competência das competências*", atributo que permanece nos Estados membros. Ora, a UE não se encontra dotada do poder de auto-organização que lhe permitiria elaborar a sua própria Constituição, definir as suas atribuições, criar os seus órgãos e fixar-lhes a competência, faltando-lhe portanto uma característica essencial para poder ser um Estado⁷¹. Ouçamos alguns dos nossos autores que se têm debruçado sobre a questão.

FAUSTO DE QUADROS, lembrando que os Tratados Comunitários foram concluídos pelos Estados membros enquanto sujeitos de direito internacional e não pelas Comunidades, bem como que são eles que detêm o poder de os modificar, o que abrange a faculdade de dissolver as Comunidades, conclui que "*tudo isto é apenas um corolário, mas o corolário mais importante, do princípio de que nas Comunidades os Estados membros continuam a ser os «donos dos Tratados»*"⁷². Na esteira de Maria Luísa DUARTE⁷³, diremos que a UE não é titular de uma competência para definir ou determinar as suas próprias atribuições e poderes, e decidir sobre os outros aspetos da sua auto-organização. A União não tem a *competência das competências*, atributo exclusivo de soberania e, portanto, dos Estados membros. A *Kompetenz-kompetenz* permanece nos Estados membros, designadamente são eles que detêm o poder de rever os Tratados.

Como também refere J. J. GOMES CANOTILHO⁷⁴, num prisma constitucional, no que respeita ao problema de saber se a Constituição da República Portuguesa (adiante CRP) está a caminho de se transformar numa "Constituição regional" praticamente semelhante à Constituição dos "Estados federados", a resposta por enquanto é negativa, uma vez que a UE é constituída por Estados que escolheram livremente, em virtude dos Tratados que as instituíram, exercer em

⁷¹ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Sumários de Direito das Comunidades Europeias*, Lisboa, 1983, pp. 27 e 28; *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público. Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, Coimbra, 1984, pp. 97 e ss. e 179 e ss. Segundo o autor, "*as Comunidades não possuem, repetimos, o poder de auto-organização ou a competência das competências. Para que o possuíssem seria necessário, antes de tudo, que fossem elas os titulares do poder constituinte. Mas não o são*".

⁷² Cfr. *Direito das Comunidades...*, cit., p. 101.

⁷³ Cfr. *A teoria dos poderes...*, cit., pp. 220, 221 e 484.

⁷⁴ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 211.

comum certas das suas competências. O autor invoca precisamente a célebre sentença do *BVerfG*, de 12 de outubro de 1993, de acordo com a qual são os Estados (e não a União) que continuam a ser os "donos do Tratado"⁷⁵. Refere ainda este autor que as tradicionais formas e procedimentos constituintes de "*We, the people...*" ou "*We, the people of the States...*" estão postas de parte em sede de Comunidades e União Europeias já que destas ainda não emana um poder constituinte europeu radicado num "povo europeu" ou nos "povos dos Estados" membros⁷⁶.

2.2. A sentença do *BVerfG* de 30 de junho de 2009

Os aspetos cruciais da decisão MAASTRICHT foram recentemente retomados e reavivados no acórdão LISBOA⁷⁷, proferido a 30 de junho de 2009, havendo inclusive quem se referia a este como aresto MAASTRICHT II⁷⁸.

Em causa estava, novamente, uma eventual agressão ao *princípio democrático*, postulado da soberania alemã, nomeadamente, às prerrogativas do Parlamento Federal como órgão legislativo, desta vez infligidas pelas alterações ao TCE e ao TUE previstas no Tratado de Lisboa.

⁷⁵ Contra, Francisco LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1997, pp. 5 e ss. Segundo este autor, de orientação federalista, a circunstância de os Estados membros se terem visto forçados a proceder a revisões constitucionais para cumprirem as obrigações assumidas por força do TUE consubstanciou-se no embrião do poder constituinte europeu, já que um ato da União obrigou à revisão dos textos constitucionais dos Estados membros. Segundo ele, com a criação da UEM, pelo Tratado de Maastricht, tornou-se ainda mais visível a *Constituição Económica Europeia*, a qual antecedeu a *Constituição Política Europeia*, o que não deixou de ser curioso porque normalmente a *Constituição Económica* depende da *Constituição Política*, na medida em que é esta que fornece os contornos daquela.

⁷⁶ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, pp. 58 e 70. Do mesmo autor ver *Compreensão jurídico-política da Carta*, in AA. VV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, p. 14. Ver também Jorge MIRANDA, *O Direito Constitucional Português da Integração Europeia. Alguns aspectos*, in AA. VV, *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução constitucional e perspectivas futuras*, Lisboa, 2001, pp. 16 a 26.

⁷⁷ Uma versão em língua inglesa encontra-se disponível no seguinte sítio: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg09-072en.html>. Sobre o acórdão LISBOA ver AA. VV, *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case*, in *GLJ*, 2009 (n.º 8), pp. 1201-1308; Daniel THIM, *In the name of sovereign Statehood: a critical introduction to the Lisbon judgment of the German Constitutional Court*, in *CMLR*, 2009 (Vol. 46; n.º 6), pp. 1795 e ss; Fernando CASTILLO DE LA TORRE, *La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa: análisis y comentarios*, in *RDCE*, 2009 (Ano 13; n.º 34), pp. 969 e ss; Eleonora MESQUITA CEIA, *A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 2009, pp. 89 e ss; Maria Luísa DUARTE, *O Tratado de Lisboa e o teste da "identidade constitucional" dos Estados membros - uma leitura prospectiva da Decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 30 de Junho de 2009*, in *Estudos...*, *cit.*, pp. 117 e ss.

⁷⁸ É o caso de Peter HÄBERLE, traduzido para castelhano por Francisco Balaguer Callejon, *La regresiva "Sentencia Lisboa" como "Maastricht II" anquilosada*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2009 (Ano 6; n.º 12), p. 404.

Reforçando que apesar da evolução verificada no processo europeu de integração a União permanece sem a natureza de Estado federal (*Bundesstaat*), antes mantendo-se como uma associação de Estados (*Staatenverbund*) soberanos⁷⁹, o *BVerfG*, face à decisão MAASTRICHT, acrescentou que ulteriores progressos daquele processo através de novas transferências de parcelas de soberania em favor da UE encontram limite na "*identidade constitucional dos Estados membros*" reconhecida no n.º 2 do artigo 4.º do TUE, a qual é inviolável, protege e perpetua a soberania estatal⁸⁰. Nessa medida, a fonte de legitimidade para os avanços da integração no quadro jurídico-político da UE reside na soberania dos Estados membros, não sendo aceitável que o processo europeu de integração ultrapasse a referida identidade constitucional⁸¹.

A autorização para a Alemanha participar no processo europeu de integração, conferida no I § do artigo 23.º da *Grundgesetz* (doravante *GG*), depende da manutenção da soberania do Estado alemão, não podendo os órgãos internos delegar na UE poderes soberanos que impliquem a aquisição, por esta, de novas competências que a mesma possa exercer de forma independente⁸².

O *BVerfG*, por sua vez, permanece titular da competência que lhe permite controlar a constitucionalidade do direito da UE face à Lei Fundamental de Bona, nomeadamente, o respeito da identidade constitucional desta, onde também se insere o respeito pelo princípio da *subsidiariedade* (reconhecido no n.º 3 do artigo 5.º do TUE), o que pode implicar a inaplicabilidade do direito que emerge do ordenamento europeu na Alemanha. Mais: segundo o *BVerfG* o próprio TJUE deve ter em linha de conta, na sua atuação, a identidade constitucional dos Estados membros.

Face ao aresto MAASTRICHT, o Tribunal Constitucional Alemão, no parágrafo 229 do acórdão LISBOA, definiu o conceito de *Staatenverbund* como sendo uma "*estreita associação de longo prazo composta por Estados que permanecem soberanos, uma associação que exerce autoridade pública com base num Tratado, cuja ordem fundamental, porém, se encontra sujeita*

⁷⁹ Segundo o *BVerfG*, a integração da Alemanha num Estado Federal europeu, implicando perda de soberania, exigiria a adoção, pelo povo alemão, o titular desse atributo, de uma nova Constituição, algo que não estava em causa com o Tratado de Lisboa. Com efeito, a *Grundgesetz* não permite aos órgãos alemães a condução do país para um Estado Federal, nem a abdicação, a favor deste, do direito de autodeterminação do povo alemão.

⁸⁰ Da identidade do Estado alemão fazem parte os princípios constitucionais estruturantes, insuscetíveis de revisão constitucional, referidos no III § do artigo 79.º (o qual remete para os artigos 1.º e 20.º) da Lei Fundamental de Bona, como o princípio democrático, pelo que a delegação de competências operada através do Tratado de Lisboa reclama a existência de mecanismos de fiscalização que incidam sobre os instrumentos normativos europeus no que tange à sua aplicação no território alemão.

⁸¹ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *O Tratado de Lisboa e o teste...*, cit., p. 125.

⁸² Ainda de acordo com o *BVerfG*, a *GG* proíbe a transferência para a UE da competência que lhe permite determinar a sua própria competência (*Kompetenz-kompetenz*). A UE mantém-se uma associação fundada no direito internacional e suportada na vontade convencional dos Estados membros, os quais permanecem como entidades soberanas, pelo que é aos órgãos representativos destes que compete a condução do processo de integração europeia.

exclusivamente à disposição dos Estados membros e na qual os respetivos povos, isto é, os cidadãos dos Estados membros, permanecem como sendo os sujeitos da legitimação democrática". Quer dizer, permanecendo o núcleo essencial da soberania nos Estados membros, as estruturas fundamentais onde assenta a UE enquanto associação de Estados de longo prazo são o fruto de uma atuação concertada daqueles Estados e sobretudo dos seus cidadãos, nos quais reside a fonte de legitimação de todas as concessões, passadas e futuras, de soberania em favor da União.

Nessa medida, o *Bundestag*⁸³ desempenha um papel verdadeiramente decisivo no que concerne, em especial, à transferência de prerrogativas soberanas a favor da UE e, em geral, em todos os domínios relacionados com esta. Tanto mais que o Parlamento Federal, podendo e devendo interferir na ação do Governo Federal relativamente aos assuntos europeus, encontra-se investido numa especial responsabilidade no que tange à participação da Alemanha no processo europeu de integração (*Integrationsverantwortung*), o que se justifica pelo facto de se tratar de um órgão dotado de legitimidade democrática.

O poder constituinte de cada Estado membro permanece no respetivo povo, sendo que no caso da Alemanha a *GG* não permite que os órgãos que desempenham funções constituídas (legislativa, executiva e judicial) disponham dos elementos estruturantes daquela, nomeadamente, da autodeterminação democrática do povo alemão. Por seu turno, as competências (melhor entendidas como atribuições) da UE não são originárias, sendo que novas transferências dependem de sucessivos atos de concessão dos Estados membros prévios à operação das mesmas, como, aliás, se encontra plasmado nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do TUE.

2.3. Implicações sobre a natureza da instituição jurisdicional da União Europeia

Proferidas no decurso dos processos de ratificação de dois tratados internacionais relativos ao processo europeu de integração, respetivamente de Maastricht e de Lisboa, ambas as decisões do *BVerfG* pretenderam manifestar posições de princípio de natureza política face à participação

⁸³ Se no acórdão MAASTRICHT o Tribunal elogiou o papel do PE em relação à legitimidade democrática da União, inclusivamente defendendo o aumento dos seus poderes, nesta decisão o *BVerfG* criticou a referida instituição europeia, acusando-a de falta de legitimidade democrática, em virtude de a sua composição ser regressivamente proporcional, uma vez que os cidadãos dos Estados membros e da UE não beneficiam de igual representatividade porquanto aos eleitores dos Estados mais pequenos é concedida uma maior representação do que aos cidadãos dos Estados maiores, concluindo que o PE não se trata de um órgão representativo de um povo europeu, que inexistente, mas sim de uma instituição supranacional que representa os povos dos Estados membros, numa organização onde o princípio da igualdade eleitoral não é observado. Cfr. Frank SCHORKOPF, *The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *GLJ*, 2009 (n.º 8), p. 1225.

da Alemanha neste processo⁸⁴. No entanto, ao enfatizar a negação da natureza estadual à UE, delas também se extrai que não poderá a respetiva instituição jurisdicional - o TJUE - com particular destaque para o seu órgão predominante - o TJ - assemelhar-se a um supremo tribunal de um Estado federal. Nomeadamente, não lhe compete sindicatizar decisões dos órgãos jurisdicionais nacionais, atuar como instância de recurso destes, nem invalidar atos nacionais por se afigurarem contrários ao direito da UE.

3. *Clarificação conceptual de tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia*

Adiantámos já a ideia segundo a qual a defesa do direito da UE é mais abrangente do que a proteção contenciosa do mesmo. A fronteira é simples de traçar uma vez que a segunda, onde está latente a tutela jurisdicional efetiva, cingir-se a formas de salvaguarda da ordem jurídica europeia que implicam a atuação do *poder judicial*, configurado por recurso à clássica repartição tripartida dos poderes do Estado da autoria de MONTESQUIEU⁸⁵ no âmbito da qual, ao lado daquele, coabitam os poderes legislativo e executivo⁸⁶.

⁸⁴ Na verdade, elas inserem-se no segmento do processo europeu de integração que demonstra a natural e permanente tensão dialética entre a *soberania estadual* e a *integração supranacional*, cujos atores podem ser, além do TJ, os tribunais constitucionais nacionais, já que estes mantêm, à luz das próprias Constituições nacionais, ainda que à revelia do entendimento daquele, a sua competência para controlar a constitucionalidade das normas de direito da União (entre nós, confirmada desde logo pelo n.º 6 do artigo 7.º e pelo n.º 4 do artigo 8.º da CRP). Ainda assim, os tribunais constitucionais (ressalvados o *BVerfG* e a *Corte Costituzionale*, em termos que oportunamente retomaremos) têm manifestado uma prudente contenção quando se trata de aferir a constitucionalidade destas. Refira-se, aliás, que num passado recente, o *BVerfG* declarou a inconstitucionalidade de normas nacionais de transposição de disposições europeias. Assim sucedeu, respetivamente, em julho de 2005 e março de 2009, relativamente às normas que transpuseram para o ordenamento alemão a decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu e uma diretiva comunitária que determinou alterações à lei das telecomunicações e ao Código de Processo Penal no sentido de impor aos operadores de comunicações móveis o armazenamento, por um período que oscilava entre os seis meses e os dois anos, de informações relativas aos respetivos utilizadores. Cfr. José Manuel CARDOSO DA COSTA, *O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, in ANTUNES VARELA *et al.* (eds.), *Ab Uno ad Omnes - 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 1363 e ss; Carlos BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pp. 224 e 225.

⁸⁵ Vide o Capítulo VI do Livro XI daquela que é, provavelmente, a sua obra mais célebre, *L'Esprit des Lois*, tradução portuguesa disponível sob o título *O Espírito das Leis*, São Paulo, 2000, pp. 167 e ss, em especial quando, na página 168, afirma, de forma lapidar, que "*Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor*".

⁸⁶ Charles de MONTESQUIEU foi o primeiro e principal impulsionador da teoria da separação material das funções do Estado, desenvolvida através do *princípio da separação de poderes* tal como o conhecemos hoje, segundo a qual tais funções desdobram-se entre *legislativa* (entregue ao Parlamento), *executiva* (a cargo do Governo e da Administração) e *judicial* (apanágio dos Tribunais). A conceção de MONTESQUIEU diverge de uma tese primitiva, defendida por John LOCKE, de acordo com a qual o poder político do Estado dividir-se-ia entre *legislativo* (coincidente com o concebido posteriormente por MONTESQUIEU, consiste no poder de o Parlamento criar as leis), *executivo* (onde inseria a faculdade de executar e fazer cumprir as leis aprovadas pelo Parlamento,

É certo que não podemos escamotear, como realçado por alguma doutrina, que o princípio da *separação de poderes* não vigora na UE de forma idêntica à que ocorre nos Estados membros, o que em parte se deve ao facto de aquela não poder prescindir da atuação destes para o exercício de tais poderes e prossecução das suas atribuições⁸⁷. Na verdade, se os tribunais nacionais desempenham um papel imprescindível enquanto órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da União, também as administrações públicas internas atuam frequentemente como extensão da administração europeia⁸⁸. Por outro lado, aquela constatação também se deve à ausência de critérios claros de repartição de competências entre os detentores dos poderes executivo (Comissão e Conselho)⁸⁹ e legislativo (PE e Conselho ao nível decisório; e Comissão quanto à iniciativa), bem como a uma proliferação de processos normativo-decisórios revestidos de opacidade⁹⁰.

Igualmente correto se afigura que a UE não sendo um Estado federal, mas antes uma organização internacional traduzida numa associação *sui generis* de Estados soberanos, a teoria de tripartição de poderes na sua estrutura institucional, orgânica e funcional, surge enformada pela ideia de *equilíbrio institucional*, segundo a qual "*cada uma das instituições exerce as suas competências com respeito pelas das outras (...) e que qualquer desrespeito a esta regra que venha a ter lugar possa ser sancionado*"⁹¹. Quer dizer, as instituições, os órgãos e organismos da União prosseguem as suas competências (de iniciativa, decisória, legislativa, regulamentar, de

tanto mediante a Administração, como através dos Tribunais) *federativo* (focado na segurança e na gestão das relações externas do Estado) e *prerrogativo* (configurado para as situações de exceção constitucional, como os teatros de guerra e os estados de emergência); o terceiro, na conceção de Montesquieu, era reconduzível ao poder executivo.

John LOCKE enfatizava o poder legislativo como o poder supremo da comunidade política; tal poder pertence a um Parlamento que, devidamente legitimado, consubstanciava um órgão representativo: "*o poder legislativo não só é o poder supremo da comunidade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos daqueles em quem a comunidade o colocou. Nenhum édito, seja quem for o seu autor, seja qual for a forma em que foi concebido, seja qual for o poder que o apoiou, tem a força e a obrigação de uma lei, se não for sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou. Sem esta aprovação, a lei não teria o que é absolutamente necessário para que ela seja uma lei: o consentimento da sociedade*". Cfr. *Dois Tratados do Governo Civil* (tradução portuguesa de Miguel Morgado do original *Two Treatises of Government*), Lisboa, 2006, p. 321. Comparativamente a MONTESQUIEU, LOCKE separava dele os poderes executivo, federativo e prerrogativo (que atribuía à Coroa e, dentro desta, ao Governo, à Administração e aos Tribunais), mas sem autonomizar o poder judicial. *Vide* as pp. 330 e 331 da referida obra.

Um cotejo entre os "quatro poderes de LOCKE" e os "três poderes de MONTESQUIEU" pode ver-se em J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pp. 574 e 575. Sobre o primeiro *vide* também Paulo CASTRO RANGEL, *A separação de poderes segundo Montesquieu*, in AA. VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 347 e ss.

⁸⁷ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A teoria dos poderes...*, cit., pp. 359 e ss; *Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias*, Vol. I, Tomo I - Instituições e Órgãos. Processos de Decisão, Lisboa, 2001, pág. 264; Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 366; Margarida TELLES ROMÃO, *op. cit.*, pp. 18 e 19; Suzana TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 19 e 20; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 113; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.^a Ed, cit., p. 374.

⁸⁸ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., p. 27.

⁸⁹ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, cit., p. 17; Lourenço VILHENA DE FREITAS, *op. cit.*, p. 260.

⁹⁰ *Vide* Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, cit., p. 14.

⁹¹ Cfr. acórdão PE vs. CONSELHO, de 22 de maio de 1990, proc. C-70/88, Col. 1990, pp. I-2067 e ss, n.ºs 21 e

execução e fiscalização) dentro dos limites que lhes são conferidos pelos Tratados. Contudo, tal não prejudica que, de acordo com um critério *funcional* marcado pela trave-mestra da *separação de poderes*, a temática da tutela jurisdicional efetiva no direito da UE releve no âmbito da função judicial que a mesma prossegue⁹².

De outra banda, segundo um critério *orgânico*, entre Tribunais, Parlamentos e Governos, a cargo dos quais se encontram as três funções inerentes ao princípio da separação de poderes, estão em causa os primeiros⁹³. Na verdade, a UE está dotada de uma instituição jurisdicional que exerce no seu seio parte do poder judicial. A União contempla igualmente uma Comissão encarregue de uma parte considerável das funções executivas e de administração; e um Parlamento que exerce o poder legislativo conjuntamente com o Conselho; sendo que estas três instituições também contribuem para a defesa do direito da UE. Assim, existindo formas de proteção deste direito que não envolvem a atuação dos tribunais, as mesmas já não terão subjacente a tutela jurisdicional efetiva, uma vez que esta surge como apanágio dos instrumentos de salvaguarda do direito da União que pressupõem a atuação de, pelo menos, uma jurisdição, que tanto poderá ser uma das inseridas organicamente na UE, como uma das nacionais quando atuem como tribunais comuns de aplicação do direito da União ou juízes comuns do contencioso da UE em sentido amplo⁹⁴.

⁹² Assim Koen LENAERTS, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, in *CMLR*, 1991 (Vol. 28; n.º 1), pp. 11 e 14.

⁹³ Saliente-se também que, hoje, diferentemente ao propalado por MONTESQUIEU, os tribunais, enquanto órgãos responsáveis pelo exercício da função jurisdicional e fiscalizadores do cumprimento da lei, não devem ser simplesmente "*la bouche de la loi*", da mesma forma que aquela função se deve assumir como um verdadeiro poder. Com efeito, a expressão segundo a qual o juiz seria apenas a boca das palavras da lei, uma vez que "*des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle*", isto é, desprovido de caráter decisório, deve ser enquadrada no contexto político da altura, tendo sido motivada pela necessidade de se assegurar a separação entre o poder Executivo, responsável pela administração do território e entregue ao Monarca, e o poder Legislativo, encarregado pela elaboração das leis e a cargo de um Parlamento representativo dos cidadãos. Hodiernamente, as coisas passam-se de forma diferente na medida em que se verifica como que uma concentração entre os poderes executivo e legislativo, uma vez que os Governos são sustentados pelos Parlamentos, além do que também exercem funções legislativas. Daí que na Europa Continental dos nossos dias o juiz não é, nem deve ser, apenas a "*bouche de da loi*". Na verdade, os juízes desempenham hoje um papel importantíssimo, não devendo prosseguir apenas uma atividade *cognitiva* e *hermenêutica*, mas também uma função verdadeiramente *decisória*, julgando casos, aspeto que é particularmente visível e especialmente importante, nomeadamente, na matéria do decretamento de providências cautelares no âmbito do direito administrativo, precisamente devido à separação de poderes entre o administrativo e o judicial. O juiz deixou de ser a mera "boca da lei", detentor de um poder "*en quelque façon nulle*", para passar a ser um dos garantes da separação de poderes, a qual não existe se ele for um mero aplicador da lei. Em sentido idêntico *vide* Paulo CASTRO RANGEL, *op. cit.*, pp. 352 e ss.

⁹⁴ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito Comunitário*, II Vol: O Ordenamento Jurídico Comunitário, 5.ª Ed, Lisboa, 1997, p. 395; FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, *cit.*, p. 28.

3.1. Delimitação negativa

Nas formas não jurisdicionais de defesa do direito da UE podemos abrir uma subdivisão em função de as instituições e de os órgãos em cuja esfera competencial radique tal competência, pertencerem à estrutura orgânica da União ou às organizações políticas internas dos Estados membros⁹⁵.

3.1.1. Formas não jurisdicionais de proteção do direito da União Europeia previstas no respetivo ordenamento

No âmbito da atuação das instituições e dos órgãos da UE que tem em vista a salvaguarda do direito da União através de mecanismos não jurisdicionais podemos distinguir entre formas de controlo *político* e figuras de fiscalização *graciosa* (ou administrativa).

As primeiras encontram-se sobretudo a cargo do PE e têm em vista determinados comportamentos de outras instituições (*maxime* da Comissão); todavia, também há que ter em conta o controlo político que o Conselho bem como o Conselho Europeu podem levar a cabo sobre os Estados membros. Nas segundas, estão especialmente em causa algumas competências do Provedor de Justiça Europeu e da Comissão.

I. O controlo político desenvolvido pelo Parlamento Europeu sobre outras instituições, em especial relativamente à Comissão

A importância da participação ativa do PE na salvaguarda do direito da UE merece destaque, antes de mais, na medida em que ele trata-se da única instituição europeia dotada de legitimidade democrática direta já que os seus membros são eleitos através de sufrágio direto, universal e secreto, pelos cidadãos da União, de quem é legítimo representante para as questões europeias, assim se enfatizando o princípio democrático no seio daquela.

Ora, o PE, nos termos previstos nos Tratados e no respetivo Regimento, tem ao seu dispor vários mecanismos de controlo da ação empreendida por outras instituições e pelos órgãos da UE, inclusive podendo impor a demissão dos seus titulares. Subjacente a esses instrumentos não

⁹⁵ Cfr. VITAL MOREIRA, *A tutela dos direitos fundamentais na União Europeia*, in AA. VV, Carta de Direitos Fundamentais..., *cit.*, p. 76. No plano interno português *vide* Jorge BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Coimbra, 2009, pp. 1111 a 1114.

deixará de estar a defesa do direito da UE, muito embora traduzida em formas políticas de fiscalização e por isso situadas à margem da tutela jurisdicional efetiva⁹⁶.

A *moção de censura* prevista no n.º 8 do artigo 17.º do TUE e no artigo 234.º do TFUE (ex-artigo do 201.º do TCE e ex-ex-artigo 144.º do TCEE) ocupará um papel primordial nesses mecanismos. Através da sua aprovação por maioria de dois terços dos votos expressos, que represente a maioria dos membros que compõem o PE, devem os comissários demitir-se coletivamente e o Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros demitir-se das funções que exerce na Comissão.

No âmbito das relações entre Parlamento e Comissão refira-se também a faculdade, constante do artigo 225.º do TFUE (ex-artigo 192.º do TCE e ex-ex-artigo 138.º-B do TCEE), conferida àquele de solicitar a esta a submissão de propostas adequadas sobre questões em relação às quais se lhe afigure que carecem da elaboração de atos das instituições de aplicação dos Tratados; a Comissão deverá justificar ao PE a opção de não apresentar tais propostas. Neste particular, não se adequará a eventual utilização, pelo Parlamento, da ação por omissão prevista no artigo 265.º do TFUE, como forma de reação contra este tipo de comportamento da Comissão. Na verdade, um dos pressupostos da instauração daquele instrumento contencioso reside na necessidade de se verificar uma "*violação dos Tratados*" traduzida na abstenção da prática de atos, por parte da instituição competente, relativamente aos quais se verifica o dever da sua adoção. Situando-se o direito de iniciativa legislativa da Comissão no seio dos seus poderes discricionários obstaculiza-se à eventual interposição de ações por omissão como forma de reação face à não apresentação de propostas, ainda que na sequência de solicitações nesse sentido do PE.

No leque dos mecanismos de controlo político do PE em relação às outras instituições também se afiguram importantes as possibilidades de colocação de *questões orais e escritas*⁹⁷ e de constituição de *comissões de inquérito*.

A Comissão, o Conselho e o Conselho Europeu, nos termos do segundo e terceiro parágrafos do artigo 230.º do TFUE (ex-artigo 197.º do TCE e ex-ex-artigo 140.º do TCEE), conjugados com os artigos 108.º a 110.º do Regimento do Parlamento, estão obrigados a responder às questões que lhes forem colocadas pelos deputados ao PE.

⁹⁶ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, I Vol, *cit.*, p. 282 e ss; Rui MOURA RAMOS, *As Comunidades...*, *cit.*, pp. 57 e 58; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2004, pp. 247 e ss; Maria Luísa DUARTE, *O estatuto do Parlamento Europeu no contencioso comunitário. Notas sobre a evolução jurisprudencial recente*, in *O Direito*, 1991 (n.º 1), pp. 115 e ss; *Direito da União...*, *cit.*, pp. 150 e 151; *União...*, *cit.*, pp. 169 e 170; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, pp. 300 e 301; *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, 2012, pp. 371 e 372; Paulo de PITTA E CUNHA, *Direito Europeu. Instituições e Políticas da União*, Coimbra, 2006, pp. 79 e 80; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 122 e ss; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, pp. 182 e 183.

⁹⁷ Cfr. Ralph H. FOLSOM, *European Union law in a nutshell*, 6.ª Ed, St. Paul, 2008, Minn, p. 43.

O artigo 226.º do TFUE (ex-artigo 193.º do TCE e ex-ex-artigo 138.º-C do TCEE), por sua vez, possibilita ao PE, a pedido de um quarto dos seus membros, a constituição de comissões parlamentares para análise de alegadas infrações ou situações de má administração na aplicação do direito da União resultantes de comportamentos das instituições europeias, das administrações públicas dos Estados membros ou de pessoas incumbidas pela ordem jurídica europeia da aplicação do respetivo direito. Sendo pressuposto da constituição destas comissões a circunstância de os factos em questão não se encontrarem a ser objecto de um processo judicial, vislumbra-se, neste domínio, uma relação de *subsidiariedade* entre o controlo jurisdicional que se encontra a cargo dos tribunais, logo dentro do escopo da tutela jurisdicional efetiva, e o controlo político que se insere nas competências do PE, onde tal tutela está ausente.

II. O controlo político operado pelo Conselho e pelo Conselho Europeu sobre os Estados membros

Parcialmente fora do âmbito da tutela jurisdicional efetiva, na medida em que não envolve a atuação dos órgãos integrados no TJUE, situa-se o mecanismo de controlo político previsto no artigo 7.º do TUE⁹⁸, introduzido no direito primário pelo Tratado de Amesterdão e inspirado em normas de direito internacional clássico como os artigos 8.º do Estatuto do Conselho da Europa e 18.º da Carta das Nações Unidas (doravante CNU)⁹⁹. O objeto de tal instrumento são atuações dos Estados membros suscetíveis de constituir risco manifesto de violação grave dos valores proclamados no artigo 2.º do TUE ou que consubstanciam já uma grave e persistente violação dos mesmos¹⁰⁰.

Caso se perspetive com evidência uma violação grave aos referidos valores (cenário de risco), o n.º 1 do artigo 7.º do TUE, de acordo com a redação dada pelo Tratado de Nice e alterada pelo Tratado de Lisboa, prevê a possibilidade de ser despoletado um mecanismo preventivo e dissuasor¹⁰¹ que pretende evitar que iminentes violações graves dos valores consagrados no artigo 2.º evoluam de forma a tornarem-se efetivas violações graves e

⁹⁸ Cfr. João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Manual...*, cit., pp. 120 e 121; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, cit., pp. 136 e ss; Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª Ed, Cascais, 2009, p. 318; Maria Luísa DUARTE, *Direito da União...*, cit., pp. 60 e 64; *União...*, cit., pp. 62 e 67; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, cit., pp. 239 e ss; *Manual...*, cit., pp. 205 e ss; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 200.

⁹⁹ Vide Bruno NASCIBENE, *Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in AA. VV, Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini, Vol II: Diritto dell'Unione Europea, Milão, 1998, p. 688.

¹⁰⁰ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., p. 589, que se refere a esta forma de controlo como "*processo por incumprimento qualificado*". Ver também Luís Miguel PAIS ANTUNES, em comentário ao artigo 8.º do TUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa. Anotado e comentado*, Coimbra, 2012, p. 43.

¹⁰¹ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, cit., p. 241.

persistentes dos mesmos¹⁰². Depois de verificado o risco manifesto de violação grave de valores como os do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os das minorias, o Conselho fica obrigado a verificar regularmente a permanência dos fundamentos que levaram a tal constatação.

Mais sérias são as consequências previstas para a ocorrência de uma violação aos valores a que alude o artigo 2.º do TUE (situação de violação). Decorre do n.º 3 do artigo 7.º do aludido Tratado que, nesta hipótese, o Estado membro infrator incorre em sanções, concretamente na suspensão dos direitos que lhe assistem por pertencer à UE, incluindo o direito de voto no seio do Conselho¹⁰³. Para este efeito, não releva qualquer violação dos referidos valores, mas somente aquelas que se afigurem graves e persistentes¹⁰⁴.

Portanto, se a efetivação do mecanismo consagrado no n.º 1 do artigo 7.º do TUE se traduz numa advertência dirigida ao Estado membro que está na iminência manifesta de violar gravemente qualquer dos valores enunciados no artigo 2.º do mesmo Tratado, a concretização do seu homólogo previsto no n.º 3 consiste na aplicação de sanções de cariz político ao Estado membro que violou grave e persistentemente tais valores. A razão de ser da existência de tipos distintos de reação reside no facto de no primeiro caso existir "apenas" ameaça de violação, ao passo que no segundo existe já infração¹⁰⁵. Seja como for, estes mecanismos de *alerta* e *sancionamento* dos Estados membros, enquanto respostas a cenários de crises diplomáticas no

¹⁰² Um terço dos Estados membros, o PE e a Comissão detêm o direito de iniciativa, podendo apresentar propostas fundamentadas através das quais se inicia o procedimento. Até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, para que o processo pudesse prosseguir, exigia-se a emissão de parecer favorável pelo PE; atualmente, esta instituição deve aprovar a iniciativa. O PE, assim, tem neste domínio dois tipos de competência: uma, a de iniciativa, eventual; e outra, de aprovação, obrigatória. Parece-nos, porém, que quando a proposta parta desta instituição, poder-se-á dispensar a necessidade de aprovação, uma vez que a apresentação de proposta pelo PE pressupõe tal assentimento.

O Conselho (na sua formação dos Assuntos Gerais, a que alude o segundo parágrafo do n.º 6 do artigo 16.º do TUE e no qual têm assento os Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados membros) detém competência decisória, podendo, através de deliberação tomada por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, declarar a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores referidos no artigo 2.º por parte de um Estado membro. Porém, antes de proceder a essa constatação, o Conselho deve necessariamente ouvir o Estado membro em causa, a quem pode, deliberando segundo o mesmo procedimento, dirigir as recomendações que considere adequadas.

¹⁰³ A violação grave e persistente dos valores constantes do artigo 2.º do TUE tem ser declarada, antes da aplicação de qualquer sanção, no âmbito do procedimento previsto no n.º 2 do artigo 7.º do mesmo Tratado. Tal procedimento também pressupõe a aprovação do PE; todavia, neste, a Assembleia detém apenas esta competência, perdendo o direito de iniciativa, que é apanágio de um terço dos Estados membros e da Comissão. Por outro lado, o poder decisório reside no Conselho Europeu que, depois de ter convidado o Estado membro arguido a expressar o seu ponto de vista sobre o assunto, delibera por unanimidade. Somente após a verificação da ocorrência de uma violação grave e persistente, de algum Estado membro, dos valores referidos no artigo 2.º do TUE, poderá o Conselho, deliberando por maioria qualificada, aplicar tais sanções. Aqui sem qualquer participação do PE.

¹⁰⁴ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, cit., pp. 239 e 240.

¹⁰⁵ O artigo 309.º do TCE estendia o âmbito das sanções aplicadas e adaptava o artigo 7.º do TUE às matérias constantes daquele Tratado. Atualmente, o artigo 354.º do TFUE (correspondente ao referido ex-artigo 309.º) trata sobretudo de normas de cariz procedimental que densificam as exigências com a mesma natureza constantes do mencionado artigo 7.º.

seio da UE decorrentes da necessidade de absoluto e escrupuloso respeito por valores verdadeiramente estruturantes e essenciais, têm uma natureza marcadamente política, como bem o demonstram os procedimentos subjacentes, situando-se até há pouco tempo totalmente à margem de qualquer controlo contencioso e do âmbito da tutela jurisdicional efetiva.

Neste âmbito merecem destaque os contributos do Tratado de Nice, que acrescentou uma nova alínea e) ao artigo 46.º do TUE, bem como do Tratado de Lisboa, que inseriu no TFUE um novo artigo 269.º nitidamente inspirado naquela alínea¹⁰⁶. Em causa está a atribuição de competência ao TJ para se pronunciar sobre a legalidade dos atos de constatação adotados, nos termos do artigo 7.º do TUE, pelo Conselho Europeu e pelo Conselho, embora "*apenas no que se refere à observância das disposições processuais previstas no referido artigo*"¹⁰⁷. Nessa medida, parte dos direitos - os de natureza adjetiva - dos Estados membros visados nestes procedimentos passaram a beneficiar de alguma tutela jurisdicional¹⁰⁸. Mas mesmo em relação aos aspetos processuais, note-se que o ato do Conselho de *suspensão* de direitos parece estar excluído da fiscalização que o TJ pode ser mobilizado a exercer.

Por outro lado, os aspetos relacionados com o *mérito* do conteúdo dos atos resultantes desses procedimentos, concretamente (i) a verificação da existência de risco manifesto de violação grave dos valores referidos no artigo 2.º do TUE, (ii) a constatação da existência de uma violação grave e persistente de tais valores, (iii) ou a proporcionalidade das sanções aplicadas pelo Conselho, permanecem fora do âmbito da atuação da jurisdição do TJ, pelo que qualquer tipo de controlo a que os mesmos possam ser sujeitos é exclusivamente político¹⁰⁹.

O resultado prático desta arquitetura parece consistir numa restrição do âmbito objetivo e subjetivo da figura do recurso de anulação, constante do artigo 263.º do TFUE, quando despoletada relativamente aos atos previstos no artigo 7.º do TUE. Com efeito, para além de a legitimidade ativa se restringir ao Estado membro arguido da constatação, e de a passiva estar confinada ao Conselho ou ao Conselho Europeu, no leque dos vícios referidos naquele preceito apenas parecem relevar os de *incompetência* e *violação de formalidades essenciais*, os quais podem estar subjacente ao desrespeito dos processos previstos neste preceito¹¹⁰.

Se a extensão da competência do TJ à parcela processual de um domínio que pode implicar a aplicação de sanções aos Estados membros merece destaque pela positiva, pela negativa avulta

¹⁰⁶ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema jurisdicional após o Tratado de Lisboa*, in AA. VV, O Tratado de Lisboa. Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2012, p. 89.

¹⁰⁷ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, cit., p. 241.

¹⁰⁸ Os atos do Conselho e do Conselho Europeu podem ser impugnados no prazo de um mês a contar da data da constatação do risco manifesto ou da violação grave e persistente, pelo Estado membro visado. O Tribunal goza de idêntico lapso temporal para se pronunciar.

¹⁰⁹ Cfr. Ugo DRAETTA, *La membership dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008 (n.º 3), p. 476.

¹¹⁰ Cfr. J. J. ALMEIDA LOPES, *Tratados Europeus Explicados*, 2.ª Ed, Lisboa, 2002, pp. 373 e 375.

o permanente afastamento da atuação do TJ no segmento substantivo do mesmo. Com efeito, sendo o TJ, de acordo com a segunda parte do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, responsável por garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados, a ausência da sua jurisdição nos aspetos de fundo ou de mérito das decisões oriundas dos mecanismos previstos no artigo 7.º do TUE pode ser qualificada de exceção ao *princípio da reserva do juiz* e entorse ao valor da *União de direito*¹¹¹, que implicam que a tutela jurisdicional existente na matéria não possa ser efetiva¹¹². Acresce que nos parece evidente que uma competência sancionatória como a prevista no n.º 3 deste preceito insere-se no âmbito da função jurisdicional, devendo recair no TJ e não sobre o Conselho, algo que só se justifica pela dignidade constitucional e pelo estatuto predominantemente político da matéria em causa.

III. O controlo gracioso efetuado pelo Provedor de Justiça Europeu

No quadro dos instrumentos não jurisdicionais de salvaguarda da ordem jurídica europeia há que mencionar a atuação do Provedor de Justiça da União, previsto nos artigos 228.º do TFUE (ex-artigo 195.º e ex-ex-artigo 138.º-E do TCE) e 43.º da CDFUE¹¹³. Tal órgão dispõe de competência para receber, instruir e apresentar relatórios sobre as queixas (bem como petições¹¹⁴) apresentadas pelos cidadãos da UE ou por qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede estatutária num Estado membro, respeitantes a casos de *má administração* na atuação das instituições, dos órgãos ou organismos da UE, com exceção dos órgãos que integram o TJUE no exercício da função judicial, o que constitui um importante instrumento gracioso de defesa do direito da União¹¹⁵.

Perante informações suscetíveis de desencadear a qualificação jurídica de má administração, o que pode suceder mediante queixas diretamente apresentadas, denúncias dos

¹¹¹ Cfr. J. J. ALMEIDA LOPES, *op. cit.*, pp. 234 e 235.

¹¹² Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, p. 241; Luís Miguel PAIS ANTUNES, *op. cit.*, p. 46.

¹¹³ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, I Vol, *cit.*, pp. 546 e 547; Rui MOURA RAMOS, *Maastricht e os direitos do cidadão europeu*, in *Das Comunidades...*, *cit.*, pp. 355 e 356; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 299 e ss; Maria Luísa DUARTE, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 197 e ss; *União...*, *cit.*, pp. 276 e ss; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, pp. 327 e 328; *Manual...*, *cit.*, pp. 409 e 410; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, pp. 267 e 268. Vide também o comentário de Catarina SAMPAIO VENTURA ao artigo 43.º da CDFUE, in Alessandra SILVEIRA e Mariana CANOTILHO (coordenação), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*, Coimbra, 2013, pp. 499 e ss.

¹¹⁴ A terminologia empregue em ambos os textos de direito primário não se afigura unívoca. Se o normativo do TFUE refere a competência do Provedor de Justiça Europeu para receber queixas, a disposição da Carta fala antes no direito de apresentar petições ao referido órgão.

¹¹⁵ O Provedor de Justiça Europeu desempenha uma missão importante no controlo da *administração direta da UE*, ou seja, no tipo de administração que implica a execução da legislação e das políticas europeias pelo quadro institucional (com exceção do TJUE, o qual se insere na função judicial e não na administrativa) da União, independentemente dos Estados membros que aprovaram as regulamentações pertinentes, e prescindindo das administrações nacionais. Cfr. Lourenço VILHENA DE FREITAS, *op. cit.*, p. 277. Por outro lado, tendo em conta o princípio da *separação de poderes*, compreende-se a exclusão da função jurisdicional da esfera de atuação do Provedor de Justiça Europeu, a qual se cinge às funções das autoridades administrativas.

deputados ao PE ou oficiosamente, o Provedor de Justiça Europeu procede aos inquéritos que considere justificados, salvo se, em respeito ao princípio da separação de poderes, os factos denunciados estiverem a ser objeto de processo jurisdicional. Também esta forma de controlo administrativo da legalidade europeia se afigura subsidiária face à fiscalização judicial que se encontra a cargo dos órgãos inseridos no TJUE. Constatando uma situação de má administração, o Provedor de Justiça apresenta o assunto à instituição, órgão ou organismo europeu em causa e aguarda até três meses pela tomada de posição por parte destes, enviando um relatório ao PE e à entidade visada, informando o denunciante, caso exista, do resultado do inquérito.

O Provedor de Justiça da União é eleito pelo PE, podendo, a pedido deste e quando deixar de preencher os requisitos necessários ao exercício das respetivas funções ou tiver cometido falta grave, ser demitido pelo TJ. Assim se compreende a coincidência entre a duração do seu mandato e a legislatura da assembleia. Tal inculca claramente a legitimidade democrática, embora indireta, de que ele goza, o que também contribui para o reforço do princípio democrático na UE¹¹⁶. A atividade do Provedor de Justiça Europeu trata-se de um importante instrumento de controlo administrativo da atuação das instituições, dos órgãos e organismos da UE, a qual, porém, não se confunde com a atuação dos tribunais, pelo que a ação por ele empreendida não releva no contexto da tutela jurisdicional efetiva. No entanto, do leque das suas competências poderia constar a prerrogativa de acesso ao TJ, tanto no âmbito do recurso de anulação como no quadro da ação por omissão, para, em representação dos interesses dos particulares, poder atuar como garante quer da estrita legalidade europeia quer de pretensões subjetivas (*maxime* direitos fundamentais e, dentro destes, interesses coletivos difusos) previstas na ordem jurídica da UE.

IV. O contributo do instituto da Cidadania da União

Nas formas não jurisdicionais de proteção da ordem jurídica da UE e particularmente conexos com a primeira e a terceira figuras acima referidas, também devemos considerar dois *direitos públicos de participação política (e cívica) não eleitoral*¹¹⁷ decorrentes do estatuto de *Cidadania da União*, os quais também têm por escopo o controlo da atividade desenvolvida

¹¹⁶ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, cit., p. 14, que, com base na insuficiência da legitimidade democrática indireta (também visível na Comissão), sustenta a necessidade de os Estados membros aprovarem uma Constituição Europeia.

¹¹⁷ Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, 5.ª Ed, Coimbra, 2008, p. 466, apelida-os de direitos de "*controlo democrático*" das instituições, órgãos e organismos da União. Se as demais prerrogativas que integram o estatuto de Cidadania da UE têm um conteúdo sobretudo substantivo, nestes dois avulta a natureza adjetiva e instrumental precisamente porque se trata de mecanismos de garantia graciosa. Assim FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, cit., p. 120; também Rui MOURA RAMOS, *Maastricht...*, cit., p. 340.

pelos titulares de cargos políticos nas instituições europeias. Referimo-nos ao *direito de petição ao PE* e ao *direito de queixa ao Provedor de Justiça Europeu*¹¹⁸.

Da conjugação do segundo parágrafo do artigo 24.º do TFUE (ex-artigo do 21.º e ex-ex-artigo 8.º-D do TCE) com o artigo 227.º (ex-artigo 194.º e ex-ex-artigo 138.º-D do TCE) do mesmo Tratado retira-se que qualquer cidadão da União, bem como qualquer outra pessoa singular ou coletiva¹¹⁹ com residência ou sede estatutária num Estado membro¹²⁰, pode apresentar, a título individual ou associadamente com outras pessoas, petições ao PE sobre questões que se integrem nos domínios da atividade da União (nomeadamente, relativas às suas atribuições ou às competências das suas instituições, dos seus órgãos ou organismos) e lhe digam diretamente respeito¹²¹.

Da articulação do terceiro parágrafo do artigo 24.º com o artigo 228.º (ex-artigo 195.º e ex-ex-artigo 138.º-E do TCE), ambos do TFUE, extraímos que os titulares do direito de petição ante o PE dispõem igualmente do direito de queixa ao Provedor de Justiça Europeu, o qual terá por objeto a averiguação de situações de má administração na atuação das instituições (com exceção do TJUE quando atue no exercício de funções jurisdicionais), órgãos ou organismos da UE. Em causa está, portanto, a investigação de alegadas violações do dever de boa administração.

Sem prejuízo do importante papel que ambos os expedientes podem desempenhar na repressão de ofensas à legalidade europeia e/ou aos direitos subjetivos que a ordem jurídica da União reconhece aos particulares, é evidente que estamos perante instrumentos que não relevam da tutela jurisdicional efetiva em decorrência de tanto o PE como o Provedor de Justiça Europeu desempenharem funções, respetivamente, políticas e administrativas, e não jurisdicionais.

¹¹⁸ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, I Vol, *cit.*, p. 546; Rui MOURA RAMOS, *Les aspects nouveaux de la libre circulation des personnes: vers une citoyenneté européenne*, Lisboa, 1993, pp. 55 e 56 (texto igualmente disponível in *Das Comunidades...*, *cit.*, pp. 249 e ss); *Maastricht...*, *cit.*, pp. 354 a 356; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 120 e 121; Maria Luísa DUARTE, *A Cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do Direito Comunitário*, Lisboa, 1994, pp. 40 a 42; *A liberdade de circulação de pessoas e o estatuto de cidadania previsto no Tratado da União Europeia*, in AA. VV, *A União Europeia na encruzilhada*, Coimbra, 1996, pp. 167 e ss; Ana Maria GUERRA MARTINS, *O Tratado da União Europeia. Contributo para a sua compreensão*, Lisboa, 1993, pp. 50 e ss; *Manual...*, *cit.*, p. 234; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, pp. 576 e ss.

¹¹⁹ Tratando-se de pessoas físicas devem ter residência num Estado membro; se forem pessoas coletivas devem ter aí a respetiva sede. No que a estas tange, como observa Rui MOURA RAMOS, *Maastricht...*, *cit.*, p. 354, estas prerrogativas afastam-se do paradigma clássico dos direitos de cidadania, enformado pela ideia de "*participação do cives na vida da pólis*".

¹²⁰ Trata-se, pois, de um direito que ultrapassa a circunscrição decorrente do estatuto de cidadania. Tal alargamento é compreensível se considerarmos que o que releva aqui, mais do que a qualidade de cidadão, é o estatuto de administrado. Por outro lado, com Maria Luísa DUARTE, *Direito da União...*, *cit.*, p. 197, diremos que os princípios da legalidade comunitária e da transparência também subjazem a este alargamento da legitimidade.

¹²¹ Muito embora positivado no TFUE desde a entrada em vigor do TUE, o certo é que este direito não se afigura verdadeiramente novo, uma vez que o PE já o reconhecia desde finais da década de 80. Cfr. Marcelo REBELO DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 124 e 125. Sobre esta questão *vide* Rui MOURA RAMOS, *Maastricht...*, *cit.*, pp. 354 e 355; Maria Luísa DUARTE, *A cidadania...*, *cit.*, pp. 40 e 41.

V. O controlo gracioso emergente da esfera competencial da Comissão

Sem embargo do supra referido, é a Comissão quem, no leque institucional da UE e no quadro competencial previsto nos Tratados, surge dotada de amplos poderes de controlo da atividade dos Estados membros bem como dos particulares (*maxime* das empresas) que apresente conexão com o direito da UE. Aliás, é precisamente esta função, prevista na segunda parte do primeiro parágrafo e na primeira parte do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 17.º do TUE, que justifica que a referida instituição seja vulgarmente apelidada de "guardiã dos Tratados"¹²². Tratando-se de atuações de cariz administrativo, as mesmas estão sujeitas à fiscalização que os órgãos integrados no TJUE (*maxime* TJ e TG) podem exercer - nuns casos a montante (ações por incumprimento movidas contra os Estados membros), noutros a jusante (impugnações contenciosas de sanções pecuniárias aplicadas às empresas) - pelo que a tutela jurisdicional efetiva não deixa de se manifestar de alguma forma nessas parcelas da atividade da Comissão.

Quanto aos Estados membros, a Comissão tem competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações por eles assumidas com a adesão à UE; nessa medida pode, discricionariamente é certo, instaurar contra eles dois tipos de ações por incumprimento, as quais começam por compreender uma fase de natureza graciosa. A Comissão pretenderá, na primeira espécie de ação, que o TJ declare a existência de situações de incumprimento por parte dos referidos Estados; no segundo género almejará que o Tribunal lhes aplique sanções de natureza pecuniária devido ao facto de os mesmos permanecerem em situações de incumprimento já judicialmente declaradas. Apesar de ambas as ações contemplarem uma primeira etapa de índole administrativa, a tutela jurisdicional efetiva não deixará de se manifestar, uma vez que essa fase é marcada por determinadas exigências processuais cujo respeito pode ser sindicado pelo TJ. Entre outros aspetos, veremos que a Comissão só poderá recorrer a este, avançando com o processo para a fase contenciosa, depois de conferir ao Estado membro arguido a oportunidade de se defender; por outro lado, o chamado parecer fundamentado delimita o objeto do litígio que poderá ser submetido à apreciação do TJ.

Relativamente aos particulares, além de lhes poder dirigir pedidos de informações e de realizar diligências inspetivas, a Comissão pode, por si só, isto é, sem a intermediação dos órgãos pertencentes ao TJUE, aplicar-lhes sanções por violações das regras europeias relativas à

¹²² Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, I Vol, *cit.*, pp. 171 e ss; Rui MOURA RAMOS, *As Comunidades...*, *cit.*, pp. 37 e 38; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 277 e 278; Maria Luísa DUARTE, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 138 a 140; *União...*, *cit.*, pp. 221 a 224; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, p. 313; *Manual...*, *cit.*, pp. 391 e 392; Paulo de PITTA E CUNHA, *Direito Europeu...*, *cit.*, p. 73; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 146 e 147; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, p. 219; comentário ao artigo 17.º do TUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 90.

proteção da concorrência¹²³; igualmente, pode adotar medidas provisórias e urgentes destinadas a proteger a título cautelar tal parcela do direito da UE¹²⁴. Aos particulares, contudo, assistirá a faculdade, decorrente da tutela jurisdicional efetiva, de impugnação judicial de tais decisões¹²⁵.

Neste âmbito, contrariamente ao que sucede com as faculdades decorrentes do estatuto de cidadania da União e previstas no artigo 24.º do TFUE de os particulares se dirigirem ao PE e ao Provedor de Justiça da União, permanece fora dos Tratados o direito de queixa daqueles perante a Comissão. Através desta prerrogativa os particulares podem denunciar situações de incumprimento ou de violação de obrigações resultantes do direito da UE na expectativa de a Comissão despoletar os mecanismos de reação que o TFUE e o direito derivado preveem com vista a reprimir esse tipo de comportamentos, como seja a instauração, no TJ e contra os Estados membros, de ações por incumprimento ou, em relação às empresas, a aplicação direta de sanções pecuniárias¹²⁶. Neste âmbito, veremos que o ordenamento da União salvaguardou os interesses dos particulares através da concessão de alguns direitos e garantias no âmbito das queixas apresentadas, como seja (i) a necessidade de estas serem objeto de registo ou (ii) a exigência de o particular ser informado acerca da evolução do procedimento administrativo e do seu desfecho, incluindo o acesso à fundamentação da decisão de arquivar o processo e, consoante os casos, de não avançar com o assunto para tribunal ou não sancionar as empresas denunciadas. Verifica-se existir aqui como que um direito a uma *proteção jurídica efetiva* que de alguma forma colmata o défice de tutela jurisdicional efetiva.

A atuação da Comissão na defesa da ordem jurídica europeia inclusivamente pode incidir sobre as condutas das demais instituições e dos outros órgãos e organismos da União, dispondo de legitimidade processual ativa para instaurar contra eles, em termos que oportunamente abordaremos, recursos de anulação e ações por omissão, no âmbito dos quais ela própria também

¹²³ Cfr. o Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do TCE (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JOUE, de 4 de janeiro de 2003, L1, pp. 1 e ss; Regulamento (CE) n.º 139/2004, do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, JOUE, de 29 de janeiro de 2004, L24, pp. 1 e ss.

¹²⁴ Por vezes os regulamentos europeus sobre proteção da concorrência conferem à Comissão e às autoridades nacionais competência para o decretamento de medidas desta natureza. Vide os artigos 5.º e 8.º do referido Regulamento (CE) n.º 1/2003; e os artigos 7.º, 8.º, n.º 5, e 18.º, n.º 2, do mencionado Regulamento (CE) n.º 139/2004. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 400 e 401.

Por outro lado, resulta da jurisprudência do TJ que, no âmbito do procedimento previsto no n.º 2 do artigo 108.º do TFUE, quando a Comissão constata que foi instituído um auxílio cujo projeto, contrariamente ao estipulado no n.º 3 do referido preceito, não lhe foi previamente notificado, pode dirigir ao Estado membro em causa, a título de medida provisória, uma injunção que consiste na imediata suspensão, ainda que parcial, do pagamento do auxílio, bem como no fornecimento, no prazo que ela fixar, de todos os documentos, informações e dados necessários para examinar a compatibilidade desse auxílio com o mercado interno. Cfr. acórdão SFEI e o, de 11 de julho de 1996, proc. C-39/94, Col. 1996, pp. I-3547 e ss, n.º 36.

¹²⁵ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 404, 405, 420 e 421.

¹²⁶ Mesmo não encontrando qualquer positivação expressa no seio dos Tratados, ele não deixa de reportar ao valor da cidadania europeia. Assim também Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 508.

pode ser demandada. Estes dois mecanismos, porém, implicando a mobilização dos órgãos integrados no TJUE, já relevam no âmbito da tutela jurisdicional efetiva.

3.1.2. Formas não jurisdicionais de proteção do direito da União Europeia previstas nas ordens jurídicas dos Estados membros

A defesa do direito da União mediante formas que não relevam ao nível da tutela jurisdicional efetiva também convoca a atuação dos órgãos dos Estados membros que exercem funções distintas da judicial, com principal destaque para a legislativa e sem ignorar a função administrativa, nos domínios conexos com a ordem jurídica europeia.

Neste âmbito, a proteção do direito da UE é levada a cabo sobretudo mediante o cumprimento de obrigações normativas a cargo dos órgãos com competência legislativa, tanto positivas, de alteração da legislação interna no sentido de a conformar com a regulamentação europeia, como negativas, de abstenção de legislarem contrariamente a esta. Se os Estados membros pudessem aplicar as disposições europeias, constantes das mais variadas fontes (*v. g.* Tratados, direito derivado secundário e terciário), de forma incompleta ou meramente parcial, ou se lhes fosse permitido adotar, na sua execução ou transposição, medidas que se afastassem delas, colocar-se-ia em causa o *princípio da uniformidade na interpretação e da correta aplicação do direito da UE*, expressão específica de um princípio geral de direito e simultaneamente um pilar concretizador de uma *União de direito*: o princípio da *igualdade*.

Destaca-se, *prima facie*, a obrigação de os Estados membros transporem, correta e atempadamente, para os respetivos ordenamentos as diretivas europeias de que sejam destinatários. Neste domínio vigora o princípio geral de direito da UE atinente à *clareza na transposição de diretivas para a ordem jurídica interna*¹²⁷, principalmente das que estabelecem obrigações ou reconhecem direitos subjetivos e interesses legítimos aos particulares, enquanto corolário do princípio mais geral da *proteção da confiança legítima e da segurança jurídica*¹²⁸, que também se afirma como uma trave-mestra do princípio da União de direito¹²⁹. Na verdade,

¹²⁷ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 30 de maio de 1991, proc. C-59/89, Col. 1991, pp. I-2607 e ss, n.º 24.

¹²⁸ Cfr. acórdão REWE/LANDWIRTSCHAFTSKAMMER SAARLAND (REWE II), de 16 de dezembro de 1976, proc. 33/76, Col. 1976, pp. 814 e ss. Ver também Suzana TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 30 e ss; Margarida TELLES ROMÃO, *op. cit.*, pp. 95 e ss.

¹²⁹ Num prisma universal a *segurança* (ou *certeza*) *jurídica* tem sido apontada como um dos pilares, a par da *justiça* e dos *fins do direito*, em que assenta o direito. Assim, Gustav RADBRUCH, *op. cit.*, p. 342. Por outro lado, como lembra J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, pp. 263 e 264, o princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica dos cidadãos também se aplica aos atos normativos comunitários e, naturalmente, aos atos nacionais de aplicação ou execução daqueles, em especial nos casos em que a regulação nacional é substituída pela europeia.

uma transposição obscura de tais atos dificulta (ou inclusive impede) a perceção das obrigações e dos direitos e interesses atribuídos aos particulares, bem como a própria proteção dos mesmos pelos órgãos jurisdicionais nacionais¹³⁰. Assiste-se aqui a uma consagração, ainda que mediata e indireta, da tutela jurisdicional efetiva na medida em que a salvaguarda judicial, através dos tribunais nacionais, dos direitos e obrigações decorrentes de diretivas europeias também depende da sua correta e clara transposição.

De outra parte e em decorrência da doutrina do primado do direito da UE, destaca-se a obrigação de os Estados membros não legislarem de forma a impedir a plena eficácia (ou efeito útil) do direito da União nas ordens jurídicas internas; os Estados devem também eliminar quaisquer obstáculos de natureza legislativa a essa plena eficácia. Os órgãos internos com competência legislativa (naturalmente, com particular destaque para os parlamentos) deverão, em suma, atuar de modo a obterem uma compatibilização entre o direito nacional e o direito da UE nas respetivas ordens internas.

Diferente por já se inscrever no âmbito da tutela jurisdicional efetiva traduz-se a obrigação, plasmada no acórdão SIMMENTHAL III, de os tribunais nacionais não aplicarem direito nacional contrário ao ordenamento da UE, igualmente para conferirem plena eficácia às disposições deste. Mobilizando os órgãos dos Estados membros encarregues do exercício da *função judicial*, os quais também estão obrigados a pugnar pelo efeito útil das disposições europeias, deverão os mesmos deixar de aplicar normas nacionais contrárias a estas concedendo proeminência à normatividade oriunda da União.

Não obstante, na esfera doméstica dos Estados membros os órgãos jurisdicionais nacionais não são os únicos que aplicam o direito (interno e da União). Tal tarefa é frequentemente levada a cabo também pelas autoridades administrativas, seja no âmbito de relações jurídicas estabelecidas com os particulares¹³¹, seja na esfera de situações que emergem entre si, segundo um sistema europeu de administração descentralizado¹³². A obrigatoriedade de aplicar o direito da UE e de conferir às suas disposições pleno efeito é, portanto, partilhada por todos os órgãos

¹³⁰ Assim foi afirmado pelo TJ nos acórdãos COMISSÃO *vs.* ITÁLIA, de 21 de junho de 1988, proc. 257/86, Col. 1988, pp. 3263 e ss, n.º 12; e COMISSÃO *vs.* FRANÇA, de 26 de fevereiro de 1991, proc. C-154/89, Col. 1991, pp. I-682 e ss, n.ºs 12 e 13.

¹³¹ Pense-se no controlo do respeito pelo direito europeu da concorrência levado a efeito pelas autoridades administrativas dos Estados em estreita cooperação com a Comissão.

¹³² Como lembram FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, pp. 640 e ss. ou Lourenço VILHENA DE FREITAS, *op. cit.*, p. 270, o modelo tradicional da administração da UE é o da *administração indireta*, segundo o qual a execução das políticas e atos europeus cabe às administrações nacionais, competindo à administração comunitária a definição das regras e critérios a observar. No mesmo sentido Rui MOURA RAMOS, *Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na construção comunitária*, in *Das Comunidades...*, *cit.*, p. 219, que caracteriza o sistema comunitário como um sistema de administração indireta ou descentralizada; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, *cit.*, p. 352 e 369, que refere um "*princípio de administração indireta*". Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 684; FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, *cit.*, p. 27; Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, *cit.*, p. 147; Suzana TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, p. 38.

nacionais que também aplicam direito interno¹³³. Assim, também as administrações públicas dos Estados membros têm a obrigação de não aplicar normas nacionais contrárias às disposições europeias, devendo aplicar estas em detrimento daquelas.

Aliás, no considerando 22 do referido aresto pode ler-se que é incompatível com as exigências inerentes à natureza do direito da UE "*qualquer norma da ordem jurídica interna ou prática legislativa, administrativa ou judicial, que tenha por consequência a diminuição da eficácia do direito comunitário*". Convocando em última instância os juízes nacionais enquanto legítimos intérpretes e aplicadores do direito, nessa medida os últimos garantes da salvaguarda da objetiva legalidade europeia e das pretensões subjetivas (direitos e interesses legítimos) que a ordem jurídica da União confere aos particulares, temos assim que a necessidade de salvaguardar o direito da UE vislumbra-se, antes de mais, a montante, nomeadamente nas práticas legislativas e administrativas - sem embargo das judiciais, que atuam a jusante - que além de não poderem diminuir a eficácia do ordenamento europeu, deverão igualmente pugnar para maximizar o efeito útil do mesmo.

3.1.3. Síntese

Em suma, através destas formas, heterogêneas em matérias de conteúdos, finalidades imediatas e *dominus*, também se prossegue a defesa do direito da UE. Vislumbra-se, contudo, que as mesmas não têm subjacente um móbil de tutela jurisdicional efetiva uma vez que partilham a ausência (pelo menos impreterivelmente) de intervenção de uma jurisdição, tanto no âmbito interno como no quadro da União. O papel delas na salvaguarda da ordem jurídica europeia não deve, porém, ser escamoteado, principalmente na ótica de quem considere que os modelos de proteção jurisdicional de direitos fundamentais, por mais aprimorados que se apresentem, não conseguem garantir uma tutela suficiente e efetiva dos mesmos¹³⁴. Daí que os

¹³³ Tal contingência decorre, antes de mais, do célebre *princípio da subsidiariedade*, segundo o qual deve ser concedida preferência à participação das administrações públicas dos Estados membros, naturalmente em cooperação com as instituições europeias (*maxime* com a Comissão), na aplicação do direito da UE nas ordens jurídicas internas. Especificamente sobre o referido princípio, entre nós *vide* Francisco LUCAS PIRES, *A política social comunitária como exemplo do princípio da subsidiariedade*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, 1991, pp. 239 e ss; FAUSTO DE QUADROS, *O princípio da subsidiariedade...*, *cit.*; *O princípio da subsidiariedade no Tratado da União Europeia: contributos para a revisão do Tratado*, in AA. VV, Em torno da revisão..., *cit.*, pp. 231 e ss; Nuno RUIZ, *O princípio da subsidiariedade e a harmonização de legislações na Comunidade Europeia*, in AA. VV, A União Europeia na Encruzilhada, *cit.*, pp. 129 e ss; Rute Gil SARAIVA, *Sobre o princípio da subsidiariedade (gênese, evolução, interpretação e aplicação)*, Lisboa, 2001; Maria do Rosário VILHENA, *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário*, Coimbra, 2002; Margarida Salema d'OLIVEIRA MARTINS, *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, 2003.

¹³⁴ Assim Joseph H. H. WEILER, *Methods of Protection of Fundamental Human Rights in the European Community: Towards a Second and Third Generation of Protection*, in Antonio CASSESE, Andrew CLAPHAM, e

mecanismos não jurisdicionais de proteção do direito da União funcionem subsidiária e complementarmente face aos que mobilizam a atuação dos tribunais.

3.2. Delimitação positiva

Vejamos agora, pela afirmativa, uma proposta conceptual de tutela jurisdicional efetiva no direito da UE¹³⁵.

Na jurisprudência comunitária a primeira referência à ideia remonta à década de 1960 e ao caso SALGOIL¹³⁶, no qual o TJ relacionou a tutela jurisdicional efetiva com o efeito direto do direito comunitário ao afirmar que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger os direitos que os Tratados reconhecem aos particulares e que possam ser afetados em função de violações de disposições constantes daqueles, mediante uma tutela jurisdicional *direta e imediata*.

No entanto, é mais recentemente que encontramos uma das principais referências diretas do TJ à tutela jurisdicional efetiva. No célebre caso UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO, que foi objeto de duas decisões judiciais¹³⁷, reforçou-se que tal tutela traduz-se simultaneamente num *direito fundamental* da ordem jurídica europeia e num *princípio geral de direito da União* resultante das tradições constitucionais comuns aos Estados membros.

Alusões expressas, ainda que sumárias, vislumbram-se nos acórdãos JOHNSTON¹³⁸ e KOFISA ITALIA¹³⁹, os quais enquadraram a tutela jurisdicional efetiva, além de nas tradições constitucionais comuns, na CEDH.

Referências indiretas encontram-se mais dispersamente, nomeadamente nos casos PECASTAING¹⁴⁰ e BAUSTAHLGEWEBE vs. COMISSÃO¹⁴¹ que, alusivos à temática da proteção dos direitos fundamentais através do método pretoriano, referiram-se, respetivamente,

Joseph H. H. WEILER (editores), *Human Rights and the European Community*. Vol II: Methods of Protection, Baden-Baden, 1992, p. 561.

¹³⁵ Vide a explanação de José María FERNANDEZ MARTIN, *El principio de tutela efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho Comunitario. Evolución y alcance*, in *RIE*, 1994 (n.º 21/3), pp. 856 a 881; ainda que sumária e enquanto corolário do princípio da cooperação leal vide Alessandra SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia*, Lisboa, 2009, pp. 96 e 97.

¹³⁶ Acórdão de 19 de dezembro de 1968, proc. 13/68, Col. 1968, pp. 905 e ss. (em especial, p. 910).

¹³⁷ Uma a cargo do TPI (despacho de 23 de novembro de 1999, proc. T-173/98, Col. 1999, pp. II-3357 e ss); outra da autoria do TJ (acórdão de 25 de julho de 2002, proc. C-50/00 P, Col. 2002, pp. I-6719 e ss).

¹³⁸ Acórdão de 15 de maio de 1986, proc. 222/84, Col. 1986, pp. 1663 e ss, n.ºs 18 e 19.

¹³⁹ Acórdão de 11 de janeiro de 2001, proc. C-1/99, Col. 2001, pp. I-207 e ss, n.º 46.

¹⁴⁰ Acórdão de 5 de março de 1980, proc. 98/79, Rec. 1980, pp. 691 e ss, n.ºs 21 e 22.

¹⁴¹ Acórdão de 17 de dezembro de 1998, proc. C-185/95 P, Col. 1998, pp. I-8485 e ss, n.ºs 15, 20 e 26 e ss.

às noções de *processo equitativo* e de *prazo razoável* enquanto direitos previstos no artigo 6.º da CEDH e a que a UE deve respeito¹⁴².

Ora, a ideia de tutela jurisdicional efetiva começa por assentar na exigência básica segundo a qual a União não pode prescindir de uma "*protecção jurídico-judiciária individual sem lacunas*"¹⁴³ que tenha em vista a salvaguarda dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos conferidos principalmente aos particulares pela ordem jurídica europeia. Constituindo tal protecção um pilar estruturante de um qualquer Estado de direito, também na UE, que se afirma como uma *União de direito*¹⁴⁴, ela deve existir.

A salvaguarda das referidas pretensões de natureza subjetiva através da ordem jurídica europeia exige a prévia consagração dos inerentes direitos, um deles o atinente à tutela jurisdicional efetiva, traduzido numa protecção jurídica (já que a mesma é efetuada através do direito) e judiciária (porquanto tal tutela é exercida através da mobilização de órgãos jurisdicionais) individual (na medida em que ela está pensada sobretudo como forma de defesa de direitos subjetivos, *maxime* fundamentais, e interesses legítimos atribuídos aos particulares) e sem lacunas (portanto, plena e eficaz). Ainda que numa perspectiva constitucional interna, como lembra J. J. GOMES CANOTILHO, "*a garantia dos direitos fundamentais só pode ser efetiva quando, no caso da violação destes, houver uma instância independente que restabeleça a sua integridade*"¹⁴⁵, ilação perfeitamente extensível aos domínios da União.

Evidentemente, a tutela jurisdicional efetiva no direito da UE encontra-se intimamente relacionada com o exercício do poder judicial no seio desta, isto é, com a atuação dos chamados **tribunais da UE em sentido amplo** na prossecução das suas funções, como seja (i) assegurar a defesa dos direitos e interesses conferidos pelo direito da União aos particulares, (ii) reprimir as violações da legalidade europeia e (iii) resolver conflitos de interesses com relevância comunitária.

Na tutela jurisdicional efetiva no direito da União começa por estar em causa (i) o próprio acesso aos aludidos tribunais. Mas não só. Dela também fazem parte determinadas implicações sobretudo de natureza adjetiva assentes nas conceções de (ii) processo justo e equitativo, isto é, tramitado de acordo com a *forma* e a *substância* previamente prevista na lei e no direito e por

¹⁴² Cfr. Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.ª Ed, Coimbra, 2010, pp. 142 e 143; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, cit., p. 451.

¹⁴³ A expressão é de J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 273. Vide também VITAL MOREIRA, *A tutela...*, cit., pp. 77 e 78; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, cit., p. 450.

¹⁴⁴ Face à reforma do quadro jurídico-institucional da UE operada pelo Tratado de Lisboa, concretamente, à absorção da CE pela UE, a expressão "União de direito", embora já constasse dos dicionários de direito europeu (pela mais elementar razão de que a UE existe desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht), substituiu plena e naturalmente a sua homóloga e mais antiga "Comunidade de direito".

¹⁴⁵ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 273.

isso devido (*due process of law*)¹⁴⁶, o que abrange, designadamente, (a) a respetiva resolução em tempo razoável e célere, bem assim (b) um julgamento justo (*fair trial*).

Por outro lado, da mencionada tutela jurisdicional efetiva também decorrem garantias processuais e procedimentais cujo cumprimento deve ser assegurado pelos tribunais. Nas primeiras encontramos as relativas ao duplo grau de jurisdição, à presunção de inocência e às exigências de *non bis in idem* e de *nulla poena sine lege*; nas segundas vislumbramos a necessidade de fundamentação dos atos das instituições europeias (regulamentos, diretivas e decisões, além, obviamente, dos próprios acórdãos), de audiência dos interessados previamente à adoção de uma medida¹⁴⁷, e de proteção dos direitos de defesa.

Estando particularmente concebida para a proteção dos direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares, da tutela jurisdicional efetiva no direito da União resultam importantes corolários, nomeadamente, no âmbito da tutela provisória de natureza cautelar e da responsabilidade civil extracontratual (da UE, dos Estados membros e dos próprios particulares) por danos causados pela adoção de comportamentos violadores da juridicidade europeia¹⁴⁸.

3.2.1. Noção

A tutela jurisdicional efetiva no direito da UE, semelhantemente ao que sucede nas ordens jurídicas nacionais, começa por implicar uma sucessão lógica e ininterrupta de *direitos* que, combinando de um modo dinâmico impulsos processuais e deduções em juízo de pretensões fundadas naquele ordenamento com reações e respostas dos competentes tribunais a tais iniciativas e pedidos, visa garantir que tanto a objetiva legalidade europeia como os direitos subjetivos e interesses legítimos, *maxime* fundamentais, conferidos sobretudo aos particulares¹⁴⁹ pela ordem jurídica da União¹⁵⁰ sejam, no âmbito de vias judiciais, isto é, através da atividade levada a cabo pelos tribunais, devidamente assegurados e protegidos¹⁵¹.

¹⁴⁶ Cfr. John RAWLS, *op. cit.*, p. 33; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, pp. 486 e ss.

¹⁴⁷ Cfr. Margarida TELLES ROMÃO, *op. cit.*, pp. 50 e ss e 57 e ss.

¹⁴⁸ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, p. 452.

¹⁴⁹ Mas não só. Com efeito, uma consequência da supranacionalidade, isto é, da partilha democrática de soberania num plano supraestadual, desenvolvida no quadro jurídico-institucional da UE consiste na possibilidade de encontrarmos os Estados membros a pugnares pela salvaguarda de direitos e interesses que lhes são conferidos pela ordem jurídica europeia. Obviamente que tal não ocorre nas relações que eles estabelecem com os particulares, mas apenas nas existentes com a UE ou estabelecidas com outros Estados membros no seio desta.

¹⁵⁰ De facto, a legalidade europeia pode ser entendida em termos estritamente objetivos, na qual está em causa a efetiva realização das atribuições da União; ou em termos amplos, que abrange também a salvaguarda de pretensões subjetivas (direitos e interesses) resultantes da respetiva ordem jurídica.

¹⁵¹ Na ordem jurídica portuguesa *vide* J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, pp. 273 e ss e 496 e ss; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa*, 9.^a Ed, Coimbra, 2007, pp. 159 e

Na referida sucessão de direitos destacam-se: (i) o *direito de acesso ao próprio direito e aos tribunais da UE lato sensu*; (ii) o direito de alcançar, nestes órgãos, uma proteção jurisdicional através de um *processo justo e equitativo*, traduzido na ideia de *due process of law* (processo legalmente adequado e previsto e por isso devido), a qual exige um julgamento justo (*fair trial*) e a obtenção de uma decisão judicial em prazo razoável (e célere); enfim, (iii) o *direito à efetividade das decisões daqueles tribunais*, tanto num plano *ex ante* através do decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar, função que se reparte entre os tribunais da UE *stricto sensu* e os seus homólogos órgãos jurisdicionais nacionais quando apliquem direito da União, como num prisma *ex post* mediante a respetiva *execução*, tarefa que se encontra a cargo destes últimos.

Quando encarada no âmbito da ordem jurídica europeia a tutela jurisdicional efetiva suscita problemas especiais na medida em que a União, como organização internacional de integração supranacional, situa-se num plano superior ao dos Estados membros¹⁵². Nessa medida e para além das relações que se estabelecem entre os particulares-administrados e as entidades dotadas de poderes públicos (autoridades dos referidos Estados quando aplicam ou executam direito da União e autoridades europeias), também se vislumbram relações entre os Estados membros e a UE, as quais são marcadas pela prevalência do poder público desta, por força da transferência de

ss; João CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 9.^a Ed, Lisboa, 2007, pp. 317 e 318; Jorge BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, Vol. II, *cit.*, pp. 1114 e 1115.

Lembrems Manuel de ANDRADE, que definiu o direito de acesso aos tribunais, principal corolário da tutela jurisdicional efetiva, entre outros aspetos, como o "*direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar num prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e disreterar sobre o valor e resultado de causas e outras*". Cfr. *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra, 1979, p. 364. Este ensinamento fez escola, tendo sido invocado em inúmeros arestos do Tribunal Constitucional, nomeadamente, no de 22 de agosto de 1988, proferido no proc. 86/88, publicado na II série do Diário da República.

Mais recentemente, num outro aresto épico, o mesmo tribunal referiu que "*O direito de acesso aos tribunais ou à tutela jurisdicional implica a garantia de uma protecção jurisdicional eficaz ou de uma tutela judicial efectiva, cujo âmbito normativo abrange nomeadamente: (a) o direito de acção no sentido do direito subjectivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional; (b) o direito ao processo, traduzido na abertura de um processo após a apresentação daquela pretensão, com o consequente dever de o órgão jurisdicional sobre ela se pronunciar mediante decisão fundamentada; (c) o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas, no sentido de a decisão haver de ser proferida dentro dos prazos pré-estabelecidos, ou, no caso de estes não estarem fixados na lei, dentro de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade da causa; (d) o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade, no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas*". Vide o acórdão de 29 de maio de 2008, proc. 1065/07, publicado na II série do Diário da República.

¹⁵² Como expoente máximo das organizações supranacionais, a UE e o seu ordenamento jurídico tiveram o mérito de, se não contrariar, pelo menos relativizar o dogma propalado por Gustav RADBRUCH, *op. cit.*, p. 376, relativo a uma suposta não pretensão das várias ordens jurídicas nacionais soberanas de submeterem ao seu império o restante território do globo apenas devido a uma "*prudente auto-limitação que as leva a conterem-se dentro dos limites das respetivas fronteiras, e nunca pelo motivo de aí lhes sair ao caminho uma outra «ordem jurídica» a que tenham de curvar-se*". Remata o autor que "*... se elas se curvassem ante uma outra ordem jurídica, já não seriam soberanas*". Ora, a UE questiona este tipo de postulado, uma vez que a sua ordem jurídica, como ordem supranacional, sobrepõe-se às dos Estados membros, os quais mantêm-se, ainda que não totalmente, soberanos.

soberania a que aqueles operaram. Este aspeto adquire particular importância quando os Estados membros desafiam ou colocam em causa, ainda que de forma não intencional, essa proeminência, o que se traduz em variados comportamentos, como seja a não transposição de diretivas comunitárias, a não aplicação de regulamentos europeus ou a adoção de práticas contrárias às liberdades de circulação sem estarem cobertas por cláusulas de salvaguarda que as legitimem.

I. O direito de acesso aos tribunais da União Europeia

A) A garantia de acesso aos tribunais decorre do princípio do Estado de direito¹⁵³. A consagração da mesma nas Constituições dos Estados membros¹⁵⁴, de que é exemplo o n.º 1 do artigo 20.º da CRP, o IV § do artigo 19.º da GG, o artigo 24.º da Constituição Italiana ou o n.º 1 do artigo 24.º da *Constitución Española*, bem como em instrumentos de direito internacional, nomeadamente, nos artigos 6.º, n.º 1, e 13.º da CEDH¹⁵⁵, *per si*, seria suficiente para vincular a UE ao dever de assegurar o direito-garantia de acesso aos tribunais da UE em sentido amplo. Isto porque, decorre do n.º 3 do artigo 6.º do TUE que do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como garantidos na CEDH e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros. Por outro lado, resulta do artigo 2.º do mesmo Tratado, que a UE assenta no Estado de direito enquanto valor comum aos referidos Estados.

Nessa medida, o TJ afirmou que "*o acesso à tutela jurisdicional é um dos elementos constitutivos duma Comunidade de direito (...) o mesmo é garantido na ordem jurídica fundada no Tratado CE pelo facto de este estabelecer um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos actos das instituições*"¹⁵⁶. O referido Tribunal entende igualmente que o direito ao recurso - entendido enquanto forma de despoletar o controlo jurisdicional da correta aplicação do direito da UE - das decisões das autoridades administrativas dos Estados membros para um órgão judicial nacional competente, como garantia de uma proteção jurídica efetiva, constitui um princípio geral do direito da União, fundamentando-o nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros e

¹⁵³ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 485.

¹⁵⁴ Trata-se, na verdade, de um princípio comum aos direitos dos Estados membros. Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV - Direitos Fundamentais, 3.ª Ed, Coimbra, 2000, p. 251; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., 409.

¹⁵⁵ Vide artigos 14.º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (adiante PIDCP); e 8.º e 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (doravante DUDH). Cfr. Ireneu CABRAL BARRETO, *op. cit.*, p. 143.

¹⁵⁶ Cfr. acórdão OS VERDES vs. PE, de 23 de abril de 1986, proc. 294/83, Col. 1986, pp. 1357 e ss, n.º 23.

nos artigos 6.º e 13.º da CEDH¹⁵⁷. Como decorrência desta ideia, no acórdão OLEIFICIO BORELLI vs. COMISSÃO determinou que os órgãos jurisdicionais nacionais são competentes para decidir, se necessário após reenvio prejudicial ao TJ, da legalidade dos atos nacionais que apliquem ou executem direito da UE, nas mesmas condições de controlo que as utilizadas para qualquer ato definitivo que, praticado pela mesma autoridade nacional, seja suscetível de causar prejuízo a terceiros; conseqüentemente, o Tribunal considerou admissíveis os recursos interpostos com este fim mesmo que as regras internas de processo não os prevejam¹⁵⁸.

B) Por outro lado, se o direito fundamental de acesso aos órgãos jurisdicionais em que o TJUE se desdobra (os chamados tribunais da UE em sentido restrito) resultava já, ainda que dispersamente, de algumas normas dos Tratados (v. g. artigos 263.º e 265.º do TFUE), a garantia de acesso aos órgãos jurisdicionais nacionais (enquanto tribunais da União em sentido amplo), com vista à tutela jurisdicional de pretensões subjetivas decorrentes da ordem jurídica da UE, era obra da jurisprudência do TJ¹⁵⁹. Nessa medida, os Estados membros quiseram positivizar, expressa e explicitamente, no direito primário, a garantia de acesso aos tribunais orgânica (isto é, aqueles em que o TJUE se desdobra) e funcionalmente (ou seja, os tribunais nacionais enquanto órgãos comuns de aplicação do direito da União) da UE. O texto escolhido foi a CDFUE, cujo no n.º 1 do artigo 47.º estabelece que "*Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo*"¹⁶⁰. Tratando-se de uma disposição da referida Carta, a mesma deve ser interpretada no contexto da fonte em que se integra, tendo em conta o facto de os particulares se afigurarem como os titulares dos respetivos direitos, ao passo que a UE e os Estados membros quando apliquem direito da União se apresentam como os sujeitos passivos dessas prerrogativas.

¹⁵⁷ Cfr. acórdãos já citados JOHNSTON, n.º 18; KOFISA ITALIA, n.º 46, bem como os arestos OLEIFICIO BORELLI vs. COMISSÃO, de 3 de dezembro de 1992, proc. C-97/91, Col. 1992, pp. 6313 e ss, n.º 14; SIPLES, de 11 de janeiro de 2001, proc. C-226/99, Col. 2001, pp. I-277 e ss, n.º 17; COMISSÃO vs. ÁUSTRIA, de 27 de novembro de 2001, proc. C-424/99, Col. 2001, pp. I-9302 e ss.

¹⁵⁸ Cfr. n.º 13, onde o TJ aludiu ao princípio da equivalência, que retomaremos no capítulo seguinte.

¹⁵⁹ Destacam-se, neste âmbito, os seguintes arestos: HENRI DE COMPTE vs. PE, de 20 de junho de 1985, proc. 141/84, Rec. 1985, pp. 1951 e ss; UNECTEF/HEYLENS, de 15 de outubro de 1987, proc. 222/86, Col. 1987, pp. 4112 e ss, n.ºs 14 e 15; bem como os pré-mencionados JOHNSTON, n.ºs 17 a 19; e UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES, n.º 41.

¹⁶⁰ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, cit., p. 457, que enfoca precisamente o princípio da tutela jurisdicional efetiva como *ratio legis* subjacente a este direito.

Igualmente, o acórdão do TPI, de 3 de maio de 2002, proferido no caso JÉGO-QUÉRÉ vs. COMISSÃO, proc. T-177/01, Col. 2002, pp. II-2365 e ss, fez, no n.º 42, alusão à mesma ideia, ao referir que: "*O direito a um recurso efectivo que tem qualquer pessoa cujos direitos e liberdades garantidas pelo direito da União foram violados foi, além disso, reafirmado pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclamada em 7 de Dezembro de 2000 em Nice*". Também se destaca o acórdão do TPI, de 15 de janeiro de 2003, proclamado no caso PHILIP MORRIS e o. vs. COMISSÃO, procs. apensos T-377/00, T-379/00 T-380/00, T-260/01 e T-272/01, Col. 2003, pp. II-1 e ss, n.º 122, ao estabelecer que "*O direito à acção [direito a um recurso efectivo] para toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados foi ainda reafirmado pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada em Nice em 7 de Dezembro de 2000 (JO 2000, C 364, p. 1), que, embora não tenha força jurídica vinculativa, demonstra a importância que os direitos aí enunciados têm na ordem jurídica comunitária*".

Avulta, assim, o aspeto de o direito de acesso aos tribunais da UE girar em torno da figura dos particulares, *maxime* das pessoas humanas mas também das pessoas morais, de onde decorre que tal direito abarca, *prima facie*, uma proteção jurídica *individual*.

Naturalmente, a tutela jurisdicional efetiva implica, a montante, a garantia de acesso aos tribunais da UE uma vez que a mesma permite alcançar a salvaguarda da objetiva legalidade europeia bem como dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos resultantes da ordem jurídica da União, tanto numa perspetiva de simples reconhecimento dos mesmos, como numa ótica de impugnação de atos ou comportamentos lesivos, logrando-se a sua reposição mediante a destruição dos efeitos destes. Em causa está aquilo a que J. J. GOMES CANOTILHO chama de "*direito à proteção jurídica através dos tribunais*"¹⁶¹.

C) No âmbito da ordem jurídica da UE o direito de acesso aos respetivos tribunais contempla tanto um *direito de ação* como um *direito de defesa*¹⁶².

O direito de ação deve ser entendido em termos amplos abrangendo, também, o direito de recurso. Com efeito, no ordenamento europeu é muito relativa (senão inexistente) a diferença entre *ação* e *recurso*¹⁶³, como bem se ilustra na temática relativa ao contencioso de anulação previsto no artigo 263.º do TFUE. A designação tradicional do instrumento aí previsto, baseada no *recours par excès de pouvoir* existente no sistema francês, é a de recurso de anulação; porém, alguns preferem a denominação de ação de anulação.

Importa salientar que do direito de ação resulta a possibilidade de os particulares e os próprios Estados membros socorrerem-se das vias processuais disponíveis - entre ações (declarativas e executivas), recursos propriamente ditos (isto é, como meio de impugnação de decisões judiciais proferidas por tribunais inferiores) e requerimentos cautelares - contra a UE, Estados membros e mesmo particulares para salvaguarda dos direitos subjetivos e interesses legítimos conferidos pela ordem jurídica da União ou da objetiva legalidade europeia.

O direito de defesa encontra-se inerente às reações dos particulares perante os poderes públicos exercidos pelas instituições europeias ou executados pelas autoridades dos Estados membros quando atuem no quadro da União aplicando o respetivo direito¹⁶⁴. Se no quadro do

¹⁶¹ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 486.

¹⁶² Vide o comentário de Maria José RANGEL DE MESQUITA ao artigo 47.º da CDFUE, in Alessandra SILVEIRA e Mariana CANOTILHO, *op. cit.*, p. 537.

¹⁶³ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., p. 62; Paulo de PITTA E CUNHA, *Direito Europeu...*, cit., p. 87.

¹⁶⁴ Mas não só. Merece uma referência a recente aprovação da Diretiva (UE) 2013/48, do Conselho e do PE, de 22 de outubro de 2013 (JOUE, de 6 de novembro de 2013, L294, pp. 1 e ss) que garante aos cidadãos da UE, independentemente do Estado membro onde se encontrem, por um lado, o direito de acesso a um advogado em processo penal instaurado pelo alegado cometimento de infrações criminais previstas no direito interno dos referidos Estados, bem como nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e, por outro lado, o direito de informar um terceiro e de comunicar com terceiros e com as autoridades consulares aquando de situações de privação de liberdade. A Comissão, autora da proposta que serviu de base ao referido ato, enfatizou precisamente a

primeiro tipo de atuação o direito de defesa é exercido através da mobilização dos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE, no âmbito do segundo a impugnação dos atos nacionais de aplicação do direito da UE ocorre, em homenagem ao *princípio da autonomia processual*, através de mecanismos adjetivos nacionais cuja existência compete a cada Estado membro¹⁶⁵.

O direito de defesa também está concebido como forma de proteção dos particulares que confrontados com acusações de adoção de condutas ilícitas, por serem contrárias ao direito da União e nas quais outros particulares fundamentam a causa de pedir de ações de indemnização fundadas em responsabilidade civil extracontratual, têm interesse em refutar tais imputações. Por outro lado e em consequência da lógica do processo de integração supranacional existente na UE, o direito de defesa deve igualmente ser configurado na perspectiva dos próprios Estados membros no âmbito de cenários em que sejam visados pela Comissão ou por outro Estado membro e no contexto das ações por incumprimento. Enfim, no quadro do recurso de anulação e das ações por omissão e de indemnização, as próprias instituições europeias demandadas e a UE são titulares do direito de defesa.

D) Os direitos de ação e de defesa têm subjacente um outro: *o direito à proteção jurídica através dos tribunais da UE*, embora o que se deva entender por estes órgãos jurisdicionais não seja unívoco.

Na perspectiva dos particulares estão em causa, sobretudo, os tribunais nacionais dos Estados membros, não apenas devido à competência destes como órgãos jurisdicionais comuns do ordenamento jurídico da UE, como também em virtude das limitações com que os particulares se deparam no acesso aos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE; no entanto e ainda que residualmente, também estão em causa estes.

É através dos primeiros que os particulares *(i)* impugnam os atos dos poderes públicos nacionais de aplicação ou execução do direito da UE que se afigurem ilegais ou lesivos dos seus direitos subjetivos ou interesses legítimos e *(ii)* deduzem pretensões indemnizatórias por violações imputáveis aos entes públicos nacionais ou a outros particulares de pretensões de natureza subjetiva que a ordem jurídica europeia lhes atribui. Assim sendo, o papel desenvolvido por cada Estado membro, através dos respetivos sistemas jurisdicionais, na defesa da legalidade europeia e dos direitos e interesses atribuídos aos particulares pelo direito da União, ou seja, como reação contra atos dos poderes públicos nacionais e comportamentos de outros particulares, pressupõe a sua investidura no ónus de garantir a existência de uma *via judicial*

importância do mesmo em matéria de consolidação do direito ao processo equitativo, nomeadamente da ideia de *fair trial rights*, e dos direitos de defesa.

¹⁶⁵ Portanto, no que tange à *forma*, ou não estivessemos no âmbito de questões processuais, os atos nacionais de execução do direito da União são impugnados como se se tratasse de puros atos de direito interno.

comum de salvaguarda da estrita legalidade europeia bem como de pretensões subjetivas que a ordem jurídica da União concede aos particulares.

Naturalmente, os particulares deverão defender a referida legalidade e os aludidos direitos e interesses através das jurisdições do TJ e do TG quando se trate de matérias reservadas pelos Tratados, principalmente pelo TFUE, à esfera competencial destas. É certo, porém, que nelas não se inclui a competência para dirimir litígios que oponham particulares nem tão-pouco estes e os Estados membros¹⁶⁶.

Na ótica dos Estados membros, a apreciação dos mecanismos contenciosos cujo impulso processual inicial tenha partido daqueles (recursos de anulação, ações por omissão ou de indemnização contra a UE) compete aos dois principais órgãos jurisdicionais em que o TJUE se desdobra; quando demandados no âmbito de ações por incumprimento, o TJ é o órgão jurisdicional competente para a respetiva apreciação.

Seja como for, o leque destes direitos (de acesso aos tribunais da UE, de ação e defesa e à proteção jurídica através daqueles), nuns casos a efetivar nos órgãos jurisdicionais nacionais, noutras situações a realizar ante o TJUE, permite formular a existência de uma "*garantia da via jurisdicional*" ou "*garantia da proteção jurídica através dos tribunais*"¹⁶⁷, através da qual se obtém proteção judicial dos direitos subjetivos e interesses legítimos resultantes da ordem jurídica europeia.

II. O processo justo e equitativo: a ideia de *due process of law* e as suas decorrências

A) A tutela jurisdicional efetiva no direito da UE entendida como proteção jurídica através dos tribunais do referido ordenamento tem subjacente a ideia de *processo legal devido*, tradução da expressão anglo-saxónica *due process of law*¹⁶⁸, a qual traduz a necessidade de os processos judiciais serem, antes de mais através da lei, justos e equitativos. O direito a um processo jurisdicional revestido destes dois postulados encontra-se positivado no segundo parágrafo do

¹⁶⁶ Com efeito, uma perspetiva dos principais instrumentos do contencioso da UE *stricto sensu* (v. g. ações por incumprimento, por omissão e de indemnização; recurso de anulação; exceção de ilegalidade; contencioso do funcionalismo público europeu) permite extrair tal conclusão. Através destes instrumentos dirimem-se litígios cujos sujeitos processuais ativos (essencialmente, como autores ou recorrentes) tanto podem ser os particulares, como os Estados membros ou as próprias instituições da União, mas que do lado passivo (basicamente, como réus ou recorridos) envolvem sempre estas ou Estados membros (aqui, sempre com a Comissão ou outro Estado membro como demandantes). De fora desta lógica situa-se o reenvio prejudicial, que assume determinadas especificidades que enunciaremos em sede própria. Em suma, litígios que oponham particulares ou estes e Estados membros são resolvidos pelos tribunais nacionais e não pelos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE.

¹⁶⁷ As expressões são de J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 490.

¹⁶⁸ "Processo devido em direito" ou "processo legal adequado" são denominações sinónimas. Cfr. Patrícia FRAGOSO MARTINS, *Da Proclamação à Garantia Efetiva dos Direitos Fundamentais. Em busca de um due process of law na União Europeia*, Estoril, 2007, p. 85.

artigo 47.º da CDFUE, ao determinar que "*Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa*"¹⁶⁹.

Não obstante a sua recente inclusão num texto de direito primário, há muito que tal prerrogativa se encontra consagrada em algumas Constituições nacionais, de que são exemplo a portuguesa (artigo 20.º, n.º 4) ou a italiana (artigo 111.º)¹⁷⁰, e, entre outros instrumentos de direito internacional¹⁷¹, na CEDH (artigo 6.º), o que em decorrência do n.º 3 do artigo 6.º do TUE implicava já a vinculação da UE a tal exigência mesmo na ausência de norma que a consagrasse de forma expressa na respetiva ordem jurídica. Paralelamente, a jurisprudência do TJ também se pronunciou sobre o assunto, reconhecendo o direito ao processo equitativo como direito fundamental e com um âmbito de proteção equivalente ao conferido pelo artigo 6.º da CEDH¹⁷².

Como lembra a nossa doutrina constitucionalista mais autorizada¹⁷³, processo equitativo é sinónimo de *processo justo definido por lei* ou *processo devido em direito*. Tal exigência remonta à experiência constitucional, de feição jurisprudencial, norte-americana atinente ao *due process of law*, e à herança constitucional britânica, nomeadamente, aos esquemas garantísticos da *Magna Charta*¹⁷⁴. O processo só é justo, isto é, devido em direito, se a pretensão subjetiva estiver presente a *montante*, ou seja, desde logo no momento da criação das normas restritivas dos direitos fundamentais, moldando, portanto, a atividade do próprio legislador¹⁷⁵.

B) Por outro lado, como ensina J. J. GOMES CANOTILHO¹⁷⁶, para ser justo o processo tem de sê-lo *adjetivamente*, isto é, a privação e a restrição de direitos e liberdades fundamentais deve obedecer a um processo especificado na lei. A justeza do processo, porém, continua o Professor, também passa por parâmetros *substantivos*, devendo o mesmo ser legal, adequado e cumpridor de critérios e princípios materiais de justiça aquando da sua elaboração pelo

¹⁶⁹ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 266.

¹⁷⁰ Tal garantia está subjacente aos artigos 19.º, IV §, da GG e ao artigo 24.º da Constituição Espanhola.

¹⁷¹ Novamente, PIDCP (artigo 14.º) e DUDH (artigo 10.º).

¹⁷² Acórdãos PECASTAING e BAUSTAHLGEWEBE vs. COMISSÃO, ambos já citados.

¹⁷³ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 486; Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I: Introdução Geral; Preâmbulo; artigos 1.º a 79.º*, Coimbra, 2005, p. 354.

¹⁷⁴ Aquando do surgimento, o *due process of law* implicava que ninguém podia ser privado de direitos fundamentais, como a vida, a liberdade ou a propriedade, sem que previamente fosse observado um processo previsto na lei.

¹⁷⁵ Portanto, o processo legalmente previsto para restringir direitos e liberdades fundamentais deve ser um *processo devido*, no sentido de que a sua feitura obedeceu à tramitação procedimental formalmente estabelecida no direito (v. g. no caso do direito interno, na Constituição; no direito da UE, nos Tratados). No fundo, o problema também convoca a exigência da legitimidade democrática. Parafraseando Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, cit., p. 17, "*Democratic legitimation requires mutual contact between, on the one hand, institutionalized deliberation and decision-making within parliaments, courts and administrative bodies...*".

¹⁷⁶ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pp. 488 e 489, onde lembra as duas conceções - uma processual e outra substantiva - americanas sobre a qualificação de um processo como justo.

legislador, nomeadamente, apenas autorizando restrições aos referidos direitos e liberdades que não se afigurem injustas nem ilegítimas.

Nesta medida, o progressivo reforço, alcançado ao longo da evolução dos Tratados, da participação do PE nos procedimentos decisórios de adoção de atos normativos (legislativos e regulamentares)¹⁷⁷ reflete o aumento da legitimidade democrática de atuações legiferantes que podem colidir com os direitos e as liberdades fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica da União. Na verdade, de um *procedimento* (inicial) *de consulta*, onde a Assembleia apenas podia emitir um parecer, evoluiu-se para um *processo de cooperação*, no qual o PE podia sujeitar o Conselho a deliberar por unanimidade, e posteriormente para um *procedimento de codecisão*¹⁷⁸, onde o poder decisório surge repartido entre estas duas instituições, o que obriga à aproximação de posições e à obtenção de consensos entre elas sob pena de as propostas não serem aprovadas. Por outro lado, se o processo de codecisão foi uma criação do Tratado de Maastricht, essencialmente como resposta às insuficiências do anterior procedimento de cooperação instituído com o AUE, não menos certo é que os Tratados de Amesterdão e de Nice ampliaram largamente o leque de matérias sujeitas àquele *iter* decisório, tal como o Tratado de Lisboa, redenominando-o de *processo legislativo ordinário*, elevou-o a procedimento-regra na adoção de atos de direito derivado, como se extrai dos artigos 289.º e 294.º do TFUE¹⁷⁹.

A vertente substantiva do direito a um processo justo e equitativo também reclama a edificação do mesmo em torno de um verdadeiro *direito (fundamental) subjetivo público*, em que o sujeito passivo do mesmo é um organismo público (Estado membro e/ou UE)¹⁸⁰, aspeto que retomaremos.

C) A tutela jurisdicional ou a proteção jurídica através dos tribunais só será efetiva se for *eficaz e adequada* não podendo ser neutralizada devido à inexistência de normas que prossigam esses objetivos (indeterminações ou vazios legais; disposições vagas, imprecisas ou confusas). Igualmente, exige-se *clareza* na concretização normativa do direito de acesso aos tribunais da UE, traduzida na adoção de fórmulas processuais não excessivamente complexas nem

¹⁷⁷ Sobre esses procedimentos no quadro jurídico-institucional anterior ao Tratado de Lisboa *vide* Maria Luísa DUARTE, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 223 e ss; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 237 e ss e 310 e ss; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, pp. 353 e ss. Após o referido Tratado *vide* Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 188 e ss; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, pp. 283 e ss; Maria Luísa DUARTE, *União...*, *cit.*, pp. 293 e ss; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Manual...*, *cit.*, pp. 438 e ss.

¹⁷⁸ Nos dois primeiros o PE era apenas consultado, não dispondo de poder decisório nem conseguindo impedir o Conselho da adoção dos atos de direito derivado. No processo de consulta a Assembleia limitava-se a emitir um parecer não vinculativo; no procedimento de cooperação, o melhor a que o Parlamento podia aspirar era, mediante rejeição da posição comum do Conselho, forçar este a deliberar por unanimidade caso ele pretendesse a aprovação do ato. Com o processo de codecisão o PE "*logrou, finalmente, o estatuto há muito tempo reivindicado de órgão decisor em domínios fundamentais da regulação comunitária*", ensina Maria Luísa DUARTE, *Direito da União...*, *cit.*, p. 242.

¹⁷⁹ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, *cit.*, p. 96.

¹⁸⁰ Cfr. Patrícia FRAGOSO MARTINS, *Da Proclamação...*, *cit.*, p. 86.

demasiadamente simplistas, onde se confira preferência à resolução dos litígios através da decisão de mérito, em detrimento de esquemas predominantemente formais nos quais a inobservância de uma ou outra mera formalidade ou o não preenchimento de um anódino pressuposto processual implicam, sem mais, a tomada de uma decisão de forma. Dever-se-á, pois, ainda que investindo os juízes no ónus de endereçarem convites às partes, dar prevalência a soluções que privilegiem a regularização da instância e a tomada de decisões sobre o fundo da questão¹⁸¹.

D) No direito ao "processo legal devido" destaca-se a inferência relativa ao *direito ao processo*, que abrange o *direito à decisão de mérito*, isto é, a uma decisão final que, desde que se encontrem reunidos os pressupostos processuais do instrumento processual utilizado (ação, recurso ou procedimento cautelar), incida sobre a questão de fundo da causa¹⁸². O direito à decisão de mérito implica o direito de obter uma decisão, ainda que desfavorável, fundada no direito substantivo e que resolva o conflito de interesses colocado à apreciação de um tribunal da UE.

Nessa medida, do *due process of law* também resultam várias decorrências relacionadas com os pressupostos processuais, isto é, com os elementos de natureza formal de verificação obrigatória para que sobre o tribunal recaia o dever de proferir a referida decisão de mérito, avaliando a procedência da pretensão deduzida. Esta incumbência não deve estar dependente de pressupostos processuais desadequados, desnecessários, ou desproporcionados. Igualmente, o elenco dos mesmos deve estar estabelecido *a priori*. Enfim, deve ser permitido ao interessado suprir irregularidades processuais que surjam no decurso da instância¹⁸³.

E) A proteção jurídica através dos órgãos jurisdicionais da UE e segundo um processo devido em direito exige ainda a garantia de uma *tutela eficaz e temporalmente adequada*¹⁸⁴.

O primeiro aspeto traduz a necessidade de existir uma instância jurisdicional competente para apreciar a questão material controvertida, desdobrada entre matéria de facto e aspeto jurídico da causa, suscitada pelo particular, bem como que a resposta judicial à pretensão formulada por este se traduza numa decisão vinculativa que, quando não acatada voluntariamente, seja suscetível de execução coerciva.

¹⁸¹ A este título, veja-se, por exemplo, o artigo 54.º do Estatuto do TJUE, que prevê a remessa oficiosa de processos da competência do TJ que, por erro, deram entrada no TG, e vice-versa; no mesmo sentido, mas relativamente ao TFP, encontramos o artigo 8.º do Anexo ao referido Estatuto relativo a este Tribunal. No novo RPTJ, o n.º 3 do artigo 122.º (correspondente ao n.º 7 do artigo 38.º do velho RPTJ) prevê o convite ao aperfeiçoamento da petição inicial que não respeitou os requisitos exigidos, situação também prevista no n.º 6 do artigo 44.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral (adiante RPTG).

¹⁸² Assim J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 492.

¹⁸³ Assim J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 492. Nesta medida, bastante profícua pode-se afigurar a faculdade conferida aos órgãos em que se desdobra o TJUE de solicitar às partes do processo elementos em falta, nomeadamente, documentos ou a prestação de informações complementares.

¹⁸⁴ Assim J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 492.

Com a segunda exigência enfatiza-se a necessidade de a resposta que o órgão jurisdicional da UE confere à pretensão colocada por um particular, traduzida numa *sentença de mérito transitada em julgado*, dever ter lugar, como se lê no segundo parágrafo do artigo 47.º da CDFUE¹⁸⁵, em "*prazo razoável*", o que implica a sua adoção em tempo útil. Com efeito, as situações de *non liquet* ou de denegação de justiça também podem advir de decisões tardias. Como nota J. J. GOMES CANOTILHO¹⁸⁶, justiça temporalmente adequada não é sinónimo de justiça acelerada¹⁸⁷ já que uma celeridade processual desenfreada pode implicar um intolerável sacrifício de garantias processuais e materiais; mas pelo menos implica que o processo não deva conhecer atos, diligências e expedientes dilatatórios e improfícuos que apenas visem retardar a resposta do tribunal à pretensão colocada à sua apreciação.

F) Do *due process of law* também decorre a exigência de o demandado, principalmente em procedimentos sancionatórios ou que visem o apuramento de responsabilidades, ter direito a um *fair trial*¹⁸⁸, devendo ser tratado com lealdade ao longo do processo, o que só é possível quando for observada uma tramitação regular e ordenada¹⁸⁹. No direito britânico avulta, mais do que a justiça como um fim em si mesmo, a administração desta; nele desenvolveram-se as correntes do direito ao *fair trial* e ao *fair procedure*, as quais reclamam a necessidade de observância de um processo bem regulado, tributário da ideia de lealdade processual e que assegure ao particular amplos direitos de informação e defesa, na medida em que o respeito de tais exigências garante uma solução materialmente justa.

Dos direitos de *due process of law* e de *fair trial* decorrem várias garantias processuais que abordaremos mais abaixo.

III. O direito à execução das decisões dos tribunais da União Europeia

A tutela jurisdicional efetiva, implicando uma proteção jurídica plena e eficaz realizada através dos órgãos jurisdicionais da UE em sentido lato, também pressupõe o *direito à execução das decisões judiciais condenatórias* proferidas por estes¹⁹⁰. Desta exigência excluem-se os

¹⁸⁵ Bem como no n.º 4 do artigo 20.º da CRP e como subjaz ao n.º 2 do artigo 24.º da lei fundamental espanhola ao artigo 111.º da Constituição italiana; veja-se também o n.º 1 do artigo 6.º da CEDH e sobre ele a anotação de Ireneu CABRAL BARRETO, *op. cit.*, pp. 180 e ss.

¹⁸⁶ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, p. 492.

¹⁸⁷ Sem prejuízo da existência de determinados tipos de processos, como os relativos às medidas provisórias de natureza cautelar, marcados por uma especial celeridade, como decorre, no âmbito da jurisdição do TJUE, dos artigos 278.º e 279.º do TFUE, e, no quadro da jurisdição portuguesa, do n.º 5 do artigo 20.º da CRP.

¹⁸⁸ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 266; Miguel PRATA ROQUE, *op. cit.*, p. 953.

¹⁸⁹ Sobre o direito ao *fair trial* ver Alexandra Hilal GUHR, Ramin MOSCHTAGHI, Mandana KNUST, *Max Planck Manual on Fair Trial Standard*, 2.ª Ed, Heidelberg, 2005, disponível in <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/maxplanckfairtrialmanual2edengl.pdf>.

¹⁹⁰ Cfr. a anotação de Mariana FRANÇA GOUVEIA ao artigo 280.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 1005.

acórdãos que o TJ profere em sede de reenvio prejudicial, os quais não são exequíveis pois, além de não resolverem qualquer litígio, não contemplam qualquer segmento condenatório.

O direito à execução das sentenças e dos acórdãos emitidos pelos órgãos jurisdicionais da União também é exercido através do recurso aos tribunais, eventualmente coadjuvado por outras entidades (como os agentes de execução) e autoridades públicas (de que são exemplo os órgãos de polícia), devendo a UE e os Estados membros fornecer aos particulares os instrumentos, jurídicos e materiais, adequados e necessários para dar cumprimento às referidas decisões.

Nesta matéria, porém, é de todo conveniente distinguir consoante a decisão exequenda provenha dos órgãos que integram o TJUE ou dos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto tribunais comuns de aplicação do direito da União.

Quanto aos acórdãos oriundos dos primeiros, o artigo 280.º do TFUE (ex-artigo 244.º do TCE e ex-ex-artigo 187.º do TCEE) consagra a sua "*força executiva, nos termos do artigo 299.º*". Este, por sua vez, determina que os atos do Conselho, da Comissão ou do BCE - e, *ex-vi* daquele preceito, as decisões do TJUE - que imponham uma obrigação pecuniária a pessoas que não sejam Estados constituem *título executivo*, devendo a respetiva ação executória ser instaurada nos tribunais nacionais e tramitada de acordo com a legislação adjetiva do Estado membro onde se insere o órgão jurisdicional no qual se promoveu a referida ação. Os tribunais nacionais competentes para a execução podem, contudo, confrontar-se com a interferência dos órgãos em que o TJUE se desdobra, já que apenas estes poderão determinar a suspensão da instância executiva¹⁹¹.

Desde já se adianta que os órgãos integrados no TJUE, em regra, não dispõem de competência executória, mas "meramente" declarativa. Por outro lado, as disposições processuais civis que regulam as execuções fundadas em títulos provenientes daqueles órgãos devem satisfazer as exigências decorrentes dos princípios da efetividade e da equivalência, sem prejuízo da liberdade conferida aos Estados membros de conformação daquelas normas no contexto do princípio da autonomia processual¹⁹².

Ainda no âmbito das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE, o Tratado de Roma prevê especiais deveres de cumprimento de algumas delas. No quadro jurídico da designada primeira ação por incumprimento encontram-se adstritos a tal dever os Estados membros arguidos; nos âmbitos do recurso de anulação e da ação por omissão o ónus de executar o acórdão declarativo da invalidade ou da abstenção contrária aos Tratados incide sobre

¹⁹¹ Com efeito, decorre do quarto parágrafo do artigo 299.º do TFUE que os tribunais nacionais são os competentes para fiscalizarem a regularidade das medidas de execução; porém, a suspensão da ação executiva apenas pode ser determinada pelo TJUE, naquela que é a única competência deste órgão neste tipo de ações. Esta repartição de competências é feita de forma exclusiva para ambos os tribunais envolvidos (nacionais e TJUE).

¹⁹² Teremos oportunidade de retomar estes aspetos no ponto 2.3. do capítulo seguinte.

as instituições, órgãos ou organismos europeus demandados. Na verdade, o n.º 1 do artigo 260.º do TFUE prevê que após a declaração de uma situação de incumprimento das obrigações decorrentes dos Tratados, o Estado membro em causa adote "*as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal*"; da mesma forma, o artigo 266.º do mesmo Tratado, comum aos regimes do recurso de anulação e da ação por omissão, estabelece que a instituição, órgão ou organismo da União, autor de um ato anulado pelo tribunal ou de uma abstenção judicialmente declarada contrária aos Tratados, "*deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão...*"¹⁹³.

Em ambas as situações o termo "*execução*" surge, porém, com um sentido distinto daquele que normalmente é empregue na terminologia do direito processual civil. Na verdade, neste a execução, remontando ao vocábulo *executio*, traduz-se na realização coerciva de uma prestação, materializada num ataque ao património do devedor que não cumpriu voluntariamente determinada obrigação constante de um título executivo¹⁹⁴. Ora, naqueles dois casos as decisões dos órgãos integrados no TJUE, em rigor, nem sequer constituem título executivo na verdadeira aceção do termo¹⁹⁵.

Discutível apresenta-se a questão de saber se os acórdãos proferidos pelo TJ em sede da chamada segunda ação por incumprimento, e nos quais sejam aplicadas sanções pecuniárias aos Estados membros arguidos do desrespeito das decisões emanadas do mesmo órgão jurisdicional no âmbito da primeira ação, são ou não título executivo. A tutela jurisdicional efetiva exige, no mínimo, a resposta afirmativa¹⁹⁶. Na verdade, tendo os Estados membros assentido na inserção no TFUE de uma disposição como a do segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 260.º, não faria sentido que o acatamento das condenações determinadas pelo TJ estivesse dependente da boa vontade daqueles. Dissemos "no mínimo" na medida em que a cobrança coerciva de tais quantias talvez nem sequer deva estar na dependência da instauração de ações executivas, caracterizadas por alguma morosidade, podendo operar através de outras formas mais céleres, designadamente, mediante a compensação nos montantes que o Estado membro infrator receberia a título de fundos comunitários.

Relativamente às execuções coercivas de decisões que consubstanciam título executivo proferidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais quando atuem na qualidade de tribunais comuns de aplicação do direito da UE, as mesmas ocorrem nos precisos termos aplicáveis às ações

¹⁹³ Neste âmbito, sem embargo dos eventuais deveres relacionados com a execução do acórdão anulatório, do TG ou do TJ, que possam recair sobre os Estados membros, nomeadamente, de eliminação de medidas nacionais de aplicação ou execução do ato anulado.

¹⁹⁴ Cfr. Giuseppe CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2.ª Ed, Madrid, 1948, p. 317.

¹⁹⁵ Em sentido idêntico *vide* a mencionada anotação de Mariana FRANÇA GOUVEIA ao artigo 280.º do TFUE, *in* Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 1005.

¹⁹⁶ Neste sentido Lauria FELICETTA, *Manuale di Diritto delle Comunità Europee*, 3.ª Ed, Milão, 1992, p. 361; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, *cit.*, p. 236.

executivas fundadas nas decisões que esses órgãos tomam quando agem como tribunais nacionais ou de direito interno enquanto corolário do princípio da autonomia processual dos Estados membros, pressupondo o respeito pelos princípios da efetividade do direito da União nas ordens jurídicas internas e da equivalência entre pretensões fundadas naquele ordenamento e no direito nacional.

Independentemente de se tratar de decisões oriundas dos órgãos integrados no TJUE ou dos tribunais nacionais quando desdobrados na função de órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da União, o *direito à execução coerciva* encontra-se especialmente vocacionado para as decisões condenatórias proferidas no âmbito de ações de indemnização movidas contra a UE¹⁹⁷, Estados membros ou outros particulares, na medida em que obrigam ao pagamento de quantias pecuniárias.

IV. O decretamento de medidas provisórias que garantam a eficácia das decisões do processo principal

A efetividade das decisões proferidas pelos tribunais da UE em sentido amplo não estaria assegurada se, diferentemente do que sucede no âmbito da atuação doméstica dos órgãos jurisdicionais dos Estados membros, inexistisse a possibilidade de decretamento, por estes, de medidas provisórias de natureza cautelar destinadas a salvaguardar a utilidade da decisão final alusiva a um instrumento processual principal (ação ou recurso) que, devido à morosidade inerente à tramitação deste, apenas poderá ser tomada mais tarde.

Daí que a tutela jurisdicional efetiva compreenda, além da eventual execução coerciva das decisões judiciais proferidas no âmbito de um instrumento adjetivo de natureza declarativa, também a possibilidade de decretamento de providências cautelares, tanto pelos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE, como pelos seus homólogos nacionais quando atuem como órgãos comuns de aplicação do direito da UE. Tais medidas visam assegurar a eficácia da decisão proferida no âmbito do processo principal, bem como evitar que o requerente das mesmas sofra, em virtude da sua ausência, danos irreparáveis decorrentes da delonga processual¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Cfr. a citada anotação de Mariana FRANÇA GOUVEIA ao artigo 280.º do TFUE, p. 1005.

¹⁹⁸ A esta temática dedicaremos a Parte II deste trabalho.

3.2.2. A garantia da via judiciária

A garantia da via judiciária de salvaguarda do direito da UE encontra-se consagrada expressa e explicitamente, ainda que cingida às jurisdições nacionais, no segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, onde se determina que "*Os Estados membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União*"¹⁹⁹. Esta incumbência, introduzida no direito positivo pelo Tratado de Lisboa, vai de encontro a uma velha exigência decorrente dos Tratados, para a qual o TJ há muito chamou a atenção²⁰⁰ e à qual subjaz o princípio da cooperação leal hoje previsto no n.º 3 do artigo 4.º do TUE²⁰¹.

Tal garantia está também consagrada de forma expressa mas implícita, no tocante às jurisdições inseridas no TJUE, na restante parte do artigo 19.º do TUE e, bem assim, nos artigos 251.º a 281.º do TFUE. Neste âmbito e não obstante a extensão normativa que a garantia da via judiciária merece ao nível dos Tratados, permanece um velho problema: o acesso restrito dos particulares ao TJ e ao TG.

Uma questão que, neste particular, pode ser colocada é a de saber como articular estes dois segmentos da **interjurisdicionalidade**.

Uma sugestão de resposta passa por uma interpretação atualista do sentido jurisprudencial vertido pelo TJ no acórdão *UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO*²⁰², épico em matéria de tutela jurisdicional efetiva.

Aí foi aclarado que o Tratado de Roma, através dos artigos 230.º e 241.º (atuais artigos 263.º e 277.º), por um lado, e artigo 234.º (hoje artigo 267.º), por outro, estabeleceu um sistema completo de vias de recurso e de instrumentos processuais destinado a garantir a fiscalização da legalidade dos atos das instituições, confiando-a ao juiz comunitário. Nesse sistema, os particulares que, em virtude das condições de admissibilidade previstas no quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE, não podem impugnar diretamente atos europeus de alcance geral (v. g. regulamentos), têm a possibilidade, conforme os casos, de alegar a invalidade dos mesmos, quer a título incidental, ao abrigo do artigo 277.º (relativo à exceção de ilegalidade) do Tratado, perante o juiz comunitário, quer perante os órgãos jurisdicionais nacionais que, não sendo competentes para declarar a invalidade dos referidos atos, podem interrogar a este respeito o TJ

¹⁹⁹ Cfr. Cecilia SJÖSTRAND, *Effective Judicial Protection of Individuals - A duty for the Court of Justice or the National Courts*, Lund, 2011, p. 4.

²⁰⁰ Nomeadamente, no n.º 41 do citado acórdão *UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO*, na sequência do prolapado no mencionado acórdão *JOHNSTON*, n.º 18.

²⁰¹ Cfr. Rui T. LANCEIRO, *O Tratado de Lisboa e o princípio da cooperação leal*, in *Cadernos O Direito*, 2010, pp. 283 e ss.

²⁰² Consolidando, aliás, um entendimento oferecido no anterior e já citado aresto *OS VERDES vs. PE*.

através do instrumento das questões prejudiciais (hoje previsto no artigo 267.º do TFUE). O Tribunal concluiu que "*Compete, assim, aos Estados membros prever um sistema de vias de recurso e de instrumentos processuais que permita assegurar o respeito do direito a uma tutela jurisdicional efetiva*"²⁰³, exigência que inspirou a redação do mencionado segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE²⁰⁴.

A garantia da via judiciária comporta dimensões *materiais, organizatórias e funcionais*²⁰⁵, traduzidas, respetivamente, (i) na necessidade de assegurar a defesa de pretensões de natureza subjetiva conferidas pelo direito da União e tituladas pelos particulares, bem como da objetiva legalidade europeia, através de instrumentos processuais juridicamente adequados a assegurar o controlo da atividade administrativa subjacente às relações que se estabelecem entre a UE e os particulares (administração direta), bem como entre estes e os Estados membros enquanto extensão da administração pública europeia (administração indireta), mas também, já fora da atividade administrativa, das relações que se estabeleçam entre a UE e os Estados membros e entre os próprios particulares desde que reguladas pelo direito da União; (ii) na exigência de na UE existir uma função jurisdicional operativa que contrabalance o exercício dos poderes legislativo e executivo no seio da mesma organização internacional; e (iii) no imperativo de tal função garantir efetivamente a salvaguarda dos direitos subjetivos e interesses legítimos, principalmente fundamentais, conferidos pelo ordenamento da União, mas também da estrita legalidade europeia, vedando uma inexecuibilidade prática por falta de instrumentos adjetivos, o que reclama a existência de institutos de direito substantivo (v. g. responsabilidade civil extracontratual) que garantam o ressarcimento dos danos causados pela adoção de comportamentos contrários ao direito da UE, *maxime* dos poderes públicos (UE e Estados membros quando apliquem direito da União) mas também dos particulares.

3.2.3. As principais garantias processuais

Vimos já que a tutela jurisdicional efetiva no direito da UE exige um *processo devido em direito* (*due process of law*), ou seja, um procedimento legal, justo e adequado, tanto ao nível formal como substancial, de acesso ao direito e de realização do direito através dos tribunais da União.

²⁰³ Cfr. n.ºs 40 e 41.

²⁰⁴ Cfr. José Narciso da CUNHA RODRIGUES e António José ROBALO CORDEIRO, em comentário ao artigo 19.º do TUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 98.

²⁰⁵ Assim J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, pp. 275 e ss.

Sendo a realização do direito levada a cabo através da *conformação jurídica do processo*, o direito da UE, sobretudo através da jurisprudência do TJ relativa à edificação do sistema comunitário de proteção de direitos fundamentais²⁰⁶, foi revelando um conjunto de princípios e normas que podemos denominar de garantias processuais específicas do direito sancionatório, nas quais podemos apontar as relativas (i) à presunção de inocência; (ii) à proibição da dupla incriminação (*non bis in idem*); (iii) à exigência de *nulla poena sine legem*; (iv) e à proteção dos direitos de defesa.

Paralelamente, os Tratados e a CDFUE positivaram garantias processuais de caráter geral. O TFUE consagrou (i) a relativa ao direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição²⁰⁷; a CDFUE ocupou-se (ii) da garantia traduzida no princípio do juiz natural.

Este curto catálogo que apresentamos evidentemente não se afigura exaustivo e dá por adquiridas outras exigências processuais básicas, igualmente decorrentes do direito de *due process of law*, como as que dizem respeito (i) à publicidade do processo e das audiências ou (ii) à necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Relembre-se ainda (iii) a garantia de os tribunais serem órgãos independentes e imparciais; com efeito, a independência dos juízes no exercício da função jurisdicional, assegurada pela garantia de não interferência dos outros titulares dos poderes públicos, constitui uma dos pilares na edificação do Estado de direito, logo também de uma União de direito.

I. O direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição

Uma importante garantia processual que o TFUE prevê a coberto da tutela jurisdicional efetiva é a relativa ao *duplo grau de jurisdição*, a qual só é possível se existir um *direito ao recurso*, sem embargo de se poder levantar a questão da falta de coincidência entre ambos os conceitos. De facto, num plano concetual, direito ao recurso e direito ao duplo grau de jurisdição não coincidem necessariamente na medida em que o primeiro implica o direito à obtenção de uma sentença de mérito proferida por um tribunal distinto e superior ao que emitiu a decisão

²⁰⁶ Sobre este sistema *vide infra* Capítulo III da presente Parte.

²⁰⁷ As *garantias processuais* previstas nos Tratados não devem ser confundidas com o as garantias que têm em vista *procedimentos* juridicamente adequados para o desenvolvimento de alguma da atividade administrativa levada a cabo por alguns órgãos (v. g. pelo Provedor de Justiça Europeu) e instituições (v. g. pelo PE ou pela Comissão) da UE. As existentes neste âmbito trata-se de garantias graciosas (ou administrativas) e não jurisdicionais (ou contenciosas) situando-se por isso fora do âmbito da tutela jurisdicional efetiva. Previstas na alínea d) do n.º 2 do artigo 20.º e nos segundo a quarto parágrafos do artigo 24.º, e desenvolvidas nos artigos 227.º e 228.º, todos do TFUE, as principais *garantias procedimentais* positivadas no referido Tratado são as seguintes: (i) o direito de queixa perante o Provedor de Justiça Europeu; (ii) o direito de petição ante o PE; e (iii) o direito de o particular se dirigir às instituições e órgãos da UE numa das línguas dos Tratados e de obter uma resposta na mesma língua. Fora dos Tratados permanece o direito de queixa dos particulares perante a Comissão.

impugnada; o direito ao recurso não significa, porém, necessariamente a existência de um duplo grau de jurisdição no sentido de reapreciação do julgamento feito no tocante à matéria de facto.

Na verdade, apenas existirá duplo grau de jurisdição, pelo menos pleno, se as decisões dos juízes puderem ser impugnadas mediante recurso no qual se conheça novamente da matéria de facto, a fim de não apenas se obviar ao cometimento de erros judiciários na apreciação e valoração da prova, como também para se obter de forma mais segura uma decisão conforme à verdade material. Nesta medida, a garantia do duplo grau de jurisdição não coincide totalmente com a sua homóloga relativa ao direito ao recurso, uma vez que o objeto possível dos recursos pode ser dividido entre *questões de direito* e *questões de facto*²⁰⁸.

No âmbito das jurisdições da UE em sentido restrito, isto é, compostas pelos tribunais organicamente pertencentes à União ou inseridos no TJUE, não se levantam dúvidas relativamente à consagração do direito ao recurso²⁰⁹. Com efeito, tanto o TFUE como o Estatuto do TJUE salvaguardam, em termos que aprofundaremos no capítulo seguinte, tanto o direito de recurso das decisões dos tribunais especializados (leia-se do TFP) para o TG²¹⁰, como das decisões deste para o TJ²¹¹. Não obstante, não é menos certo que tal direito se afigura não latitudinário a todo o contencioso da UE *stricto sensu*, uma vez que o TJ também aprecia litígios em primeira instância (v. g. nas ações por incumprimento) sem que as suas decisões possam ser impugnadas através de recurso.

Mais discutível se afigura a existência, de forma plena, da garantia do duplo grau de jurisdição, uma vez que as normas do TFUE e do Estatuto do TJUE alusivas aos recursos ressalvam expressamente que os mesmos encontram-se limitados "*às questões de direito*". Com efeito, a possibilidade de tais recursos incidirem também sobre questões de facto surge a título excecional e eventual, além de restrita aos recursos interpostos das decisões dos tribunais especializados para o TG, uma vez que o terceiro parágrafo do artigo 257.º do TFUE prevê a recorribilidade das decisões daqueles para este, sendo que tais recursos, como acontece em regra, estão limitados à matéria de direito; nos termos da mesma disposição pode, porém, o regulamento que cria um tribunal especializado prever que esses recursos abranjam também questões de facto. Ora, a História demonstra que até hoje foi criado apenas um tribunal

²⁰⁸ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pp. 493 e 494; Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *op. cit.*, pp. 354 e 355.

²⁰⁹ Não obstante a importância desta garantia se afigure inquestionável, o surgimento da mesma afigura-se recente, uma vez que ela remonta ao aparecimento do TPI (atual TG), criado por ocasião do AUE. Cfr. Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, cit., p. 6.

²¹⁰ Cfr. primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 256.º do TFUE e artigos 9.º e ss. do Anexo ao Estatuto do TJUE, relativo ao TFP.

²¹¹ Cfr. segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 256.º do TFUE e artigos 56.º e ss. do Estatuto do TJUE.

especializado, o TFP, sendo que o Anexo ao Estatuto do TJUE limita os recursos das decisões deste a questões de direito²¹².

II. A garantia do juiz natural ou legal

A garantia do juiz natural ou legal (*Lawful judge; gesetzlicher Richter; juge légal*) foi expressamente consagrada no segundo parágrafo do artigo 47.º da CDFUE ao estabelecer o direito de toda a pessoa a que o julgamento da sua causa, além de ocorrer de forma equitativa, publicamente e em prazo razoável, seja realizado por um tribunal independente e imparcial "previamente estabelecido por lei"²¹³. Trata-se de um princípio-garantia há muito consagrado nas Constituições nacionais, designadamente, no I § do artigo 101.º da *GG*, no n.º 2 do artigo 24.º da *Constitución Española*, no artigo 25.º da Constituição Italiana ou ainda no n.º 9 do artigo 32.º da CRP, embora nesta restrita às garantias do processo penal; bem como na CEDH (artigos 6.º e 32.º e seguintes)²¹⁴. A CDFUE estabelece tal princípio como uma garantia processual geral, isto é, extensível a todas as jurisdições (criminal, cível, administrativa, laboral, etc.).

A garantia do juiz natural significa que os órgãos investidos na função jurisdicional viram a sua competência determinada através de critérios objetivos constantes de lei anterior, não podendo posteriormente coartar, violar ou desrespeitar essa competência legal predefinida²¹⁵. Extensível ao domínio dos recursos interpostos contra as decisões dos tribunais inferiores, a qualquer sujeito processual assiste o direito de ver a sua causa julgada e reapreciada pelos tribunais da UE cuja competência foi predeterminada por lei.

Mas não só. Além de condicionar o desempenho da função jurisdicional tanto ao nível dos Estados membros como da UE, a garantia do juiz legal ou natural tem repercussões no âmbito do princípio democrático na medida em que conforma a atuação dos órgãos nacionais e das instituições europeias com funções legislativas. Na verdade, não poderá a lei nacional, um regulamento europeu ou mesmo um tratado internacional frustrar tal garantia.

O princípio do juiz natural é especialmente importante no âmbito do sistema jurisdicional da União, onde as competências inerentes à função judicial se repartem entre os órgãos

²¹² Artigo 11.º, o qual aliás reproduz, *mutatis mutandis*, o artigo 58.º do Estatuto, este relativo aos recursos das decisões do TG para o TJ.

²¹³ Esta disposição da CDFUE veio completar algumas disposições dos Tratados que já consagravam tal princípio embora de forma implícita, como sejam os artigos 19.º do TUE, e 251.º e seguintes do TFUE; e os ex-artigos 68.º do TCE; 35.º e 46.º do TUE, eliminados com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Cfr. Maria Luísa DUARTE, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem - uma defesa do "triângulo judicial europeu"*, in Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, II, Coimbra, 2006, p. 206, nota de rodapé n.º 2.

²¹⁴ Cfr. Ireneu CABRAL BARRETO, *op. cit.*, p. 187.

²¹⁵ Cfr. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *op. cit.*, p. 362; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição..., cit.*, p. 525.

integrados no TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais quando convocados a aplicar direito da União de acordo com o *princípio da competência de atribuição* previsto especificamente para a relação entre os referidos tribunais no artigo 274.º do TFUE (ex-artigo 240.º do TCE e ex-ex-artigo 183.º do TCEE). Não poderá uma eventual revisão dos Tratados que incida sobre esta matéria determinar nos processos já existentes alterações à competência, quer de uns quer de outros; os efeitos temporais de tais alterações deverão necessariamente ser prospectivos (*ex nunc*).

III. As garantias no âmbito do direito sancionatório

Particularmente relevantes afiguram-se ainda as garantias processuais não gerais, mas específicas do direito sancionatório (penal, contraordenacional, disciplinar, etc.).

Na verdade, desde cedo que os órgãos em que se desdobra o TJUE referiram que um dos princípios gerais de direito da UE é o relativo ao **respeito dos direitos de defesa**, o qual constitui uma garantia dos interessados nos processos em que possa haver lugar à aplicação de sanções²¹⁶. Segundo o TJ, "*o respeito pelos direitos da defesa, em qualquer processo iniciado contra um terceiro e susceptível de culminar num acto que afecte os seus interesses, constitui um princípio fundamental de direito comunitário e deve ser garantido, mesmo na falta de regulamentação específica*"²¹⁷, tendo o TPI acrescentado que tal princípio "*exige que todas as pessoas em relação às quais possam ser tomadas decisões que afectem os seus interesses sejam colocadas em condições de dar utilmente a conhecer o seu ponto de vista em relação às acusações que contra elas existem e em que a Comissão se baseia para tomar a decisão em causa*"²¹⁸.

As garantias processuais privativas do direito sancionatório são um aspeto particularmente relevante na medida em que elas devem estar presentes na atividade levada a cabo pela Comissão enquanto "guardiã dos Tratados", principalmente quando, relativamente às empresas que atuam no mercado interno, pretende aplicar sanções pela violação das regras europeias relativas à proteção da concorrência, mais concretamente as constantes do direito originário, nomeadamente, nos artigos 101.º (relativo à proibição de certos acordos entre empresas) e 102.º (atinentes à proibição do abuso de posição dominante) do TFUE, ou as previstas no direito

²¹⁶ Acórdãos ACF CHEMIEFARMA vs. COMISSÃO, de 15 de julho de 1970, proc. 41/69, Col. 1980, pp. 450 e ss, n.º 56; CONTINENTAL CAN e o. vs. COMISSÃO, de 21 de fevereiro de 1973, proc. 6/72, Col. 1973, pp. 113 e ss.

²¹⁷ Acórdãos PAÍSES BAIXOS e o. vs. COMISSÃO, de 12 de fevereiro de 1992, procs. apensos C-48/90 e C-66/90, Col. 1992, pp. I-627 e ss, n.º 44; FISKANO vs. COMISSÃO, de 29 de junho de 1994, proc. C 135/92, Col. 1994, pp. I-2899 e ss, n.º 39; e MEDIOCURSO vs. COMISSÃO, de 21 de setembro de 2000, proc. C-462/98 P, Col. 2000, pp. I-7196 e ss, n.º 36.

²¹⁸ Acórdão LIRESTAL e o. vs. COMISSÃO, de 6 de dezembro de 1994, proc. T-450/93, Col. 1994, pp. II-1180 e ss, n.º 42, confirmado pelo TJ no acórdão COMISSÃO vs. LIRESTAL e o, de 24 de outubro de 1996, proc. C-32/95 P, Col. 1996, pp. I-5387 e ss, n.º 21.

derivado, designadamente, no Regulamento (CE) n.º 139/2004, do Conselho, de 20 de junho de 2004, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas²¹⁹.

Por outro lado, também convirá ter presente que a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, em 1993, permitiu, por um lado, instituir a UE e, por outro, introduzir duas formas de cooperação intergovernamental entre os Estados membros que visavam completar as Comunidades Europeias cujo funcionamento assentava no método da integração supranacional e nas quais a UE começava por se fundar. Referimo-nos, logicamente, aos antigos segundo e terceiro pilares, sendo que este último começou por contemplar a política de cooperação levada a cabo nos domínios da justiça e dos assuntos internos (CJAI), tendo mais tarde, com o início de vigência do Tratado de Amesterdão, ficado cingido à matéria da cooperação policial e judiciária em matéria penal (CPJMP)²²⁰; com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, tal temática saiu do TUE para ser integrada no TFUE (*vide* os artigos 82.º a 89.º deste)²²¹.

Sendo evidente que a ação levada a efeito pela UE nos domínios da cooperação judiciária em matéria penal é propícia a interferir com os direitos fundamentais, o segundo parágrafo do n.º 2 do novo artigo 82.º do TFUE, trazido a lume pelo Tratado de Lisboa, prevê uma base jurídica de atuação do Conselho e do PE para, através de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecerem regras mínimas sobre (i) a admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados membros; (ii) os direitos individuais em processo penal; (iii) os direitos das vítimas da criminalidade; e (iv) outros elementos específicos do processo penal previamente identificados por decisão do Conselho. Essas regras, cujo conjunto visa uma aproximação dos regimes nacionais, constituem uma condição para a concretização do princípio do reconhecimento mútuo no espaço da UE de decisões judiciais oriundas dos tribunais dos Estados membros sobre matéria criminal de dimensão transfronteiriça, no qual assenta a cooperação judiciária (n.º 1 do artigo 82.º do TFUE)²²². No horizonte estará, pois, uma *harmonização* entre os direitos processuais penais nacionais, a qual deverá ter em devida conta o

²¹⁹ Sobre os principais institutos do direito europeu da concorrência *vide* João MOTA DE CAMPOS, *Direito Comunitário*, III Vol: o ordenamento económico, 2.ª Ed, Lisboa, 1997, pp. 489 e ss, 501 e ss, 541 e ss, e 559 e ss; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, pp. 567 e ss; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 388 e ss. e 407 e ss; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, pp. 643 e ss e 709 e ss.

²²⁰ Através do Tratado de Amesterdão operou não somente a *comunitarização parcial* das matérias que eram contempladas pelo terceiro pilar aquando da sua configuração originária, como ainda foi instituído um novo objetivo ao nível da UE (constante do quarto travessão do artigo 2.º do TUE, na redação que vigorou até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa) dividido numa vertente comunitária e numa vertente intergovernamental: a criação do espaço de liberdade, segurança e justiça. Sobre esta matéria *vide* a nossa dissertação de mestrado, intitulada *O princípio da flexibilidade...*, *cit.*, pp. 228 e ss. e 273 e ss.

²²¹ Já a PESC (antigo segundo pilar) permanece regulada no TUE.

²²² Tratando-se de um regime mínimo admite-se que os Estados membros queiram manter ou introduzir níveis mais elevados de proteção das pessoas, como se ressalva no terceiro parágrafo do n.º 2, apesar de as divergências de regimes daí resultantes desafiarem o princípio da segurança jurídica dos cidadãos da UE relativamente aos direitos processuais de que dispõem no espaço da União. Cfr. Adán NIETO MARTÍN, *Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal*, in *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Estudios de Derecho Judicial, Separata n.º 61, 2004, p. 36.

princípio do respeito pelas diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados membros proclamado desde logo nos n.ºs 1 e 3 do artigo 67.º, mas também no n.º 2 do artigo 82.º, ambos do TFUE²²³.

Acresce ainda que os sistemas de justiça penal dos Estados membros consagram ao nível constitucional determinadas garantias processuais mínimas, as quais também surgem positivadas em textos de direito internacional como a CEDH²²⁴. Daí que, primitivamente a jurisprudência do TJ e posteriormente a CDFUE consagrem garantias específicas do direito sancionatório, designadamente (adjetivo e substantivo) penal, às quais subjaz uma *ratio legis* de tutela jurisdicional efetiva, como as relativas (i) à *presunção de inocência*, (ii) à *proibição da dupla incriminação*, (iii) à *nulla poena sine legem*, e (iv) à *proteção dos direitos de defesa*. Analisemo-las sumariamente.

A garantia atinente à *presunção de inocência*, surgindo consagrada no n.º 1 do artigo 48.º da CDFUE, bem como no n.º 2 do artigo 6.º da CEDH²²⁵ e nas Constituições nacionais (v. g. n.º 2 do artigo 32.º da CRP; n.º 2 do artigo 24.º da Constituição Espanhola e artigo 27.º da Constituição Italiana), envolve o princípio *in dubio pro reo* enquanto regra relativa à apreciação da prova, segundo a qual as situações de *non liquet* em matéria probatória devem ser valoradas em sentido favorável ao arguido, determinando que se considerem não provados os factos incriminadores²²⁶.

A segunda garantia também é conhecida pelo brocardo *non bis in idem*. Consagrada na jurisprudência do TJ²²⁷ e em algumas Constituições nacionais (*vide* n.º 5 do artigo 29.º da CRP; III § do artigo 103.º da GG), ela surge no artigo 50.º da CDFUE e proíbe o duplo julgamento penal, bem como a dupla punição pela prática do mesmo crime²²⁸.

²²³ Cfr. Anabela MIRANDA RODRIGUES, em comentário ao artigo 82.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, pp. 430 e 431.

²²⁴ Cfr. Ireneu CABRAL BARRETO, *op. cit.*, pp. 206 e ss.

²²⁵ Igualmente, no n.º 1 do artigo 11.º da DUDH e no n.º 2 do artigo 14.º do PIDCP.

²²⁶ Cfr. Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6.ª Ed, Haia, 2001, p. 50; Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *op. cit.*, p. 356; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, *cit.*, p. 518.

²²⁷ Acórdão WALT WILHELM e o, de 13 de fevereiro de 1969, proc. 14/68, Col. 1969, pp. 1 e ss, n.ºs 10 e 11. Não obstante, no mesmo aresto, o Tribunal também declarou que não colide com tal garantia o facto de uma empresa poder ser arguida em dois processos distintos pela celebração de um acordo restritivo da concorrência entre Estados membros e proibido pelo artigo 101.º do TFUE, contando que um dos processos seja instaurado pela Comissão por violação do referido preceito, e o outro seja movido pelas autoridades nacionais por desrespeito do direito interno. Com efeito, trata-se de processos que prosseguem finalidades distintas, já que o primeiro tem em vista os eventuais efeitos nefastos de tais acordos no comércio intracomunitário, ao passo que o segundo terá em consideração as possíveis consequências dos mesmos acordos somente numa perspectiva doméstica. O TJ colocou apenas uma dupla reserva a este entendimento: a aplicação paralela do direito nacional apenas poderá ser admitida se não prejudicar a *aplicação uniforme* nem o *efeito pleno* (ou útil) do direito comunitário. Por outro lado, ao abrigo das exigências decorrentes da *equidade processual*, também ressaltou que na determinação da sanção, se esta implicar uma cumulação de castigos decorrente da duplicação de processos, se tenha em devida conta todas as decisões condenatórias aplicadas anteriormente.

²²⁸ Como lembram Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *op. cit.*, pp. 330 e 331, o sentido a atribuir a esta garantia situa-se na proibição de repetições arbitrárias de julgamentos e de punições, e não num significado

A garantia referente à *nulla poena sine lege* encontra-se consagrada no n.º 1 do artigo 49.º da CDFUE, embora também tivesse sido objeto de prévia revelação pelo TJ²²⁹, vislumbrando-se também nas Constituições nacionais (v. g. n.ºs 1, 3 e 4 do artigo 29.º da CRP; III § do artigo 103.º da GG; artigo 25.º da Constituição Italiana e n.º 1 do artigo 25.º da Lei Fundamental Espanhola) e no n.º 1 do artigo 7.º da CEDH. Subjaz-lhe os princípios da *legalidade penal* e da *não retroatividade da lei criminal desfavorável*. Com efeito, uma garantia política dos particulares (*maxime* dos cidadãos) face ao poder punitivo (principalmente, de âmbito penal e exercido pelos Estados) radica no facto de este, a montante, depender por excelência dos órgãos de soberania com competência legislativa, *maxime* dos Parlamentos, a quem compete a definição dos comportamentos que se consideram crime e das respetivas penas; por outro lado, proíbe-se a retroatividade da lei penal incriminadora, isto é, de disposições que qualifiquem determinados comportamentos como crime²³⁰, ao mesmo tempo que a aplicação de disposições criminais a factos ocorridos no passado é imposta se as mesmas forem de conteúdo mais favorável ao infrator²³¹.

A garantia relativa à salvaguarda das prerrogativas de defesa, anteriormente enunciada na jurisprudência comunitária²³² e desde há muito constante das Constituições nacionais (*vide* n.º 1 do artigo 32.º da CRP; artigos 24.º e 111.º da Constituição Italiana; n.º 2 do artigo 24.º da Constituição Espanhola) e do n.º 3 do artigo 6.º da CEDH, encontra-se também presente no n.º 2 do artigo 48.º da CDFUE. Esta trata-se de uma norma não programática, mas antes que determina que é em função das circunstâncias de cada caso que se estabelecerá o conteúdo específico dos direitos de defesa, naturalmente no quadro dos princípios constitucional e legislativamente estabelecidos pelo direito interno de cada Estado membro. O respeito pelos direitos de defesa abrange, portanto, todos os meios processuais que em concreto se afigurem idóneos e necessários para permitir ao arguido que se faça ouvir sobre os meios de prova e razões de direito apresentadas para sustentar a acusação movida contra si e perante o julgador,

relacionado com a intangibilidade do caso julgado ao abrigo do qual estariam vedadas as revisões de penas aplicadas, por força da entrada em vigor de leis que estabelecem penas mais leves para os mesmos crimes. Cfr. Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 84; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição..., cit.*, p. 497.

²²⁹ Acórdão KÖNECKE, de 25 de setembro de 1984, proc. 117/83, Rec. 1984, pp. 3292 e ss, n.º 11.

²³⁰ Assim J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria..., cit.*, pp. 263 e 264, relacionando tal proibição com o princípio da proteção da confiança no âmbito do direito da UE. Cfr. Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 86.

²³¹ No âmbito da CRP ver Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *op. cit.*, pp. 326, 329 e 330; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição..., cit.*, pp. 494 a 496.

²³² Acórdãos HOFFMANN-LA ROCHE *vs.* COMISSÃO (HOFFMANN-LA ROCHE II), de 13 de fevereiro de 1979, proc. 85/76, Col. 1979, pp. 221 e ss, n.ºs 9 e 14; MICHELIN *vs.* COMISSÃO, de 9 de novembro de 1983, proc. 322/81, Rec. 1983, pp. 3466 e ss, n.º 7; HOECHST *vs.* COMISSÃO, de 21 de setembro de 1989, procs. apensos 46/87 e 227/88, Col. 1989, pp. 2919 e ss, n.º 19.

com o objetivo de se defender²³³. Esta garantia processual tem subjacente, além do direito ao *due process of law*, o *princípio da autonomia processual dos Estados membros*, uma vez que é no quadro das garantias de defesa e dos princípios previstos nas Constituições e nas leis nacionais que cada Estado membro estabelecerá que instrumentos são esses. Isto, naturalmente, no quadro da atuação dos tribunais nacionais enquanto órgãos comuns de aplicação do direito da UE.

Naturalmente, também os órgãos integrados no TJUE, quando mobilizados a resolver os litígios que se insirem na sua esfera competencial, devem assegurar o respeito destas garantias processuais.

3.2.4. Positivção no quadro dos Tratados

Em virtude da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a tutela jurisdicional efetiva surge hoje positivada expressa e explicitamente no TUE em complemento de uma pré-existente positivção expressa embora implícita.

Ao determinar que "*Os Estados-membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União*", o segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE exorta aqueles, enquanto entes soberanos dotados de tribunais a quem compete o exercício da função judicial nos respetivos territórios e de legisladores democráticos que elaboram as leis internas de processo, a garantirem a salvaguarda jurisdicional útil e eficaz (ou seja, plena) sobretudo dos direitos subjetivos e interesses legítimos conferidos aos particulares pela ordem jurídica da União bem como da objetiva legalidade europeia. Na verdade, numa União de direito composta por Estados membros igualmente de direito as pretensões de natureza subjetiva (direitos, principalmente fundamentais, e interesses legítimos) atribuídas pela respetiva ordem jurídica não podem esbarrar em obstáculos relacionados com a inexistência de órgãos jurisdicionais competentes para o seu reconhecimento ou de leis adjetivas e instrumentos processuais através dos quais tais pretensões são efetivadas judicialmente²³⁴. Em homenagem a um velho brocardo a que o ordenamento da UE não pode ser alheio e que reza *ubi ius ibi remedium*, aos direitos devem corresponder instrumentos processuais que permitam efetivá-los.

²³³ Embora restritos ao âmbito nacional português, isto é, à garantia consagrada no n.º 1 do artigo 32.º da CRP, assim Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *op. cit.*, p. 354; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, *cit.*, p. 516. No âmbito da UE *vide* Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 51.

²³⁴ Cfr. o citado comentário ao artigo 19.º do TUE de José Narciso da CUNHA RODRIGUES e António José ROBALO CORDEIRO, p. 98.

A tutela jurisdicional efetiva surge ali como uma garantia atribuída primordialmente aos particulares e tem em vista sobretudo as atuações das autoridades administrativas dos Estados membros enquanto extensão da administração pública europeia, mas também as condutas dos próprios particulares desde que situadas "*nos domínios abrangidos pelo direito da União*", isto é, quando é a ordem jurídica europeia - e não o direito interno - a fornecer os parâmetros de atuação tanto às referidas autoridades nacionais, a quem compete aplicá-lo e executá-lo, como aos particulares quando devam reger as suas condutas pelo mencionado ordenamento europeu já que eles também são destinatários de obrigações neste previstas.

Esta positivação da tutela jurisdicional efetiva, configurada para os Estados membros enquanto sujeitos passivos das garantias a ela inerente, logo para os tribunais nacionais quando atuem como órgãos jurisdicionais comuns da ordem jurídica da União, além de inserir no direito primário uma exigência que já resultava da jurisprudência do TJ, enfatiza ainda uma primitiva consagração também expressa embora implícita de tal tutela. Esta fracionava-se entre o anterior artigo 6.º (atual artigo 2.º) do TUE, no segmento referente ao Estado de direito enquanto princípio (hoje valor) comum aos Estados membros e nessa medida estruturante da própria UE, e o anterior artigo 220.º do TCE (atual segunda parte do primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE), ao investir o então TJCE na função de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do referido Tratado²³⁵.

3.2.5. A natureza híbrida da tutela jurisdicional efetiva

I. Como princípio geral de direito da União Europeia

É um dado assente que o controlo jurisdicional do respeito do direito da UE levado a efeito tanto pelos órgãos integrados no TJUE como pelos órgãos jurisdicionais nacionais quando agem como tribunais comuns daquele direito, cujo conjunto, aliás, forma as jurisdições da União em sentido amplo, passa frequentemente pela invocação dos chamados *princípios gerais de direito*²³⁶. Dotados de um valor jurídico idêntico aos Tratados²³⁷, o que implica a sua inclusão no

²³⁵ Cfr. Jean Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, cit., pp. 377 e 378. Com efeito, desta norma já decorria a competência interpretativa dos Tratados não exclusiva do TJCE, uma vez que os órgãos jurisdicionais nacionais, como tribunais comuns de aplicação do direito da UE, sempre colaboraram na interpretação dos referidos textos, sem embargo de o TJ se afigurar como o seu intérprete supremo. Vide também Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 141.

²³⁶ Ou "*princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros*" se quisermos citar a fórmula empregue no artigo 340.º do TFUE.

²³⁷ Como lembra FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., pp. 19 e 20, existem autores que situam tais princípios a um nível superior ao dos próprios Tratados, vendo neles o "*núcleo do corpus iuris europeu*" ou o

direito primário, a utilidade dos referidos princípios reside numa importante tarefa de densificação de decorrências de normas positivas expressas que se afiguram pertinentes para a resolução das situações jurídicas *sub judice*. Na verdade, essas disposições caracterizam-se nuns casos por uma ampla liberdade e discricionariedade interpretativa, noutros pela ausência de clareza e precisão, noutras situações ainda por uma escassez de determinações individualizáveis (exceção feita às decisões) e, por vezes pela falta de aplicabilidade direta nos ordenamentos nacionais (v. g. no caso das diretivas). Por estas razões, tais princípios são, em primeiro lugar, objeto de revelação, a qual tem estado a cargo sobretudo do TJ²³⁸; no passo seguinte a esse labor declarativo, isto é, na sua aplicação a casos concretos e reais da vida, também participam os órgãos jurisdicionais nacionais enquanto *juízes comuns de aplicação do direito da UE*.

O recurso aos princípios gerais de direito da União apresenta, por outro lado, várias vantagens, destacando-se a prevenção de situações de *non liquet* mediante a investitura dos órgãos jurisdicionais da UE em sentido amplo no dever de decidirem todos os litígios submetidos às suas jurisdições. Nessa tarefa, os referidos princípios auxiliam decisivamente os tribunais na apreciação de casos cuja resolução passa pela interpretação e aplicação do direito da UE, desobstruindo situações marcadas por alguma obscuridade tanto no plano dos factos como, sobretudo, no aspeto do direito. Os princípios gerais do direito da UE também permitem, pois, a integração de lacunas e a resolução de problemas interpretativos²³⁹.

Muito embora a fórmula empregue no artigo 340.º do TFUE, onde se inspira a expressão "princípios gerais de direito", apele "somente" aos "*princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros*", onde se destacam os que resultam das suas tradições constitucionais comuns²⁴⁰, a verdade é que o conjunto dos princípios gerais de direito da União acaba por ser mais amplo²⁴¹. Assim e para além dos que emergem dos direitos (*maxime* constitucionais) dos Estados membros, destacam-se igualmente (i) os *princípios gerais inspirados no direito internacional*; e (ii) os *princípios gerais alcançados a partir do próprio direito da UE e*

"repositório dos valores que constituem o património jurídico comum da União Europeia". É o caso de Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, cit., p. 20, que defende a prevalência dos princípios gerais sobre o direito primário sempre que os mesmos "acolham direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, os quais pela sua fundamentalidade ético-jurídica são insusceptíveis de derrogação"; no mesmo sentido Manfred DAUSES, apud Manuel LOPES ROCHA, *op. cit.*, p. 38; Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 908. Contra Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 30; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, cit., p. 348, para quem os princípios gerais de direito situam-se acima do direito derivado mas inferiormente ao originário.

²³⁸ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Justicia Administrativa en el Cambio del Siglo*, in Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra - 1999/2000, Coimbra, 2000, p. 348; Jorge BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, Vol. II, cit., p. 1017.

²³⁹ Cfr. Margarida TELLES ROMÃO, *op. cit.*, pp. 80 a 82.

²⁴⁰ Fórmula também utilizada no n.º 3 do artigo 6.º do TUE.

²⁴¹ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, cit., pp. 347 e ss; Jürgen SCHWARTZ, *Enlargement, the European Constitution and Administrative Law*, in *ICLQ*, 2004 (Vol. 53; n.º 4), p. 971.

inerentes às noções de (primeiramente) Comunidade e (após a entrada em vigor dos Tratados de Maastricht e sobretudo de Lisboa) de União de direito.

Este breve enquadramento justifica-se na medida em que a tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva conferidas pelo ordenamento da União e da objetiva legalidade europeia, insere-se nos princípios gerais. Na realidade, a tutela jurisdicional efetiva tem sido enunciada sob a égide de **princípio geral de direito da UE**²⁴² construído a partir dos ordenamentos dos Estados membros, do direito internacional e da noção de União de direito. Neste tríptico campo de atuação da juridicidade suprema, a que J. J. GOMES CANOTILHO chama de "*pluralismo de ordenamentos superiores*"²⁴³, destacam-se (i) as Constituições nacionais, (ii) a CEDH, e (iii) os Tratados relativos à criação e ao funcionamento da UE, os quais convergem na consagração da tutela jurisdicional efetiva enquanto princípio geral de direito.

Muito embora os princípios gerais de direito da União possam encontrar a sua fonte material nos direitos internos, o que aliás sucede, ainda que não exclusivamente, com o da tutela jurisdicional efetiva, os mesmos valem de acordo com a interpretação ou o entendimento que lhes é dado pela jurisprudência dos órgãos integrados na instituição jurisdicional da UE, *maxime* pelo TJ. Tal princípio, certamente, tem subjacente um móbil de colmatar ou no mínimo atenuar o défice de acesso dos particulares às jurisdições inseridas no TJUE.

II. Como direito fundamental

Sucede, porém, que a conceção da tutela jurisdicional efetiva enquanto princípio geral de direito da União não abarca todas as dimensões daquela, nomeadamente, as garantias processuais e procedimentais que lhe estão subjacentes e cujo cumprimento deve ser assegurado pelos tribunais da UE em sentido amplo. Daí que a tutela jurisdicional efetiva deva ser enquadrada, simultaneamente, enquanto **direito fundamental**²⁴⁴ e instrumental²⁴⁵ dos demais direitos

²⁴² Cfr. José María FERNANDEZ MARTIN, *op. cit.*, p. 845; Erika M. SZYSZCZAK, *Making Europe More Relevant to its Citizens: Effective Judicial Protection*, in *ELR*, 1996 (Vol. 21; n.º 5), p. 351; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, p. 451; *Manual...*, *cit.*, pp. 531 e ss.

²⁴³ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, pp. 688 e 689, e 1354 e ss. Ouçamos um pequeno excerto da sábia e pertinente lição associada à ideia: "*em geral, dizia-se e ensinava-se que a Constituição representava o vértice de um sistema de normas construído sob a forma de pirâmide jurídica que, na sua globalidade, formava a ordem jurídica. Este modelo não tem hoje virtualidades suficientes para captar o relevo jurídico do direito internacional e do direito comunitário. Não há um vértice com uma norma superior; no escalão superior situam-se vários ordenamentos superiores - ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário - cuja articulação oferece inequívocas dificuldades, sobretudo quando qualquer desses ordenamentos disputa a supremacia normativa ou, pelo menos, a aplicação preferente das suas normas e princípios*". Em sentido idêntico, argumentando com a "*pluralidade de fontes jurídicas dotadas de igual legitimidade*" vide Miguel POIARES MADURO, *A Crise Existencial...*, *cit.*, pp. 201 e 212.

²⁴⁴ No citado acórdão JOHNSTON, n.ºs 17 e 18, o TJ qualificou a tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental assente nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros e na CEDH. No despacho do Presidente do TJ, de 29 de janeiro de 1997, proferido no caso ANTONISSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, proc.

subjetivos²⁴⁶ e dos interesses legítimos, *maxime* fundamentais, decorrentes do ordenamento da UE.

Como direito integrante do sistema comunitário de proteção dos direitos fundamentais, a tutela jurisdicional efetiva caracteriza-se (i) por inserir-se na tipologia dos direitos, liberdades e garantias; (ii) por deter uma natureza essencialmente cívica; (iii) por ser um direito subjetivo público, embora temperado com uma componente potestativa; e ainda, em certo sentido, (iv) por ser um direito abstrato.

Como direito, liberdade e garantia, a tutela jurisdicional efetiva insere-se na tipologia das *garantias*, avultando o seu *caráter instrumental de proteção de direitos*²⁴⁷. Apesar de nesta espécie de direitos fundamentais - a que tradicionalmente se opõem os direitos económicos e sociais - predominar a sua natureza *negativa*, traduzida em comportamentos abstencionistas por parte dos sujeitos passivos dos mesmos (*in casu* Estados membros e UE), os quais não devem interferir neles e que inclusivamente valem contra eles²⁴⁸, na tutela jurisdicional efetiva destaca-se a dimensão *positiva* traduzida em várias prestações a cargo dos referidos entes, já que apenas eles podem garantir a existência de um sistema jurisdicional - que inclui a criação de tribunais, leis adjetivas, instrumentos e processos jurisdicionais - que permita aos particulares (*maxime* aos cidadãos) exigir dos poderes públicos a salvaguarda eficaz e plena dos seus direitos²⁴⁹. Em causa está, *prima facie*, a garantia de acesso aos tribunais ou, mais abrangentemente, a garantia da via jurisdicional.

Trata-se também de um direito que ostenta uma componente *cívica* - e não de participação política - embora ausente do leque dos direitos de cidadania europeia *stricto sensu*. Aliás, entre nós, Marcelo REBELO DE SOUSA²⁵⁰ alude ao instituto da cidadania da União, hoje enunciado desde logo na segunda parte do artigo 9.º do TUE, enquanto mecanismo concretizador de um *sentido restrito* de cidadania, composto pelos direitos referidos nos artigos 20.º a 24.º do TFUE,

C-393/96 P (R), Col. 1997, pp. I-444 e ss, n.º 36, aquele órgão referiu-se à "*tutela jurisdicional completa e efectiva*" como sendo um direito dos particulares do qual resulta a possibilidade de estes requererem aos órgãos integrantes do TJUE a concessão de providências cautelares antecipatórias traduzidas no adiantamento de parte da indemnização que lhes seria devida caso o processo principal, uma ação de indemnização contra a UE, fosse decidido favoravelmente ao demandante.

²⁴⁵ Cfr. ANTUNES VARELA, *O direito de ação e a sua natureza jurídica*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 126 (1993), n.º 3831, p. 167; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 689; Patrícia FRAGOSO MARTINS, *Da Proclamação...*, cit., pp. 175 e ss.

²⁴⁶ Assim também Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 266, que destaca a sua instrumentalidade face à proteção dos demais direitos fundamentais; Linda Maria RAVO, *The role of the Principle of Effective Judicial Protection in the EU and its Impact on National Jurisdictions*, in *Sources of Law and Legal Protection*, 2012 (Triestine Lecture, 1), p. 102. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 276.

²⁴⁷ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 394.

²⁴⁸ Assim ocorre mais concretamente com as liberdades.

²⁴⁹ Embora numa perspetiva constitucional interna, assim J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pp. 394 e 490.

²⁵⁰ Cfr. *A Cidadania Europeia - Nível de concretização dos direitos, possibilidade de alargamento e suas implicações*, in *Em torno da revisão...*, cit., pp. 119, 120, e 127 e ss.

ao qual contrapõe uma *aceção ampla* de cidadania europeia, que abrange não apenas aqueles, mas todos os direitos titulados pelos cidadãos europeus e cuja fonte resida no ordenamento da União. Dito de outro modo, os constantes daquele catálogo serão formalmente direitos de cidadania, ao passo que os demais, desde que também decorrentes do direito da UE, serão materialmente direitos de cidadania europeia. Nesta medida, a tutela jurisdicional efetiva trata-se de um *direito de cidadania em sentido material ou amplo*.

Verifica-se existir, neste âmbito, algum trilho a percorrer com vista ao incremento dos direitos de cidadania em sentido formal, sugerindo-se o alargamento ao Provedor de Justiça Europeu da legitimidade processual ativa para, em nome dos cidadãos da União, interpor recursos de anulação contra regulamentos e diretivas, assim se ampliando o programa normativo do direito de queixa perante aquele órgão da administração europeia previsto na alínea d) do n.º 2 do artigo 20.º, no terceiro parágrafo do artigo 24.º, e no artigo 228.º, todos do TFUE.

A tutela jurisdicional efetiva trata-se ainda de um direito *subjetivo público* titulado *prima facie* pelos particulares²⁵¹ e exercido contra os Estados membros quando apliquem direito da União bem como contra a UE; mas com uma componente potestativa²⁵², já que os titulares de tal direito têm a faculdade de interferir na esfera jurídica de outrem, concretamente daqueles dois entes, alterando-a inelutavelmente no sentido em que as respetivas jurisdições, dentro dos contornos das suas competências, terão de dar uma resposta, independentemente do sentido da mesma e nomeadamente da sua (im)procedência ou sequer (in)admissibilidade, às pretensões apresentadas perante elas. Por outro lado, a sua dimensão predominantemente subjetiva não obsta a que o direito à tutela jurisdicional efetiva também possa ser encarado como uma *regra objetiva* transportadora de valores com dimensões éticas.

Enfim, trata-se de um direito que existe em *abstrato* uma vez que o mesmo é independente da existência da situação jurídica concreta para a qual a proteção judicial é requerida; ou seja, o direito à tutela jurisdicional efetiva não se confunde com os direitos subjetivos, substantivos e concretos, cuja salvaguarda se pretenda assegurar em juízo²⁵³.

²⁵¹ Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Ano 125 (1993), n.º 3824, p. 330; e n.º 3825, p. 358; Ano 126 (1993), n.º 3827, pp. 39 e 41; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, pp. 276 e 277.

²⁵² Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Ano 125 (1993), pp. 329 e 358; Ano 126 (1993), n.º 3826, p. 15.

²⁵³ Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Ano 125 (1993) pp. 331 e 359; Ano 126 (1993), n.ºs 3829 e 3830, pp. 104 e 105.

3.2.6. Os titulares do direito à tutela jurisdicional efetiva

Concebida como direito fundamental decorrente da ordem jurídica europeia, a tutela jurisdicional efetiva implica a colocação da questão de saber quem são os seus titulares.

I. Os particulares

Não é necessário alongarmo-nos muito sobre a titularidade do direito à tutela jurisdicional efetiva pelos particulares para inserirmos estes últimos na primeira linha dos sujeitos ativos do referido direito. Em especial os cidadãos, mas também as empresas, poderão, ao abrigo da tutela jurisdicional efetiva, reagir judicialmente contra atuações alegadamente ilegais, por serem ofensivas dos seus direitos subjetivos ou interesses legítimos derivados do direito da União, praticadas tanto pelas instituições, órgãos ou organismos europeus, isto é, pela autoridade pública (direta) comunitária, como das administrações públicas nacionais quando executem ou apliquem aquele direito, ou seja, enquanto extensão da administração pública (indireta) da União. Este último cenário surgirá, aliás, em regra, sendo proporcionado não só pela limitação da atuação do TJUE às competências que resultam dos Tratados, imposta portanto pelo princípio da competência de atribuição, como também, e sobretudo, pelo facto de o direito da UE produzir efeitos na esfera jurídica dos particulares através de medidas nacionais de aplicação ou execução daquele.

II. Os Estados membros?

Sem embargo do supra referido sucede, no entanto, que a colocação do direito à tutela jurisdicional efetiva na órbita jurídica dos particulares é fruto de conceções tradicionais que enquadram os direitos fundamentais previstos nas Constituições nacionais enquanto textos fundamentais organizativos da estrutura interna dos Estados-nação como comunidades políticas organizadas. Aí tais direitos encontram-se concebidos para serem exercidos contra o Estado, que surge como sujeito passivo dos mesmos. Ergue-se, porém, a questão de saber se a tutela jurisdicional efetiva é apanágio dos particulares ou se o direito à mesma poderá ser invocada por outros sujeitos, nomeadamente pelos próprios Estados membros nas relações que estabelecem não com os particulares nem num âmbito estritamente doméstico, saliente-se, mas no plano supranacional europeu com outros homólogos seus ou com a própria UE.

Sem querer afrontar o entendimento segundo o qual os particulares surgem como os principais destinatários do direito à tutela jurisdicional efetiva, não menos verdade é que a UE

corresponde a uma estrutura supraestadual detentora de vastas parcelas de poder político soberano outrora pertencentes aos Estados membros. Estes, ao aderirem à União, transferiram para ela essas porções de atribuições soberanas, passando a partilhá-las democraticamente num plano supranacional²⁵⁴. Não sendo a UE um Estado mas uma organização internacional traduzida numa associação *sui generis* de Estados soberanos, o certo é que os Estados membros e as respetivas ordens jurídicas internas são destinatários de inúmeros atos provenientes dela e aos quais devem obediência. Tais atos podem ser regulamentos, diretivas (as quais têm precisamente por destinatários os Estados membros que designarem) ou decisões (as quais, em alternativa, podem dirigir-se também aos particulares).

Ora, num quadro de integração supranacional, ou seja, situado acima dos Estados membros, também estes se encontram subordinados à autoridade comunitária. Nessa medida, podem eles entender que os seus direitos e interesses, correspondentes à ideia de bem comum²⁵⁵ da respetiva coletividade, estão a ser ilegitimamente afetados por imposições de várias naturezas, oriundas da ordem jurídica da UE ou pelo menos relacionadas com o processo europeu de integração. Tal eventualidade justifica que possam querer ser eles a recorrer a uma jurisdição - necessariamente as inseridas na instituição jurisdicional da UE - legitimados a agir com base no direito à tutela jurisdicional efetiva, para aí verem as respetivas pretensões juridicamente salvaguardadas.

Vejam algumas situações específicas. Por exemplo, perante uma situação de passividade da Comissão na instauração de uma ação por incumprimento contra um Estado membro, pode a iniciativa da propositura de tal instrumento pertencer a outro Estado membro. De igual forma, numa ação por incumprimento movida pela Comissão com o objetivo de a inobservância de obrigações decorrentes dos Tratados ser judicialmente declarada ou, tratando-se de segunda ação, de serem aplicadas sanções pecuniárias em virtude do não acatamento de um acórdão declarativo do incumprimento proferido no âmbito da primeira ação, o Estado membro demandado terá todo o interesse em defender-se das imputações contra si formuladas²⁵⁶. Por outro lado, atuando num plano supranacional através do respetivo quadro institucional ou dos respetivos agentes, a UE pode adotar atos ou comportamentos lesivos dos interesses dos Estados membros, cujo ressarcimento poderá ser pretendido por estes no âmbito de uma ação de

²⁵⁴ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, cit., pp. 73 e 74.

²⁵⁵ Já Jean-Jacques ROUSSEAU lembrava que a ideia de *bem comum*, correspondente ao resultado da vontade geral e esta ao exercício da soberania, está na base do surgimento dos Estados: "...só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade da sua instituição, que é o bem comum: pois, se foi a oposição dos interesses particulares que tornou necessário estabelecer as sociedades, foi a concordância desses mesmos interesses que tornou isso possível". *Vide op. cit.*, p. 32.

²⁵⁶ Como lembra Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., p. 605, o poder sancionatório da UE sobre os Estados membros não pode prescindir de vários princípios, um deles o relativo à garantia do respeito dos direitos de defesa do Estado membro infrator.

indemnização a instaurar contra a União. Mais: o artigo 269.º do TFUE permite ao TJ, a pedido do Estado membro visado por uma decisão do Conselho Europeu de constatação de violações graves e persistentes aos valores referidos no artigo 2.º do TUE ou por uma decisão do Conselho de verificação da existência de riscos manifestos de violações graves dos mesmos valores, que se pronuncie sobre a legalidade dos atos adotados por estas instituições, embora tal controlo judicial se cinja a aspetos processuais. Igualmente, podemos referir ainda a legitimidade processual privilegiada dos Estados membros no âmbito do recurso de anulação ou no quadro da ação por omissão.

Não se levantam dúvidas, portanto, quanto à existência de competências jurisdicionais do TJ que têm em vista a proteção dos direitos e interesses dos próprios Estados membros por atuações de homólogos seus, obviamente desde que conexas com o direito da UE, ou das instituições europeias. Razões que nos levam a entender que os próprios Estados membros, em certa medida, também são titulares do direito à tutela jurisdicional efetiva existente no ordenamento da União, podendo agir judicialmente contra esta ou contra outros Estados membros, ou defender-se de pretensões que estes entes deduzam contra si.

Quase sempre a jurisdição competente para este efeito é a do TJ, na qual recaem litígios entre a Comissão e os Estados membros (ou apenas entre estes) no âmbito da ação por incumprimento; conflitos entre Estados membros e a UE no quadro de ação de indemnização ou entre aqueles e as instituições europeias no quadro do contencioso de legalidade. Já eventuais ações de indemnização instauradas por um Estado membro contra outro Estado membro por danos alegadamente sofridos no âmbito de situações jurídicas que recaiam no ordenamento da União, em regra, inserir-se-ão na esfera competencial dos tribunais nacionais²⁵⁷, sem embargo de um eventual compromisso, celebrado pelos Estados membros envolvidos ao abrigo do artigo 273.º do TFUE (ex-artigo 239.º do TCE e ex-ex-artigo 182.º do TCEE), no sentido de submeter o diferendo ao TJ²⁵⁸.

²⁵⁷ Assim também Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento*, Coimbra, 1997, pp. 116 e 117.

²⁵⁸ Esta competência do TJ, ainda que eventual, ilustra igualmente que o direito à tutela jurisdicional efetiva também radica nos Estados membros.

3.3. As noções de tribunais e de contencioso da União Europeia

3.3.1. Esclarecimento prévio

Remonta à entrada em vigor do Tratado de Lisboa a obtenção de um consenso alargado acerca do léxico relativo ao processo europeu de integração, concretamente em relação aos termos "tribunais da UE" e "contencioso da UE". Com efeito, até à entrada em vigor daquele Tratado eram frequentemente utilizadas as expressões "tribunais comunitários" (especialmente, TJCE) e "contencioso comunitário".

Cumprido recordar que se deve ao início da vigência do Tratado de Maastricht, ou TUE, a criação da União, cuja estrutura assentou em três pilares: o primeiro, de integração supranacional, composto pelas três Comunidades Europeias; o segundo e o terceiro, de cooperação intergovernamental, constituídos respetivamente pela PESC e pela CJAI. De igual modo, o dicionário da integração europeia passou a contemplar, para além do tradicional termo "direito comunitário", o conceito de "direito da União Europeia", não coincidente com aquele.

Consequentemente, desde o Tratado de Maastricht as expressões "tribunais da UE" e "contencioso da UE" passaram a deter legitimidade para coexistirem ao lado dos termos "tribunais comunitários" e "contencioso comunitário"²⁵⁹. Note-se, porém, que o TUE manteve o *nomen* da instituição jurisdicional da UE, referindo-se ora ao TJ (artigos 4.º e 164.º a 188.º do TCE na redação do Tratado de Maastricht) ora ao TJCE (artigo L do TUE), situação que se manteve com os Tratados de Amesterdão e de Nice (nestes, com particular destaque para o novo artigo 35.º do TUE, relativo ao contencioso do antigo terceiro pilar).

Este panorama alterou-se com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, verificando-se, antes de mais, uma alteração quanto à designação da instituição encarregue do exercício da função jurisdicional na União, a qual passou a chamar-se TJUE. Paralelamente, com a absorção pela União da CE, expressão mais importante e com maior visibilidade do antigo primeiro pilar, os termos "tribunais comunitários" e "contencioso comunitário" tornaram-se definitivamente desajustados²⁶⁰ para abranger tanto o aspeto orgânico, como o complexo de instrumentos processuais, que compõem o sistema europeu de garantia jurisdicional²⁶¹, devendo ser

²⁵⁹ Por exemplo, FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, em 2007, chamaram *Contencioso da União Europeia* à segunda edição do seu primitivo *Contencioso Comunitário*, de 2002. No mesmo ano, Miguel MOURA E SILVA também alterou o título principal da coletânea de jurisprudência do TJUE que reuniu e organizou de *Direito Comunitário I* para *Direito da União Europeia*. Já Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, *cit.*, p. 42 defendeu a manutenção da expressão *Contencioso Comunitário*, entendendo ser prematura, aliada a uma renomeação eivada de conotação política, a sua substituição pelo termo *Contencioso da UE*.

²⁶⁰ Se bem que não totalmente, uma vez que a CEEA permanece.

²⁶¹ Ainda assim, com um setor de políticas da UE - a PESC - a manter-se praticamente imune ao controlo jurisdicional.

substituídos pelas expressões "tribunais da UE" e "contencioso da UE"²⁶². Não obstante e como ressalvamos na própria introdução deste trabalho, também nos parece que o adjetivo "comunitário" apresenta uma valência singular a ponto de justificar a sua permanente utilização pela doutrina e jurisprudência.

3.3.2. Os tribunais da União Europeia

Elemento *orgânico* sem o qual seria impensável conceber-se uma tutela jurisdicional efetiva, tanto da objetiva legalidade europeia como de pretensões subjetivas (direitos e interesses legítimos) atribuídos pelo direito da UE, é a existência de uma instituição jurisdicional dotada de competência *imperativa* que garanta o acesso direto dos interessados (*maxime* dos particulares) à mesma nos casos de violações da referida legalidade ou das mencionadas pretensões.

Referimo-nos, naturalmente, às *jurisdições da UE* (outrora designadas de comunitárias), as quais, caracterizando-se pela exclusividade e obrigatoriedade, são compostas por dois tipos distintos de tribunais, cujo conjunto podemos designar de **tribunais da UE** (no pretérito chamados de comunitários) **em sentido amplo ou lato**²⁶³. Aliás, no âmbito de uma ação de responsabilidade civil aquiliana instaurada contra a CE que culminou com o acórdão AMILUM vs. CONSELHO e COMISSÃO²⁶⁴, o TJ referiu-se ao *sistema geral de proteção jurisdicional a que os particulares têm acesso no quadro dos Tratados*, dele fazendo parte os órgãos em que se reparte o atual TJUE bem como os órgãos jurisdicionais nacionais quando atuem como tribunais comuns de aplicação do direito da UE²⁶⁵.

O primeiro tipo de órgãos abrange aqueles que podem ser designados de tribunais da UE *propriamente ditos* ou *stricto sensu*, os quais compõem o TJUE, desdobrando-se este entre TJ, TG e tribunais especializados (nos quais, até agora, se insere apenas o TFP)²⁶⁶, como decorre da

²⁶² Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Introdução...*, cit., pp. 11 e ss.

²⁶³ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, cit., p. 223.

²⁶⁴ Cfr. acórdão de 5 de dezembro de 1979, procs. apensos 116 e 124/77, Rec. 1979, pp. 3497 e ss, n.º 14.

²⁶⁵ Cfr. Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, 2.ª Edição, Paris, 1998, p. 331; Jean Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, cit., p. 378. É eloquente a metáfora empregue por este último ao referir-se aos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE como não mais do que "*la partie émergée de l'iceberg*" em que assenta o sistema de proteção jurisdicional da ordem jurídica da UE; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 370.

²⁶⁶ Incluir-se-ia nesta categoria, caso viesse a ser instituído, o *Tribunal da Patente Comunitária*, cujo processo constitutivo, iniciado em 2003, com a proposta da Comissão COM(2003) 828 final, encontrava base jurídica no artigo 225.º-A do TCE (atual artigo 257.º do TFUE). Vejam-se, em especial, as páginas 6 e 7 da referida proposta. Tal projeto, porém, acabou por ficar bloqueado no Conselho por divergências linguísticas resultantes do sentido e alcance do termo francês "*brevet communautaire*". Vide Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, cit., pp. 151 e 152; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, 2.ª Ed, Londres, 2009, pp. 19 e ss.

primeira parte do n.º 1 do artigo 19.º do TUE. Este conjunto forma os *tribunais da UE em sentido orgânico*²⁶⁷.

A segunda espécie de tribunais da UE em sentido amplo é composta pelos órgãos jurisdicionais nacionais quando mobilizados a aplicar o direito da União nas respetivas ordens internas, ou seja, a dirimir litígios cujo critério material de resolução é constituído por normas e princípios do ordenamento jurídico europeu. Com efeito, os tribunais dos Estados membros foram investidos, pelo sistema de proteção jurisdicional instituído nos Tratados Comunitários, na função de *tribunais comuns de aplicação do direito comunitário* ou *juízes comunitários de direito comum*; hoje, dir-se-á *tribunais comuns da UE*. Aos tribunais nacionais compete, em especial, controlar o respeito, por parte das administrações públicas dos Estados membros

Diferentemente, já não se inseria nesta tipologia o *Tribunal das Patentes Europeias e Comunitárias*, o qual parecia ser o sucedâneo daquele ainda que em moldes distintos. Desdobrando-se entre um *tribunal de primeira instância* (distinto, note-se, do TPI que se inseria no sistema jurisdicional comunitário) e um *tribunal de recurso*, aquela instituição seria dotada de *competência exclusiva* para a resolução de litígios relacionados com aqueles domínios da propriedade intelectual, ainda que com a possibilidade/obrigatoriedade de submeter questões prejudiciais ao TJ. Com efeito, a criação daquele tribunal, caso se concretizasse, encontraria base jurídica no artigo 262.º e não no artigo do 257.º, ambos do TFUE, não constituindo o mesmo, portanto, um tribunal especializado. Na verdade, o designado *Tribunal das Patentes Europeias e Comunitárias* corresponderia ao corolário institucional de um acordo internacional que criaria um sistema unificado de resolução de litígios em matéria de patentes à margem do quadro jurídico-institucional da UE, correspondendo a um *órgão jurisdicional internacional*. Tal tribunal integraria um novo modelo de fiscalização judicial unitário, designado de "*jurisdição unificada sobre patentes*", dotado de *competência específica* para a resolução de litígios sobre patentes europeias e comunitárias, que abrangeria ainda os tribunais nacionais (pré-existentes ou a constituir) especializados naquele domínio da propriedade industrial. Chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade desse sistema com o quadro jurídico-institucional da UE, o TJ, em 11 de março de 2011, proferiu o parecer n.º 1/09 (Col. 2011, pp. I-1137 e ss), onde concluiu pela incompatibilidade do mesmo com o sistema de controlo jurisdicional previsto nos Tratados, na medida em que a *competência exclusiva* do Tribunal das Patentes Europeias e Comunitárias para o julgamento de ações instauradas pelos particulares e para a interpretação do direito da UE (não apenas o referido acordo internacional, mas também o regulamento sobre a patente comunitária e outros instrumentos normativos, designadamente regulamentos e diretivas, com os quais aquele regulamento deve ser conjugado, além de disposições do TFUE relativas ao mercado interno e ao direito da concorrência) relativo àqueles domínios da propriedade industrial privaria as jurisdições nacionais do seu papel de interpretação e aplicação do direito da UE, designadamente, através do instrumento do reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º do TFUE. No parecer pode ler-se que "*o sistema estabelecido por este artigo, sendo essencial à preservação do carácter comunitário do direito instituído pelos Tratados, tem por fim assegurar àquele direito, em quaisquer circunstâncias, a produção dos mesmos efeitos em todos os Estados membros e estabelece, por conseguinte, uma cooperação directa entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais no âmbito do qual estes últimos participam estreitamente na boa aplicação e na interpretação uniforme do direito da União, bem como na protecção dos direitos conferidos por esta ordem jurídica aos particulares*" (cfr. segundo parágrafo do ponto 3 do sumário; n.º 84 do parecer). Vide a anotação de Alberto Francisco RIBEIRO DE ALMEIDA ao artigo 262.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, pp. 943 e 944.

Este projeto foi recentemente retomado e reformulado, desta vez tendo em vista a criação de um *Tribunal Unificado de Patentes*, o que levou à celebração, em 19 de fevereiro de 2013, em Bruxelas, de um acordo entre vinte e seis dos então vinte e sete Estados membros da UE (JOUE, de 20 de junho de 2013, C175, pp. 1 e ss). Visando a implementação de uma *cooperação reforçada* no domínio da instituição de um sistema de proteção unitária de patentes, de fora, por opção, ficou apenas a Espanha. Nos considerandos desse acordo pode ler-se que tal tribunal (novamente desdobrado num tribunal de primeira instância e num tribunal de recurso) corresponde a um órgão jurisdicional comum aos Estados membros Contratantes, o qual faz parte do seu sistema judicial, com competência exclusiva para patentes europeias de efeito unitário e patentes europeias concedidas nos termos das disposições da Convenção relativa à Concessão de Patentes Europeias celebrada em 5 de outubro de 1973. Os obstáculos levantados pelo TJ foram eliminados através da consagração de um dever/faculdade de os dois órgãos que integram a referida instituição jurisdicional submeterem questões prejudiciais ao TJ nos termos do artigo 267.º do TFUE.

²⁶⁷ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Introdução...*, *cit.*, p. 11.

quando atuem enquanto extensão da administração da União, dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos que a ordem jurídica europeia reconhece aos particulares²⁶⁸. Tal controlo ocorre independentemente do modelo de organização judiciária pelo qual cada Estado membro tenha optado no quadro das suas atribuições soberanas, uma vez que o direito da UE reconhece o *princípio da autonomia processual* daqueles.

A competência dos órgãos jurisdicionais nacionais para aplicarem, nos respetivos Estados membros, o direito da UE a situações jurídicas litigiosas, geradas com os organismos públicos²⁶⁹ ou entre os próprios particulares, encontra-se prevista nos Tratados Comunitários tal como assinados na década de 1950²⁷⁰. Com efeito, o objetivo traçado nestes, de criação de um mercado comum, visava diretamente os referidos tribunais. Remonta, porém, ao acórdão SIMMENTHAL III um importante esclarecimento relativamente ao papel dos tribunais nacionais para atuarem, paralelamente às suas funções de órgãos jurisdicionais internos, na qualidade de juízes comunitários e, nessa medida, como guardiões da ordem jurídica europeia. Reconhecendo aos juízes nacionais o poder de ignorarem e desaplicarem quaisquer disposições legais internas, inclusive de natureza constitucional, contrárias ao direito comunitário, o TJ erigiu os tribunais nacionais em órgãos jurisdicionais comuns do referido ordenamento uma vez que os mesmos devem aplicar o direito comunitário em todas as instâncias (num plano vertical e horizontal) que qualquer sistema jurisdicional nacional contemple e sem que das decisões destas caiba recurso para o TJ, pois este não se afigura como uma instância de apelo nem de revisão das decisões daqueles. Tal jurisprudência seria confirmada no acórdão FACTORTAME²⁷¹, também do TJ.

No aresto TETRA PAK²⁷² o TPI também se referiu aos órgãos jurisdicionais nacionais como juízes comuns de direito comunitário. Assistimos assim a uma *transição paradigmática*, de que frequentemente fala Boaventura de SOUSA SANTOS²⁷³, no sentido em que estando os órgãos jurisdicionais nacionais rotinados na aplicação das normas das respetivas ordens jurídicas internas, passaram os mesmos a ter de aplicar também, inclusivamente desaplicando aquelas como frequência, disposições do ordenamento europeu.

²⁶⁸ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., p. 28; *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 688; KOEN LENAERTS, DIRK ARTS e IGNACE MASELIS, *op. cit.*, p. 3.

²⁶⁹ Os conflitos gerados em torno da execução do direito da União pelas administrações públicas nacionais decorrem de os atos de aplicação do referido direito relativamente aos particulares serem praticados por aquelas enquanto braço da administração pública europeia. Como tal, a sede jurisdicional própria para a resolução dos possíveis litígios que emergem daquelas relações são os tribunais nacionais, que controlam correta aplicação do referido direito pelas referidas administrações.

²⁷⁰ Cfr. Nuno PIÇARRA e FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *A Europeização dos Tribunais Portugueses*, Instituto Português de Relações Internacionais da Universidade Nova de Lisboa, *Working Paper* 18, Lisboa, 2006, p. 3.

²⁷¹ Acórdão de 19 de junho de 1990, proc. C-213/89, Col. 1990, pp. I-2433 e ss.

²⁷² Acórdão de 10 de julho de 1990, proc. T-51/89, Col. 1990, pp. II-309 e ss.

²⁷³ Cfr. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*, Porto, 2000, p. 47.

Esta foi, aliás, a solução encontrada no âmbito de um sistema jurisdicional caracterizado não só por amplas restrições de acesso dos particulares aos órgãos integrados no TJUE²⁷⁴, como pela opção dos Estados membros, enquanto "donos dos Tratados", de não criarem no quadro institucional das Comunidades Europeias um sistema de tribunais próprios dotados de competência específica para a aplicação do direito comunitário. Consequentemente, a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos conferidos aos particulares pela ordem jurídica comunitária é assegurada sobretudo através do aproveitamento dos sistemas jurisdicionais nacionais e da "cooptação" dos tribunais dos Estados membros, sem embargo de estes poderem contar, no âmbito dessa tarefa, com o precioso auxílio que lhes é fornecido pelo TJ através do instrumento das questões prejudiciais. Na verdade, este órgão jurisdicional sempre esteve concebido como um tribunal central, exclusivamente investido em competências específicas que os órgãos jurisdicionais nacionais não estão aptos a exercer adequadamente, entre elas a de garantir a interpretação uniforme e a correta aplicação do direito europeu no território dos Estados membros²⁷⁵.

Por outro lado, o princípio geral é o de que as ações da UE apenas produzem efeitos em relação aos particulares através das medidas nacionais de aplicação ou execução, pelo que aqueles poderão recorrer às instâncias jurisdicionais nacionais para colocar em causa, ainda que de forma indireta, tais ações da União. Deste panorama exclui-se, no entanto, o domínio da concorrência.

Diferentemente dos que se inserem no primeiro tipo, que se afiguram tribunais da UE em sentido orgânico, os órgãos jurisdicionais nacionais são antes *tribunais da UE em sentido funcional*²⁷⁶, além de juízes comunitários de direito comum²⁷⁷.

Contrariamente do que sucede nos modelos jurisdicionais dos Estados federais inexistente hierarquia ou verticalização, verificando-se antes uma estreita cooperação institucional, entre os órgãos inseridos no TJUE (*maxime* o TJ) e os órgãos jurisdicionais nacionais quando atuem como juízes do direito da UE. Com efeito, os Estados membros não optaram pela possibilidade, de inspiração federalista, de serem interpostos recursos para o TJ de decisões dos supremos

²⁷⁴ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *Manual...*, cit., p. 531.

²⁷⁵ Cfr. Jan KOMÁREC, *Federal elements in the Community judicial system: building coherence in the Community legal order*, in *CMLR*, 2005, (Vol. 42; n.º 1), p. 9; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 3.

²⁷⁶ Esta distinção baseia-se na distinção, a que opera um setor doutrinário, entre tribunais organicamente comunitários (onde hoje se insere a instituição TJUE e os três órgãos jurisdicionais em que a mesma se desdobra) e tribunais comunitários sob o ponto de vista funcional (nos quais se abrangem os órgãos jurisdicionais nacionais quando convocados a resolver litígios que impliquem a aplicação de normas do direito da UE). Cfr. Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., p. 46; Alessandra SILVEIRA, *Constituição, ordenamento e aplicação das normas europeias e nacionais*, in *POLIS - Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, 2008, p. 75; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 223.

²⁷⁷ Cfr. n.º 40 do acórdão UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES; e n.º 42 do aresto TETRA PAK, do TPI.

tribunais nacionais que desrespeitassem o sentido das decisões proferidas por aquele no âmbito do reenvio prejudicial²⁷⁸.

De forma a prevenir a ocorrência de conflitos (positivos e negativos) de jurisdições este sistema dual surge harmonizado e articulado, assentando nos princípios (i) *da competência de atribuição*, previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do TUE (além do artigo 274.º do TFUE), e (ii) *da limitação de competências*²⁷⁹, constante do n.º 2 do artigo 13.º do mesmo Tratado. Aplicados ao âmbito jurisdicional desses princípios decorre que o TJUE é uma instituição cuja competência se trata, não uma competência-regra, mas de *simples atribuição*, isto é, que apenas atua nas matérias que lhe são conferidas pelos Tratados. Vislumbra-se, também, um *critério de atribuição positiva*, de acordo com o qual as competências *ratione materiae* dos órgãos em que o TJUE se desdobra são aquelas que se encontram previstas nos artigos 251.º a 281.º do TFUE, conjugados com o n.º 3 do artigo 19.º do TUE.

Daqui se extrai, igualmente, que os tribunais em regra competentes para a aplicação do direito da União, isto é, os órgãos jurisdicionais comuns da ordem jurídica europeia, são os tribunais dos Estados membros. Através de um *critério de atribuição residual*, complementar ao da atribuição positiva, inserem-se na competência dos órgãos jurisdicionais nacionais os litígios comunitariamente relevantes, isto é, cuja resolução passe pela aplicação de uma solução substantiva fundada no ordenamento da UE, pressupondo a sua não inclusão na esfera competencial do TJUE e prevista naqueles preceitos a quem se encontra reservado um papel insuscetível de ser desempenhado pelos tribunais estaduais²⁸⁰. Subjacente a este aspeto encontra-se também o *princípio da subsidiariedade*.

Compete, portanto, sobretudo aos órgãos jurisdicionais nacionais o alargamento aos particulares (*maxime* cidadãos e empresas) da tutela jurisdicional efetiva de direitos subjetivos e interesses legítimos resultantes do direito da União. Já uma eventual ampliação da tarefa de proteção do direito da União que o TJUE pretendesse levar a efeito para além do respetivo leque competencial expressamente previsto nos Tratados deparar-se-ia com limites intransponíveis.

²⁷⁸ Tal eventualidade chegou a ser equacionada. Na verdade, sob a epígrafe *judicial review*, o artigo 43.º do *Projecto de Tratado de Tratado que institui a União Europeia*, também conhecido por *Tratado Spinelli*, de 1984, previa que "*The Community rules governing judicial review shall apply to the Union. They shall be supplemented by an organic law on the basis of the following principles: ... creation of a right of appeal to the Court against the decisions of national courts of last instance where reference to the Court for a preliminary ruling is refused or where a preliminary ruling of the Court has been disregarded*".

²⁷⁹ Cfr. L. Neville BROWN e Tom KENNEDY, *op. cit.*, pp. 17 e 18; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 483; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 689. Tal princípio, segundo Jean-Victor LOUIS, *A ordem jurídica comunitária*, 5.ª Ed, Luxemburgo, 1995, p. 101, tem subjacente a ideia de separação de poderes.

²⁸⁰ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, Coimbra, 2007, p. 22.

Por outro lado, as jurisdições em que se desdobra o TJUE (com especial ênfase para a do TJ) não se afiguram como instâncias de recurso das decisões proferidas pelos tribunais nacionais, uma vez que se trata de duas jurisdições perfeitamente autónomas e independentes; verifica-se sim uma cooperação institucional entre elas levada a efeito através do reenvio prejudicial.

No que concerne aos tribunais nacionais importa enfatizar que as competências de que os mesmos dispõem enquanto órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da UE não coincidem forçosamente com aquelas de que gozam quando atuam na qualidade de aplicadores judiciais do respetivo ordenamento interno²⁸¹. Trata-se de um aspeto que encontra particulares inferências na matéria do decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar, a abordar na parte seguinte. Adianta-se, desde já, que dos arestos atrás referidos decorre que, enquanto juízes comuns do direito da União, os tribunais nacionais, na resolução dos litígios que tenham entre mãos, podem suspender a aplicação de disposições do ordenamento nacional que se mostrem contrárias àquele. Assim o impõe o princípio da efetividade da ordem jurídica europeia.

3.3.3. O contencioso da União Europeia

O contencioso da União²⁸² (anteriormente comunitário) pretende traduzir o conjunto de princípios e de instrumentos jurídicos próprios do sistema de garantia jurisdicional existente na UE, sendo definido por Maria Luísa DUARTE, após dividi-lo em quatro elementos (material, orgânico, processual e funcional), como o "*sistema das formas processuais instituídas pelos Tratados com vista a garantir a aplicação jurisdicional do direito da UE*"²⁸³.

Em causa está, portanto, *a tutela jurisdicional da ordem jurídica da União*, a qual pode ter em vista (i) tanto a proteção da objetiva legalidade europeia, (ii) como a salvaguarda de direitos subjetivos e interesses legítimos conferidos pelo direito da UE, nomeadamente, através da repressão (jurídica²⁸⁴ e/ou material²⁸⁵) de situações ilícitas por serem contrárias ao referido ordenamento²⁸⁶.

²⁸¹ Cfr. Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 4.

²⁸² Expressão não unívoca, uma vez que ao lado dela coexistem outras que também pretendem traduzir a aplicação jurisdicional do direito da UE, como sejam (i) *Direito Processual Comunitário*, (ii) *Direito Judiciário Comunitário*, *Proteção Judicial nas Comunidades Europeias* ou (iii) *Justiça Comunitária*. Uma lista de tais expressões e dos respetivos utilizadores pode ver-se em Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, *cit.*, pp. 42 e 43.

²⁸³ Cfr. *Contencioso...*, *cit.*, p. 49.

²⁸⁴ Através do contencioso de legalidade, *maxime* do recurso de anulação.

²⁸⁵ Mediante ações de indemnização contra a União/os Estados membros por violação do direito da UE.

²⁸⁶ Efetivamente, o sistema contencioso da UE apresenta-se híbrido, pendulando entre o modelo administrativo *objetivista* francês de tutela de legalidade e do interesse público, e o seu homólogo *subjetivista* alemão de proteção de direitos dos particulares. Tal aspeto é particularmente visível na figura do recurso de anulação, desenhada a partir do *recours par excès de pouvoir* de raiz gaulesa no que tange aos fundamentos da interposição, mas incrementado pela doutrina da eficácia dos atos em relação a terceiros (*drittwirkung*) de influência germânica de forma a permitir

Inerentemente, o contencioso da União inculca a garantia de realização da **justiça** através da função jurisdicional num espaço *transnacional* como é o daquela, aspeto que remonta ao valor da União de direito. Nessa medida, o referido contencioso corresponde a um instrumento de prossecução daquela garantia.

Por outro lado, FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS estabelecem uma distinção entre uma *aceção restrita* e uma *aceção ampla* de contencioso da UE²⁸⁷.

Na primeira inserem as vias processuais que têm subjacente um *litígio* cuja resolução passa pela aplicação do direito da UE; neste âmbito situam à margem do contencioso os instrumentos que não pressupõem conflito de interesses, como sucede com o mecanismo das questões prejudiciais previsto no artigo 267.º do TFUE (ex-artigo 234.º do TCE e ex-ex-artigo 177.º do TCEE), e com o processo consultivo sobre a compatibilidade de projetos de acordos internacionais com os Tratados constante do n.º 11 do artigo 218.º do TFUE (ex-n.º 6 do artigo 300.º do TCE e ex-ex-n.º 6 do artigo 228.º do TCEE), onde, segundo os autores, se trata de situações equiparadas a litígios²⁸⁸.

No segundo sentido está em causa o conjunto de processos de natureza jurisdicional que permite resolver *diferendos*, mesmo que não impliquem litígios, que envolvam a jurisdição do TJ; nesta aceção, porém, abrangem-se não somente os (dois) processos previstos nos Tratados que não pressupõem conflitos de interesses (reenvios e pareceres consultivos), mas também os próprios instrumentos adjetivos internos previstos nos direitos nacionais pelos quais os tribunais dos Estados membros aplicam o direito da UE²⁸⁹. Na verdade, um dos princípios gerais de direito

um alargamento dos sujeitos dotados de legitimidade para impugnarem determinados tipos de atos. Cfr. Michel FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *RTDE*, 1966 (n.º 1), p. 47; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União*, *cit.*, pp. 25, 26 e 135; FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, *cit.*, pp. 14 e 15; *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 632; Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, 2002, pp. 86 e ss; Claus Dieter CLASSEN, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübingen: Mohr, 2004, p. 187. No âmbito do contencioso administrativo português, vide José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, *cit.*, pp. 12 a 15; Miguel PRATA ROQUE, *op. cit.*, pp. 952 e 953.

²⁸⁷ Cfr. *Contencioso Comunitário*, *cit.*, p. 14; *Contencioso da União...*, *cit.*, p. 18. Nas páginas seguintes, os autores também contrapõem um sentido *orgânico* a um sentido *material* de contencioso. No primeiro, avulta a competência dos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE, bem como dos instrumentos processuais que permitem a mobilização daqueles; no segundo estão em causa todos os órgãos jurisdicionais que aplicam direito da UE, ou seja, para além daqueles, temos os tribunais nacionais quando atuem como juízes comuns da referida ordem jurídica, bem como os inerentes mecanismos adjetivos. No mesmo sentido vide Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Introdução...*, *cit.*, pp. 11 e 12.

²⁸⁸ Esta distinção tem alguma pertinência, antes de mais, para efeitos de determinação das normas do Estatuto do TJUE e do RPTJ aplicáveis, na medida em que o TJ já alertou para o aspeto segundo o qual em razão da diferença substancial existente entre o *processo contencioso* e o *processo de carácter incidental* previsto pelo artigo 267.º do Tratado, "*não se pode, na falta de uma disposição expressa, aplicar a este último processo as normas previstas unicamente para o processo contencioso*", como sucede, designadamente, com o artigo 40.º do referido Estatuto. Cfr. acórdão BOLLMANN, de 1 de março de 1973, proc. 62/72, Col. 1973, pp. 145 e ss, n.º 5.

²⁸⁹ Portanto, nesta aceção lata de contencioso da UE insere-se (i) o reenvio prejudicial, no âmbito do qual, apesar de inexistir litígio, é necessário proceder a uma definição ou esclarecimento do direito da UE aplicável; igualmente abrange-se (ii) o processo consultivo sobre a compatibilidade de projetos de acordos internacionais com os Tratados,

da UE estabelece que "*qualquer pessoa deve poder beneficiar, nos órgãos jurisdicionais nacionais, de um recurso jurisdicional efetivo contra as decisões nacionais que possam afectar um direito reconhecido pelos tratados*", o qual também implica "*que os interessados possam obter da administração, ainda antes de qualquer recurso, o conhecimento dos fundamentos de tais decisões*"²⁹⁰. Neste âmbito, o princípio da tutela jurisdicional efetiva assume a valência de *ditame interpretativo* na medida em que o sistema jurisdicional da UE, no qual participam também os tribunais nacionais, deve ser interpretado de forma a maximizar o referido princípio

Esta distinção completa a anterior relativa aos órgãos jurisdicionais da UE. Numa aceção lata o contencioso da União contempla a atividade desenvolvida pelos tribunais dos Estados membros quando mobilizados a aplicar o direito da UE no âmbito dos processos que se inserem nas suas jurisdições; numa aceção estrita releva apenas a atuação dos órgãos inseridos no TJUE, excluindo ainda os instrumentos da competência destes que não subentendam conflitos de interesses²⁹¹.

4. Principais situações da ordem jurídica da União suscetíveis de despoletar reações a que subjaz a tutela jurisdicional efetiva

4.1. A salvaguarda da ampla legalidade europeia

A tutela jurisdicional efetiva pode ter por objetivo a salvaguarda da objetiva (ou estrita) legalidade europeia, a qual visa a prossecução das atribuições da UE e de onde decorrem algumas inferências²⁹².

Uma delas reside no imperativo de conformidade do direito derivado (secundário e terciário, sendo que este também não deve contrariar aquele) face ao direito originário (ou

que também exprime uma importante manifestação da função jurisdicional do TJ. Não obstante, esta aceção ampla de contencioso da UE, sobretudo, também engloba (*iii*) os litígios incluídos nas jurisdições dos órgãos jurisdicionais nacionais onde esteja em causa a interpretação e a aplicação do direito da UE, ou seja, os processos onde os tribunais dos Estados membros atuem como juizes comuns de aplicação daquele direito. Assim também FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União, cit.*, pp. 23 e 318. Cfr. Miguel MOURA E SILVA, *Direito da União Europeia. Jurisprudência Essencial*, Lisboa, 2007, pp. 409 e ss, e 455 e ss; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.^a Ed, *cit.*, pp. 370 e 373.

²⁹⁰ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 10 de março de 1991, proc. C-249/88, Col. 1991, pp. I-1306 e ss, n.º 25; arestos JOHNSTON e UNECTEF/HEYLENS, já citados.

²⁹¹ Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, *cit.*, pp. 46 e 47, também parece fazer, pelo menos de forma implícita, este tipo de distinção; Jonatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 505, distingue entre três tipos de competências do TJUE, que identifica com o TJ: contenciosa, prejudicial e consultiva.

²⁹² Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, *cit.*, p. 83. Existem autores que destacam a legalidade europeia como o cerne da tutela jurisdicional efetiva no direito da UE. Parece ser o caso de Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, *cit.*, pp. 55 e 60.

primário). Assim o impõe o *princípio da hierarquia dos atos da UE*, cuja salvaguarda é assegurada pela respetiva instituição jurisdicional. Ocorrendo desconformidade do direito hierarquicamente inferior face ao que lhe é superior, é possível despoletar uma reação judicial que visa apreciar a validade do primeiro e sancioná-lo com a nulidade²⁹³. Vislumbra-se aqui, aliás, algo semelhante ao controlo sucessivo da constitucionalidade de normas que existe em algumas ordens jurídicas nacionais.

A referida legalidade objetiva europeia, porém, não se restringe a aspetos de compatibilidade de atos de grau inferior com os de nível superior, contemplando também todo um complexo normativo (constituído por disposições de direito primário e derivado) fornecedor de parâmetros às atuações das administrações públicas, europeia e nacionais²⁹⁴, as quais devem respeitar tal conjunto na adoção dos respetivos atos e práticas²⁹⁵. Assim, se as autoridades europeias e nacionais no exercício da atividade administrativa da União, interpretarem incorretamente e aplicarem erradamente o direito da UE incorrerão num vício que poderá suscitar a atuação de um ente, desde que dotado de legitimidade processual, a submeter tal questão à apreciação de um órgão jurisdicional (os que compõem o TJUE na primeira situação; órgãos jurisdicionais nacionais na segunda). Também aqui avulta a tutela jurisdicional efetiva da estrita legalidade europeia²⁹⁶. Neste âmbito, tratando-se de atuações das administrações públicas nacionais regidas pelo bloco de legalidade europeu, surgirá uma situação de ilegalidade semelhante à que ocorreria se o parâmetro de controlo da atuação fosse o oriundo do direito (constitucional e administrativo) nacional²⁹⁷. Como lembra J. J. GOMES CANOTILHO, é necessário introduzir no parâmetro de controlo "*o bloco europeu de juridicidade e de legalidade*", por este se entendendo "*o complexo de regras e princípios (cf. TUE, art. 6) positivado nos tratados e noutras normas comunitárias*"²⁹⁸.

A estrita ou objetiva legalidade europeia abarca, portanto, relações entre atos de direito derivado e atos de direito primário, mas também atos das instituições europeias e atos dos organismos nacionais de aplicação ou execução do direito da União. Em ambos avulta a exigência de conformidade do direito europeu inferior, bem como de todo o direito nacional, face

²⁹³ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 576.

²⁹⁴ Na verdade, já o dissemos, semelhantemente ao que sucede relativamente aos órgãos jurisdicionais nacionais no plano da interpretação e aplicação judicial do direito da UE, os Tratados também atribuíram às administrações públicas dos Estados membros a competência de "executores comuns" da referida ordem jurídica.

²⁹⁵ Sem prejuízo de esta atividade, em determinados casos, poder mobilizar as funções primárias do Estado, concretamente, a legislativa, como sucede por exemplo com a transposição de diretivas europeias para as ordens jurídicas nacionais.

²⁹⁶ Essa legalidade trata-se de uma "*legalidade reforçada*" na expressão feliz de Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., p. 73, sendo o seu respeito especialmente exigível aos Estados membros nas relações que estabelecem com os particulares.

²⁹⁷ Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 905.

²⁹⁸ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 919. A alusão ao artigo 6.º do TUE, devido à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, deverá considerar-se feita ao artigo 2.º do mesmo Tratado.

ao direito europeu superior. No primeiro caso essa exigência decorre da ideia de hierarquia; no segundo ela é determinada pela necessidade de conformação dos comportamentos das autoridades europeias e nacionais face às imposições decorrentes da integração europeia.

Ainda relativamente à aplicação e execução do direito da UE que é levada a efeito pelas autoridades nacionais enquanto extensão da administração europeia (e não só²⁹⁹) importa ter presente que a legalidade europeia tem subjacente o *princípio do primado* do direito da UE, que determina a *preferência aplicativa* deste sobre o direito nacional, passando a constituir fonte da legalidade interna e aumentando o bloco de legalidade nacional. Por força de tal princípio os conflitos normativos entre disposições europeias e normas nacionais são resolvidos através da prevalência das primeiras em detrimento das segundas³⁰⁰. Mediante vinculações de naturezas distintas o primado estende-se às principais funções do Estado (legislativa, executiva e judicial)³⁰¹, vinculando também as administrações públicas nacionais e sujeitando as autoridades administrativas dos Estados membros ao bloco de legalidade europeia³⁰².

O alastramento da juridicidade europeia ao bloco de legalidade a que as autoridades nacionais estão sujeitas torna-se mais evidente se lembrarmos também as decorrências do princípio da *aplicabilidade direta*, nomeadamente a desnecessidade de receção pelas ordens jurídicas nacionais do direito da UE (*maxime* dos regulamentos) para que o mesmo possa vigorar nelas, bem como a necessidade de substituição da juridicidade interna pela europeia à medida que se verifica a transposição de diretivas comunitárias tendo em vista os objetivos de aproximação e harmonização das legislações dos Estados membros³⁰³.

Enfim, o próprio princípio do *efeito direto* também favorece o afastamento de possíveis pretensões dos Estados membros de normas nacionais contrárias ao direito da UE poderem servir

²⁹⁹ Com efeito, essa atuação mobiliza os três poderes constituídos do Estado: legislativo, executivo e judicial, e nela releva o *princípio da cooperação leal*, hoje previsto no n.º 3 do artigo 4.º do TUE, que faz incidir sobre os Estados membros a obrigação positiva de adotarem "*todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou dos actos das instituições da União*" e o dever negativo de se absterem "*de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União*". Se a primeira faz recair sobre os Estados membros a necessidade de harmonizarem o seu direito interno com o ordenamento europeu, o segundo limita os poderes soberanos daqueles, impedindo-os da adoção de atos nacionais que colidam com o direito da União.

³⁰⁰ Portanto, o problema é resolvido no plano da *eficácia* das disposições em conflito e não no prisma da *(in)validade* das normas nacionais contrárias ao direito da UE. Como tal, estas regras permanecem válidas e em vigor no respetivo ordenamento jurídico interno, embora inaplicáveis por cederem prioridade aplicativa às normas europeias. Competirá, posteriormente, às competentes entidades nacionais a revogação dessas disposições internas ou a sua adequação de forma a obter-se a conformidade face àquelas.

³⁰¹ Com efeito, no acórdão *ALEMANHA vs. COMISSÃO*, de 12 de junho de 1990, proc. C-8/88, Col. 1990, pp. I-2321 e ss, n.º 13, o TJ referiu que "*incumbe a todas as autoridades dos Estados membros assegurar o respeito das normas de direito comunitário no âmbito das suas competências respectivas*".

³⁰² A este propósito, FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., p. 19, fala numa "*reconstrução ou uma reelaboração dos Direitos Administrativos nacionais*"; Paulo OTERO, *op. cit.*, p. 457, refere uma "*impregnação*" da legalidade administrativa nacional pela sua homóloga comunitária; Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 905, aponta um fenómeno de "*europaização*" da legalidade administrativa interna.

³⁰³ Cfr. Miguel POIARES MADURO, *A Crise Existencial...*, cit., pp. 201 e 202.

de critério de atuação dos respetivos órgãos na adoção de atos internos de aplicação e execução daquele. Embora predominantemente concebido para assegurar a *invocabilidade em juízo dos direitos previstos na ordem jurídica europeia*, o certo é que o efeito direto do direito da União permite igualmente conformar a atuação das administrações públicas nacionais uma vez que as mesmas também interpretam e aplicam direito. Por outro lado, a legalidade europeia, numa aceção ampla, também abrange a salvaguarda de pretensões subjetivas decorrentes do ordenamento da União, uma vez que a violação de direitos subjetivos e interesses legítimos decorrentes deste, correspondendo a uma situação de ilicitude, não deixará de ser um comportamento ilegal.

Acrescem ainda os *princípios gerais de direito da UE* cuja revelação, sobretudo a cargo do TJ, se tem inspirado na locução "*princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros*" constante do artigo 340.º do TFUE. Constituindo uma espécie de *ius commune*, uma vez que o seu conjunto forma um quadro jurídico partilhado pelos Estados membros, os referidos princípios interligam-se com os valores europeus (*maxime* referidos no artigo 2.º do TUE) e formam um bloco legitimador da ordem jurídica europeia no plano axiológico³⁰⁴. Apoiados nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, nos princípios de direito internacional e nos pressupostos em que assenta uma "União de direito", os princípios gerais de direito da UE integram as fontes de onde emerge a legalidade europeia, são suscetíveis de penetração nas ordens nacionais e dispõem de aptidão para, se necessário, alterar o direito interno dos Estados membros.

No leque desses princípios destacam-se os da (i) *igualdade*, nos seus corolários de (a) proibição de discriminação em razão da nacionalidade e (b) uniformidade na interpretação e aplicação (pelas administrações e pelos tribunais nacionais) do direito da UE³⁰⁵; (ii) *salvaguarda da confiança e da segurança jurídica dos cidadãos*, nos seus subprincípios de (a) clareza, precisão e determinabilidade dos atos das instituições europeias, bem como das normas nacionais de transposição das diretivas comunitárias³⁰⁶ e demais atos das autoridades dos Estados membros que apliquem ou executem direito da UE, (b) proibição de retroatividade de algumas normas³⁰⁷,

³⁰⁴ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., pp. 17 e 18; vide também Suzana TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 19 e ss, que, dentro dos princípios gerais, enfatiza os relativos *direito administrativo europeu*; no mesmo sentido desta ver também Miguel PRATA ROQUE, *op. cit.*, pp. 907 e 908.

³⁰⁵ Cfr. acórdão ZUCKERFABRIK, de 21 de fevereiro de 1991, procs. apensos C-143/88 e C-92/89, Col. 1991, pp. I-534 e ss, n.º 26.

³⁰⁶ Cfr. Caroline NAÔMÉ, *La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes*, in RDE, 1993 (Vol. 33; n.º 2), p. 224.

³⁰⁷ Cfr. François LAMOUREAUX, *The Retroactivity of Community Acts in the Case Law of the Court of Justice*, in CMLR, 1983 (Vol. 20; n.º 2), pp. 269 e ss; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pp. 263 e 264; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Manual...*, cit., p. 349.

Nos acórdãos RACKE vs. HAUPTZOLLAMT MAINZ, de 25 de janeiro de 1979, proc. 98/78, Rec. 1979, pp. 69 e ss; e DECKER vs. HAUPTZOLLAMT LANDAU, de 25 de janeiro de 1979, proc. 99/78, Rec. 1979, pp. 101 e ss, o TJ considerou que, regra geral, o princípio da segurança jurídica opõe-se a que os efeitos dos atos das instituições

(c) audiência prévia dos interessados face à imposição de obrigações ou de medidas restritivas de direitos, e (d) autoridade do caso definitivamente julgado (*res judicata*)³⁰⁸; (iii) *legalidade da administração*³⁰⁹; e obviamente (iv) *tutela jurisdicional efetiva*³¹⁰, que apela à necessidade de existirem vias judiciais que de forma plena e eficaz garantam, sobretudo aos particulares, que medidas violadoras de direitos subjetivos e interesses legítimos resultantes da ordem jurídica da União ou contrárias à legalidade europeia, são devidamente reprimidas no plano jurídico e/ou material, assegurando-se ainda a reposição dos efeitos decorrentes daquelas posições jurídicas subjetivas.

Dos princípios referidos quase todos agem a montante enquanto fios condutores das atuações das instituições, dos órgãos e organismos europeus, e das administrações nacionais quando executem direito da União; simultaneamente, eles limitam a atividade normativa (legislativa e regulamentar³¹¹) e administrativa da UE e dos Estados membros; o princípio da tutela jurisdicional efetiva, porém, intervém sobretudo a jusante, tendo subjacente o exercício da função jurisdicional no controlo das referidas atuações e do respeito daquelas limitações, com o móbil de uma proteção judicial plena e eficaz da ampla juridicidade europeia.

O cardápio dos principais princípios gerais de direito da União inerentes à legalidade europeia não estaria completo sem uma alusão ao (v) princípio do *respeito pelos direitos fundamentais*, tal como reconhecidos pela CEDH e outros instrumentos de direito internacional, e como resultam das tradições comuns aos Estados membros³¹². O princípio do respeito dos direitos fundamentais, entretanto elevado à categoria de *valor*, tem sido, aliás, apontado como um dos fundamentos de uma ordem constitucional europeia³¹³.

Os direitos fundamentais fazem parte da ordem jurídica da UE enquanto princípios gerais de direito como se explicita no n.º 3 do artigo 6.º do TUE. O imperativo de respeito e proteção de

retroajam a uma data anterior ao da sua publicação; no entanto, excecionalmente e desde que a confiança legítima dos particulares seja devidamente respeitada, poderá o contrário acontecer quando os objetivos a alcançar assim o exijam.

³⁰⁸ Cfr. Gustav RADBRUCH, *op. cit.*, p. 345; Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 136.

O TJ já se pronunciou sobre a importância deste princípio, referindo que a necessidade da garantia de estabilidade do direito e das relações jurídicas, bem como a boa administração da justiça, impõem que as decisões judiciais tornadas definitivas após esgotamento das possibilidades de recurso ou decorridos os prazos previstos para a sua interposição, não poderão ser impugnadas. Cfr. acórdão ECO SWISS, de 1 de junho de 1999, proc. C-126/97, Col. 1999, pp. I-3055 e ss, n.º 46.

³⁰⁹ Subjacente, nomeadamente, ao instituto processual do recurso de anulação. Cfr. acórdão COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 30 de maio de 1991, já citado, n.º 24.

³¹⁰ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 452.

³¹¹ Com efeito, no âmbito da atividade normativa da UE é possível distinguir entre função normativa *primária*, equivalente à função legislativa, e função normativa *secundária*, equivalente à função regulamentar. Assim Maria Luísa DUARTE, Cfr. *Direito da União...*, *cit.*, pp. 210 e 263. Veremos que tal distinção pode implicar repercussões na problemática questão da legitimidade dos particulares para a interposição de recursos de anulação.

³¹² Cfr. Suzana TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 24 a 26.

³¹³ Assim Jean-François FLAUSS, *Les droits de l'Homme comme élément d'une constitution et de l'ordre européen*, Saarbrücken, 1992, p. 1; Miguel POIARES MADURO, *A Crise Existencial...*, *cit.*, p. 203.

tal categoria de direitos afigura-se um aspeto particularmente relacionado com a tutela jurisdicional efetiva, uma vez que a mobilização dos órgãos jurisdicionais (nacionais e integrados no TJUE) pode ter por objetivo uma reação face a medidas ilegais por serem violadoras dos direitos subjetivos e interesses legítimos fundamentais atribuídos aos particulares pela ordem jurídica europeia. Daí que a existência na UE de um sistema de proteção de direitos fundamentais é, como veremos melhor³¹⁴, um pressuposto substantivo da tutela jurisdicional efetiva no âmbito do direito da União.

Muito embora alguns princípios gerais de direito da UE encontrem a sua fonte material nos ordenamentos nacionais ou se inspirem nestes, no âmbito da ordem jurídica europeia eles acabam por valer de acordo com a interpretação que lhes é conferida pelos órgãos jurisdicionais em que o TJUE se desdobra e pelas autoridades europeias³¹⁵. Isto é, tais princípios atingem o nível decisório europeu, *maxime* no quadro da atividade jurisdicional, ainda integrados na juridicidade interna; porém, já no âmbito europeu eles acabam por ser reelaborados pelas instituições da União (principalmente pelo TJUE) na perspetiva da ordem jurídica europeia para futuramente serem aplicados, mesmo na esfera interna conexas com os domínios europeus, já com esse novo sentido. A esta contingência certamente não é alheia a doutrina do primado do direito da União. Em resultado desta mutação, tais princípios acabam por ser aplicados pelas autoridades nacionais como princípios gerais da ordem jurídica europeia e não já como princípios de direito nacional, ainda que a sua origem remonte a este. O efeito mediato desta evolução traduz-se numa modificação da própria legalidade interna onde os princípios gerais de direito da UE nasceram e permaneceram durante algum tempo embora com um significado distinto³¹⁶.

Por tudo isto verifica-se que a legalidade europeia afigura-se uma legalidade *comum* aos Estados membros. Construída paulatinamente através de um processo de harmonização (quando atua através de diretivas) e de uniformização (nas situações em que age mediante regulamentos) dos regimes jurídicos nacionais face às exigências decorrentes do processo europeu de integração, a legalidade europeia, sendo transnacional, acaba por transformar as legalidades internas progressivamente numa legalidade partilhada pelos Estados membros³¹⁷. Na verdade, a ordem jurídica da União tem provocado uma constante e decisiva influência nas atuações dos legisladores democráticos e das autoridades administrativas dos Estados membros. Tal acarreta

³¹⁴ Vide Capítulo III da presente Parte.

³¹⁵ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., p. 19.

³¹⁶ Novamente o princípio do primado impõe aos juízes e às autoridades nacionais que considerem e apliquem os princípios gerais de direito da União tal como se apresentam formulados no âmbito desta ordem jurídica, principalmente quando ocorram divergências de entendimento sobre o conteúdo deles quando configurados como princípios gerais de direito nacional.

³¹⁷ Na síntese de Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 907, "falar da legalidade europeia é também falar da legalidade interna pois que aquela é fonte direta e imediata desta".

necessariamente um alargamento considerável da atividade dos órgãos jurisdicionais nacionais, enquanto garantes efetivos daquela legalidade.

É frequente depararmo-nos com atuações alegadamente ilícitas por serem contrárias à legalidade europeia, tanto da parte das instituições europeias, como da autoria das administrações nacionais quando atuem em execução ou aplicação do direito da União. E porque essa legalidade é suscetível de ser entendida em termos amplos, tais comportamentos podem, além do mais, ser ofensivos dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos que a ordem jurídica europeia atribui aos particulares. Por outro lado, as condutas das instituições europeias podem também ser lesivas dos interesses dos Estados membros; de igual forma, podem os comportamentos das autoridades nacionais ser prejudiciais do interesse da UE. Existem, portanto, variadíssimas situações suscetíveis de propiciar cenários de atuação dos órgãos jurisdicionais (tanto nacionais como os integrados no TJUE), os quais deverão atuar como garantes da tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia e de pretensões subjetivas dos particulares ou dos Estados membros, ou seja, da extensa legalidade europeia.

O objeto imediato ou direto (entendido como causa de pedir e pedido) das reações contenciosas que podem ser despoletadas assenta na salvaguarda da estrita legalidade europeia, podendo acrescer-lhe, mediata ou reflexamente, a necessidade de salvaguarda de pretensões subjetivas (direitos ou interesses legítimos). Decorre daqui que a inexistência de ofensas a pretensões deste tipo não prejudica forçosamente o objeto dos instrumentos jurisdicionais de tutela da legalidade europeia, aspeto particularmente visível nas iniciativas processuais (v. g. de recursos de anulação ou de ações por omissão) das instituições da União e dos Estados membros. Não obstante, as reações impulsionadas pelos particulares baseiam-se em comportamentos alegadamente contrários à legalidade europeia por serem ofensivos de direitos subjetivos ou interesses legítimos que lhes são reconhecidos pela ordem jurídica da União.

4.2. A repressão da ilicitude na esfera das atuações da União e dos Estados membros desde que relacionadas com a integração europeia

A esfera da ilicitude embora possa ser autonomizada do domínio da legalidade não deixará de se reconduzir a um sentido amplo deste último³¹⁸. Na verdade, ilicitude e ilegalidade não deixam de comungar da ideia de contrariedade ao direito ou à juridicidade. Daí que verdadeiramente o que se destaca no campo da ilicitude é o facto de os comportamentos que lhe

³¹⁸ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 240; Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 923.

estão subjacentes serem causadores de *danos* que se repercutem na esfera jurídica de outrem, nomeadamente, dos particulares ou dos Estados membros.

No quadro da atuação da UE, que age através das suas instituições, dos seus órgãos e organismos, bem assim dos seus agentes quando se encontrem em serviço, a ilicitude pode surgir no âmbito de uma atuação material apesar de tal situação não ser frequente³¹⁹. Nesta sede o TJ já admitiu que é fonte de responsabilidade e do consequente dever de indemnizar por parte da UE (i) a violação dos deveres de confidencialidade e de prestação de informações³²⁰; (ii) a existência de uma organização inadequada da administração pública europeia³²¹; ou (iii) a cessação ilícita do vínculo laboral com um funcionário das instituições³²².

Contudo, é sobretudo no domínio das atuações normativas e administrativas da UE que surgem com maior frequência as situações de ilicitude, como as que emergem (i) do abuso de poder³²³; (ii) do não acatamento pelas instituições de obrigações previstas nos Tratados³²⁴; ou (iii) da violação de regras superiores do direito³²⁵.

Neste âmbito, porém, há que distinguir entre atuações ilícitas fundadas em delitos e em incumprimentos de contratos nos quais a UE é parte. Com efeito, as primeiras inserem-se no âmbito da atividade dos órgãos integrados no TJUE; já as segundas, regendo-se pela lei aplicável ao contrato celebrado, normalmente recaem na esfera competencial dos tribunais nacionais, ainda que não seja de excluir que tal competência seja, através de cláusula compromissória de jurisdição arbitral constante de determinado acordo, atribuída àqueles.

Por outro lado, pode suceder que o comportamento ilícito e lesivo seja imputável aos Estados membros na medida em que se trate de atuações das autoridades nacionais no exercício das funções legislativa, administrativa ou até jurisdicional, em aplicação ou execução do direito da UE. Pense-se, designadamente, nas situações de não transposição, receção incorreta ou extemporânea de diretivas que atribuem direitos a particulares destinados a serem exercidos no âmbito de relações estabelecidas com outros particulares³²⁶. Sucederá, portanto, que aqueles não

³¹⁹ Pense-se, por exemplo, num funcionário de uma instituição que, no exercício das suas funções, causa um acidente de viação do qual emergem prejuízos para outrem; ou num objeto pertencente às instalações de um órgão ou organismo da UE que cai, danificando uma viatura estacionada na rua ou atingindo uma pessoa que por ali passava.

³²⁰ Cfr. acórdão ADAMS, de 7 de novembro de 1985, proc. 145/83, Rec. 1985, pp. 3556 e ss.

³²¹ Cfr. acórdãos FERAM, de 17 de dezembro de 1959, proc. 23/59, Rec. 1959, pp. 506 e ss; e GATREAU, de 18 de dezembro de 1980, procs. apensos 156/79 e 51/80, Rec. 1980, pp. 3139 e ss.

³²² Assim FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 222.

³²³ Cfr. acórdão KAMPFMEYER e o. vs. COMISSÃO, de 14 de julho de 1967, procs. apensos 5, 7 e 13 a 24/66, Col. 1967, pp. 637 e ss.

³²⁴ Cfr. acórdão VLOEBERGHES, de 14 de julho de 1961, procs. apensos 9 e 12/60, Rec. 1961, pp. 216 e ss.

³²⁵ Assim FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 222.

³²⁶ Com efeito, no âmbito de litígios contra o Estado, tratando-se de direitos previstos em diretivas não transpostas ou transpostas tardia ou incorretamente, o particular pode-se socorrer da doutrina do *efeito direto vertical*; contudo, já não o poderá fazer no quadro de litígios contra outros particulares, uma vez que as diretivas não produzem *efeito direto horizontal*.

se poderão fazer valer de tais prerrogativas devido a um comportamento ilícito, porque contrário ao direito da União, da autoria de determinado do Estado membro: a violação da obrigação de transposição, tempestiva e correta, das diretivas de que aquele seja destinatário.

Com efeito, as autoridades nacionais quando atuam ilicitamente em áreas conexas com a ordem jurídica europeia sujeitam o Estado membro onde se inserem a um regime específico da responsabilidade extracontratual, resultante de atuações relacionadas com as obrigações decorrentes da integração europeia, o qual é autónomo relativamente aos regimes da responsabilidade extracontratual por violação do direito interno que proliferam nos Estados membros³²⁷.

Tanto sobre a UE, como sobre os Estados membros, pode incidir portanto o dever indemnizar. Para a primeira esse dever resulta *expressis verbis* do TFUE e obedece ao critério constante do segmento que encontramos no segundo parágrafo do artigo 340.º, ou seja, a obrigação de ressarcir por danos causados é efetivada "...de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros". Para os segundos, tendo o objeto de tal dever sido revelado pela jurisprudência do TJ, ele decorre do espírito do sistema do TFUE e funda-se no princípio da efetividade do direito da União. Exige-se que a ilicitude resultante da inobservância do direito da União se traduza, conforme jurisprudência constante formulada no âmbito de ações de indemnização instauradas contra a UE embora transportada para as ações propostas contra os Estados membros por violação daquele ordenamento, numa "*violação suficientemente caracterizada de uma norma superior de direito que protege os particulares*"³²⁸, a qual pode ocorrer por ação ou por omissão.

O comportamento ilícito por ser contrário à ordem jurídica europeia pode ainda ser imputável aos próprios particulares. Com efeito, na qualidade de agentes económicos, de operadores no mercado interno ou simplesmente de sujeitos do direito da União, sobretudo as empresas mas também os cidadãos podem, designadamente, violar as liberdades fundamentais de circulação ou postergar segmentos do direito europeu da concorrência, incorrendo em responsabilidade civil extracontratual motivada nesses comportamentos³²⁹.

³²⁷ Nesta medida, não será de excluir a existência de diferenças entre os pressupostos de uma ação de indemnização emergente de responsabilidade extracontratual por violação do direito da UE e os de uma ação paralela por postergação do direito interno, na certeza, porém, que essas discrepâncias não poderão bulir com os princípios da efetividade e da equivalência, cujos contornos abordaremos no capítulo seguinte.

³²⁸ Cfr. acórdãos WERHAHN vs. CONSELHO, de 13 de novembro de 1973, proc. 63 a 69/72, Rec. 1973, pp. 1230 e ss; CNTA vs. COMISSÃO, de 15 de junho de 1976, proc. 74/74, Col. 1976, pp. 183 e ss, n.º 1 do sumário; HNL e o. vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 25 de maio de 1978, procs. apensos 83 e 94/76, 15 e 40/77, Rec. 1978, pp. 1209 e ss, n.º 6; ZUCKERFABRIK BEDBURG e o. vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 14 de janeiro de 1987, proc. 281/84, Col. 1987, pp. 84 e ss, n.º 18.

³²⁹ Cfr. João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso Comunitário*, Lisboa, 2002, p. 203.

5. A União Europeia como União de direito enquanto fundamento axiológico da tutela jurisdicional efetiva

A alusão aos princípios gerais do direito da UE foi exemplificada com os princípios da igualdade, da proteção da confiança e da segurança jurídica dos cidadãos, da salvaguarda dos direitos fundamentais, da legalidade da administração e, claro, da tutela jurisdicional efetiva.

Um denominador comum aos referidos princípios reside nos mesmos consubstanciarem subprincípios concretizadores do princípio do Estado de direito (*rule of law; Rechtsstaat; règne de la loi*)³³⁰, ao qual também se subsumem exigências básicas como as relativas à separação de poderes, independência dos tribunais e reparação dos danos causados aos particulares pela administração.

Como ensina J. J. GOMES CANOTILHO, a opção pelo Estado de direito implica a conformação das estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo "*a medida do direito*", na qual o direito, entendido como meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada, para cumprir essa função ordenadora, estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições³³¹. Em causa está, portanto, uma forma de harmonização do exercício dos poderes públicos por parte dos órgãos do Estado com vista à realização de necessidades coletivas, correspondentes à ideia de *bem comum*, com o respeito pelos direitos dos cidadãos³³².

Embora tradicionalmente configurado em torno de esquemas organizatórios relativos aos Estados-nação, o princípio do Estado de direito não é certamente alheio à UE enquanto comunidade política organizada, apesar de aquela não ser (e disso estar longe, aliás) um Estado (v. g. Federal)³³³. Bastará lembrar que todos os Estados membros, internamente, se encontram

³³⁰ Cfr. Gustav RADBRUCH, *op. cit.*, pp. 347 e ss; Reinhold ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, 3.^a Ed, Lisboa, 1997, pp. 383 e ss; Denys SIMON, *Le système...*, *cit.*, pp. 55 e ss; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I - Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais, 7.^a Ed, Coimbra, 2003, pp. 83 e ss; Jorge REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 49 e ss; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, pp. 256 e ss; Alessandra SILVEIRA, *Princípios...*, *cit.*, pp. 26 e ss.

³³¹ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, p. 243. Vide também J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, *cit.*, 409; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, *cit.*, p. 350; *Direito da União...*, 3.^a Ed, *cit.*, p. 451.

³³² Cfr. Reinhold ZIPPELIUS, *op. cit.*, p. 384.

³³³ Cfr. Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, *cit.*, p. 6; Miguel POIARES MADURO, *A Crise Existencial...*, *cit.*, p. 203; Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, *cit.*, p. 365. Segundo Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, *cit.*, pp. 91 e 92, o instituto da *cidadania europeia*, a existência de um *interesse geral europeu* e o reconhecimento de *personalidade jurídica à UE* levou os Tratados europeus a tornarem-se a "*base de uma comunidade política*".

vinculados a tal princípio³³⁴. De outra forma, aliás, nem sequer seriam admitidos como candidatos a aderirem à UE. Com efeito, decorre do primeiro parágrafo do artigo 49.º do TUE que o respeito pelo princípio do Estado de direito apresenta-se como condição *sine qua non* para a entrada de novos países. Aí se estabelece a necessidade de respeito pelos "valores referidos no artigo 2.º", nos quais se inclui o referido princípio, enquanto valores comuns aos Estados membros, relativamente aos Estados europeus que desejem aderir à UE³³⁵.

Por outro lado, a UE exerce poderes públicos outrora pertencentes aos Estados membros e que estes transferiram para ela. Nesse exercício a União pode interferir com os direitos e interesses dos particulares ou dos próprios Estados membros, pelo que também a UE deve conformar as suas atuações pelo "império do direito", entendido como ordem jurídica fundamental, antes de mais assente nos Tratados, que vincula os referidos poderes públicos.

Desde a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, ocorrida a 1 de maio de 1999, que o princípio do Estado de direito ficou expressamente positivado nos Tratados através do aditamento de um novo n.º 1 ao então artigo 6.º do TUE, que determinou que a União assentava em vários "*princípios comuns aos Estados membros*", entre eles o do Estado de direito. Com o início da vigência do Tratado de Lisboa tal princípio, bem como os demais que constavam daquele preceito - liberdade, democracia, respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais - foram elevados à categoria de "*valores comuns aos Estados membros*" nos quais a UE se funda, tendo sido transferidos para o artigo 2.º do TUE³³⁶. Em suma, o princípio e valor do Estado de direito integra indubitavelmente o quadro normativo do direito primário.

Encontrando-se o princípio do Estado de direito inserido no património partilhado por todos os Estados membros, não será de estranhar que a jurisprudência do TJ e a doutrina³³⁷ se tenham referido por diversas vezes à CE como *Comunidade de direito* e posteriormente, após a criação da UE, à *União de direito*³³⁸. Mais que uma mera proposição, trata-se de um enunciado

³³⁴ Cfr. Joël RIDEAU, *l'Incertaine montée vers l'Union de droit*, in Joël RIDEAU (direção), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Nice, 2000, pp. 1 e ss; Constance GREWE, *Réflexions comparatives sur l'Etat de droit*, in *idem*, pp. 11 e ss.

³³⁵ Esta exigência, aliás, saíra já reforçada nas conclusões do Conselho Europeu de Copenhaga, realizado nos dias 21 e 22 de junho de 1993, na parte em que enunciaram os critérios de adesão de novos Estados à UE, configurados em especial para a vaga de alargamentos a leste da Europa que então se avizinhava e que hoje a História confirma. Tais critérios são de três naturezas: (i) política, (ii) económica, e (iii) o relativo à capacidade de adoção do acervo comunitário. A este título releva sobretudo o primeiro critério, que implica a presença, nos Estados candidatos, de instituições estáveis que garantam a democracia, o *Estado de direito*, os direitos humanos, o respeito e a proteção das minorias. Vide a subalínea iii) da alínea A) do ponto 7 das referidas conclusões.

³³⁶ Cfr. Jean-Luc SAURON, *Comprendre le Traité de Lisbonne*, Paris, 2008, p. 28; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Os fundamentos axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um estudo sobre o artigo 2.º do TUE*, in Nuno PIÇARRA (coord.), *op. cit.*, pp. 47 e ss.

³³⁷ Cfr. Parecer 1/91, do TJ, de 14 de dezembro de 1991, Col. 1991, pp. I-6079 e ss, n.º 21; Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, *cit.*, pp. 364 e ss; Maria Luísa DUARTE, *A teoria dos poderes...*, *cit.*, p. 213; *Contencioso...*, *cit.*, p. 36; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 350 e ss.

³³⁸ Joseph H. H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991 (Vol. 100; n.º 8), p. 2478; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, pp. 451 e ss.

normativo concreto que impele a UE ao respeito da juridicidade, dos direitos fundamentais e da divisão de poderes, entre outros axiomas básicos de uma União composta exclusivamente por Estados (membros) de direito³³⁹.

Do valor da União de direito decorre, em especial, a subordinação da atividade administrativa europeia ao direito³⁴⁰ enquanto corolário do (sub)princípio da legalidade da administração, que é simultaneamente concretizador do princípio do Estado de direito e um princípio geral do direito da União. Estando sujeitas ao direito, as administrações - europeia e nacionais quando executem direito da União - também se encontram adstritas ao controlo jurisdicional tendo em vista o respeito pelos direitos individuais dos particulares³⁴¹.

O fundamento da tutela jurisdicional efetiva reside, portanto, na valoração da UE como uma **União de direito**³⁴², a qual pretende limitar juridicamente o exercício do poder político por ela mediante um conjunto de regras que se lhe impõem³⁴³. Com Maria Luísa DUARTE³⁴⁴, diremos que o contencioso da UE é um instrumento privilegiado de realização do paradigma da União de direito³⁴⁵; através dele efetiva-se a tutela jurisdicional dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos que a ordem jurídica europeia confere sobretudo aos particulares e, mais abrangentemente, da legalidade europeia, tanto mediante a atuação dos órgãos integrados no TJUE, como através da intervenção dos órgãos jurisdicionais nacionais quando apliquem direito da União.

É precisamente a conceção de União de direito que se encontra subjacente a alguns dos mais expressivos e épicos arestos elaborados pelo TJ tendo em vista o progressivo reforço da integração supranacional em que assenta a paulatina edificação comunitária.

O entendimento, aclarado pelo referido órgão jurisdicional, segundo o qual o TCEE (posteriormente TCE e hoje TFUE) constitui "*uma ordem jurídica própria, integrada nos sistemas jurídicos dos Estados membros e que se impõe aos respetivos órgãos jurisdicionais, cujos sujeitos são não apenas os Estados membros, mas também os seus nacionais e que, ao*

³³⁹ Cfr. Constance GREWE, *op. cit.*, p. 17.

³⁴⁰ Cfr. Suzana TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, p. 20.

³⁴¹ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, p. 256; Margarida TELLES ROMÃO, *op. cit.*, pp. 17 e 20.

³⁴² Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, pp. 366, 367, 451 e 453.

³⁴³ Com efeito, muito embora se afigure correto afirmar-se que, no quadro atual, os Estados membros mantêm o essencial da sua soberania, não é menos verdade que, por pertencerem à UE, se confrontam com importantes limitações, dado a União tratar-se de uma entidade supraestadual dotada de importantes parcelas de poder político que aqueles lhe transferiram, passando a subordinar à UE o exercício do poder político que mantêm. Neste sentido, aliás, deve ser entendido a "cláusula Europa" constante dos números 5 e 6 do artigo 7.º da CRP, a qual, na síntese de J. J. GOMES CANOTILHO, se trata de "*uma referência aberta para elementos materiais de uma comunidade jurídico-política (Europa, direitos fundamentais, união económica e monetária, justiça, cidadania europeia, união europeia)*". Vide *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, pp. 234.

³⁴⁴ Cfr. *Contencioso...*, *cit.*, p. 60.

³⁴⁵ Em sentido idêntico, embora circunscrevendo-se ao valor que se encontra subjacente ao mecanismo da ação por incumprimento, vide Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 506.

mesmo tempo que cria encargos para os particulares, o direito comunitário é também destinado a instituir direitos que se incluem no seu património jurídico; estes nascem não apenas quando se faz uma atribuição explícita dos mesmos através do Tratado, mas também em virtude das obrigações que o Tratado impõe de forma bem definida quer aos particulares quer aos Estados membros e às instituições comunitárias" foi plasmado no acórdão VAN GEND EN LOOS³⁴⁶ e consolidado nas decisões COSTA/ENEL³⁴⁷ e FRANCOVICH³⁴⁸, tendo intrínseca a ideia de Comunidade (hoje União) de direito.

Daqui decorre, não apenas a sujeição dos tribunais nacionais à ordem jurídica europeia, enquanto seus aplicadores jurisdicionais comuns, como também a circunstância de tal ordem atribuir direitos aos particulares, ao mesmo tempo que os investe em obrigações e os adstringe a deveres, o que também sucede relativamente aos Estados membros e às próprias instituições da União. Daí que a juridicidade oriunda da ordem europeia possa ser violada por qualquer um destes três tipos de sujeitos uma vez que todos são destinatários do direito da União.

Como União de direito, a UE rege-se pelo *princípio da legalidade da administração*, o qual não prescinde de reações, através de um adequado e eficaz sistema de garantia judicial, contra as atuações da administração pública europeia na sua aceção ampla contrárias à juridicidade que integra a respetiva ordem jurídica.

Nessa medida, o TJ sublinhou que a CE (entretanto absorvida pela UE) é uma Comunidade de direito *"na medida em que nem os seus Estados membros nem as suas Instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus atos com a Carta Constitucional de base que é o Tratado. Especialmente por meio dos seus artigos 173.º e 184.º [atuais 263.º e 277.º], por um lado, e do artigo 177.º [atual 267.º], por outro, o Tratado estabeleceu um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos atos das Instituições. As pessoas singulares e colectivas estão assim protegidas contra a aplicação de actos de alcance geral, que não podem impugnar directamente perante o Tribunal, em virtude dos requisitos especiais de admissibilidade especificados no segundo parágrafo do artigo 173.º do Tratado. Quando a execução administrativa desses actos compete às instituições comunitárias, as pessoas singulares e colectivas podem interpor recurso directo, junto do Tribunal, contra os actos de aplicação de que são destinatárias, ou que lhes digam directa e individualmente respeito, e invocar, nesse recurso, a ilegalidade do acto geral de base. Quando essa execução for da competência das instâncias nacionais, podem invocar a invalidade*

³⁴⁶ Acórdão de 5 de fevereiro de 1963, proc. 26/62, Col. 1962-1964, pp. 207 e ss.

³⁴⁷ Acórdão de 15 de julho de 1964, proc. 6/64, Col. 1962-1964, pp. 553 e ss.

³⁴⁸ Acórdão de 19 de novembro de 1991, procs. apensos C-6/90 e C-9/90, Col. 1991, pp. I-5403 e ss, n.º 31.

dos actos de alcance geral perante os órgãos jurisdicionais nacionais e levar estes a consultar, a esse respeito, o Tribunal, por meio de questões prejudiciais"³⁴⁹.

Posteriormente, o TJ alargou o bloco de constitucionalidade, ao considerar que a CE "é uma comunidade de direito em que as suas Instituições estão sujeitas à fiscalização da conformidade dos seus actos com o Tratado e com os princípios gerais de direito, onde se incluem os direitos fundamentais"³⁵⁰.

Enfim, chegamos ao ponto fulcral em que o TJ relacionou a União de direito com a tutela jurisdicional efetiva. Segundo o Tribunal, "*sendo a Comunidade Europeia uma comunidade de direito em que as suas instituições estão sujeitas à fiscalização da conformidade dos atos 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 objetivo de garantir uma protecção jurisdicional efetiva dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito comunitário*"³⁵¹.

Reportando-se naturalmente à CE, a jurisprudência do TJ deve ser transportada para a UE, que, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, absorveu aquela³⁵².

Assim sendo, o TFUE dispõe de um sistema de proteção jurisdicional que garante uma proteção jurídica eficaz contra as violações do direito da União praticadas pelas instituições e pelos órgãos ou organismos europeus, bem assim da autoria dos Estados membros e mesmo dos particulares desde que apresentem conexão com aquele ordenamento.

As infrações à legalidade europeia imputáveis aos Estados membros são sancionáveis, por um lado, pelo TJ, no âmbito da ação por incumprimento; paralelamente, quando se trate da satisfação da obrigação de ressarcir, a repressão dos comportamentos dos Estados membros recai na competência dos órgãos jurisdicionais nacionais e segundo os instrumentos processuais regulados no direito interno. Relativamente às reações contra as transgressões à referida

³⁴⁹ Acórdãos OS VERDES vs. PE, já citado, n.º 23; FOTO-FROST e o, de 22 de outubro de 1987, proc. 314/85, Col. 1987, pp. 4225 e ss, n.º 16; WEBER vs. PE, de 23 de março de 1993, proc. C-314/91, Col. 1993, pp. I-1093 e ss, n.º 8; GASTON SCHUL (GASTON SCHUL II), de 6 dezembro de 2005, proc. C-461/03, Col. 2005, pp. I-10537 e ss, n.º 22. Cfr. Paolo MENGOZZI, *The rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *RDE*, 1992 (Vol. 32; n.º 3), pp. 511 e ss; Vlad CONSTANTINESCO, *La constitutionnalisation de l'Union Européenne*, in Joël RIDEAU (direção), *De la Communauté...*, cit., p. 137.

³⁵⁰ Acórdão UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO, já citado, n.º 38.

³⁵¹ Cfr. acórdão ATHINAÍKI TECHNIKI vs. COMISSÃO, de 17 de julho de 2008, proc. C-521/06 P, Col. 2008, pp. I-5829 e ss, n.º 45.

³⁵² Tanto assim que na jurisprudência posterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa o TJ reporta-se já à União, em vez da Comunidade, de direito. No acórdão E e F, de 29 de junho de 2010, proc. C-550/09, disponível in www.curia.europa.eu, n.º 44, pode ler-se o seguinte: "*deve salientar-se que a União é uma União de direito cujas instituições estão sujeitas à fiscalização da conformidade dos seus actos, nomeadamente, com o Tratado FUE e com os princípios gerais do direito. O referido Tratado estabeleceu um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos actos das instituições da União*".

legalidade cometidas pelos particulares, quase sempre se inserem na competência dos órgãos jurisdicionais nacionais, mediante as vias adjetivas previstas nos respectivos direitos internos³⁵³; no entanto, a impugnação judicial das decisões da Comissão de aplicação de coimas às empresas pela violação das regras europeias de concorrência já se insere na competência das jurisdições abrangidas pelo TJUE uma vez que está em causa a atividade da administração europeia direta. Releva, portanto, também o imperativo de salvaguarda dos direitos e interesses que o direito da UE confere principalmente aos particulares, uma vez que a tutela jurisdicional efetiva não visa proteger apenas a objetiva legalidade europeia.

³⁵³ Cfr. João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, *cit.*, p. 204.

Capítulo II

Pressuposto orgânico e formal da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia: os tribunais da União e as regras adjetivas

1. Razão de ordem

A tutela jurisdicional efetiva no direito da União, semelhantemente ao que sucede nas ordens jurídicas nacionais, não prescinde da existência de tribunais ou de *jurisdições* que garantam uma proteção plena e eficaz aos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos concedidos (principalmente aos particulares) pelo ordenamento europeu, o que pressupõem o seu reconhecimento devido e a sua salvaguarda em tempo útil.

Vimos que a necessidade de salvaguarda de pretensões de natureza subjetiva reconhecidas pela ordem jurídica europeia pode surgir através de dois cenários principais. No primeiro arrumámos as situações jurídicas ocorridas no âmbito da repressão de atuações positivas (traduzidas em ações) ou negativas (concretizadas em abstenções) da administração pública europeia que, sendo ofensivas de pretensões de natureza subjetiva que o direito da União confere aos particulares, situam-se à margem da legalidade europeia; o demandante tenta alcançar uma decisão judicial que declare o ato ou a omissão ilegal e, conseqüente e respetivamente, inutilize a validade e eficácia do mesmo ou imponha a prática de um ato que supra a omissão declarada contrária à juridicidade europeia³⁵⁴. No segundo agrupámos os casos despoletados pela exigência de ressarcimento de pessoas lesadas pelo sofrimento de prejuízos devido a comportamentos ilícitos por serem violadores de direitos ou interesses que o direito da UE lhes reconhece; em causa estão condutas suscetíveis de fazer incorrer os respetivos autores em responsabilidade civil extracontratual. Em ambas as situações a atuação ilegal ou ilícita pode ser imputável às

³⁵⁴ No entanto, mesmo inexistindo interferência ilegítima em matéria de pretensões subjetivas dos particulares poderá haver objeto para a interposição dos instrumentos processuais que aqui se inserem (v. g. recurso de anulação e ação por omissão), uma vez que o objetivo principal dos mesmos consiste na salvaguarda da legalidade europeia, a qual é encarada também em sentido estrito (ou objetivo), podendo, eventualmente, estar ainda em causa a necessidade de se assegurar a proteção de direitos e interesses. Este aspeto é particularmente visível nos impulsos processuais iniciais dos Estados membros e das instituições europeias.

instituições europeias ou às autoridades administrativas nacionais quando atuem no âmbito do direito da União, isto é, em sua execução ou aplicação; igualmente, nos dois cenários o respeito dos direitos e interesses consagrados pela ordem jurídica europeia surge como um pressuposto da legalidade das atuações daqueles entes.

Conseqüentemente, as *jurisdições da UE* afiguram-se competentes para analisar e decidir as reações que os interessados possam querer apresentar quando confrontados com aqueles tipos de comportamentos, ainda que as referidas jurisdições, assentando em dois tipos distintos de tribunais, sejam entendidas numa aceção *ampla*.

A primeira espécie de tribunais abrangidos nessa aceção reconduz-se às *jurisdições da UE propriamente ditas* ou em *sentido restrito*, as quais correspondem aos órgãos inseridos na instituição jurisdicional da União - o TJUE - cujas atuações se regem, semelhantemente ao que sucede com as demais instituições europeias, pelo princípio da *competência de atribuição*. No quadro jurídico-institucional atual o TJUE desdobra-se entre TJ, TG, dotados de competência "genérica", e tribunais especializados, nos quais se enquadra o TFP enquanto órgão jurisdicional de competência vocacionada para litígios laborais que opõem os funcionários às instituições da União onde desenvolvem a respetiva atividade profissional. O conjunto destes órgãos, a que se alude na primeira parte do primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, forma uma parte das referidas jurisdições: os tribunais da UE em sentido **orgânico**.

O segundo género de órgãos jurisdicionais em que se desdobram as jurisdições da UE consiste nos *tribunais nacionais enquanto juízes comuns de aplicação do direito da União*, os quais também correspondem a tribunais da UE num sentido **funcional**.

Naturalmente, de nada adiantaria a mera proclamação, pela UE, de direitos subjetivos e interesses legítimos se os mesmos se encontrassem desprovidos de uma proteção jurisdicional que efetivamente os garanta, nomeadamente, mediante decisões que reconhecendo-os e reprimindo as violações aos mesmos, prevaleçam sobre as decisões das outras entidades, nomeadamente, as autoridades administrativas. De igual forma, seria inútil propalar a exigência de respeito pela objetiva legalidade europeia se inexistisse uma entidade judicial cujas decisões, prevalecendo sobre as dos outros organismos, dispõem de força para a repor e para sancionar as infrações à mesma.

Importa, por isso, analisar de perto tanto a instituição jurisdicional da União como o desdobramento funcional dos órgãos jurisdicionais nacionais quando atuem como tribunais comuns do direito da União.

2. O Tribunal de Justiça da União Europeia enquanto instituição jurisdicional

Os órgãos em que se desdobra o TJUE dispõem apenas dos poderes expressamente previstos nos Tratados, não podendo *per si* alargá-los; tal contingência implicaria uma revisão daqueles textos e a competência para tal radica exclusivamente nos Estados membros. Afigura-se, no entanto, inquestionável a importância da atuação dos referidos órgãos - *maxime* do TJ e do TG - no controlo judicial da ampla legalidade europeia ou, se se preferir, na salvaguarda do direito da UE, logo, na tutela jurisdicional efetiva tanto de pretensões subjetivas que a ordem jurídica da UE atribui sobretudo aos particulares, como da objetiva legalidade europeia. Com efeito, apenas eles dispõem de competência para invalidar os atos das instituições da União ou para condenar esta no pagamento de indemnizações emergentes de responsabilidade civil aquiliana, entre outras funções.

É um facto que a consagração, pela primeira vez de forma expressa e explícita, do princípio da tutela jurisdicional efetiva no segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE surge direcionada para os Estados membros e, naturalmente, para os respetivos tribunais, o que se deve à mundividência de estes serem os tribunais comuns da ordem jurídica europeia. No entanto, aos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE compete garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados (como decorre da segunda parte do n.º 1 do artigo 19.º do TUE) e do direito derivado, em especial assegurando o primado e garantindo a uniformidade da interpretação e a correta aplicação do direito da UE no espaço dos Estados membros.

2.1. Elementos constitutivos da jurisdição

Os elementos tradicionalmente apontados enquanto constitutivos de uma jurisdição são quatro, a saber: (i) a independência do respetivo órgão; (ii) a competência deste para a resolução de questões de direito; (iii) a sujeição do mesmo a normas processuais precisas, em especial, que assegurem o princípio do contraditório; e (iv) o carácter obrigatório das decisões proferidas³⁵⁵. Estes elementos devem estar reunidos tanto no que tange aos tribunais organicamente integrados na instituição jurisdicional da UE, como no que respeita aos tribunais nacionais dos Estados membros enquanto órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da UE nos respetivos territórios.

³⁵⁵ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., pp. 47 e 48; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Introdução...*, cit., p. 12.

Veremos, aliás, em sede própria que a verificação dos referidos elementos condiciona a faculdade/obrigatoriedade de colocação de questões prejudiciais à apreciação do TJ no quadro do processo de reenvio. Na verdade, as entidades estaduais que não cumpram aqueles pressupostos (nomeadamente, algumas autoridades administrativas) não poderão ser consideradas órgãos jurisdicionais de acordo com a aceção prevista nos segundo e terceiro parágrafos do artigo 267.º e por isso não dispõem da faculdade, nem estão adstritas ao dever, de apresentar questões prejudiciais.

Relativamente aos órgãos integrados no TJUE, a independência dos juízes que os compõem, bem como dos advogados-gerais que os assistem³⁵⁶, encontra-se alicerçada por regras constantes dos Tratados (terceiro parágrafo do n.º 2 do artigo 19.º do TUE e artigos 252.º, 253.º e 254.º do TFUE), do respetivo Estatuto (artigos 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 8.º e 49.º) e da CDFUE (artigo 47.º). A independência dos tribunais no exercício da função jurisdicional trata-se, na verdade, de uma característica absolutamente essencial. Juntamente com a liberdade de que os referidos órgãos dispõem, traduzida na não ingerência dos outros poderes constituídos, ela constitui um dos pilares estruturantes do Estado de direito e da UE enquanto União de direito.

Inexistem dúvidas quanto à competência dos referidos órgãos para dirimir questões de direito. Tal decorre, desde logo, da segunda parte do n.º 1 do artigo 19.º do TUE e verifica-se tanto no âmbito dos instrumentos contenciosos que pressupõem litígio, como no quadro do reenvio prejudicial onde apesar de inexistir conflito é necessário definir o direito da UE aplicável, ambos sumariamente referidos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do mesmo preceito.

Tais órgãos também se encontram adstritos ao cumprimento de regras processuais precisas, entre elas as que asseguram o princípio do contraditório, inclusive no âmbito de formas de tramitação que não se traduzem em processos contenciosos (*v. g.* o reenvio prejudicial). Veja-se, nomeadamente, os artigos 20.º, 23.º e 23.º-A do Estatuto do TJUE; 34.º, 37.º, 54.º, 56.º, 78.º,

³⁵⁶ O TJ é necessariamente assistido por advogados-gerais (artigo 19.º, n.º 2, do TUE), referindo o artigo 252.º do TFUE (ex-artigo 222.º do TCE; ex-ex-artigo 166.º do TCEE) que o seu número é de oito (dos quais cinco são permanentes e três são rotativos). Tal número pode ser aumentado por decisão unânime do Conselho tomada a pedido do Tribunal. Neste âmbito, a Declaração n.º 38 anexa à ata final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa prevê a ampliação para onze advogados-gerais (dos quais seis serão permanentes e cinco rotativos). Já o TG poderá ser assistido por advogados-gerais se o Estatuto do TJUE o previr (artigo 254.º do TFUE). Assim, o primeiro e o terceiro parágrafos do artigo 49.º do referido Estatuto preveem que os juízes do TG possam ser chamados a desempenhar as funções de advogado-geral em determinadas causas, cujos critérios de seleção (tanto dos pleitos, como das personalidades chamadas a exercer tal tarefa) constam do RPTG. Nessa medida, o artigo 17.º deste Regulamento estabelece que o TG, quando reúna em sessão plenária, é assistido por um advogado-geral designado pelo presidente do Tribunal; o artigo 18.º estatui que, quando reúna em secção, o TG pode ser assistido por um advogado-geral, se considerar que a dificuldade jurídica ou a complexidade da matéria de facto do processo o exigem, competindo à sessão plenária, a pedido da secção onde o processo se encontre, decidir se designa tal advogado-geral, recaindo sobre o presidente do TG, como decorre do artigo 19.º do RPTG, a escolha do juiz que desempenhará tais funções. Cfr. L. Neville BROWN e Tom KENNEDY, *op. cit.*, p. 60; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, *cit.*, p. 7; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, pp. 4 e 5; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, pp. 381 e 382; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, *cit.*, p. 76.

81.º, 83.º, 96.º, 109.º, 120.º, 123.º, 124.º a 128.º, 133.º, 149.º a 151.º, 160.º, n.º 5, 171.º, 172.º do novo RPTJ; e 43.º, 45.º a 48.º, 50.º, 51.º, 56.º, 66.º, 76.º-A, 78.º, 105.º, 113.º e 114.º do RPTG.

Enfim, a vinculatividade das decisões dos órgãos em o TJUE se desdobra também se apresenta inquestionável, como decorre dos artigos 91.º do novo RPTJ e 83.º do RPTG.

2.2. Carácter permanente e competência exclusiva, imperativa e parcialmente de plena jurisdição

A tutela jurisdicional efetiva no direito da UE surge tendencialmente associada às jurisdições nacionais, uma vez que os respetivos tribunais afiguram-se como os competentes para a apreciação, no território dos Estados membros, dos litígios cuja solução substantiva passe pela aplicação de normas europeias. Contudo, os órgãos jurisdicionais integrados no TJUE, dentro das respetivas competências, também desempenham um papel preponderante para que a referida tutela seja uma realidade. Bastará ter presente que o TJUE se trata de uma instituição jurisdicional *permanente*³⁵⁷, cujas competências que lhe estão atribuídas nos Tratados, são, por um lado, *obrigatórias*³⁵⁸ e, por outro, *exclusivas*³⁵⁹.

O exercício do leque competencial que os Estados membros decidiram, principalmente através do TFUE, atribuir ao TJUE não depende, ressalvadas escassas situações específicas, de qualquer tipo de compromisso ou declaração de aceitação a realizar pelos "donos dos Tratados", pelo que tal feixe caracteriza-se por ser *imperativo*³⁶⁰; ou seja, as jurisdições inseridas no TJUE,

³⁵⁷ Naturalmente, sem prejuízo de algumas interrupções no seu funcionamento, como aos fins-de-semana, feriados e férias. Para assegurar tal permanência os juízes e os advogados-gerais devem residir no Luxemburgo, onde a referida instituição se encontra sedeadada. No acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 14 de dezembro de 1971, proc. 7/71, Col. 1971, pp. 393 e ss, n.º 19, o TJ relembrou que "*Os Estados membros acordaram em instituir uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições permanentes, investidas de poderes reais, provenientes de limitação de competências ou de transferência de atribuições dos Estados para esta Comunidade*". Cfr. João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., pp. 18 e 30; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 483.

³⁵⁸ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União*, 3.ª Ed, cit., p. 375.

³⁵⁹ Cfr. Jean-Victor LOUIS, *op. cit.*, pp. 53 e ss; Denys SIMON, *Le système...*, cit., pp. 336 e 337; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 223 e 224.

³⁶⁰ Recorde-se, porém, que num pretérito não muito longínquo o ex-artigo 35.º do TUE, de acordo com a redação atribuída pelo Tratado de Amesterdão e vigente até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, previa, no n.º 2, a necessidade de os Estados membros, mediante declaração feita por ocasião da celebração daquele Tratado ou posteriormente a todo o tempo, aceitarem a competência prejudicial do TJ constante do n.º 1 do mesmo preceito. Apenas através dessa forma os Estados membros podiam conferir aos respetivos órgãos jurisdicionais nacionais a faculdade (e não a obrigação, contrariamente ao que sucedia no antigo primeiro pilar, pelo menos quando o tribunal nacional julgasse as causas sem que das suas decisões coubesse recurso) de colocarem questões prejudiciais sobre os atos adotados pela UE no quadro jurídico-institucional do antigo terceiro pilar. Verificava-se ali, portanto, um desvio à regra da imperatividade da competência interpretativa do TJUE, que vigorava no âmbito do primeiro pilar. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa tal exceção foi suprimida.

decorrendo diretamente dos Tratados, apresentam-se *compulsórias* e não compromissórias³⁶¹ nem arbitrais³⁶². Consequentemente, com a adesão à União os Estados membros ficam, *ipso facto*, vinculados às decisões da instituição judicial que aquela contempla, sujeitando-se às respetivas jurisdições no quadro das relações comunitárias e sem que se possam furtar às mesmas.

É, aliás, neste contexto que se insere o artigo 344.º do TFUE (ex-artigo 292.º do TCE e ex-ex-artigo 219.º do TCEE), o qual estabelece que "*os Estados membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que nele estão previstos*". Daqui decorre que os Estados membros sujeitam-se ao controlo jurisdicional levado a cabo pelos órgãos em que se desdobra o TJUE, tanto no âmbito de algumas relações recíprocas que estabelecem a coberto dos Tratados, como no quadro de situações constituídas com a UE, nomeadamente, no que tange ao respeito das obrigações decorrentes daqueles textos³⁶³.

O feixe competencial da instituição jurisdicional da UE e dos órgãos que a integram caracteriza-se, também, pela *exclusividade*, uma vez que tal feixe não compreende poderes partilhados com outros órgãos jurisdicionais, nomeadamente, os existentes nos Estados membros ou os pertencentes aos ordenamentos internacionais. A apreciação e resolução das questões levantadas no âmbito dos instrumentos processuais constantes dos Tratados apenas impende, num quadro de distribuição competencial previsto no TFUE, ao TJ, ao TG e ao TFP.

Ressalvadas as matérias compromissória e arbitral, que se apresentam eventuais e por isso não decorrem diretamente dos Tratados³⁶⁴, genericamente, nas principais competências atribuídas aos órgãos que integram o TJUE e relacionadas com a tutela jurisdicional efetiva encontramos: (i) o controlo do cumprimento da legalidade europeia (ou simplesmente do direito da União) através da repressão de violações da mesma sobretudo da autoria dos Estados membros³⁶⁵ e das instituições comunitárias^{366/367}; (ii) a possibilidade de decretamento de medidas

³⁶¹ Ressalvada a situação prevista no artigo 272.º do TFUE (ex-artigo 238.º do TCE e ex-ex-artigo 181.º do TCEE), que prevê uma competência do TJUE dependente de cláusula compromissória constante de contrato de direito público ou privado, celebrado pela UE ou por sua conta.

³⁶² Não obstante, esta contingência encontra-se prevista no artigo 273.º do TFUE relativamente a litígios que oponham os Estados membros relacionados com o objeto dos Tratados. Compreende-se esta eventualidade, uma vez que competindo ao TJ a resolução de litígios entre os Estados membros em domínios internacionais conexos com os Tratados, o mesmo acaba por funcionar como uma espécie de tribunal *internacional*.

³⁶³ Designadamente, em matéria de reenvio prejudicial *facultativo* os órgãos jurisdicionais nacionais podem optar entre resolver por si as dúvidas com que se deparem e relativas à interpretação do direito da UE ou despoletar a atuação do TJ para que seja este a esclarecê-los. Já no reenvio *obrigatório* os tribunais nacionais estão adstritos a mobilizar o TJ, não podendo elucidar-se a si próprios dispensando a atuação deste. Inexistem outras formas de resolver estes tipos de problemas, referentes à correta interpretação e à aplicação uniforme do direito da UE, na medida em que os Tratados não as preveem.

³⁶⁴ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., p. 74.

³⁶⁵ No âmbito das ações por incumprimento previstas nos artigos 258.º a 260.º do TFUE.

provisórias de natureza cautelar que se afigurem necessárias para garantir o efeito útil da decisão final³⁶⁸ que será proferida no âmbito de um processo principal relativo à salvaguarda da referida legalidade; e (iii) a atividade hermenêutica levada a efeito com vista a alcançar a interpretação uniforme e a correta aplicação do direito da UE no território dos Estados membros³⁶⁹. Uma referência, ainda que breve, deve ser feita à competência *consultiva*, no âmbito da qual o TJ eventualmente pode, previamente à celebração de acordos internacionais pela União, ser convocado a pronunciar-se sobre a compatibilidade dos projetos destes com os Tratados³⁷⁰.

Por outro lado, no âmbito de dois instrumentos contenciosos - ações por incumprimento movidas contra os Estados membros e de indemnização baseadas na responsabilidade civil extracontratual da UE ou do BCE³⁷¹ - a competência dos órgãos jurisdicionais que compõem o TJUE caracteriza-se por ser de *plena jurisdição*³⁷².

Já no quadro da impugnação contenciosa das decisões administrativas da Comissão de aplicação de sanções pecuniárias (compulsórias ou coimas) a empresas³⁷³ com base na violação das regras europeias relativas à proteção da concorrência³⁷⁴, a competência dos referidos tribunais, tal como prevista no TFUE, encontra-se circunscrita à figura do *recurso de anulação*, o qual se afigura de *jurisdição limitada*. Porém, poderá a mesma ser de *plena jurisdição*, nos

³⁶⁶ No quadro do recurso de anulação (artigos 263.º, 264.º e 266.º), da exceção de ilegalidade (artigo 277.º) e da ação por omissão (artigos 265.º e 266.º) previstos no TFUE.

³⁶⁷ Isto porque, tratando-se de comportamentos dos particulares - concretamente de empresas que atuam no espaço da União - o papel dos órgãos jurisdicionais em que se desdobra o TJUE afigura-se residual, consistindo na apreciação de impugnações contenciosas que os mesmos decidam apresentar contra decisões da Comissão de aplicação de sanções pecuniárias por infrações ao direito europeu da concorrência. Consequentemente, ressalvado este domínio, a apreciação das condutas violadoras da legalidade europeia adotadas pelos particulares insere-se na competência dos tribunais nacionais enquanto órgãos jurisdicionais comuns da ordem jurídica europeia, os quais se apresentam como materialmente competentes para reprimir tais violações, bem como para garantir o respeito dos direitos atribuídos pelo referido ordenamento.

³⁶⁸ Para além da suspensão da execução do ato impugnado, prevista no artigo 278.º do TFUE, os órgãos inseridos no TJUE dispõem de um amplo poder na ordenação de providências cautelares, como se extrai do artigo 279.º do mesmo Tratado.

³⁶⁹ O que faz no contexto do reenvio prejudicial, previsto no artigo 267.º do TFUE.

³⁷⁰ Tal atuação encontra-se prevista no artigo 218.º, n.º 11, do TFUE e o seu objeto também abrange a questão da competência da UE, ou das respetivas instituições, para a celebração de tais acordos. Assim Robert KOVAR, *Les accords liant les Communautés Européennes et l'ordre juridique communautaire: à propos d'une jurisprudence récente de la Cour de Justice, in RMC*, 1974 (n.º 176), p. 357.

³⁷¹ Estas, previstas nos artigos 268.º e 340.º, segundo e terceiro parágrafos, do TFUE.

³⁷² Assim FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União, cit.*, pp. 223 e ss. Parcialmente contra *vide* Maria Luísa DUARTE, *Contencioso..., cit.*, p. 74. Tal aspeto é, sem dúvida, particularmente visível na ação por incumprimento prevista no n.º 2 do artigo 260.º do TFUE, na qual o TJ não se encontra vinculado à proposta da Comissão, que funciona como um elemento auxiliar do referido órgão jurisdicional na decisão relativa à aplicação de sanções ao Estado membro que persiste na situação de um incumprimento já judicialmente declarado.

³⁷³ Cfr. Giandonato CAGGIANO, *Il ruolo dei giudici comunitari nell'evoluzione del diritto della concorrenza, in Studi sull'integrazione europea*, 2009 (n.º 2), pp. 389 e ss, em especial pp. 396 e 397.

³⁷⁴ A aplicação das regras europeias sobre concorrência afigura-se como um (por ventura o maior) dos campos privilegiados da administração *direta* da UE. Cfr. Suzana TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, p. 35; Lourenço VILHENA DE FREITAS, *op. cit.*, p. 277.

termos do artigo 261.^{o375} do TFUE (ex-artigo 229.^o do TCE e ex-ex-artigo 172.^o do TCEE), se assim estiver prevista nos regulamentos que, em aplicação das pertinentes bases jurídicas (v. g. artigos 101.^o e 102.^o) do TFUE, regulem a matéria³⁷⁶. Trata-se aqui, portanto, de uma competência de plena jurisdição *eventual*. É inquestionável que a tutela jurisdicional efetiva é melhor prosseguida num quadro competencial de plena jurisdição, onde os poderes do tribunal não se confinam a eventuais declarações de invalidade de decisões administrativas, antes podendo, também, alterar ou conformar o respetivo conteúdo.

2.3. Competência declarativa e cautelar, e geralmente não executória

Este multifacetado conjunto de competências inspira algumas semelhanças com as jurisdições constitucionais³⁷⁷, administrativas³⁷⁸ e judiciais³⁷⁹ existentes nas ordens jurídicas nacionais. De igual forma, tal complexo competencial é levado a efeito através de instrumentos processuais que se assemelham às ações de espécie *declarativa* (nestas também se abrangendo o recurso de anulação) que existem nas ordens jurídicas dos Estados membros³⁸⁰, as quais genericamente visam a obtenção de decisões judiciais reconhecedoras da existência (ou inexistência) de direitos ou interesses.

³⁷⁵ O qual, em matéria de direito da concorrência, deve ser articulado com a alínea d) do n.º 2 do artigo 103.º do TFUE.

³⁷⁶ A título meramente exemplificativo *vide*, nomeadamente, os artigos 31.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do TCE, atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE (JOUE, de 4 de janeiro de 2003, L1, pp. 1 e ss); e 16.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004, do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JOUE, de 29 de janeiro de 2004, L24, pp. 1 e ss). Cfr. João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, *cit.*, p. 41.

³⁷⁷ Por exemplo, no âmbito do recurso de anulação ou do reenvio prejudicial de validade, quando o TJ fiscaliza a compatibilidade dos atos das instituições com as normas constantes dos Tratados.

³⁷⁸ Quando no quadro do recurso de anulação controla a legalidade de regulamentos de execução face aos regulamentos de base ou de decisões das instituições europeias que os apliquem.

³⁷⁹ Pense-se na ação de indemnização instaurada contra a UE (ou contra o BCE) com base em atuações ilícitas das respetivas instituições.

³⁸⁰ Tomando como exemplo o ordenamento processual civil português, encontramos instrumentos que apresentam alguma similitude com as ações (i) de *simples apreciação*, de que é exemplo a chamada primeira ação por incumprimento, bem assim o recurso de anulação (se se entender que os efeitos do acórdão anulatório consistem na declaração de nulidade do ato, posição não pacífica, ainda que maioritariamente adotada no nosso panorama doutrinário - por exemplo por João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 620; ou Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 551), a ação por omissão (FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União*, *cit.*, p. 196) e residualmente a ação de responsabilidade extracontratual da UE; (ii) de *condenação*, de que é exemplo a denominada segunda ação por incumprimento ou em regra a ação fundada na responsabilidade civil delitual da UE; e (iii) *constitutivas*, como sucederá com o recurso de anulação (se se entender, como faz Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, p. 461, que os efeitos do acórdão anulatório podem, pelo menos em alguns casos, identificar-se com os da anulabilidade) e, segundo um setor doutrinário (Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 938), em parte, com a ação por omissão.

Os órgãos integrados no TJUE também se afiguram materialmente competentes para decidirem determinados procedimentos cautelares³⁸¹, os quais se caracterizam pela sumariedade e instrumentalidade face aos processos principais (ações ou recursos) de que dependem, decretando (ou recusando) medidas provisórias de natureza cautelar destinadas a assegurar a utilidade da decisão que será proferida no âmbito destes, uma vez que o respetivo requerente, na ausência das mesmas, correrá o risco de sofrer prejuízos graves e de difícil reparação decorrentes da morosidade a que impreterivelmente estão associados os referidos processos principais.

De fora do leque competencial dos tribunais integrados na instituição jurisdicional da UE situam-se as ações do tipo *executivo*, que exigem uma prestação judiciária de efetivação prática de um direito ou interesse já reconhecido (não necessariamente em decisões judiciais) e que permanece numa situação de insatisfação³⁸².

Uma exceção, porém, pode ser equacionada a este entendimento. Alguns autores, alicerçados na jurisprudência do TJ, vislumbram no mecanismo previsto no n.º 2 do artigo 260.º do TFUE um "*processo judicial especial de execução*"³⁸³. Com efeito, no acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA³⁸⁴, pelo TJ foi aclarado que o procedimento então previsto no n.º 2 do artigo 228.º do TCE "*deve ser considerado um processo judicial especial de execução de acórdãos, ou seja, um processo executivo*", sendo nesse contexto que devem ser apreciadas as garantias processuais de que deve dispor o Estado membro em causa. Referindo-se a um processo judicial "*especial*", o Tribunal esclareceu que tal processo executivo é privativo do direito da UE, assim afastando a possibilidade de o mesmo ser considerado um processo civil³⁸⁵. Ressalvada esta situação, a qual em rigor não corresponde a uma ação executiva em sentido técnico, os órgãos que integram a instituição jurisdicional da UE não dispõem de competência executória.

Sendo assim, compreende-se a opção feita pelos Estados membros e vertida no artigo 299.º do TFUE. Sendo inquestionável a força executiva de algumas decisões (das condenatórias de particulares em prestações de natureza pecuniária) dos órgãos integrados no TJUE (artigo 280.º

³⁸¹ Previstos nos já referidos artigos 278.º e 279.º do TFUE e aos quais voltaremos na Parte seguinte.

³⁸² Também diferentemente do que ocorre com a ação declarativa, na qual está em causa um processo jurisdicional de natureza cognitivo-decisória, a ação executiva é levada a cabo no âmbito de um processo judicial de medidas de natureza material e com caráter operativo, ainda que o mesmo possa compreender enxertos de natureza declarativa, de que é exemplo a oposição à execução, entre nós, prevista nos artigos 728.º e ss. do novo CPC.

³⁸³ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 517. Contra Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., p. 91.

³⁸⁴ Acórdão de 12 de julho de 2005, proc. C-304/02, Col. 2005, pp. I-6318 e ss, n.ºs 90 a 92. No mesmo sentido, vide acórdão COMISSÃO vs. PORTUGAL, de 10 de setembro de 2009, proc. C-457/07, Col. 2009, pp. I-8091 e ss, n.º 47.

³⁸⁵ Segundo o Tribunal, a "condenação no pagamento de uma sanção pecuniária de montante progressivo e/ou de uma sanção de montante fixo não se destina a compensar um dano em concreto causado pelo Estado membro em causa, mas a exercer sobre este uma pressão económica que o incite a pôr termo ao incumprimento declarado". Vide o citado acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 12 de julho de 2005, n.º 91. Cfr. Ian KIBLEY, *Financial penalties under Article 228(2) EC: Excessive complexity?*, in *CMLR*, 2007 (Vol. 44; n.º 3), p. 743.

do TFUE)³⁸⁶, o certo é que a respetiva ação executiva para pagamento, não só "*é regulada pelas normas de processo civil em vigor no Estado em cujo território se efetuar*" (segundo parágrafo), como é instaurada, a pedido do credor (Conselho, Comissão, BCE, TJ ou TG), "*diretamente ao órgão competente, em conformidade com a legislação nacional*" (terceiro parágrafo), competindo aos órgãos jurisdicionais nacionais "*a fiscalização da regularidade das medidas de execução*", sem prejuízo de a suspensão da mesma apenas poder ter lugar por força de uma decisão de um dos órgãos jurisdicionais em que o TJUE se desdobra (quarto parágrafo)³⁸⁷. Em suma, as ações executivas de títulos provenientes do TJ ou do TG devem ser instauradas nos órgãos jurisdicionais nacionais e os respetivos trâmites obedecerão às disposições adjetivas cíveis dos respetivos Estados membros; conseqüentemente, são os tribunais internos que asseguram a regularidade da instância executiva, sem possibilidade de colocar em causa o título executivo que serve de base à ação³⁸⁸; a intervenção dos órgãos integrantes do TJUE afigura-se residual, resumindo-se à eventual decisão de sustar ações em curso, não dispondo os tribunais nacionais desta competência.

A aposição de fórmula executória no título compete à autoridade nacional indicada para o efeito pelo Governo de cada Estado membro, a qual previamente deve verificar a mera autenticidade do documento e seguidamente informar a Comissão e o TJUE desse facto (segunda parte do segundo parágrafo). Neste aspeto contata-se que, por um lado, se se prescindiu do tradicional *exequatur*, exigência tipicamente decorrente da ordem jurídica internacional e que implica a instauração de uma ação declarativa de reconhecimento e confirmação de sentença estrangeira para que a mesma possa ser executada, por outro lado, os títulos enunciados no n.º 1 do artigo 299.º do TFUE permanecem destituídos de exequibilidade imediata, o que constitui um desvio à regulamentação comunitária que permite tal possibilidade quando o título tenha sido produzido num Estado membro diferente daquele onde decorrerá a inerente ação executiva³⁸⁹.

³⁸⁶ Concretamente, daquelas que imponham uma obrigação pecuniária a pessoas que não sejam Estados, como decorre do artigo 299.º do TFUE, para o qual remete o artigo 280.º. Sobre este aspeto *vide* subponto III do ponto 3.2.1. do capítulo anterior. Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 376.

³⁸⁷ Cfr. artigos 165.º do novo RPTJ e 110.º do RPTG. Tal suspensão só pode ter lugar se, entre outras exigências, o requerente tiver impugnado o ato perante o TJ ou o TG.

³⁸⁸ Tal traduz-se numa incompetência dos juizes (nacionais) de execução para apreciarem incidentes de embargos de executado ou de oposição à execução, uma vez que os mesmos colocam em causa o direito do exequente, ou seja, o próprio título executivo. Cfr. a anotação de Paula MEIRA LOURENÇO ao artigo 299.º do TFUE, *in* Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 1072.

³⁸⁹ O Regulamento (CE) n.º 805/2004, do Conselho e do PE, de 21 de abril de 2004 (JOUE, de 30 de abril de 2004, L143, pp. 15 e ss), alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1869/2005, do Conselho e do PE (JOUE, de 17 de novembro de 2005, L300, pp. 6 e ss), relativo ao título executivo europeu para créditos não contestados, admite a execução de determinados documentos num Estado membro distinto sem necessidade de declarações de executoriedade e sem que se possa impugnar o seu reconhecimento (*vide* artigo 5.º). Cfr. a anotação de Paula MEIRA LOURENÇO ao artigo 299.º do TFUE, *in* Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 1071.

2.4. O dispositivo, o contraditório e o inquisitório enquanto princípios estruturantes do inerente direito processual

O TJUE caracteriza-se por ser uma instituição jurisdicional cujos órgãos reagem, no âmbito das respectivas competências, às solicitações que os sujeitos processuais devidamente legitimados para o efeito lhes dirigem. Tal implica que os órgãos integrados no TJUE não agem por iniciativa própria, antes respondem às pretensões que os interessados, autorizados pelas pertinentes normas do TFUE relativas aos vários mecanismo adjetivos, colocam à sua apreciação. Isto significa que um dos princípios adjetivos enformadores das suas jurisdições consiste no princípio do *dispositivo*, o qual investe as partes interessadas em determinado instrumento processual em vários ónus, um deles o relativo ao impulso processual inicial³⁹⁰. Nessa medida, resulta da jurisprudência que "*o Tribunal apenas pode analisar os argumentos das recorrentes dentro dos limites dos pedidos formulados na sua petição inicial*"³⁹¹.

O que se deva entender por interessados, naturalmente, varia em função do mecanismo adjetivo específico perante o qual estejamos; genericamente, podem ser os Estados membros, as instituições, os órgãos e organismos da UE, os particulares (indivíduos ou empresas, ainda que fora do âmbito de litígios que os oponham, relembre-se) e, apanágio do contencioso de natureza laboral, os funcionários das referidas instituições ou dos outros órgãos e organismos da União.

Também num plano geral, o leque de possíveis demandados no âmbito dos processos jurisdicionais inseridos na esfera competencial dos órgãos que compõem o TJUE é composto pelos Estados membros, pelas instituições, pelos órgãos e organismos europeus e pela própria União. Residual afigura-se a possibilidade - a qual, quando ocorre, resume-se à participação de empresas - de os particulares surgirem como demandados e verem comportamentos seus apreciados por aqueles órgãos jurisdicionais³⁹². Do princípio do dispositivo também decorre que será sobre o demandante (autor, recorrente ou requerente) que recai o ónus de identificação do demandado, ou seja, de conformar *subjetivamente* a instância.

Outro corolário do princípio do dispositivo, relacionado com a conformação *objetiva* da instância, reside na vinculação dos órgãos que integram o TJUE às causas de pedir e aos pedidos

³⁹⁰ Em algumas situações acresce o ónus do impulso subsequente, além dos tradicionais ónus da alegação e da prova, sem prejuízo do forte protagonismo ocupado pelo princípio do inquisitório que mitiga este último.

³⁹¹ Acórdão do TPI, caso ASIA MOTOR FRANCE e o. vs. COMISSÃO (ASIA MOTOR FRANCE III), de 18 de setembro de 1996, proc. T-387/94, Col. 1996, pp. II-965 e ss, n.º 37.

³⁹² A qual pode ocorrer no âmbito de ações de responsabilidade *contratual* que, mediante cláusula compromissória, constante de contrato celebrado pela UE ou por sua conta, nos termos do artigo 272.º do TFUE, porventura, lhes tenha sido cometida. É certo que, no âmbito de uma competência imperativa e exclusiva dos órgãos integrados no TJUE, é frequente a impugnação contenciosa de decisões da Comissão que tenham aplicado sanções pecuniárias a particulares por violação das regras europeias de proteção da concorrência; no entanto, aqui, os particulares surgirão como demandantes.

que são formulados pelas partes³⁹³, sem embargo dos poderes de conhecimento oficioso de determinadas matérias, designadamente, de alguns vícios que servem de fundamento aos recursos de anulação (*maxime* de atos normativos) e às exceções de ilegalidade (concretamente, a incompetência e a violação de formalidades essenciais). Nomeadamente, no âmbito dos referidos recursos, o acórdão anulatório de decisões administrativas da Comissão não poderá exceder o peticionado pelo recorrente³⁹⁴.

Outro princípio, este verdadeiramente fundamental, do direito processual aplicável aos órgãos em que se desdobra o TJUE, é do *contraditório*, o qual começa por ser um corolário do princípio mais vasto relativo ao processo equitativo, remontando ao direito ao *due process of law* e em especial às garantias de defesa.

Prevista no artigo 47.º da CDFUE, a garantia do contraditório tem sido apontada como um elemento verdadeiramente *constitutivo* do processo. Através dela visa-se assegurar, mais do que a mera intervenção formal das partes ao longo do processo, uma efetiva participação das mesmas em condições de *simétrica paridade* e de *plena igualdade*, no sentido de poderem influenciar ativamente a decisão do tribunal em todos os elementos (factos, provas e questões de direito) que se encontrem conexos com o objeto da causa, já que é às partes que a decisão jurisdicional se destina e são elas quem suportarão na respetiva esfera jurídica os efeitos decorrentes da mesma³⁹⁵.

Esta linha é seguida pelo TJ, que já teve oportunidade de referir que a finalidade do princípio do contraditório consiste em evitar que o órgão jurisdicional possa ser influenciado por argumentos que não puderam ser discutidos pelas partes. Aderindo à conceção de contraditório que tem sido protagonizada pelo TEDH, de acordo com a qual tal princípio está ínsito ao artigo 6.º da CEDH, o TJ referiu que o mesmo "*implica, em princípio, a faculdade de as partes no processo, penal ou civil, tomarem conhecimento de qualquer documento ou observação apresentada ao juiz, mesmo por um magistrado independente, com o objectivo de influenciar a sua decisão e de a discutir*"³⁹⁶. No entanto, o TJ também ressaltou que o princípio do

³⁹³ Cedo se esclareceu que o juiz comunitário não dispõe do poder de decidir *ultra petita* e que é ao demandante que compete indicar clara e inequivocamente os factos constitutivos dos fundamentos da demanda. Cfr. no acórdão MERONI e o. *vs.* ALTA AUTORIDADE (MERONI II), de 14 de dezembro de 1962, procs. apensos 46/59 e 47/59, Rec. 1962, pp. 789 e ss.

³⁹⁴ Cfr. acórdão COMISSÃO *vs.* ASSIDOMÄN e o, de 14 de setembro de 1999, proc. C-310/97 P, Col. 1999, pp. I-5363 e ss, n.º 52.

³⁹⁵ Ainda que num plano estritamente interno português *vide* José LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra, 1996, pp. 95 a 106. Na esfera comunitária ver João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, *cit.*, p. 62.

³⁹⁶ Cfr. despacho do TJ, de 4 de fevereiro de 2000, caso EMESA SUGAR, proc. C-17/98, Col. 2000, pp. I-667 e ss, n.º 6.

contraditório não é desrespeitado pela inexistência de um direito de resposta das partes do processo às conclusões do advogado-geral³⁹⁷.

O Tribunal também reportou ao princípio do contraditório a possibilidade de, oficiosamente ou a pedido das partes e ouvido o advogado-geral, reabrir a fase oral do processo, nos termos do artigo 83.º do novo RPTJ, quando considerar que não se encontra suficientemente esclarecido ou que o processo deve ser decidido com base em argumentos que ainda não foram debatidos entre as partes³⁹⁸. O TJ considerou ainda que o "*direito fundamental a um processo contraditório*" não pode ser prejudicado por "*dificuldades inerentes à organização judiciária comunitária*"³⁹⁹.

Relacionado com os poderes que os órgãos integrados no TJUE dispõem na fase instrutória do processo apresenta-se o *princípio do inquisitório*, que também reclama atenção no âmbito do contencioso da UE *stricto sensu*, especialmente do inerente direito processual relativo à matéria da produção de prova. Tal princípio é visível nos impulsos processuais relacionados com as medidas de organização do processo e com as diligências de instrução (artigos 61.º a 75.º do novo RPTJ e 64.º a 76.º do RPTG)⁴⁰⁰ que os referidos órgãos jurisdicionais estão autorizados a determinar, os quais têm em vista a boa decisão da causa e, nessa medida, prosseguem um móbil de tutela jurisdicional efetiva.

Assim, independentemente da manifestação de vontade das partes, compete ao TJ, ao TG ou ao TFP determinar se o processo compreende fase instrutória e, em caso afirmativo, quais as respetivas medidas⁴⁰¹. Por outro lado, o Estatuto do TJUE, o RPTJ, bem assim o RPTG preveem que os referidos órgãos jurisdicionais determinem, mediante despacho que especificará a matéria de facto que carece de ser provada, as diligências instrutórias que julguem convenientes, como sejam a comparência pessoal das partes, a prestação de informações e a apresentação de documentos, as provas testemunhal e pericial, e a inspeção⁴⁰².

³⁹⁷ Cfr. despacho do TJ, caso EMESA SUGAR, n.ºs 18 a 20; acórdão SLOB, de 14 de setembro de 2006, proc. C-496/04, Col. 2006, pp. I-8278 e ss, n.º 30.

³⁹⁸ Cfr. despacho do TJ, caso EMESA SUGAR, n.º 18; acórdãos SLOB, n.º 32; NOVARTIS PHARMA, de 11 de abril de 2013, proc. C-535/11, ainda não publicado, disponível no sítio www.curia.europa.eu, n.º 30.

³⁹⁹ Cfr. despacho proferido no mencionado caso EMESA SUGAR, n.º 18.

⁴⁰⁰ Cfr. João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., pp. 61 e 62.

⁴⁰¹ Cfr. artigos 20.º e 24.º a 26.º do Estatuto do TJUE; n.º 4 do artigo 60.º e n.º 1 do artigo 63.º do novo RPTJ; e artigo 53.º do RPTG.

⁴⁰² Cfr. artigos 24.º e 25.º do Estatuto do TJUE; 64.º do novo RPTJ; e 65.º do RPTG. O primeiro parágrafo do artigo 24.º do aludido Estatuto confere ao TJ a faculdade de pedir às partes do processo a apresentação de documentos e a prestação de informações que considere necessárias. O segundo parágrafo prevê que o Tribunal solicite aos Estados e às instituições que não sejam partes no processo as informações que considere necessárias à apreciação da causa.

2.5. O desdobramento do Tribunal de Justiça da União Europeia

O atual TJUE, assim (re)designado enquanto resquício da absorção da CE pela UE ocorrida com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, corresponde ao anterior TJCE. A primeira parte do n.º 1 do artigo 19.º do TUE refere que nele se inclui o TJ, o TG e os tribunais especializados (nesta categoria e até ao presente momento existe apenas o TFP), os quais constituem os tribunais da UE em sentido orgânico e estão sediados no Luxemburgo. Portanto, do quadro institucional da UE, enunciado no artigo 13.º do TUE, faz parte uma instituição jurisdicional - o TJUE - que se subdivide naqueles órgãos, o último dos quais mais uma categoria de órgãos jurisdicionais do que propriamente um órgão apenas⁴⁰³.

Dos três tribunais referidos, somente o TJ corresponde a um órgão originário, identificando-se inicialmente com a própria instituição jurisdicional comunitária. Isto é, a sua criação remonta à entrada em vigor dos Tratados de Paris e de Roma⁴⁰⁴, coincidindo com a instituição jurisdicional das Comunidades Europeias, cenário que perdurou até à criação do TPI, hoje TG.

Surgindo por aquela ordem cronológica, o TG (assim redenominado a partir do início da vigência do Tratado de Lisboa) foi criado por ocasião do AUE⁴⁰⁵ como instância desconcentrante⁴⁰⁶, cujo objetivo foi o descongestionamento do progressivo aumento do fluxo das pendências judiciais existentes no TJ, a que não foram alheias as sucessivas vagas de alargamentos das Comunidades, a gradual mobilização da instituição jurisdicional comunitária e um inevitável aumento da litigiosidade⁴⁰⁷.

O TG passou a ser o órgão competente para a apreciação judicial, em *primeira instância*, de matérias inseridas na competência da referida instituição, no quadro de instrumentos adjetivos até aí atribuídos apenas ao TJ, nomeadamente, recursos de anulação e ações por omissão

⁴⁰³ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 482 e 483, que distingue entre duas aceções de TJUE: uma ampla, que contempla aqueles três; e uma restrita, onde TJUE coincide com TJ. No mesmo sentido Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 144; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 4; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., pp. 368 e 369. Vide também Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 74.

⁴⁰⁴ Cfr. artigos 7.º e 31.º e ss. do TCECA; 4.º e 164.º e ss. do TCEE; e 3.º e 136.º e ss. do TCEEA.

⁴⁰⁵ Instituído através da Decisão (CECA, CEE e CEEA) n.º 88/591, do Conselho, de 24 de outubro de 1988 (JOUe, de 25 de novembro de 1988, L319, p. 1). Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., pp. 368 e 371. Como lembra o autor, inicialmente, o TPI começou por deter um estatuto de tribunal "associado" ao TJ, estando integrado neste, não dispondo, no plano jurídico, de autonomia institucional.

⁴⁰⁶ Esta é, de facto, uma das principais razões que se encontra na base da criação do TPI. Cfr. Paolo MENGOLZI, *Le Tribunal de première instance des Communautés européennes et la protection juridique des particuliers*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999 (n.º 2), p. 181; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, cit., p. 25.

⁴⁰⁷ Cfr. L. Neville BROWN e Tom KENNEDY, *op. cit.*, pp. 71 e 72; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., pp. 43 e 44; Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 755.

interpostos pelos particulares⁴⁰⁸, bem assim ações de responsabilidade civil extracontratual instauradas pelos mesmos sujeitos contra a CE⁴⁰⁹. Tal, sem prejuízo da eventual reapreciação, pelo TJ, das decisões proferidas pelo TG, em sede de recurso limitado a questões de direito, passando aquele a funcionar também como instância de apelo das decisões deste. Neste aspeto, vislumbra-se outro dos propósitos que esteve na base do surgimento do TPI: a institucionalização do *duplo grau de jurisdição* (ainda que aparentemente não extensível à decisão da matéria de facto) no contencioso comunitário *stricto sensu* despoletado pelos particulares, com o objetivo de consolidação da tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses destes⁴¹⁰.

Num primeiro momento, foi expressamente coartada ao TG a competência para conhecer de questões prejudiciais colocadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais no âmbito do processo de reenvio.

Por outro lado, desde a entrada em vigor do Tratado de Nice que a designação primeiramente atribuída ao TG revelara-se substancialmente desadequada, uma vez que o então TPI passou a ser, também, uma instância de recurso, concretamente das decisões do TFP⁴¹¹. Também por essa razão o Tratado de Lisboa renomeou aquele órgão jurisdicional.

O aludido desígnio de descongestionamento do fluxo existente no TJ, mas também no próprio TG, aliado a uma nova motivação de criação de tribunais de *competência especializada*, encontram-se subjacentes à previsão normativa atinente à eventual constituição de novos órgãos jurisdicionais da UE, adstritos ao TG, e especializados em razão da *matéria*.

O artigo 257.º do TFUE (ex-artigo 225.º-A do TCE, trazido a lume pelo Tratado de Nice e referindo-se a câmaras especializadas⁴¹²) esclarece que a constituição de *tribunais especializados* ocorre mediante a adoção, através do processo legislativo ordinário, de regulamentos (até Nice

⁴⁰⁸ De fora da competência do TPI situavam-se (aspeto que permanece), ainda que com algumas exceções, os referidos mecanismos quando os demandantes eram os Estados membros ou as instituições europeias (nestas se incluindo o BCE), uma vez que nestes casos, em regra, a competência desde sempre esteve reservada ao TJ.

⁴⁰⁹ Também nesta via, se as ações forem instauradas por Estados membros, a competência para a sua apreciação, julgamento e decisão pertence ao TJ.

⁴¹⁰ Cfr. José Luís da CRUZ VILAÇA e Luís Miguel PAIS ANTUNES, *The Court of First Instance of the European Communities: A Significant Step Towards the Consolidation of the European Community as a Community Governed by the Rule of Law*, in *Yearbook of European Law*, 1990, p. 1; *Le démarrage d'une nouvelle juridiction communautaire: le tribunal de première instance un an après*, in *L'Europe et le Droit*, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, 1991, p. 47; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, cit., p. 29; Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 143; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 486; Alessandra SILVEIRA e Sophie PEREZ FERNANDES, em comentário ao artigo 256.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 923.

⁴¹¹ Cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 144; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 75; José Narciso da CUNHA RODRIGUES e António José ROBALO CORDEIRO, em comentário ao artigo 19.º do TUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 97; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., pp. 370 e 371. O Tratado de Nice marca ainda o início de uma nova fase, na qual o então TPI adquire autonomia institucional face ao TJ deixando de ser, como até aí, um órgão jurisdicional meramente associado e integrado neste.

⁴¹² Mais precisamente, "... câmaras jurisdicionais encarregadas de conhecer em primeira instância de certas categorias de recursos em matérias específicas" era a fórmula empregue no referido normativo.

mediante decisão), aprovados pelo Conselho juntamente com o PE, sob proposta da Comissão Europeia e após consulta ao TJ ou a pedido deste e após consulta daquela⁴¹³. O protagonismo conferido ao principal e supremo órgão jurisdicional da UE é perfeitamente compreensível, dado estar-se perante uma área que lhe diz particularmente respeito, além do que o mesmo se trata da entidade mais habilitada a pronunciar-se sobre o assunto. O regulamento que institua um novo tribunal especializado deve fixar as regras relativas à sua composição e especificar o leque de competências que lhe for atribuído.

O terceiro parágrafo do mesmo preceito acrescenta que as decisões dos tribunais especializados podem ser sindicadas pelo TG mediante a interposição de recurso que normalmente se circunscreve à matéria de direito; porém, os regulamentos constitutivos daqueles órgãos poderão prever a possibilidade de também as decisões sobre questões de facto serem objeto de reapreciação. Encontram-se, assim, reunidas as condições necessárias para os tribunais especializados poderem funcionar como órgãos jurisdicionais de *primeira instância*, agindo o TG como *instância de apelo* das decisões preferidas por eles. Desta forma assegura-se para as questões de direito e eventualmente também para as questões de facto o *duplo grau de jurisdição*, garantia processual que tem subjacente a tutela jurisdicional efetiva.

Simultaneamente, liberta-se o TJ para os processos mais complexos, melindrosos e suscetíveis de interferir com a orientação do trilha da integração europeia - normalmente suscitados no âmbito do instrumento das questões prejudiciais - principalmente porque os sucessivos alargamentos da União e o contínuo aprofundamento da integração europeia revelam cada vez mais divergências quanto ao rumo que o curso europeu deve tomar⁴¹⁴, o que se traduz numa maior mobilização do TJ com vista à resolução da conflitualidade inerente. Em suma, permite-se ao TJ, inserido na instituição jurisdicional europeia (portanto, no TJUE), que atue enquanto *suprema instância jurisdicional* da União⁴¹⁵.

Inexistindo órgão jurisdicional especializado *ratione materiae* em determinado domínio, o TG mantém-se como tribunal de primeira instância e, dentro das competências de atribuição

⁴¹³ Até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa a Assembleia dispunha apenas de um poder meramente consultivo, centrando-se o poder decisório no Conselho, que deveria deliberar por unanimidade. Aquele Tratado também substituiu a exigência de unanimidade pela maioria qualificada.

Atualmente, o PE e o Conselho partilham o poder decisório, ou não estivéssemos no âmbito do processo legislativo ordinário; a Comissão divide o direito de iniciativa com o TJ, algo que se apresenta como uma especificidade face aos contornos gerais do referido processo, uma vez que a Comissão normalmente surge nele com um direito de iniciativa exclusivo.

⁴¹⁴ Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, cit., p. 14, aponta também ao velho dilema aprofundamento/alargamento um dos fundamentos justificadores da adoção de uma Constituição Europeia.

⁴¹⁵ Cfr. Patrícia FRAGOSO MARTINS, *Um "Supremo Tribunal" para a União? Reflexões sobre o lugar do TJCE na arquitetura judiciária europeia*, in AA. VV, Direito e Justiça. Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Vol. III, Lisboa, 2011, pp. 102 e 115.

previstas no Tratado de Roma, dotado de uma competência "genérica"⁴¹⁶, permanecendo o TJ como "segunda instância", isto é, competente para reapreciar as decisões daquele, ou não fosse a garantia do duplo grau de jurisdição uma decorrência da tutela jurisdicional efetiva. Naturalmente, apenas à medida do respetivo surgimento poderão os órgãos jurisdicionais especializados assumir competências, a definir pelos respetivos regulamentos constitutivos, que atualmente estão atribuídas ao TG.

Até à data foi criado apenas um tribunal especializado: o TFP⁴¹⁷, competente para resolver litígios, outrora inseridos na jurisdição do TJ e posteriormente na do TPI, do *foro laboral* entre os funcionários e as instituições (ou os órgãos ou organismos) da União onde desenvolvam atividade. Naturalmente, a tutela jurisdicional efetiva também se encontra presente no âmbito específico daquelas relações de trabalho. Se o precedente artigo 179.º do TCEE (posteriormente artigo 236.º do TCE) estabelecia a competência do TJ para dirimir aqueles conflitos, o atual artigo 270.º do TFUE prevê que tal matéria pertence ao TJUE. A diferença não é meramente semântica, antes reflete a evolução institucional que as jurisdições comunitárias em sentido orgânico conheceram. Se em 1952 e 1958 o TJ coincidia com a única jurisdição comunitária em sentido restrito ou propriamente dita, sendo sinónimo de TJCE, dado este não se desdobrar nem abranger outros órgãos jurisdicionais⁴¹⁸, hoje, o TJUE é entendido enquanto instituição jurisdicional da UE que, como previsto no n.º 1 do artigo 19.º do TUE, contempla vários órgãos: TJ, TG e tribunais especializados, estes últimos, como esclarece o artigo 257.º do TFUE, "*adstritos ao Tribunal Geral*" e "*encarregados de conhecer em primeira instância de certas categorias de recursos em matérias específicas*".

O TFP começou por corresponder a uma câmara jurisdicional especializada constituída para exercer uma competência primeiramente transferida, do TJ, para o TPI. Em tributo à tutela jurisdicional efetiva não poderia ser descurada a garantia do *duplo grau de jurisdição*, o que se alcançou fazendo deste, órgão de recurso das decisões do primeiro⁴¹⁹. Ainda que restrita aos litígios emergentes do funcionalismo público europeu, logrou-se desta forma alcançar um

⁴¹⁶ Cfr. Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 16; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 486; Contra, criticando a designação encontrada para renomear o antigo TPI e hoje TG, nomeadamente, por o mesmo não dispor de competência para as ações por incumprimento nem para os processos de reenvio prejudicial, *vide* Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, *cit.*, p. 75.

⁴¹⁷ Criado pela Decisão (CE e CEEA) n.º 2004/752, do Conselho, de 2 de novembro de 2004 (JOUE, de 9 de novembro de 2004, L333, pp. 7 e ss). Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 373; Cláudia VIANA e Sophie PEREZ FERNANDES, em comentário ao artigo 257.º do TFUE, *in* Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 927.

⁴¹⁸ Tendo assim permanecido até à constituição do TPI, em 1988, ou seja, durante cerca de três décadas. A criação do TPI permitiu libertar o TJ, entre outras matérias, do contencioso da função pública europeia. Nessa medida, os referidos artigos 179.º do TCEE e (o posterior) 236.º do TCE, em rigor, deveriam referir TJCE em vez de TJ.

⁴¹⁹ Até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa avultou a seguinte incoerência: relativamente às decisões do TFP impugnadas mediante recurso, o TPI era, afinal, "tribunal de segunda instância". Daí a alteração de nome deste para TG.

modelo jurisdicional hierárquico, composto exclusivamente por tribunais organicamente comunitários, que permitiu libertar o TJ⁴²⁰, enquanto suprema instância jurisdicional da UE, para os processos de natureza constitucional, onde o referido órgão se preocupa em assegurar o desenvolvimento uniforme e coerente do direito da UE. Tal modelo favorece e inspira a criação de outros tribunais especializados em matérias específicas, possibilidade inserida no direito primário pelo Tratado de Nice (ex-artigo 225.º-A do TCE) e mantida com o de Lisboa (artigos 19.º, n.º 1, do TUE e 257.º do TFUE).

Será sobretudo em torno das competências do TJ que, doravante, incidiremos a nossa atenção. Na verdade, não só as funções que os Tratados (*maxime* o TFUE) preveem para o TJUE (ressalvado o referido artigo 270.º do TFUE) encontram-se configuradas sobretudo para aquele, como os papéis do TG e do TFP são determinados mediante critérios de *atribuição positiva* fragmentados entre o TFUE e o Estatuto do TJUE. Seguidamente, dedicaremos algumas linhas aos papéis destes dois órgãos, após o que, quase sempre, será a atuação do TJ a servir-nos de modelo, uma vez que para este valerá, além de um critério de atribuição positiva constante nomeadamente dos artigos 269.º e 273.º do TFUE, principalmente um critério de *atribuição residual*. Isto é, o TJ afigurar-se-á como órgão jurisdicional da União habilitado para apreciar e decidir todas as matérias que os Tratados atribuem ao TJUE, desde que as mesmas não recaiam de forma expressa nas competências do TG ou do TFP.

2.5.1. O papel do Tribunal Geral

I. O Tribunal Geral enquanto órgão jurisdicional de primeira instância e a reserva de competência do Tribunal de Justiça

Diferentemente do quadro jurídico que vigorou desde o AUE, no qual "*as categorias de ações*"⁴²¹ inseridas na competência do então TPI eram determinadas por decisão do Conselho⁴²², com a entrada em vigor do Tratado de Nice os instrumentos processuais que delimitam a

⁴²⁰ Com efeito, merece ser enfatizado que, ressalvada a possibilidade excepcional constante do segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 256.º do TFUE, o TJ não é chamado a pronunciar-se sobre estes pleitos, uma vez que, nesta matéria, o poder jurisdicional surge repartido entre o TFP, como órgão de primeira instância, e o TG, que atua enquanto órgão de recurso.

⁴²¹ Era esta a fórmula empregue no n.º 1 do artigo 168.º-A do TCEE (normativo introduzido neste pelo AUE). Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 371.

⁴²² Na verdade, os números 1 e 2 do artigo 168.º-A do TCEE estabeleciam que o Conselho deveria tomar tal decisão por unanimidade, a pedido do TJ e após consulta do PE e da Comissão Europeia; através desse ato determinava-se ainda a composição do TPI.

competência do referido órgão jurisdicional encontram-se previstas no Tratado de Roma, cenário que se mantém com o Tratado de Lisboa.

Assim, o n.º 1 do artigo 256.º do TFUE (ex-artigo 225.º do TCE e ex-ex-artigo 168.º-A do TCEE) prevê a competência do TG para conhecer, em *primeira instância*, dos instrumentos processuais referidos nos artigos 263.º (recurso de anulação), 265.º (ação por omissão), 268.º (ação de indemnização), 270.º (contencioso da função pública europeia) e 272.º (jurisdição arbitral através de cláusula compromissória constante de contrato celebrado pela União) do mesmo Tratado. Nestes processos, em princípio, compete exclusivamente ao referido Tribunal, enquanto órgão que os julgará em primeiro grau de jurisdição, valorar os elementos de prova que forem produzidos e conseqüentemente apreciar e decidir a matéria de facto⁴²³.

No mesmo preceito, porém, igualmente ressaltam-se as ações e os recursos (*i*) atribuídos a tribunais especializados criados nos termos do artigo 257.º do TFUE, bem assim (*ii*) aqueles que o Estatuto do TJUE reservar ao TJ⁴²⁴.

A primeira exceção explica-se pelo facto de os referidos órgãos jurisdicionais especializados em matérias específicas, a que aludem os artigos 256.º, n.º 1, e 257.º do TFUE, não só se encontram adstritos ao TG, como são criados para conhecerem em primeira instância de ações e recursos que, até ao seu surgimento, em princípio, já se incluíam na competência deste. Integra-se neste domínio o contencioso do funcionalismo público da UE, previsto no artigo 270.º do TFUE, cujas ações recaem na competência do TFP, pelo que a referência, permanente no n.º 1 do artigo 256.º, ao TG como órgão competente para delas conhecer em primeira instância encontra-se desatualizada⁴²⁵. Atualmente, a intervenção deste último nessa matéria cingir-se-á à apreciação dos eventuais recursos que sejam interpostos com vista à impugnação das decisões daquele, como decorre genericamente do primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 256.º e do terceiro parágrafo do artigo 257.º do TFUE e, em especial, do artigo 9.º do Anexo ao Estatuto do TJUE, relativo ao TFP.

No segundo desvio convém ter presente que, nos termos do Estatuto do TJUE, alguns recursos de anulação e determinadas ações por omissão encontram-se reservados à apreciação do TJ. É o que sucede quando tais instrumentos processuais são interpostos pelas instituições da União ou, em certos casos, pelos Estados membros, contra atos ou abstenções de decidir de algumas instituições (concretamente, do Conselho e do PE, seja no âmbito de condutas

⁴²³ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. BRAZZELLI LUALDI e o, de 1 de junho de 1994, proc. C-136/92 P, Col. 1994, pp. I-2016 e ss, n.º 66.

⁴²⁴ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 457.

⁴²⁵ Tal menção explica-se na medida em que o TG adquiriu a competência contenciosa relativa ao funcionalismo público da UE desde a sua instituição, em 1988, tendo o TFP sido criado apenas em 2004. Ora, como o Tratado de Nice foi assinado (em 2001) numa altura em que este último órgão jurisdicional ainda não existia, a referência ao TPI como órgão competente para conhecer de tais litígios em primeira instância justificava-se perfeitamente; ainda assim, o Tratado de Lisboa poderia tê-la suprimido.

isoladas⁴²⁶, trate-se de atuações conjuntas de ambos; da Comissão⁴²⁷; e do BCE⁴²⁸). Com efeito, assim decorre do primeiro parágrafo do artigo 51.º do referido Estatuto no que tange aos recursos e ações instaurados por Estados membros, bem como do segundo parágrafo do mesmo preceito relativamente aos referidos instrumentos contenciosos quando propostos pelas instituições europeias. Nos instrumentos intentados pelos primeiros está em causa a salvaguarda do respetivo estatuto soberano, enquanto fonte originária da soberania política europeia; nos mecanismos gizados pelas segundas, visa-se assegurar o princípio da paridade institucional⁴²⁹.

Não obstante a razão de ser do sistema instituído de competências reservadas ao TJ, deve-se assinalar, nesses domínios, a ausência dos direitos ao *recurso* e ao *duplo grau de jurisdição*, tão caros à tutela jurisdicional efetiva, o que se traduz numa limitação do sistema de proteção jurisdicional da UE⁴³⁰. Fora das situações reservadas ao TJ, a competência jurisdicional pertence ao TG, que detém nessas áreas uma competência-regra ou residual⁴³¹, no âmbito da qual, aliás, aprecia os recursos de anulação e as ações por omissão interpostos (*i*) pelos particulares (pessoas singulares e coletivas)⁴³² contra as instituições, órgãos ou organismos da União; ou (*ii*) pelos Estados membros e pelas instituições europeias contra os órgãos e organismos da UE; (*iii*) ou ainda interpostos por estes órgãos ou organismos contra as instituições, outros órgãos ou organismos da União⁴³³.

⁴²⁶ Ainda assim, tratando-se de impugnações, pelos Estados membros, de atos do Conselho excluem-se da competência exclusiva do TJ três situações específicas, o que é sinónimo de se devolver ao TG a função de apreciar, em primeira instância, os subjacentes recursos de anulação. Essas situações surgem enunciadas nos travessões da alínea a) do primeiro parágrafo do artigo 51.º do Estatuto do TJUE, e nelas estão em causa as impugnações de "*decisões tomadas nos termos do terceiro parágrafo do n.º 2 do artigo 108.º (...), atos do Conselho adotados por força de um regulamento do Conselho relativo a medidas de proteção do comércio na aceção do artigo 207.º (...), atos do Conselho mediante os quais este último exerce competências de execução nos termos do n.º 2 do artigo 291.º*", todos do TFUE. Portanto, (*i*) na matéria dos auxílios de Estado, as possíveis decisões do Conselho, justificadas por circunstâncias excecionais, de considerar determinadas ajudas compatíveis com o mercado interno, em derrogação tanto do disposto no artigo 107.º como dos regulamentos adotados ao abrigo do artigo 109.º, ambos do TFUE, são judicialmente sindicáveis, em primeira instância, pelo TG; (*ii*) o mesmo sucede em relação aos atos do Conselho nos domínios da política comercial comum, cidadania da União, e do estabelecimento e funcionamento do mercado interno, quando esteja em causa o exercício da competência de execução pela referida instituição.

⁴²⁷ Relativamente a esta instituição, tratando-se de recursos e ações interpostos pelos Estados membros, a alínea b) do n.º 1 do artigo 51.º do Estatuto do TJUE refere que apenas são da competência exclusiva do TJ os instrumentos que visem impugnar os vários atos previstos no n.º 1 do artigo 331.º do TFUE ou as inerentes abstenções de tomada de decisão, os quais inserem-se no processo que tem em vista a eventual participação de um novo Estado membro numa cooperação reforçada já instituída por um grupo de Estados membros fora dos domínios PESC.

⁴²⁸ Quanto aos atos ou abstenções de decidir por parte deste, são da competência exclusiva do TJ somente os recursos interpostos pelas outras instituições. De fora ficam, portanto, os recursos e as ações instaurados pelos Estados membros e, por maioria de razão, pelos particulares.

⁴²⁹ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 522, 523 e 564.

⁴³⁰ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 457 e 463.

⁴³¹ Inexiste contradição entre competência-regra e competência residual. Com efeito, começamos por indagar se determinado litígio se insere na competência do TJ (critério de atribuição positiva); o cenário negativo implica que o TG seja o órgão jurisdicional competente (critério de atribuição residual, o que é sinónimo de competência-regra).

⁴³² Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 456.

⁴³³ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 522 e 523; e 563 e 564. O professor de Coimbra parece interpretar extensivamente o artigo 265.º do TFUE de forma a que também os órgãos e organismos da UE disponham de legitimidade processual ativa, ainda que mitigada (isto é, sujeita a contingência de ser utilizada para a

Nesta medida e a fim de resolver possíveis conflitos negativos de jurisdições, o segundo parágrafo do artigo 54.º do Estatuto do TJUE determina que quando o TG considerar que o TJ é o órgão competente, deve remeter-lhe o processo; o TJ dispõe de idêntica faculdade, mas neste caso o TG não pode declinar competência.

II. Recurso para o Tribunal de Justiça das decisões do Tribunal Geral

Referimos já que a tutela jurisdicional efetiva contempla, entre outras, a garantia processual relativa ao direito ao recurso e, inerente a este, ao duplo grau de jurisdição, através da qual se assegura a possibilidade de obtenção, por um tribunal distinto e superior àquele que em primeira instância dirigiu o processo e solucionou o litígio, de uma decisão diversa da proferida por este e com a qual a parte vencida não se conformou⁴³⁴. Nessa medida, o segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 256.º do TFUE refere que nos casos em que o TG se afigura como órgão jurisdicional competente para conhecer, em primeira instância, dos mecanismos referidos no primeiro parágrafo do mesmo número, o TJ apresenta-se como órgão de apelo das decisões daquele, podendo as mesmas ser impugnadas mediante recurso, limitado a *questões de direito*, que a este compete apreciar⁴³⁵.

Encontrando-se o objeto dos recursos circunscrito a questões de direito, mostra-se praticamente excluída a extensão do duplo grau de jurisdição a aspetos relacionados com a reapreciação da matéria de facto.

Nessa medida, o *apuramento da matéria de facto* encontra-se reservado ao TG, exceto quando na respetiva decisão se verifiquem inexatidões materiais resultantes das peças processuais que lhe foram apresentadas⁴³⁶, cenário que legitima o TJ a debruçar-se sobre a decisão da matéria de facto cerzida por aquele⁴³⁷. Nessa medida, o TJ, em princípio, também não

salvaguarda das respetivas prerrogativas), para a ação por omissão, aspeto que melhor se adequa com a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia. A legitimidade passiva dos mesmos, como autores do ato (na situação do recurso) ou da omissão (no caso da ação) litigioso(a), afigura-se inquestionável.

⁴³⁴ Nesta medida, o TJ enunciou o *interesse em agir do recorrente* como requisito fundamental da interposição de recurso das decisões do TG, o qual implica que o recorrente possa, através do resultado do recurso, obter algum benefício. Vide o acórdão PE vs. RICHARD, de 13 de julho de 2000, proc. C-174/99 P, Col. 2000, pp. I-6213 e ss, n.º 33.

⁴³⁵ Cfr. L. Neville BROWN e Tom KENNEDY, *op. cit.*, p. 91; Rui MOURA RAMOS, *O Tratado de Nice e a reforma do sistema jurisdicional comunitário*, in Temas da Integração, 2001 (n.ºs 12 e 13), pp. 98 e ss; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, *cit.*, p. 152; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 452; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 484; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, p. 463.

⁴³⁶ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. BRAZZELLI LUALDI e o, já citado, n.º 49; DEERE vs. COMISSÃO, de 28 de maio de 1998, proc. C-7/95 P, Col. 1998, pp. I-3138 e ss, n.º 21; despacho do Presidente do TJ, de 12 de outubro de 2000, caso FCPG e o. vs. CONSELHO, proc. C-300/00 P(R), Col. 2000, pp. I-8799 e ss, n.º 32.

⁴³⁷ A jurisprudência dos órgãos que compõem o TJUE tem entendido que a apreciação dos factos pelo TG, em princípio, não constitui questão de direito, como tal não se encontra sujeita ao controlo do TJ no quadro dos recursos interpostos das decisões daquele, exceto quando se esteja perante situações de "*desnaturação*" dos elementos

é competente para examinar as provas que o TG considerou determinantes no apuramento ou na apreciação dos factos; pressupondo que os princípios gerais de direito e as regras processuais aplicáveis em matéria de produção e apreciação da prova foram respeitados, compete exclusivamente ao TG valorar os elementos probatórios que lhe foram submetidos⁴³⁸.

Por outro lado, a *apreciação da matéria de facto* também se encontra reservada ao TG, apesar de o TJ poder fiscalizar tal valoração a fim de se certificar da correta qualificação jurídica e das consequências jurídicas extraídas da mesma⁴³⁹, já que ambos os aspetos constituem questões de direito⁴⁴⁰.

Destrate, o segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 256.º do TFUE deve ser articulado com os artigos 56.º a 61.º do Estatuto do TJUE a fim de se determinarem as condições e limites em que devem ser admitidos os recursos das decisões do TG. Vejamos vários aspetos que se destacam no respetivo regime jurídico.

Genericamente, no prazo de *dois meses* contados a partir da notificação da decisão impugnada, é possível recorrer das decisões que (i) coloquem termo à instância (como sucede paradigmaticamente com a decisão de mérito), (ii) conheçam parcialmente do mérito da causa ou (iii) ponham fim a um incidente processual relativo a uma exceção de incompetência ou a uma questão prévia de inadmissibilidade do instrumento processual (ação ou recurso) em causa⁴⁴¹. Qualquer parte que tenha ficado, total ou parcialmente, vencida tem *legitimidade* para recorrer; porém, tratando-se de um sujeito particular (v. g. uma empresa ou um cidadão da União) exige-se ainda que a decisão impugnada o afete diretamente; ressalvado o contencioso da função pública europeia, poderão os recursos ser interpostos também pelos Estados membros ou pelas instituições europeias, ainda que não tenham intervindo no litígio⁴⁴².

Situações específicas de recorribilidade são as que têm por objeto decisões proferidas pelo TG no sentido do indeferimento de requerimentos de intervenção processual, cujos destinatários podem impugnar, mediante recurso dirigido ao TJ, no prazo de duas semanas contado desde as notificações das mesmas⁴⁴³. Outrossim, as decisões do TG relativamente aos instrumentos de tutela jurisdicional provisória e cautelar previstos nos artigos 278.º e 279.º do TFUE, ou de

submetidos à apreciação do primeiro. Cfr. acórdão ANTILLEAN RICE MILLS e o. vs. COMISSÃO, de 11 de fevereiro de 1999, proc. C-390/95 P, Col. 1999, pp. I-798 e ss, n.º 29.

⁴³⁸ Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 25 de junho de 1998, caso ANTILHAS NEERLANDESAS vs. CONSELHO, proc. C-159/98 P (R), Col. 1998, pp. I-4150, n.º 68.

⁴³⁹ Neste sentido, acórdãos já citados COMISSÃO vs. BRAZZELLI LUALDI e o, n.º 49; DEERE vs. COMISSÃO, n.º 21.

⁴⁴⁰ Vide Koen LENAERTS; Dirk ARTS; e Ignace MASELIS, *op. cit.*, pp. 455 e 456; Alessandra SILVEIRA e Sophie PEREZ FERNANDES no citado comentário ao artigo 256.º do TFUE, *in* Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 924.

⁴⁴¹ Artigo 56.º, primeiro parágrafo.

⁴⁴² Artigo 56.º, segundo e terceiro parágrafos.

⁴⁴³ Artigo 57.º, primeiro parágrafo.

suspensão da tramitação de ações executivas tomadas ao abrigo do preceituado no quarto parágrafo do artigo 299.º do mesmo Tratado, são recorríveis para o TJ, pelas partes do processo, no prazo de dois meses a contar das respetivas notificações⁴⁴⁴. Ambos os recursos seguem a tramitação prevista no artigo 39.º do Estatuto do TJUE, o qual permite que os mesmos sejam decididos pelo Presidente do TJ, em processo sumário que eventualmente derroge certas disposições do referido Estatuto e do RPTJ⁴⁴⁵.

Quase sempre circunscritos a questões de direito, os *fundamentos* dos recursos variam entre (i) a incompetência do TG; (ii) irregularidades processuais perante este que prejudiquem os interesses do recorrente; (iii) ou a violação do direito da UE pelo referido órgão^{446/447}.

Quanto a este aspeto, o TJ esclareceu que as questões de saber se as decisões do TG se encontram devidamente (isto é, com um grau de suficiência e de uma forma coerente) fundamentadas⁴⁴⁸ e respondem convenientemente às alegações das partes, constituem questões de direito que podem ser invocadas em sede de recurso⁴⁴⁹. O TJ não impõe ao TG que forneça às partes do processo uma exposição que, de forma exaustiva e pontual, siga escrupulosamente todos os argumentos onde as mesmas fundaram as suas posições. A fundamentação pode inclusivamente ser implícita, desde que permita aos interessados conhecer as razões pelas quais a decisão foi adotada e ao órgão jurisdicional competente dispor dos elementos suficientes que lhe permitam controlar a legalidade da mesma⁴⁵⁰. O TJ também considera que, não estando o TG vinculado a responder pormenorizadamente a cada fundamento invocado pelas partes, especialmente quando a argumentação aduzida não contém um caráter suficientemente claro,

⁴⁴⁴ Artigo 57.º, segundo e terceiro parágrafos.

⁴⁴⁵ Artigo 57.º, quarto parágrafo.

⁴⁴⁶ Cfr. despacho de 5 de dezembro de 1997, caso CONSELHO vs. LEITE MATEUS, proc. C-218/97 P, Col. 1997, pp. I-6945 e ss, n.º 20.

⁴⁴⁷ Artigo 58.º do Estatuto do TJUE, no qual se acrescenta que tais recursos não poderão limitar-se às questões do montante das despesas ou da parte que as deve suportar.

⁴⁴⁸ A obrigação de fundamentação dos atos e decisões das instituições europeias constitui uma formalidade da maior relevância. O TJ entende que essa exigência tem por base um fundamento de ordem pública cujo cumprimento pode ser fiscalizado oficiosamente pelos órgãos integrados no TJUE. Com efeito, ela interfere, simultaneamente, com os direitos de defesa do destinatário da decisão, e com o regular funcionamento das instituições. Cfr. acórdãos NOLD vs. ALTA AUTORIDADE, de 20 de março de 1959, proc. 18/57, Rec. 1959, pp. 95 e ss; USINOR vs. COMISSÃO, de 1 de julho de 1986, proc. 185/85, Col. 1986, pp. 2092 e ss, n.º 19. A vinculação das demais instituições (*maxime* da Comissão), dos órgãos e organismos da UE à obrigação de fundamentação no quadro dos procedimentos que estabelecem com os particulares decorre do artigo 296.º do TFUE (ex-artigo 253.º do TCE e ex-ex-artigo 190.º do TCEE). Cfr. acórdãos MICHEL vs. PE, de 26 de novembro de 1981, proc. 195/80, Rec. 1981, pp. 2862 e ss, n.º 22; COMISSÃO vs. DAFFIX, de 20 de fevereiro de 1997, proc. C-166/95 P, Col. 1997, pp. I-991 e ss, n.º 23.

⁴⁴⁹ Cfr. acórdãos VIDRÁNYI vs. COMISSÃO, de 1 de outubro de 1991, proc. C-283/90 P, Col. 1991, pp. I-4361 e ss, n.º 29; COMISSÃO vs. V, de 20 de novembro de 1997, proc. C-188/96 P, Col. 1997, pp. I-6575 e ss, n.º 24; SOMACO vs. COMISSÃO, de 7 de maio de 1998, proc. C-401/96 P, Col. 1998, pp. I-2604 e ss, n.º 53.

⁴⁵⁰ Cfr. acórdão ROQUETTE FRÈRES vs. CONSELHO (ROQUETTE VIII), de 30 de setembro de 1982, proc. 110/81, Rec. 1982, pp. 3159 e ss, n.º 24.

preciso e não assenta em elementos de prova circunstanciados, deverá o segundo, no mínimo, examinar as alegadas violações de direitos⁴⁵¹.

Da jurisprudência do TJ decorre ainda que, apesar de a apreciação do valor dos elementos probatórios apresentados diante o TG competir exclusivamente a este, eventuais desvirtuações ou deformações desses elementos constituem questões de direito que o primeiro pode avaliar em sede de recursos das decisões do segundo⁴⁵².

O TJ também enunciou que o recorrente se encontra investido no ónus de indicar, na petição de recurso a que aludem os artigos 167.º e 168.º do novo RPTJ⁴⁵³, de forma precisa, os elementos que censura na decisão do TG cuja anulação requer, bem como a argumentação jurídica que especificamente sustenta tal pedido⁴⁵⁴. Não cumpre esta exigência a alegação que se limita a repetir ou a reproduzir textualmente os fundamentos e os argumentos já expostos ao TG, incluindo os baseados em factos expressamente não acolhidos por este órgão⁴⁵⁵. Um eventual recurso formulado nestes moldes constitui um pedido que visa obter um simples reexame da petição inicial já apreciada pelo TG, algo que, nos termos do artigo 56.º do Estatuto do TJUE, não se enquadra na competência do TJ⁴⁵⁶; tal determinará a rejeição do recurso por manifesta inadmissibilidade, através de despacho que este órgão jurisdicional fundamentará, nos termos do artigo 181.º do novo RPTJ⁴⁵⁷.

Não obstante, o TJ esclareceu ainda que quando o recorrente contesta a interpretação ou a aplicação do direito da UE protagonizada pelo TG, nomeadamente, no âmbito de um recurso de anulação, as questões de direito examinadas por este em primeira instância poderão ser novamente discutidas⁴⁵⁸. Na verdade, se o recorrente não pudesse basear o recurso em fundamentos e argumentos já utilizados ante o TG, o processo de recurso da decisão deste ficaria

⁴⁵¹ Cfr. acórdão KOMNINOU e o. vs. COMISSÃO, de 25 de outubro de 2007, proc. C-167/06 P, Col. 2007, pp. I-141 e ss, n.º 22.

⁴⁵² Cfr. acórdãos HILTI vs. COMISSÃO, de 2 de março de 1994, proc. C-53/92 P, Col. 1994, pp. I-693 e ss, n.º 42; BLACKSPUR DIY vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 16 de setembro de 1997, proc. C-362/95 P, Col. 1997, pp. I-4791 e ss, n.º 29; despachos de 6 de outubro de 1997, caso AIUFFASS e AKT vs. COMISSÃO, proc. C-55/97 P, Col. 1997, pp. I-5385 e ss, n.º 25; e de 16 de outubro de 1997, caso DIMITRIADIS vs. TRIBUNAL DE CONTAS, proc. C-140/96 P, Col. 1997, pp. I-5637 e ss, n.º 35.

⁴⁵³ Concretamente, alínea d).

⁴⁵⁴ Acórdãos BERGADERM e GOUPIL vs. COMISSÃO, de 4 de julho de 2000, proc. C-352/98 P, Col. 2000, pp. I-5310 e ss, n.º 34; FRANÇA vs. MONSANTO e COMISSÃO, de 8 de janeiro de 2002, proc. C-248/99 P, Col. 2002, pp. I-46 e ss, n.º 68; e INTERPORC vs. COMISSÃO, de 6 de março de 2003, proc. C-41/00 P, Col. 2003, pp. I-2156 e ss, n.º 15. Cfr. Koen LENAERTS; Dirk ARTS; e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 463.

⁴⁵⁵ Cfr. despacho de 26 de abril de 1993, caso KUPKA-FLORIDI vs. COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL, proc. C-244/92 P, Col. 1993, pp. I-2041 e ss, n.ºs 9 e 10; acórdão VIHO vs. COMISSÃO, de 24 de outubro de 1996, proc. C-73/95 P, Col. 1996, pp. I-5482 e ss, n.ºs 25 e 26; despacho de 16 de setembro de 1997, caso KOELMAN vs. COMISSÃO, proc. C-59/96 P, Col. 1997, pp. I-4812 e ss, n.º 52.

⁴⁵⁶ Cfr. despacho de 26 de setembro de 1994, caso X vs. Comissão, proc. C-26/94 P, Col. 1994, pp. I-4381 e ss, n.ºs 10 a 13; acórdão BERGADERM e GOUPIL vs. COMISSÃO, já citado, n.º 35.

⁴⁵⁷ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 464.

⁴⁵⁸ Acórdão SALZGITTER vs. COMISSÃO, de 13 de julho de 2000, proc. C-210/98 P, Col. 2000, pp. I-5883 e ss, n.º 43.

privado de uma parte do seu sentido⁴⁵⁹. Desta forma, se o recorrente não pretender obter uma simples reanálise da petição submetida ao TG, antes indicando de forma clara as passagens do acórdão recorrido que considera viciadas por erros de direito (interpretação ou qualificação jurídica incorretas), o recurso deverá ser admitido uma vez que se funda na violação do direito da UE pelo TG⁴⁶⁰.

Por outro lado, a interposição e a admissão de recursos de decisões do TG, em regra, *não têm efeito suspensivo da eficácia destas*, podendo as decisões impugnadas ser objeto de execução. Porém, poderá o referido efeito ser obtido a título de medida provisória de natureza cautelar, no âmbito do preceituado no artigo 278.º, ou acrescido do decretamento de outras medidas de natureza idêntica, ao abrigo do previsto no artigo 279.º, ambos do TFUE⁴⁶¹.

Não obstante, os acórdãos anulatórios de regulamentos apenas produzem efeitos, tornando-se exequíveis, depois de decorrido o prazo de dois meses a contar da respetiva notificação sem que contra eles seja interposto recurso, ou seja, depois de transitarem em julgado⁴⁶². Sendo objeto de impugnação, os referidos acórdãos só adquirem executoriedade depois de a decisão do TJ confirmar o acórdão impugnado, naturalmente, julgando o recurso improcedente⁴⁶³. Também neste caso as partes podem, ao abrigo do disposto nos artigos 278.º e 279.º do TFUE, requerer ao TJ que suspenda a produção de efeitos pelo regulamento impugnado ou que ordene outras medidas provisórias e cautelares⁴⁶⁴. Compreendem-se as derrogações ao preceituado nos artigos 280.º e 299.º do TFUE, os quais preveem a imediata executoriedade dos acórdãos que emergem dos órgãos integrados no TJUE, na medida em que, tratando-se da anulação de atos de alcance geral, é lógico que a eventual execução das decisões jurisdicionais anulatórias só ocorra quando a questão material controvertida se encontre definitivamente resolvida.

Procedendo o recurso, o TJ anula a decisão do TG⁴⁶⁵, podendo também, se entender que dispõe dos elementos e das condições necessárias para o efeito, decidir definitivamente o litígio, tanto quanto ao mérito, como no que concerne a questões prévias de inadmissibilidade suscitadas pelo demandado. Alternativamente, o TJ poderá devolver o processo ao TG para realização do

⁴⁵⁹ Despacho de 10 de maio de 2001, caso FNAB e o. vs. Conselho, proc. C-345/00 P, Col. 2001, pp. I-3814 e ss, n.ºs 30 e 31; acórdãos ARAP e o. vs. COMISSÃO, de 16 de maio de 2002, proc. C-321/99 P, Col. 2002, pp. I-4250 e ss, n.º 49, e INTERPORC vs. COMISSÃO, já citado, n.º 17.

⁴⁶⁰ Acórdão REYNOLDS TOBACCO e o. vs. COMISSÃO, de 12 de setembro de 2006, proc. C-131/03 P, Col. 2006, pp. I-7823 e ss, n.ºs 51 e 52.

⁴⁶¹ Artigo 60.º do Estatuto do TJUE. Sobre esta matéria *vide* a Parte seguinte.

⁴⁶² Artigo 60.º, segundo parágrafo, primeira parte.

⁴⁶³ Artigo 60.º, segundo parágrafo, segunda parte.

⁴⁶⁴ Artigo 60.º, segundo parágrafo, terceira parte.

⁴⁶⁵ Artigo 61.º, primeiro parágrafo. Também neste âmbito surge a expressão "recurso de anulação", a qual não deve ser confundida com o recurso de anulação previsto no artigo 263.º do TFUE. Com efeito, se com este se pretende a impugnação de um ato de uma instituição, órgão ou organismo da UE, com exceção dos tribunais, aquele trata-se de uma forma de impugnação das decisões do TG, a qual será apreciada pelo TJ (os intervenientes são dois tribunais, portanto).

juízo⁴⁶⁶; neste caso, o TG, como órgão jurisdicional *a quo*, encontra-se vinculado às soluções conferidas às questões de direito pelo TJ⁴⁶⁷. Se o recurso procedente tiver sido interposto por um Estado membro ou por uma instituição da União que não intervieram no processo que decorreu perante o TG, poderá o TJ, se considerar necessário, declarar quais os efeitos da decisão anulada que ficam ressalvados relativamente às partes do litígio⁴⁶⁸.

III. O Tribunal Geral como instância de apelo das decisões dos tribunais especializados

A primeira parte do n.º 1 do artigo 19.º do TUE e o artigo 257.º do TFUE convergem quanto à possibilidade de criação de tribunais de primeira instância especializados em razão da matéria, isto é, competentes para conhecer em primeiro grau de jurisdição de certas categorias de ações ou recursos em áreas específicas. Tais órgãos ficam adstritos ao TG uma vez que os domínios que delimitam as suas competências inseriam-se, até à criação daqueles, na esfera de atuação deste enquanto órgão jurisdicional de primeira instância de competência "genérica" no quadro dos instrumentos previstos no n.º 1 do artigo 256.º do TFUE.

Ora, uma consequência natural do facto de os tribunais especializados se encontrarem adstritos ao TG reside na competência deste para sindicar as decisões daqueles no âmbito de recursos interpostos contra as mesmas. Tal cenário encontra-se genericamente previsto no n.º 2 do artigo 256.º do TFUE, confirmado, aliás, concretamente no que tange às decisões do TFP, pelo artigo 9.º do Anexo ao Estatuto do TJUE, a conjugar com os artigos 137.º e seguintes do RPTG. Recorde-se que foi precisamente esta contingência que precipitou a desadequação do *nomen* que o atual TG anteriormente ostentava, ou seja, TPI.

No âmbito de tais recursos, ocorrendo risco grave de lesão da unidade ou da coerência do direito da UE, poderão as decisões do TG ser objeto de reapreciação excecional pelo TJ, nas condições e limites que o Estatuto do TJUE prevê. Retomaremos este aspeto.

⁴⁶⁶ No acórdão DREYFUS *vs.* COMISSÃO, de 5 de maio de 1998, proc. C-386/96 P, Col. 1998, pp. I-2351 e ss, o TJ, após anular a decisão do TPI com base em erro de direito, entendeu não estar em condições de se pronunciar sobre o mérito da causa, devolvendo o processo a este para esse efeito; o mesmo sucedeu no citado caso COMISSÃO *vs.* DAFFIX. Ao invés, no acórdão COMISSÃO *vs.* JÉGO-QUÉRÉ, de 1 de abril de 2004, proc. C-263/02 P, Col. 2004, pp. I-3443 e ss, o TJ, depois de anular a decisão do TPI, decidiu sobre o mérito da causa; semelhantemente, no acórdão COMISSÃO *vs.* GREENCORE, de 9 de dezembro de 2004, proc. C-123/03 P, Col. 2004, pp. I-11656 e ss, o TJ entendeu estar habilitado a decidir a questão prévia de inadmissibilidade.

⁴⁶⁷ Artigo 61.º, segundo parágrafo.

⁴⁶⁸ Artigo 61.º, terceiro parágrafo.

IV. O Tribunal Geral (e o Tribunal de Justiça) como instância de controlo jurisdicional das decisões administrativas da Comissão

Um domínio nevrálgico do direito material europeu no qual a União atua através do modelo de *administração direta* é o relativo à proteção da concorrência, cujas traves-mestras se encontram previstas nos artigos 101.º (ex-artigo 81.º do TCE e ex-ex-artigo 85.º do TCEE) a 109.º (ex-artigo 89.º do TCE e ex-ex-artigo 94.º do TCEE), nos quais se desdobra o Capítulo I do Título VII da Parte III do TFUE. Tal Capítulo, por sua vez, subdivide-se entre "*as regras aplicáveis às empresas*" e "*os auxílios concedidos pelos Estados*". Nas primeiras encontramos disposições que visam salvaguardar a livre e sã concorrência entre empresas que operam no mercado interno existente na União, o qual caracteriza-se, designadamente, pela abertura. Nas palavras de Jónatas MACHADO, "*pretende-se a criação de um mercado livre, igual, justo, leal e não falseado, assente numa competição entre empresas*"⁴⁶⁹.

É neste contexto que se deve apreender o sentido e o alcance das normas proibitivas (i) de acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados membros e que visem impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (artigo 101.º) e (ii) de abusos de posições dominantes, igualmente aptos a afetar negativamente o comércio intracomunitário (artigo 102.º).

Relacionado com a proteção jurisdicional apresenta-se o artigo 103.º do TFUE, segundo o qual compete ao Conselho, após consulta ao PE, a elaboração de regulamentos e diretivas que, encontrando base jurídica nos artigos 101.º e 102.º do referido Tratado, se revelem necessários ao seu desenvolvimento⁴⁷⁰. Tais atos de direito derivado devem, segundo as alíneas a) e d) do n.º 2 do referido artigo 103.º, "*garantir o respeito das proibições referidas no n.º 1 do artigo 101.º e no artigo 102.º, pela cominação de multas e sanções pecuniárias compulsórias*", bem como "*definir as funções respectivas da Comissão e do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à aplicação do disposto no presente número*".

Sobre a Comissão, que além do mais é titular da competência normativa de execução prevista no n.º 3 do artigo 105.º do TFUE, recaem os deveres de (i) zelar pela aplicação e fiscalizar o cumprimento, por parte das empresas, dos princípios constantes dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, dos regulamentos e diretivas aprovados pelo Conselho, e dos regulamentos de execução sobre a matéria adotados por ela; e (ii) instruir os procedimentos devidos pelo

⁴⁶⁹ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 376; vide também João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, III Vol, cit., pp. 389 e 490.

⁴⁷⁰ Recordem-se os já aludidos Regulamentos (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do TFUE; e n.º 139/2004, do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, respeitante ao controlo das concentrações de empresas.

cometimento de alegadas infrações, declarar a sua verificação e punir as empresas transgressoras (n.ºs 1 e 2 do artigo 105.º). A Comissão é ainda titular de uma competência genérica de fiscalização, prevista no artigo 337.º do TFUE (ex-artigo 284.º do TCE e ex-ex-artigo 213.º do TCEE), no âmbito da qual conta, nos domínios do direito europeu da concorrência, com o auxílio da respetiva Direção-Geral.

Naturalmente, as autoridades nacionais da concorrência também desempenham um papel importante na referida parcela do ordenamento europeu. Elas cooperam estreitamente com a Comissão, alcançando-se uma aplicação **descentralizada**, mais eficaz e respeitadora do princípio da *subsidiariedade*, do direito da União relativo à proteção da concorrência⁴⁷¹.

Sobre a Comissão recai o dever de motivar devidamente as suas decisões de aplicação de sanções às empresas sob pena de incorrer no vício de falta de fundamentação⁴⁷²; igualmente, a referida instituição deve justificar as decisões de rejeição de denúncias por considerar que inexistem infrações às regras da concorrência previstas nos Tratados e nas normas emanadas em sua aplicação, expondo os factos e as considerações onde assentou as suas conclusões⁴⁷³. Como lembra Suzana TAVARES DA SILVA⁴⁷⁴, as orientações definidas pela Comissão no domínio sancionatório por violação do direito europeu da concorrência adquirem um valor jurídico considerável, atuando como instrumento de autolimitação dos seus poderes discricionários, pelo que os afastamentos dos parâmetros por si definidos devem ser devidamente fundamentados sob pena de violação os princípios da igualdade e da proteção da confiança.

Resulta da jurisprudência dos órgãos que compõem o TJUE que a Comissão não é obrigada a tomar posição sobre todos os argumentos invocados pelos interessados em apoio do seu pedido; basta-lhe expor os factos e as considerações jurídicas que têm uma importância essencial na economia da decisão⁴⁷⁵.

A situação telegraficamente descrita ilustra bem a obrigação, que impende sobre os agentes económicos que operam no mercado interno europeu, de respeito pelas disposições comunitárias

⁴⁷¹ Naturalmente que, no âmbito dessa colaboração, as decisões administrativas litigiosas da autoria das autoridades nacionais - e não já da Comissão - enquanto manifestações da administração pública europeia indireta, são impugnadas contenciosamente nos órgãos jurisdicionais nacionais, enquanto tribunais comuns do direito da União, e não nos seus homólogos integrados no TJUE.

⁴⁷² A fundamentação das decisões da Comissão que afetem interesses legítimos, identicamente ao que sucede com as decisões do TG, deve permitir aos destinatários (particulares ou Estados membros) o conhecimento da motivação das medidas tomadas, a fim de lhes permitir a defesa dos seus direitos e a verificação do carácter devidamente justificado de tais medidas, permitindo ainda ao juiz comunitário exercer a sua fiscalização sobre a legalidade das mesmas. Cfr. acórdão do TPI, de 29 de junho de 1993, caso ASIA MOTOR FRANCE e o. vs. COMISSÃO (ASIA MOTOR FRANCE II), proc. T-7/92, Col. 1992, pp. II-669 e ss, n.º 30. Mais recentemente ver os acórdãos ATZENI e o, de 23 de fevereiro de 2006, proc. apensos C-346/03 e C-529/03, Col. 2006, pp. I-1875 e ss, n.º 73; e COMISSÃO vs. CONSELHO, de 1 de outubro de 2009, proc. C-370/07, Col. 2009, pp. I-8917 e ss, n.º 37.

⁴⁷³ Vide o mencionado acórdão do TPI proferido no caso ASIA MOTOR FRANCE III, n.º 46.

⁴⁷⁴ Cfr. *op. cit.*, p. 32.

⁴⁷⁵ Cfr. acórdãos do TPI de 24 de janeiro de 1992, caso LA CINQ vs. COMISSÃO, proc. T-44/90, Col. 1992, pp. II-1 e ss, n.º 35; e ASIA MOTOR FRANCE II, já citado, n.º 31.

relativas à proteção da concorrência. O seu menosprezo sujeita o respetivo autor a sanções (v. g. pecuniárias) previstas nos regulamentos (de base e de execução) adotados em conformidade com os Tratados e cuja aplicação incumbe à Comissão. Naturalmente, os comportamentos ilícitos das empresas podem assumir gravidades distintas, algo que se repercute nas sanções aplicáveis. Na graduação destas deverá a Comissão considerar, entre outros fatores, as consequências da conduta, a capacidade financeira do infrator e o facto de se tratar, ou não, de empresa reincidente na violação do direito europeu da concorrência⁴⁷⁶.

Obviamente, uma tutela jurisdicional que se pretende efetiva, levada a cabo no quadro das vias processuais previstas no ordenamento europeu, não pode ser alheia a uma matéria tão importante e delicada sobretudo para as empresas visadas em processos de infração e de aplicação de sanções, mas também para os operadores que são direta e individualmente afetados pelas decisões da Comissão (v. g. os que competem com aquelas). Com efeito, as primeiras terão interesse em impugnar contenciosamente as decisões administrativas de aplicação de sanções pela violação das regras comunitárias de proteção da concorrência (v. g. exploração abusiva de posição dominante, operação de concentração proibida, etc.)⁴⁷⁷. Acresce que os procedimentos encetados pela Comissão por vezes suscitam dúvidas sob o ponto de vista do respeito do direito ao *due process of law*⁴⁷⁸, muito embora as mesmas possam ser colmatadas através do exercício efetivo das garantias previstas no artigo 47.º da CDFUE. De igual modo, as empresas concorrentes das visadas, além do direito de participação no procedimento administrativo de infração às regras da concorrência instaurado contra estas (associando-as à adoção, execução e acompanhamento das decisões tomadas) que lhes pode ser reconhecido pelas disposições europeias, também poderão ter interesse em impugnar contenciosamente decisões adotadas pela Comissão em relação às primeiras e das quais discordem⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 572.

⁴⁷⁷ Fál-o-ão mediante recurso de anulação previsto nos artigos 263.º, 264.º e 266.º do TFUE, pedindo a declaração de invalidade da decisão da Comissão. Não obstante, como em matéria sancionatória constante de regulamentos a competência dos órgãos integrados no TJUE é de plena jurisdição, poderão os recorrentes pedir, a título principal ou subsidiariamente, a redução da coima aplicada, sem prejuízo da faculdade de os órgãos jurisdicionais integrados no TJUE poderem aumentá-la. Cfr. acórdão do TPI de 8 de outubro de 2008, caso SCHUNK GMBH e o. vs. COMISSÃO, proc. T-69/04, Col. 2008, pp. II-2567 e ss, n.º 41.

⁴⁷⁸ Assim Ian S. FORRESTER, *Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures*, in *ELR*, 2009 (Vol. 34; n.º 6), p. 817; Anne MACGREGOR e Bogdan GECIC, *Due Process in EU Competition Cases Following the Introduction of the New Best Practices Guidelines on Antitrust Proceedings*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, p. 425.

⁴⁷⁹ Foi o que sucedeu, nomeadamente, no caso LECLERC vs. COMISSÃO, que originou o acórdão do TPI de 12 de janeiro de 1996, proc. T-88/92, Col. 1996, pp. II-1967 e ss, no âmbito do qual a *Leclerc* impugnou pela via anulatória a Decisão (CEE) n.º 92/428, da Comissão, de 24 de julho de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do TCEE (hoje artigo 101.º do TFUE), no sentido de isentar do âmbito de aplicação do n.º 1 uma disposição que autorizava a *Givenchy* a apreciar negativamente a candidatura de retalhistas unicamente pelo facto de a atividade de perfumaria exercida por estes ter pouca importância, tendo o recurso de anulação sido admitido e a decisão de mérito proferida em sentido parcialmente favorável à recorrente. Em sentido idêntico *vide* o despacho do TPI, proferido no caso GREENPEACE e o. vs. COMISSÃO, de 9 de agosto de 1995, proc. T-585/93, Col. 1995, pp. II-2209 e ss, n.ºs 56 e 63.

Daí que, o TG e o TJ levem a efeito, neste domínio, um relevantíssimo papel, controlando jurisdicionalmente as atuações da Comissão enquanto principal instituição integrante da administração pública europeia. Porém, da jurisprudência daqueles órgãos também resulta que perante situações que envolvam uma *apreciação económica complexa*, a fiscalização levada a cabo pelo TG (naturalmente, extensível ao TJ no âmbito de um eventual recurso) consiste na verificação da exatidão material dos factos, do respeito das regras processuais e da exigência de fundamentação, da ausência de um erro manifesto de apreciação da matéria de facto e do desvio de poder, bem assim do cometimento de erro de direito na qualificação dos factos⁴⁸⁰.

Os referidos órgãos jurisdicionais poderão inclusivamente deter uma competência de *plena jurisdição*, como resulta da conjugação da alínea c) do n.º 2 do artigo 103.º com o artigo 261.º, ambos do TFUE, no âmbito da qual poderão anular, confirmar ou, de acordo com a gravidade da infração praticada, reformar o ato impugnado e alterar (diminuindo ou aumentando) a sanção aplicada⁴⁸¹. Na verdade, este preceito autoriza o Conselho, individual ou conjuntamente com o PE, a adotar regulamentos que prevejam sanções a aplicar aos agentes económicos pela violação das respetivas disposições, podendo tais atos atribuir plena jurisdição aos órgãos integrados no TJUE. Se assim ocorrer, poderão estes fiscalizar as decisões da Comissão com aquela amplitude⁴⁸²; alternativamente, os referidos órgãos jurisdicionais deterão uma competência geral para sindicar pela via anulatória, prevista no artigo 263.º do TFUE, os mencionados atos.

Nos recursos contenciosos interpostos pelos particulares (normalmente, empresas) contra as decisões da Comissão de aplicação do direito europeu da concorrência o TG age como órgão jurisdicional de primeira instância⁴⁸³; impende-lhe, por isso, cerzir a primeira avaliação relativamente à atuação administrativa daquela instituição. Nos termos a que recentemente nos referimos (ponto II do presente número), ao TJ está reservada a atuação de órgão jurisdicional *ad quem* das decisões daquele⁴⁸⁴. Às duas principais jurisdições inseridas no TJUE compete, em suma, sindicar as decisões da Comissão, podendo, sempre que existam fundamentos de facto

⁴⁸⁰ Acórdãos BAT e REYNOLDS *vs.* COMISSÃO, de 17 de novembro de 1987, procs. apensos 142/84 e 156/84, Col. 1987, pp. 4566 e ss, n.º 61; MATRA *vs.* COMISSÃO, de 15 de junho de 1993, proc. C-225/91, Col. 1993, pp. I-3250 e ss, n.ºs 23 e 25; do TPI, aresto ASIA MOTOR FRANCE II, já referido, n.º 33.

⁴⁸¹ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 573 e 574.

⁴⁸² Cfr. acórdãos de 16 de novembro de 2000, caso KNP BT *vs.* COMISSÃO, proc. C-248/98 P, Col. 2000, pp. I-9655 e ss, n.º 40; caso CASCADES *vs.* COMISSÃO, proc. C-279/98 P, Col. 2000, pp. I-9709 e ss, n.º 41; e caso WEIG *vs.* COMISSÃO, proc. C-280/98 P, Col 2000, pp. I-9770 e ss, n.º 41.

⁴⁸³ A título meramente ilustrativo refira-se que nos processos T-66/92 e T-77/92, cujos acórdãos foram proferidos no dia 14 de julho de 1994 (Col. 1994, pp. II-531 e ss. e II-549 e ss), o TPI apreciou dois recursos de anulação interpostos por igual número de empresas, respetivamente, a *Herlitz* e a *Parker*, contra a decisão da Comissão (92/426/CEE) de lhes aplicar coimas por violação do então artigo 85.º do TCEE.

⁴⁸⁴ Afigura-se pertinente a observação tecida por Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 383 e 384, a propósito de a História demonstrar a existência de "*uma certa deferência*" dos Tribunais do Luxemburgo em relação às decisões adotadas pela Comissão nestes domínios, falando mesmo, quando se reporta a esta instituição, numa espécie de "*jurisdição primária*" motivada "*por razões de competência técnica e adequação institucional*".

e/ou de direito que imponham decisão diversa, simplesmente anulá-las (e nada mais)⁴⁸⁵, ou confirmá-las e mesmo substituí-las por outras, em virtude de as suas competências serem, respetivamente, de jurisdição limitada ou plena.

Não obstante, aos tribunais nacionais compete, nos termos do artigo 299.º do TFUE, a direção dos processos executivos das decisões da Comissão que tenham aplicado sanções pecuniárias e que não foram objeto de pagamento voluntário pelas empresas destinatárias. Tais decisões constituem, nos termos da mesma disposição, título executivo, sem que aos tribunais nacionais seja legítimo questionar a sua existência⁴⁸⁶. Nessa medida, já vimos que a tramitação das inerentes ações executivas se rege pelos direitos adjetivos vigentes nos Estados membros onde as mesmas tenham lugar; e que apenas os órgãos integrantes do TJUE podem determinar a suspensão da respetiva instância.

V. A permanente ausência de competência prejudicial do Tribunal Geral

Uma competência expressamente vedada ao então TPI, aquando da sua criação, mas que de algum modo o mesmo viria a adquirir com a entrada em vigor do Tratado de Nice, é a relativa ao conhecimento de questões prejudiciais no âmbito do mecanismo de reenvio previsto no artigo 267.º do TFUE⁴⁸⁷. Com efeito, diferentemente do regime que vigorou durante vários anos no quadro jurídico-institucional dos Tratados⁴⁸⁸, hoje lê-se no n.º 3 do artigo 256.º do TFUE que "*O Tribunal Geral é competente para conhecer das questões prejudiciais, submetidas por força do artigo 267.º, em matérias específicas determinadas pelo Estatuto*".

Se, por um lado, ao TG foi atribuída a competência para responder a questões prejudiciais colocadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais, por outro, esclarece-se que a mesma, diferentemente do que sucede com a competência do TJ, não é genérica, competindo aos Estados membros, no quadro da Conferência Intergovernamental, ou ao Conselho e ao PE, nos termos do segundo parágrafo do artigo 281.º do TFUE (ex-artigo 245.º do TCE e ex-ex-artigo 188.º do TCEE), ou seja, no contexto da introdução de alterações ao Estatuto do TJUE, determinar as

⁴⁸⁵ Foi o que sucedeu, por exemplo, no acórdão do TPI, de 13 de junho de 2006, proferido no caso *IMPALA vs. COMISSÃO*, proc. T-464/04, Col. 2006, pp. II-2298 e ss. O Tribunal anulou uma decisão da Comissão [Decisão C(2004) 2815, de 19 de junho de 2004] que havia declarado a compatibilidade entre uma operação de concentração com o mercado interno, por entender que a mesma não se encontrava devidamente fundamentada, além de padecer de erro manifesto na apreciação da situação em causa.

⁴⁸⁶ Cfr. despacho de 11 de janeiro de 1977, caso *NOLD vs. RUHRKOHLE*, proc. 4-73 (Execução), Rec. 1977, pp. 1 e ss, n.º 3.

⁴⁸⁷ Cfr. Rui MOURA RAMOS, *O Tratado de Nice...*, cit., p. 98; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 24; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 579.

⁴⁸⁸ O último segmento do n.º 1 do artigo 168.º-A do TCEE (posteriormente artigo 225.º do TCE) concluía que "*O Tribunal de Primeira Instância não tem competência para conhecer das questões prejudiciais submetidas nos termos do artigo 177.º*" (mais tarde artigo 234.º do TCE).

matérias *específicas* onde o TG é competente para conhecer das referidas questões. Ora, compulsado o Estatuto do TJUE constata-se a ausência de previsão normativa concretizadora do n.º 3 do artigo 256.º do TFUE, o que permite concluir que o TG permanece sem poder responder a questões prejudiciais. Esta ausência deve-se, não já a uma pura e simples falta de competência como sucedeu até à entrada em vigor do Tratado de Nice, mas à carência de concretização normativa, no Estatuto do TJUE, do n.º 3 do artigo 256.º do TFUE⁴⁸⁹, pelo que o TJ vai mantendo a exclusividade da competência em matéria de reenvio prejudicial.

Terão sido, sobretudo, razões conservadoras e pragmáticas a estar na base da opção tomada.

Conservadoras, porque afigura-se inquestionável a importância da contribuição oferecida pelo método pretoriano, através dos processos de reenvio prejudicial e dos inerentes "*impulsos europeizantes*"⁴⁹⁰, para o aprofundamento da integração europeia. Recorde-se que aspetos nevrálgicos, como os do primado e do efeito direto, entre vários outros, são resultado de criação jurisprudencial, permanecendo ausentes, pelo menos da letra, dos Tratados. Ora, os Estados membros terão preferido a via que melhor lhes garante uma maior contenção do fluxo judicial nessa matéria.

Se também o TG estivesse dotado de competência prejudicial certamente que os referidos impulsos aumentariam, quiçá correndo-se o risco de aquele querer "rivalizar" com o TJ enquanto órgão jurisdicional com a pretensão de acrescentar algo ao que resulta do elemento literal das disposições dos Tratados⁴⁹¹. Tal cenário foi, de alguma forma, acautelado através da previsão normativa, para já insuscetível de aplicação, constante do segundo parágrafo do n.º 3 do artigo 256.º do TFUE, que permitirá ao TG, quando considere que uma "*causa exige uma decisão de princípio suscetível de afetar a unidade ou a coerência do direito da União*", remeter o processo para o TJ, para que seja este a deliberar sobre a mesma, isto é, a responder às questões prejudiciais colocadas por órgãos jurisdicionais nacionais; autoriza-se assim o TG a declinar a sua competência em favor do TJ.

Razões pragmáticas, porque a confirmar-se tal cenário, naturalmente, que haverá um aumento do número de recursos para o TJ de decisões prejudiciais proferidas pelo TG. Neste particular, aliás, também existe a possibilidade, constante do terceiro parágrafo do n.º 3 do artigo

⁴⁸⁹ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 579 e 580; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 501; Alessandra SILVEIRA e Sophie PEREZ FERNANDES, em comentário ao artigo 256.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 925; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., pp. 601 e 602. Ver n.º 3 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais* (JOUe, de 5 de dezembro de 2009, C 297, pp. 1 e ss).

⁴⁹⁰ A expressão é de Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁹¹ Exemplo disto foi o que sucedeu no mencionado caso *UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO* com o TJ, em sede de recurso da decisão do TG, a contrariar expressamente uma nova interpretação, podemos dizer quase-revolucionária, que este pretendia dar ao quarto parágrafo do então artigo 230.º do TCE (hoje artigo 263.º do TFUE).

256.º do TFUE, de as decisões proferidas pelo TG serem objeto de reapreciação, a título excecional, pelo TJ, nas condições e limites previstos no Estatuto, "*caso exista risco grave de lesão da unidade ou coerência do direito da União*".

Se a aplicabilidade imediata do terceiro parágrafo do n.º 3 do artigo 256.º, pertinente na matéria do reenvio, se encontra prejudicada pela ausência de competência prejudicial do TG, o mesmo não acontece em relação à sua homóloga prevista no segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 256.º do TFUE, relevante no domínio dos recursos interpostos de decisões dos tribunais especializados para o TG, pelo que importa discorrer um pouco sobre a possibilidade, comum a ambas, de o TJ ser mobilizado para reapreciar decisões do daquele caso ocorra "*risco grave de lesão da unidade ou da coerência do direito da União*".

VI. Reapreciação excecional das decisões do Tribunal Geral pelo Tribunal de Justiça

O segundo parágrafo do n.º 2 e o terceiro parágrafo do n.º 3 do artigo 256.º do TFUE, mediante redações parcelarmente coincidentes trazidas a lume pelo Tratado de Nice, preveem a possibilidade de o TJ, nas condições e limites previstos no Estatuto do TJUE⁴⁹², ser mobilizado para reapreciar excecionalmente as decisões proferidas pelo TG.

No cenário previsto em primeiro lugar convirá ter presente que o acórdão do TG é adotado no contexto de um recurso interposto contra uma decisão de um tribunal especializado, o que significa que a intervenção do TJ surge em *terceiro grau de jurisdição*, de onde avulta o carácter excecional(íssimo⁴⁹³) da sua intervenção. Com efeito, esta parece ser a única situação em que um litígio poderá conhecer decisões dos três tribunais da UE em sentido orgânico, a que correspondem outros tantos níveis de jurisdição⁴⁹⁴: respetivamente e por ordem crescente, tribunal especializado (neste momento, TFP) como órgão jurisdicional *a quo*; TG como instância *ad quem*; e TJ como órgão jurisdicional que intervém a título excecional reapreciando a decisão deste.

Na situação prevista em segundo lugar estará em causa a competência do TG para responder a questões prejudiciais existente desde a entrada em vigor do Tratado de Nice, o qual rompeu com a tradição de tal instrumento ser apanágio do TJ. Ora, não ignoremos que os maiores ímpetos de origem jurisprudencial no sentido do aprofundamento da integração comunitária (primado, efeito direto, princípios gerais de direito, etc.) encontram a sua origem

⁴⁹² No que tange ao terceiro parágrafo do n.º 3 do artigo 256.º convirá ter presente que o Estatuto do TJUE ainda não prevê as matérias específicas onde o TG dispõe de competência prejudicial, o que significa que aquela norma, bem como as disposições do Estatuto do TJUE que a densificam, para já não têm aplicação.

⁴⁹³ Partilhamos da advertência feita por Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., 487.

⁴⁹⁴ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 242.

precisamente em respostas dadas pelo TJ aos tribunais nacionais no âmbito do mecanismo das questões prejudiciais⁴⁹⁵. Dada a aptidão deste instrumento para despoletar impulsos favorecedores do *ativismo judiciário* compreende-se a reserva de prerrogativa em benefício do TJ para reapreciar, ainda que excecionalmente, os acórdãos prejudiciais do TG, a qual surge como contrapartida do alargamento da competência prejudicial a este último. Quer dizer, ao mesmo tempo que se permite descongestionar o fluxo de processos de questões prejudiciais colocadas perante o TJ, confere-se a este a possibilidade de ter a última palavra nas matérias aí tratadas.

Um denominador comum aos dois cenários e condição da eventual reapreciação excecional das decisões do TG é a verificação de "*risco grave de lesão da unidade ou coerência do direito da União*". Através desta formulação assegurou-se a possibilidade de eventuais ímpetus excessivos gizados pelo referido órgão, não tolerados pelo estádio da integração europeia, virem a ser eliminados ou atenuados, não sendo, porém, de excluir a respetiva confirmação, pelo TJ.

As duas normas *sub judice* também determinam que o Estatuto do TJUE prevê as condições e limites da possibilidade de reapreciação excecional de decisões do TG pelo TJ. Assim, o artigo 62.º daquele, após repetir o requisito de fundo que consta do TFUE, acrescenta que compete ao primeiro advogado-geral propor ao TJ que reaprecie determinada decisão do TG, devendo a proposta ser apresentada no prazo de um mês contado a partir do dia em que tiver sido proferida a decisão objeto de possível reapreciação; o TJ dispõe de prazo igual, contado a partir da receção da referida proposta, para decidir se a decisão do TG será, ou não, objeto de reapreciação⁴⁹⁶. Além do requisito de fundo são visíveis aqui, portanto, regras relativas à competência para propor e decidir a questão da eventual reapreciação de decisões do TG, e dois pressupostos temporais, um para apresentação da proposta e outro para o TJ decidir se deve abrir o respetivo procedimento de reapreciação.

Tal procedimento reveste natureza urgente, devendo o TJ, nos termos do artigo 62.º-A do Estatuto do TJUE, pronunciar-se sobre as questões que delimitam o objeto da reapreciação, competindo ao TG remeter-lhe os autos. É necessário conferir a alguns sujeitos⁴⁹⁷, no prazo que o TJ fixar, a possibilidade de apresentarem, perante este, alegações ou observações escritas sobre as questões que constituem o objeto do procedimento de reapreciação. Decorrido esse prazo, o

⁴⁹⁵ Cfr. Matthias HERDEGEN, *Europarecht*, 4.ª Ed, Munique, 2002, p. 120; Ralph H. FOLSOM, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁹⁶ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, pp. 602 e 603; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 463.

⁴⁹⁷ No caso do n.º 2 do artigo 256.º do TFUE são as partes do processo que correu no tribunal especializado e cuja decisão foi objeto de recurso para o TG; na situação do n.º 3 são os sujeitos interessados, os quais se encontram referidos no artigo 23.º do Estatuto do TJUE, ou seja, as partes do processo que se encontra no órgão jurisdicional nacional, os Estados membros, a Comissão e, se for o caso, a instituição, o órgão ou o organismo da União que tiver adotado o ato cuja validade ou interpretação é contestada.

artigo 62.º-B do Estatuto refere que o caminho subsequente varia consoante estejamos perante a situação prevista no n.º 2 ou no n.º 3 do artigo 256.º.

A) No caso previsto do n.º 2 do artigo 256.º do TFUE, o primeiro parágrafo do referido artigo 62.º-B esclarece que compete ao TJ constatar que a decisão do TG afeta a unidade ou a coerência do direito da UE.

Em caso afirmativo, o TJ devolve o processo ao TG, que, na nova decisão que irá proferir, está vinculado às soluções de direito fornecidas pelo TJ; poderá este indicar os efeitos da decisão do TG que se devem considerar definitivos relativamente às partes do litígio. Contudo, considerando o resultado da reapreciação, onde o TJ constatou que a decisão do TG afeta a unidade ou a coerência do direito da UE, se a solução do litígio decorrer das conclusões de facto em que a decisão deste se baseou, deve aquele pronunciar-se definitivamente em vez de devolver o processo ao TG.

Mais se esclarece que, sem prejuízo do decretamento da suspensão da execução da decisão do TG ou de outras medidas provisórias de natureza cautelar, previstas respetivamente nos artigos 278.º e 279.º do TFUE, a proposta de reapreciação e a decisão de abertura do respetivo procedimento não suspendem a executoriedade da decisão do TG.

B) Na situação que compõe a *factispécie* do n.º 3 do artigo 256.º do TFUE, o segundo parágrafo do artigo 62.º-B do Estatuto do TJUE refere que, na ausência de proposta de reapreciação ou de decisão de abertura do procedimento de reapreciação, as respostas do TG às questões prejudiciais produzem efeitos apenas no termo dos prazos previstos no segundo parágrafo do artigo 62.º do mesmo Estatuto. Tal significa que a eficácia dos acórdãos prejudiciais do TG fica suspensa até decorrerem os prazos previstos nesta disposição (sucessivamente, um mês, no qual o primeiro advogado-geral pode propor ao TJ a reapreciação da decisão do TG, e igual prazo que aquele órgão dispõe para decidir se a decisão deste deve ou não ser reapreciada), ou seja, até se concluir, pelo decurso do tempo, que a decisão do TG não será objeto de reapreciação.

Aberto um procedimento de reapreciação, as respostas fornecidas pelo TG às questões prejudiciais apenas produzirão efeitos no final do mesmo, exceto se o TJ decidir diferentemente. Isto é, o acórdão do TG fica suspenso, em regra, até o TJ decidir o procedimento, determinando se a decisão daquele afeta ou não a unidade ou a coerência do direito da UE, sem embargo de o referido órgão estabelecer a não suspensão dos efeitos do acórdão prejudicial do TG ou a sua suspensão por prazo mais curto.

Se o TJ constatar que a decisão do TG afeta a unidade ou a coerência do direito da União, as respostas que o primeiro der às questões objeto do procedimento de reapreciação substituem as fornecidas pelo segundo. Como já dissemos, os sublimes impulsos jurisprudenciais no sentido

do progresso do processo de integração europeia encontram a sua origem em respostas dadas pelo TJ a questões prejudiciais colocadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais, razão pela qual é-lhe atribuída a possibilidade de alterar as posições do TG.

Enfim, o novo RPTJ também regula alguns aspetos relevantes no âmbito dos processos de reapreciação das decisões do TG. Assim, o artigo 14.º trata da designação do primeiro advogado-geral; os artigos 191.º a 200.º regulam a inerente tramitação.

2.5.2. O papel do Tribunal da Função Pública (breve referência)

O TFP é o único órgão jurisdicional especializado em razão da matéria até à data existente no seio das jurisdições da UE em sentido estrito ou orgânico⁴⁹⁸. Criado em 2004, as normas relativas à sua composição e funcionamento encontram-se previstas no Anexo I do Estatuto do TJUE, introduzido neste pela decisão do Conselho que constituiu aquele tribunal. Desde 2007 o TFP conta ainda com um regulamento de processo próprio⁴⁹⁹.

Remetendo para o artigo 270.º do TFUE, o artigo 1.º do referido Anexo enuncia a esfera de atuação do TFP: exercer, "*em primeira instância, a competência para decidir dos litígios entre a União e os seus agentes (...), incluindo os litígios entre qualquer órgão ou organismo e o seu pessoal, relativamente aos quais seja atribuída competência ao Tribunal de Justiça da União Europeia*". Tal competência começou por ser transferida do TJ para o TPI⁵⁰⁰ e mais tarde deste para o TFP. Em causa estão, portanto, conflitos de natureza laboral que oponham a UE (ou melhor, as respetivas instituições, órgãos e organismos) e os seus funcionários, o que permite qualificar este último como uma espécie de tribunal do trabalho.

Com vista a assegurar o direito ao duplo grau de jurisdição, embora também restrito a questões de direito⁵⁰¹, poderá ser interposto recurso, para o TG, das decisões do TFP que

⁴⁹⁸ Não se inserirá nesta categoria o Tribunal Unificado de Patentes uma vez que esta instituição jurisdicional será apanágio da cooperação reforçada instituída sobre a matéria da criação de uma proteção unitária de patentes, o que significa que o respetivo acordo não é extensível a todos os Estados membros nem, por conseguinte, à UE. Sobre as relações entre o direito emergente das cooperações reforçadas e o direito da União aplicável a todos os Estados membros *vide* a nossa dissertação de mestrado, *O princípio..., cit.*, pp. 177 e ss.

⁴⁹⁹ Aprovado em 25 de julho de 2007, o Regulamento de Processo do TFP (doravante RPTFP) foi publicado no JOUE, de 29 de agosto de 2007, L 225, pp. 1 e ss. Tal Regulamento foi objeto de várias alterações, a última das quais em 2010, JOUE, de 13 de abril de 2010, L 92, pp. 17 e ss. A versão consolidada do texto foi publicada no JOUE, de 02 de julho de 2010, C 177, pp. 1 e ss. Antes de dispor de um regulamento de processo próprio o TFP encontrava-se sujeito ao RPTJ, como decorre do n.º 1 do artigo 7.º do Anexo I do Estatuto do TJUE.

⁵⁰⁰ *Vide* a alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º da citada decisão do Conselho que constituiu o TPI.

⁵⁰¹ Com efeito, muito embora o terceiro parágrafo do artigo 257.º do TFUE preveja a possibilidade de os recursos das decisões dos tribunais especializados incidirem, também, sobre matéria de facto, a qual depende de previsão constante do respetivo regulamento constitutivo, a verdade é que as decisões do TFP não contemplam essa eventualidade, como se extrai do artigo 11.º do Anexo I ao Estatuto do TJUE. Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 463.

coloquem termo à instância, conheçam parcialmente do mérito da causa ou que ponham termo a um incidente processual relativo a uma exceção de incompetência ou a uma questão prévia de inadmissibilidade de um instrumento processual⁵⁰². O prazo para o efeito é de dois meses contados a partir da notificação da decisão impugnada. Dispõe de legitimidade para recorrer qualquer das partes que tenha ficado vencida, a qual, não se tratando de Estados membros nem de instituições da União, tem de demonstrar que a decisão tomada a afeta diretamente.

Também aqui existem situações específicas de recorribilidade para o TG semelhantes às que encontramos em sede de recursos das decisões deste para o TJ, as quais prendem-se com (i) os recursos de decisões do TFP de indeferimento de pedidos de intervenção a interpor, no prazo de duas semanas contado da notificação da decisão, pelos respetivos destinatários⁵⁰³; e (ii) os recursos de decisões do TFP proferidas no âmbito de instrumentos de tutela cautelar previstos nos artigos 278.º e 279.º, ou de suspensão de ações executivas, ao abrigo do preceituado no quarto parágrafo do artigo 299.º, todos do TFUE, que podem ser interpostos, no prazo de dois meses a contar da notificação dessas decisões, pelas partes do processo⁵⁰⁴. Se o Presidente do TG o determinar, ambos os recursos podem ser decididos por ele em processo sumário que derroge, se exigível, certas normas do Anexo I do Estatuto ao TJUE e do RPTG⁵⁰⁵.

Os fundamentos dos recursos, *mutatis mutandis*, são os mesmos que constam da norma homóloga relativa à impugnação das decisões do TG, ou seja, (i) a incompetência do TFP; (ii) a ocorrência de irregularidades processuais perante este órgão que prejudiquem os interesses do recorrente; e (iii) a violação do direito da UE pelo mesmo Tribunal⁵⁰⁶.

Sem embargo do eventual decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar no quadro previsto nos artigos 278.º (suspensão da execução da decisão impugnada) e 279.º (outras providências cautelares) do TFUE⁵⁰⁷, a interposição e a admissibilidade de tais recursos, em regra, não acarreta o *efeito suspensivo* da eficácia das decisões impugnadas, pelo que estas podem ser objeto de execução.

Enfim, se o recurso merecer provimento o TG anula a decisão do TFP e decide definitivamente o conflito, exceto se não estiverem reunidas as condições necessárias para que o conflito possa ser decidido, contingência que leva o primeiro devolver o processo ao segundo

⁵⁰² Artigo 9.º do Anexo I, aliás, idêntico ao artigo 56.º do Estatuto.

⁵⁰³ Cfr. n.º 1 do artigo 10.º do Anexo I, idêntico ao primeiro parágrafo do artigo 57.º do Estatuto.

⁵⁰⁴ N.º 2 do artigo 10.º do Anexo I, semelhante ao segundo parágrafo do artigo 57.º do Estatuto.

⁵⁰⁵ Cfr. n.º 3 do artigo 10.º do Anexo I. Aliás, o quarto parágrafo do artigo 57.º do Estatuto, ao remeter para o artigo 39.º do mesmo texto, contempla previsão idêntica.

⁵⁰⁶ Tais recursos também não podem limitar-se ao montante das despesas ou da determinação da parte que as deve suportar, como resulta do artigo 11.º do Anexo I.

⁵⁰⁷ Artigo 12.º do Anexo I, idêntico ao artigo 60.º do Estatuto.

para realização do julgamento⁵⁰⁸. Neste caso, o TFP, como tribunal *a quo*, está naturalmente vinculado à solução que o TG, enquanto tribunal *ad quem*, conferiu às questões de direito⁵⁰⁹.

2.5.3. O papel do Tribunal de Justiça (remissão)

A criação do TG permitiu o descongestionamento das pendências judiciais do TJ e a concentração deste em funções de cariz constitucional, designadamente, (i) no contencioso que opõe os Estados membros às instituições europeias - sobretudo no âmbito da *ação por incumprimento*, mas também no quadro do *recurso de anulação* e da *ação por omissão* - ou estas entre si - no quadro do referido recurso e da aludida ação por omissão - e (ii) no auxílio concedido aos órgãos jurisdicionais dos Estados membros com vista à interpretação uniforme e aplicação correta do direito da UE - através da via do *reenvio prejudicial*⁵¹⁰. Com efeito, as competências jurisdicionais de natureza administrativa e de índole laboral⁵¹¹ passaram a concentra-se no TG, sem prejuízo de esta última ter sido entretanto transferida para o TFP. A atuação do TJ no contexto daqueles instrumentos adjetivos ocupará a parte III desta monografia, para a qual remetemos.

2.6. A exclusão (e a inclusão) da competência do Tribunal de Justiça da União Europeia nas matérias da Política Externa e de Segurança Comum

Uma referência deve ser feita à exclusão de competências da instituição jurisdicional da UE em matéria de PESC, que constitui o domínio de ação da União que genericamente

⁵⁰⁸ Artigo 13.º, n.º 1, do Anexo I.

⁵⁰⁹ Artigo 13.º, n.º 2, do Anexo I.

⁵¹⁰ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 576.

⁵¹¹ Estas três áreas - *constitucional, administrativa e laboral* - de atuação, bem assim a *internacional* e a *cível*, são destacadas pelos autores como correspondendo à súmula das diferentes matérias onde a jurisdição dos órgãos integrados no TJUE intervém. Cfr. José Luís da CRUZ VILAÇA, *O Contencioso Comunitário. Competência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias*, in AA. VV, *Integração Europeia. Perspectivas*, Lisboa, 1993, p. 85; L. Neville BROWN e Tom KENNEDY, *op. cit.*, pp. 101 a 104; Denys SIMON, *Le système...*, cit., pp. 339 a 341; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, I Vol, cit., pp. 326 e 327; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., pp. 20 e 21; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, pp. 9 e 10; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 480 e ss; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 224; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Manual...*, cit., pp. 393 e 394; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., pp. 376 e ss.

permanece imune ao controlo levado a cabo pelos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE (*maxime* pelo TJ)⁵¹².

O facto de aí serem tratados domínios que bulem com a íntima esfera soberana dos Estados membros (relações externas, segurança e defesa) permite explicar o inevitável abrandamento que a tutela jurisdicional efetiva encontra neles. Com efeito, muito embora a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia e dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos proclamados pelo direito da União hoje se encontre presente em quase todas as áreas de intervenção da UE, o que se deveu aos sucessivos tratados de revisão, com especial destaque para os de Amesterdão e Lisboa⁵¹³, não menos certo é que a PESC permanece como o reduto imune a um controlo jurisdicional pleno e eficaz. Na verdade, nas matérias que até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa compunham o chamado segundo pilar os órgãos integrados no TJUE vêm praticamente coartada a sua atuação, com exceção de duas competências residuais que veremos de seguida.

Convirá ter presente que a PESC permanece prevista e regulada no TUE por encerrar o leque de matérias inserido nas atribuições da União que mais interfere com o cerne da esfera competencial soberana dos Estados membros, a ponto de a atuação da UE nesses domínios continuar a obedecer a uma lógica de *cooperação ao nível intergovernamental* e não ao método da integração supranacional⁵¹⁴. Por esta razão, a parte final do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 24.º do TUE, reportando-se ao papel das instituições europeias no âmbito das disposições específicas relativas à PESC, determina que "*O Tribunal de Justiça da União Europeia não dispõe de competência no que diz respeito a estas disposições, com exceção da competência para verificar a observância do artigo 40.º do presente Tratado e fiscalizar a legalidade de determinadas decisões a que se refere o segundo parágrafo do artigo 275.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*".

⁵¹² Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 484; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 90.

⁵¹³ O Tratado de Amesterdão introduziu no TUE um novo artigo 35.º que tratava do contencioso da União ao nível do Título VI daquele Tratado, ou seja, nos domínios que compunham o antigo terceiro pilar; concomitantemente, procedeu à comunitarização de alguns desses domínios, o que também releva para a tutela jurisdicional efetiva porquanto tais matérias passaram a estar submetidas a um controlo jurisdicional que até aí inexistia, sem prejuízo das modelações introduzidas no instrumento de reenvio prejudicial específico que encontrávamos no artigo 68.º do TCE. O Tratado de Lisboa, por sua vez, eliminou a estrutura de pilares em que assentou a UE; concluiu a tarefa de "comunitarização" iniciada pelo Tratado de Amesterdão transportando para o TFUE os domínios da CPJMP, antes previstos no TUE; e eliminou os artigos 68.º do TCE, que previa um regime especial de reenvio, e 35.º do TUE (na redação dada pelo Tratado de Amesterdão), que estabelecia o contencioso específico para os domínios do antigo terceiro pilar.

⁵¹⁴ A este propósito convirá, talvez, lembrar que para quem, como nós, perfilha o entendimento segundo o qual a eliminação da estrutura de pilares em que a UE assentou foi meramente formal, tal conclusão advém em boa parte da lógica de funcionamento que permanece em matéria de PESC, a qual não é certamente uma lógica de integração supranacional, como ressalta do artigo 24.º do TUE. Cfr. Nuno PIÇARRA, *O Tratado de Lisboa...*, cit., pp. 20 e 21; Miguel de SERPA SOARES, em comentário ao artigo 40.º do TUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, pp. 154 e 155.

2.6.1. Desvios à regra: a competência do Tribunal da Justiça da União Europeia nos domínios PESC

O novo artigo 40.º do TUE (que de alguma forma se inspira no ex-artigo 47.º, ex-ex-artigo M, ambos do mesmo Tratado) estabelece o *princípio da autonomia dos Tratados*. Trata-se de uma disposição de carácter defensivo do acervo jurídico alcançado na UE até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa⁵¹⁵. Nomeadamente, ele visa a preservação do *acquis communautaire* alcançado ao longo da História das Comunidades e da União Europeias com base no método da integração supranacional, assente numa "*lógica de sentido único, de um constante crescer ao nível central em detrimento do nível nacional*"⁵¹⁶, de eventuais tentativas de regressão levadas a efeito com base na lógica da cooperação intergovernamental que possam ter lugar no quadro jurídico-institucional que passou a existir na UE. Imagine-se, por exemplo, que o Conselho pretende adotar um instrumento relativo à PESC, o qual além do mais está isento de controlo jurisdicional, numa área prevista e regulada no TFUE, logo sujeita à prévia apresentação de uma proposta por parte da Comissão, além de estar submetida à fiscalização do TJ e do TG.

Assim, ao remeter para o artigo 40.º, a parte final do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 24.º do TUE determina que os órgãos integrados no TJUE dispõem de competência para apreciar a delimitação de atribuições entre os dois Tratados (TFUE e TUE), nomeadamente, o TJ pode apreciar a legalidade de instrumentos jurídicos adotados no âmbito da PESC quando e na medida em que os mesmos afetem atribuições e competências consagradas em bases jurídicas constantes do TFUE. Apesar de esta competência jurisdicional ter sido positivada no TUE apenas com o Tratado de Lisboa, a mesma já resultava de alguma forma da jurisprudência do TJ⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Cfr. Miguel de SERPA SOARES, em comentário ao artigo 40.º do TUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 153.

⁵¹⁶ Assim António VITORINO, *As perspectivas depois de Nice*, in AA. VV, Portugal e a construção europeia, Coimbra, 2003, p. 172.

⁵¹⁷ Nomeadamente do acórdão COMISSÃO vs. CONSELHO, de 12 de maio de 1998, proc. C-170/96, Col. 1998, pp. I-2782 e ss, proferido no âmbito de um recurso de anulação instaurado contra a ação comum 96/197/JAI, com base jurídica na alínea b) do n.º 2 do artigo K.3 do TUE, adotada pelo Conselho, ou seja, contra um instrumento relativo à CJAI, numa matéria - vistos de trânsito aeroportuário - que, segundo a Comissão, encontrava base jurídica no artigo 100.º-C do TCE. Apesar de não ter anulado a ação comum do Conselho, o TJ invocou os artigos M e L do TUE, e considerou-se competente para "*certificar-se de que os actos que o Conselho considera abrangidos pela previsão do artigo K.3, n.º 2, do Tratado da União Europeia não invadem a esfera de competências que as disposições do Tratado CE atribuem à Comunidade*" (n.º 16), bem como para "*proceder à apreciação do conteúdo do acto à luz do artigo 100.º-C do Tratado CE, a fim de verificar se o acto não afecta a competência da Comunidade nos termos desta disposição e para o anular se se concluisse que se deveria ter baseado no artigo 100.º-C do Tratado*" (n.º 17).

Igualmente, no acórdão COMISSÃO vs. CONSELHO, de 20 de maio de 2008, proc. C-91/05, Rec. 2008, pp. I-3708 e ss, emitido no quadro de um recurso de anulação proposto com vista a invalidar a Decisão (PESC) n.º 2004/833, do Conselho, adotada com base no Título V do TUE e em aplicação de uma ação comum da autoria da

Ainda em relação ao artigo 40.º do TUE, constata-se que o Tratado de Lisboa inovou face ao precedente artigo 47.º do mesmo Tratado, sobretudo com a introdução do segundo parágrafo, o qual, *ex vi* parte final do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 24 do TUE, permite ao TJUE fiscalizar também situações inversas das primeiras, ou seja, eventuais incursões das instituições europeias (*maxime* da Comissão⁵¹⁸), ao abrigo do método supranacional e com base jurídica no TFUE, alegadamente violadoras das especificidades procedimentais e da lógica de cooperação intergovernamental que impera na matérias da PESC⁵¹⁹.

Por outro lado, se é verdade que os órgãos que integram o TJUE não dispõem de competência para se pronunciarem sobre as disposições que o TUE dedica à PESC nem para apreciarem a legalidade dos instrumentos jurídicos adotados nos seus domínios, o que decorre da parte final do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 24.º do TUE e da segunda parte do segundo parágrafo do artigo 275.º do TFUE, não menos certo é que da conjugação de ambas as disposições também decorre a competência dos referidos órgãos jurisdicionais para, dentro de certo condicionalismo, fiscalizarem a legalidade das decisões previstas na segunda parte do segundo parágrafo do referido artigo 275.º. Remetendo para as condições previstas no quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE, os tribunais que compõem a instituição jurisdicional da UE são competentes para apreciar recursos de anulação interpostos por particulares contra decisões adotadas pelo Conselho em matéria de PESC que estabeleçam medidas restritivas contra pessoas singulares ou coletivas⁵²⁰.

2.6.2. A tutela jurisdicional efetiva e a competência anulatória de atos da União conexos com os domínios PESC. A jurisprudência *Kadi*

Particularmente ilustrativo da dimensão da competência anulatória que a segunda parte do segundo parágrafo do artigo 275.º do TFUE reserva, nos domínios PESC, ao TJUE afigura-se o

mesma instituição, o TJ deu razão à Comissão e anulou a decisão em causa, entendendo que o Conselho violara o artigo 47.º do TUE, uma vez que a decisão deveria ter sido adotada com base jurídica no TCE, nomeadamente, como um ato de política comunitária de cooperação para o desenvolvimento. No n.º 77 do aresto pode ler-se que "*na verdade, uma vez que o artigo 47.º UE se opõe à adoção pela União, com base no Tratado UE, de uma medida que podia ter sido validamente adoptada com base no Tratado CE, a União não pode recorrer a uma base jurídica da PESC para adoptar disposições que são igualmente abrangidas por uma competência atribuída pelo Tratado CE à Comunidade*".

⁵¹⁸ Recorde-se nomeadamente que com o Tratado de Lisboa a Comissão perdeu o direito, antes conferido pelo ex-artigo 22.º do TUE, de apresentar propostas nos domínios PESC.

⁵¹⁹ Cfr. Miguel de SERPA SOARES, em comentário ao artigo 40.º do TUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 155.

⁵²⁰ Cfr. Dorota LECZYLIWICKZ, "*Effective Judicial Protection*" of Human Rights After Lisbon: Should National Courts be Empowered to Review EU Secondary Law?, in *ELR*, 2010 (Vol. 35; n.º 3), pp. 326 e ss; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, *cit.*, p. 91.

caso KADI, o qual, opondo o saudita *Yassin Abdullah Kadi* ao Conselho e à Comissão, é marcado por um histórico judicial dividido em dois momentos conhecedores de quatro extensas decisões proferidas pelos dois principais órgãos integrados na instituição jurisdicional da UE⁵²¹. Excetuando o primeiro aresto do TPI, vislumbra-se nos restantes três uma consolidação, impulsionada pelo TJ, do entendimento dos referidos órgãos relativamente ao imperativo de proteção dos direitos fundamentais, em especial dos direitos de defesa e da tutela jurisdicional efetiva, particularmente da instrumentalidade desta face àqueles e dos atos que podem constituir seu objeto. Importa, por isso, analisar o que de mais importante resultou dos quatro acórdãos em referência.

I. Primeiro momento

A primeira parte do litígio conheceu duas decisões judiciais⁵²² com sentidos antagónicos. Em causa estava um recurso de anulação de três regulamentos comunitários que diziam direta e individualmente respeito ao recorrente, em observância do estipulado no quarto parágrafo do então artigo 230.º do TCE (atual artigo 263.º do TFUE).

O primeiro ato impugnado, o Regulamento (CE) n.º 467/2001, do Conselho, de 6 de março, precedido de várias resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (adiante ONU) aprovadas ao abrigo do capítulo VII da respetiva Carta⁵²³, bem como de

⁵²¹ As decisões proferidas na primeira fase também mereceram a atenção de Miguel PRATA ROQUE, *op. cit.*, pp. 924 a 930; Paul James CARDWELL; Duncan FRECH; e Nigel WHITE, *European Court of Justice, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P) Judgment of 3 September 2008, in ICLQ*, 2009 (Vol. 58; n.º 1), pp. 229 e ss.

⁵²² Respetivamente, do TPI, o acórdão KADI *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 21 de setembro de 2005, proc. T-315/05, Col. 2005, pp. II-3659 e ss; e, na sequência de recurso interposto contra este aresto, do TJ, o acórdão KADI e o. *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 3 de setembro de 2008, procs. apensos C-402/05 P e C-415/05 P, Col. 2008, pp. I-6351 e ss.

⁵²³ Entre elas as resoluções n.º 1267, de 15 de outubro de 1999, e n.º 1333, de 19 de dezembro de 2000. Na primeira o Conselho de Segurança havia condenado o facto de se continuar a fomentar o treino e a preparação de terroristas no Afeganistão e reiterou a sua convicção em reprimir o terrorismo internacional como fator essencial para a manutenção da paz e da segurança internacionais, tendo ainda repudiado que os talibãs continuassem a dar guarida a *Osama Bin Laden*; a referida resolução exortava os países da ONU ao congelamento de fundos e outros recursos financeiros que pudessem ser colocados, pelos seus nacionais, à disposição dos talibãs ou de empresas propriedade ou controladas por eles, exceto em situações previamente autorizadas e assentes em razões humanitárias; para este efeito foi criado um comité, conhecido por "Comité de Sanções" (também designado de "Comité 1267"), incumbido de zelar pela execução, pelos Estados, das medidas impostas pela resolução, pelas referidas autorizações, bem como pela identificação de possíveis recursos financeiros. A segunda resolução reiterava, entre outros aspetos, a obrigação de os talibãs cumprirem a resolução anterior e reforçava o congelamento de fundos e de outros recursos financeiros pertencentes ou controlados por *Osama Bin Laden*, pela *Al-Qaida* ou por pessoas ou entidades a eles associadas; nela, o Conselho de Segurança determinou que o Comité de Sanções deveria manter, com base nas informações fornecidas pelos países da ONU, uma lista recapitulativa atualizada de indivíduos e entidades associadas a *Osama Bin Laden* e à *Al-Qaida*. Cfr. Paul James CARDWELL; Duncan FRECH; e Nigel WHITE, *op. cit.*, pp. 229 e ss; Lucília Napoleão BARROS, *O Caso Yassin Abdullah Kadi, terrorismo, direitos humanos e a dificuldade de implementação das Resoluções do Conselho de Segurança da ONU no sistema jurídico europeu*, in *Debater a Europa*, 2013 (n.º 9), pp. 162 e 163.

posições comuns do Conselho da UE⁵²⁴, previa, entre outras, a medida de prorrogação do congelamento de fundos e outros recursos financeiros, aplicável aos talibãs do Afeganistão. O segundo ato litigioso, o Regulamento (CE) n.º 2062/2001, da Comissão, de 19 de outubro, procedeu a alterações àquele. O terceiro ato controvertido, igualmente antecedido de resoluções do Conselho de Segurança da ONU⁵²⁵ e de posições comuns do Conselho da UE⁵²⁶, foi o Regulamento (CE) n.º 881/2002, do Conselho, de 27 de Maio, que, revogando o primeiro, instituiu medidas restritivas específicas contra determinadas pessoas e entidades associadas a *Osama Bin Laden*, à *Al-Qaida* e aos talibãs.

O primeiro e o terceiro regulamentos objeto do recurso, sucedendo-se no tempo, encontraram base jurídica no artigo 301.º do TCE (o qual inspirou o atual 215.º do TFUE), que previa a possibilidade de o Conselho, sob proposta da Comissão, adotar medidas necessárias e urgentes, determinadas por uma posição ou decisão comum nos domínios PESC que previsse uma ação da CE no sentido da interrupção ou redução das relações económicas com países terceiros. Tal preceito, conjugado com o n.º 1 do artigo 60.º (entretanto deslocado para o artigo 75.º do TFUE) do mesmo Tratado, permitia ao Conselho a adoção de medidas daquele género em matéria de movimentos de capitais e pagamentos. O artigo 308.º do TCE (ex-artigo 235.º do TCEE e atual artigo 352.º do TFUE), consagrador de uma disposição que autoriza a ampliação das competências das instituições europeias⁵²⁷, serviu igualmente de base jurídica para a elaboração do último ato impugnado.

⁵²⁴ Entre as quais a Posição Comum (PESC) n.º 1999/727, de 15 de novembro de 1999, relativa a certas medidas restritivas contra os talibãs, cujo artigo 2.º impunha o congelamento de fundos e outros recursos financeiros detidos por eles no estrangeiro, nas condições definidas na Resolução n.º 1267; e a Posição Comum (PESC) n.º 2001/154, de 26 de fevereiro de 2001, que visava dar execução à Resolução n.º 1333, impondo medidas restritivas adicionais contra os talibãs, entre elas o congelamento de fundos e outros ativos financeiros pertencentes a *Osama Bin Laden* e a pessoas ou entidades associadas e ele, constantes da lista recapitulativa elaborada pelo Comité de Sanções. Cfr. Elena BRATANOVA, *Terrorist Financing and European Union Sanctions List: is the Court's Annulment of a Council Decision a Lasting Protection for an Organization?*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2009 (Vol. 15; n.º 2), p. 7.

⁵²⁵ Nomeadamente, a resolução n.º 1390, de 16 de janeiro de 2002, que constatou que os talibãs não agiram em conformidade com as solicitações formuladas em resoluções anteriores (v. g. as resoluções n.º 1267, de 1999; e n.º 1333, de 2000), condenando-os pela permissão da utilização do território afegão como base de treino e de atividades de terroristas, condenando ainda a *Al-Qaida* e outros grupos terroristas associados a ela por ataques terroristas e pela destruição de bens. Nela, o Conselho de Segurança também decidiu, entre outras medidas, que deveriam ser revogadas a interdição de voo e certas restrições à exportação impostas ao Afeganistão pelas Resoluções 1267 e 1333, bem como ajustada a dimensão do congelamento de fundos e de outros recursos financeiros e da proibição da sua disponibilização, impostas por estas resoluções.

⁵²⁶ Designadamente a Posição Comum (PESC) n.º 2002/402, de 15 de novembro de 1999, relativa a certas medidas restritivas contra *Osama Bin Laden*, a *Al-Qaida* e os talibãs, bem assim outros indivíduos, grupos, empresas ou entidades associados àqueles, prosseguindo o congelamento de fundos e outros bens ou recursos financeiros de indivíduos, grupos, empresas e outros organismos constantes da lista elaborada pelo Comité de Sanções.

⁵²⁷ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *O artigo 235.º do Tratado da Comunidade Europeia. Cláusula de alargamento das competências dos órgãos comunitários*, Lisboa, 1995, pp. 117 e ss; Maria Luísa DUARTE, *A teoria dos poderes...*, cit., p. 458 e ss.

Ambos os regulamentos implementaram nos Estados membros resoluções do Conselho de Segurança da ONU que, aprovadas ao abrigo do capítulo VII da respetiva Carta⁵²⁸, previam sanções traduzidas em medidas restritivas das faculdades de disposição patrimonial, entre elas o congelamento de fundos e outros recursos económico-financeiros pertencentes a particulares suspeitos de ligações a *Osama Bin Laden* e à *Al-Qaida* de forma a combater o apoio financeiro das suas atividades terroristas⁵²⁹. Para este efeito, os regulamentos contêm anexos, objeto de permanentes atualizações, que contemplavam as listas de pessoas, entidades e organismos presumivelmente ligados àqueles e por isso visados pelas medidas de congelamento patrimonial.

A) Por força do aditamento publicado em 19 de outubro de 2001 ao Regulamento (CE) n.º 467/2001 o senhor *Kadi* deparou-se com a inclusão do seu nome na lista anexa àquele, contingência que se manteve no Regulamento (CE) n.º 881/2002. Confrontado com medidas de restrição patrimonial previstas nos referidos atos instaurou, no TPI, contra o Conselho e Comissão, um recurso de anulação ao abrigo do artigo 230.º do TCE⁵³⁰. O Tribunal decidiu não conhecer do mérito da causa relativamente ao pedido de anulação do primeiro regulamento, na medida em que o recurso ficara privado de objeto tendo em conta a sua revogação pelo terceiro; idêntica sorte conheceu o pedido que visava o segundo regulamento, que, limitando-se a alterar o primeiro, também se encontrava revogado. O recurso cingiu-se assim à apreciação da validade do Regulamento (CE) n.º 881/2002.

O recorrente esgrimiu três argumentos cujo denominador comum residiu, por um lado, na violação de direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pelo ordenamento comunitário, bem como, por outro lado, em aspetos relacionados com o direito ao *due process of law*, a saber: (i) o direito de ser ouvido; (ii) o direito de propriedade enformado pelo princípio da proporcionalidade

⁵²⁸ Aliás, o acórdão do TPI abre com referências aos artigos 24.º, 25.º, 48.º, n.º 2, e 103.º da CNU, os quais convergem na necessidade de os países membros da ONU aplicarem e executarem as decisões do Conselho de Segurança, principal responsável pela manutenção da paz e da segurança internacional, inclusive no âmbito de outros organismos internacionais de que os referidos países façam parte, como sucede com a UE. O mesmo aresto invocou ainda os artigos 11.º do TUE, relativo aos objetivos da PESC, 60.º, n.º 1, 301.º e 308.º do TCE, alusivos às repercussões que determinados atos aprovados pela UE naqueles domínios podiam ter no âmbito de atuação da CE.

⁵²⁹ Cfr. artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 881/2002.

⁵³⁰ Como o terceiro regulamento impugnado iniciou vigência já depois da entrada em juízo da petição inicial, numa primeira fase o recorrente impugnou apenas os dois primeiros atos, tendo posteriormente ampliado o objeto do recurso de forma a abranger também o terceiro. O TPI aceitou o aditamento ao pedido inicialmente formulado pelo recorrente justificando com a boa administração da justiça, com o princípio da economia processual, bem como com a injustiça que ocorreria se a instituição autora do ato litigioso (decisão ou regulamento que diga direta e individualmente respeito ao recorrente) pudesse no decurso da instância, para se eximir à crítica constante de uma petição apresentada num tribunal comunitário contra ato seu, modificar ou substituir o ato impugnado por outro com o mesmo objeto, de forma a invocar essa contingência para coartar ao demandante a faculdade de estender os seus pedidos e fundamentos iniciais ao ato ulterior ou de apresentar pedidos e fundamentos suplementares contra este. Cfr. Paul James CARDWELL; Duncan FRECH; e Nigel WHITE, *op. cit.*, p. 229.

no que tange a medidas restritivas do mesmo; e (iii) o direito a uma fiscalização jurisdicional efetiva⁵³¹.

No que concerne ao terceiro fundamento, o recorrente esgrimiou que a tutela jurisdicional efetiva traduz um princípio geral de direito comunitário, reconhecido como tal na jurisprudência JOHNSTON, o qual fora postergado pelos atos impugnados ao não preverem qualquer fiscalização judicial consubstanciada na instauração de um processo onde fossem apreciados elementos de prova recolhidos contra si e onde ele pudesse demonstrar que as acusações que lhe foram dirigidas não tinham fundamento. Os recorridos negaram a violação do direito a uma fiscalização jurisdicional efetiva, na medida em que o recorrente tinha ao seu dispor a via do recurso de anulação junto do TPI para impugnar os regulamentos litigiosos; o Conselho alegou ainda que quando a CE atua sem exercer qualquer poder discricionário, com base numa decisão de um órgão a quem a comunidade internacional atribuiu competências com vista à preservação da paz e da segurança internacionais, a fiscalização jurisdicional não pode ser completa sob pena de se colocar em risco o sistema da ONU e de se prejudicar as relações internacionais da CE e dos seus Estados membros, além de contrariar a obrigação de respeito pelo direito internacional que incide sobre aquela.

a) Na medida em que um eventual vício de incompetência reveste natureza de *ordem pública* e, por isso, não depende de invocação das partes⁵³², o TPI entendeu conhecer prévia e oficiosamente da questão da competência do Conselho para, ao abrigo dos artigos 60.º e 301.º,

⁵³¹ A propósito do primeiro fundamento o senhor *Kadi* arrogou-se no direito de ser ouvido pelo Conselho e pela Comissão não previamente à tomada da decisão que determinou o congelamento dos seus bens nem à execução desta, mas de forma a poder ver retirado o seu nome da lista de pessoas e entidades visadas pelas sanções. Invocou, para o efeito, os princípios gerais do direito comunitário segundo os quais os destinatários de decisões de autoridades públicas que afetem sensivelmente os seus interesses devem poder apresentar utilmente o seu ponto de vista, bem como que o respeito dos direitos de defesa, como princípio fundamental, deve ser assegurado em todos os processos que possam afetar uma pessoa e ter consequências desfavoráveis para ela. Relativamente ao segundo argumento o demandante alegou uma violação do referido direito fundamental, tal como garantido no Protocolo Adicional n.º 1 à CEDH e pelos princípios gerais do direito comunitário, traduzida na inobservância do princípio da proporcionalidade de medidas restritivas do mesmo, decorrente de os regulamentos impugnados permitirem a aplicação de sanções contra pessoas com base na mera inserção dos respetivos nomes em listas recapitulativas elaboradas pelo Comité de Sanções, sem exigir a instauração de qualquer processo contra os visados para o qual fossem carreadas e apreciadas provas e sem qualquer ponderação dos interesses em presença.

Os recorridos contra-argumentaram que a CE está obrigada, à semelhança dos países membros da ONU e por força das obrigações decorrentes do direito internacional, concretamente dos artigos 24.º, n.º 1, 25.º, 41.º, 48.º, n.º 2, e 103.º da CNU, a executar nos domínios das suas atribuições as resoluções do Conselho de Segurança, bem como que a sua competência nessa matéria é vinculada, não dispondo as mesmas de qualquer poder discricionário autónomo nem de nenhuma margem de apreciação que lhe permita alterar o conteúdo das referidas resoluções; por tudo isso, os regulamentos impugnados limitaram-se a transpor tais resoluções para a ordem jurídica comunitária; de igual forma, as listas recapitulativas dos nomes de pessoas, grupos, empresas ou outro tipo de entidades suspeitas de ligações a atividades terroristas e alvo de sanções foram elaboradas pelo Comité de Sanções e fornecidas às instituições comunitárias sem que estas tivessem qualquer tipo de intervenção nessa elaboração e sem que as referidas instituições as pudessem modificar ou suprimir.

⁵³² Cfr. acórdãos *AMYLUM vs. CONSELHO*, de 30 de setembro de 1982, proc. 108/81, Rec. 1982, pp. 3107 e ss, n.º 28; *SALZGITTER vs. COMISSÃO*, já citado, n.º 56; do TPI, de 27 de fevereiro de 1992, caso *BASF e o. vs. COMISSÃO*, procs. apensos T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, Col. 1992, pp. II-318 e ss, n.º 31; e de 24 de setembro de 1996, caso *MARX ESSER e o. vs. PE*, proc. T-182/94, Rec. 1996, pp. II-1197, n.º 44.

coadjuvados do artigo 308.º, do TCE, adotar o regulamento litigioso. Após referir que aqueles preceitos, por si só, não constituíam base jurídica suficiente para a adoção do ato, bem como que esta disposição, *per si*, também não legitimava tal adoção, o Tribunal concluiu pela competência do Conselho, resultante da aplicação conjugada das três normas do TCE, para a adoção de regulamentos comunitários que visem o combate ao financiamento do terrorismo internacional levado a efeito pela UE e pelos seus Estados membros no quadro da PESC e que imponham sanções económico-financeiras diretamente contra certos particulares sem necessidade de estabelecerem qualquer ligação com o território ou o regime dirigente de um determinado país terceiro⁵³³. O TPI entendeu que o artigo 308.º do TCE deveria ser considerado uma base jurídica *complementar* dos artigos 60.º e 301.º do mesmo Tratado na prossecução dos objetivos comunitários e da UE, nomeadamente, os relativos à PESC constantes do artigo 11.º do TUE, o que decorria, designadamente, de uma exigência de coerência no funcionamento da União prevista no artigo 3.º deste Tratado.

b) No que tange à fundamentação invocada pelo senhor *Kadi* o TPI começou por balizar a sua esfera de atuação referindo que, no caso *sub judice*, apenas se podia pronunciar utilmente sobre os aspetos relativos à violação de direitos fundamentais do recorrente se os mesmos estivessem abrangidos pelas suas funções de controlo jurisdicional, bem como se eles, caso procedessem, fossem suscetíveis de determinar a anulação do regulamento impugnado⁵³⁴. Nessa medida, o Tribunal alertou para a necessidade de, previamente à análise dos argumentos esgrimidos pelo recorrente, ter de responder ao problema da articulação entre o ordenamento internacional emergente da ONU e as ordens jurídicas nacionais e comunitária, bem como da determinação da medida em que as competências da CE e dos Estados membros se encontram adstritas às resoluções do Conselho de Segurança. Com efeito, o conhecimento da questão relativa ao *alcance do controlo jurisdicional de legalidade*, no que tange ao respeito dos direitos fundamentais, levado a cabo pelo TPI sobre os atos comunitários que coloquem em prática essas resoluções, depende da solução que for dada àquele problema.

Quanto a esta questão prévia, o Tribunal preocupou-se em demonstrar em que medida os Estados membros e a própria CE, enquanto organização internacional para quem aqueles transferiram competências, entre as quais as necessárias à execução dos compromissos

⁵³³ Cfr. n.ºs 87 a 135, nos quais (em especial, nos n.ºs 122 a 125) o TPI concluiu que após a revisão do Tratado de Roma operada pelo Tratado de Maastricht os artigos 60.º e 301.º do TCE passaram a contemplar, também, ações da CE estabelecidas de sanções económicas, adotadas com vista a alcançar os objetivos previstos no artigo 2.º do TUE em matéria de relações externas. No n.º 125 lê-se que "*No âmbito dos artigos 60.º CE e 301.º CE, a acção da Comunidade é, assim, na realidade, uma acção da União realizada com base no pilar comunitário, após adopção pelo Conselho de uma posição comum ou de uma acção comum ao abrigo da PESC*".

⁵³⁴ Trata-se este, pois, de um aspeto relacionado com a tutela jurisdicional efetiva uma vez que está em causa o âmbito *objetivo* do controlo jurisdicional levado a cabo pelo referido tribunal, no quadro do contencioso de anulação, quando o ato impugnado seja da UE e se destine a implementar resoluções do Conselho de Segurança.

assumidos por eles por força da adesão à ONU, se encontram adstritos à respetiva Carta⁵³⁵. Na justificação, que combinou princípios de direito internacional convencional, preceitos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (doravante CVDT), da CNU e do TCE, bem como jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça e do TJ, o TPI não se coibiu em afirmar a *prevalência* das obrigações assumidas pelos países da ONU e decorrentes da respetiva Carta, sobre qualquer outra obrigação de direito interno ou do ordenamento internacional convencional, incluindo as assumidas pelos Estados parte do Conselho da Europa, designadamente, as decorrentes da CEDH, e pelos Estados membros da CE, nomeadamente, as resultantes do TCE⁵³⁶. Consequentemente, também as resoluções do Conselho de Segurança aprovadas em conformidade com o artigo 25.º da CNU beneficiam dessa primazia⁵³⁷. Nessa medida, em aplicação das disposições do direito internacional geral e das regras específicas do Tratado de Roma, os Estados membros têm, mais do que a mera faculdade, a obrigação de não aplicar qualquer disposição de direito comunitário, ainda que primário, ou mesmo princípios gerais deste direito, que possam obstaculizar a boa execução das obrigações assumidas por força da CNU.

Segundo o Tribunal, a CE, diferentemente do que sucede com os Estados membros, não se encontra diretamente vinculada pela CNU, não estando obrigada, por força de uma imposição do direito internacional geral, a aceitar nem a aplicar as resoluções do Conselho de Segurança, nos termos do artigo 25.º da referida Carta, o que se deve ao facto de ela não ser membro da ONU, nem destinatária das aludidas resoluções, nem sucessora nos direitos e obrigações dos seus Estados membros na aceção do direito internacional. No entanto, a CE está vinculada pelas obrigações resultantes da CNU da mesma forma que os respetivos Estados membros por força do próprio TCE; a Comunidade não pode violar as obrigações que incumbem aos seus Estados membros por força da CNU, nem obstaculizar à sua execução, além do que também se encontra vinculada, nos termos do Tratado de Roma, a adotar, no âmbito do exercício das suas atribuições, todas as disposições necessárias a permitir que os Estados membros cumpram essas obrigações⁵³⁸.

⁵³⁵ Cfr. Patrícia GALVÃO TELLES, *As sanções e as relações entre as ordens jurídicas internacionais e europeia*, in BFDUC, 2012 (Vol. 88; Tomo II), p. 881; Lucília Napoleão BARROS, *op. cit.*, p. 166.

⁵³⁶ Cfr. Giacinto della CANANEA, *Case Law: Global Security and Procedural Due Process of Law between the United Nations and the European Union: Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2009 (Vol. 15; n.º 1), p. 511; Gráinne DE BÚRCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, in *Harvard International Law Journal*, 2010 (Vol. 51; n.º 1), p. 15.

⁵³⁷ Cfr. n.ºs 181 a 193, em especial n.º 189 do acórdão.

⁵³⁸ Uma vez que o Conselho havia declarado, na Posição Comum (PESC) n.º 2002/402, que era necessária uma ação da CE, dentro dos limites dos poderes que o Tratado de Roma lhe confere, para executar medidas restritivas contra pessoas suspeitas de ligações a atividades terroristas desenvolvidas por *Osama Bin Laden* e a *Al-Qaida*, determinadas em resoluções do Conselho de Segurança (as Resoluções 1267; 1333; e 1390), o TPI legitimou a necessidade de a CE, no quadro das suas competências, dar execução às referidas resoluções por força não do direito internacional geral, mas do próprio Tratado de Roma.

c) Resolvido o problema prévio, o TPI passou a outra questão mais relacionada com a tutela jurisdicional efetiva: a relativa ao *alcance da fiscalização da legalidade* que lhe incumbe exercer. Nesta, começou por recordar que a CE é uma Comunidade de direito, na medida em que tanto os Estados membros, como as instituições europeias, estão sujeitos a um "*controlo da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado e que este estabelece um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos actos das instituições*"⁵³⁹. Lembrou igualmente que a existência de uma "*fiscalização jurisdicional é a expressão de um princípio geral de direito que está na base das tradições constitucionais comuns dos Estados membros (...) igualmente consagrado nos artigo 6.º e 13.º da CEDH*"⁵⁴⁰; no caso *sub judice*, tal princípio encontra expressão no quarto parágrafo do artigo 230.º do TCE, o qual confere ao recorrente a faculdade de solicitar ao TPI a análise da legalidade do regulamento impugnado, porquanto o mesmo lhe diz direta e individualmente respeito, com base nos vícios que o segundo parágrafo do referido preceito prevê.

O Tribunal entendeu, contudo, que o alcance do controlo da legalidade que ele poderia levar a cabo sobre o dito regulamento encontrava-se estruturalmente limitado por elementos decorrentes do direito internacional e do próprio TCE⁵⁴¹.

Com efeito, o ato litigioso fora adotado à luz da Posição Comum (PESC) n.º 2002/402, cumprindo ao nível comunitário a obrigação que incide sobre os Estados membros de executarem, enquanto países partes da ONU, sanções decididas através de resoluções do Conselho de Segurança contra determinados terroristas e certas pessoas a eles ligados. Por outro lado, as instituições recorridas não podiam alterar o conteúdo das referidas resoluções dado estarem sujeitas a uma competência vinculada e não disporem de qualquer poder discricionário ou margem de apreciação autónoma. Pelo que, uma eventual fiscalização da legalidade intrínseca do regulamento impugnado, nomeadamente, à luz das normas e dos princípios gerais do direito comunitário atinentes à proteção dos direitos fundamentais, implicaria que o TPI procedesse a um controlo, a título incidental, da legalidade das resoluções do Conselho de Segurança da ONU, uma vez que a fonte da ilegalidade invocada remonta a estas e não ao regulamento impugnado⁵⁴².

⁵³⁹ Cfr. n.º 209, onde invocou, entre outros, os citados acórdãos OS VERDES *vs.* PE; FOTO-FROST *e o;* e WEBER *vs.* PE.

⁵⁴⁰ Cfr. n.º 210, aludindo, nomeadamente, aos pré-mencionados arestos JOHNSTON; OLEIFICIO BORELLI *vs.* COMISSÃO; KOFISA ITALIA; e UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES *vs.* CONSELHO.

⁵⁴¹ Cfr. n.º 212.

⁵⁴² O Tribunal frisou que uma eventual anulação do regulamento, determinada pelo facto de ele violar direitos fundamentais que a ordem jurídica comunitária reconhece e garante ao recorrente, implicaria, de forma indireta, que atos de direito internacional, *in casu* as aludidas resoluções (1267; 1333; e 1390) do Conselho de Segurança da ONU, também fossem violadores de tais direitos.

Ora, segundo o referido órgão jurisdicional, nem o direito internacional nem o direito comunitário preveem que uma tal fiscalização possa ocorrer⁵⁴³.

Nessa medida, o Tribunal reconheceu razão ao Conselho e à Comissão por entenderem que aquele deveria declinar, por princípio, qualquer competência que implicasse uma fiscalização indireta da legalidade interna das ditas resoluções, as quais, enquanto normas de direito internacional, vinculam tanto os Estados membros, como a CE, onde se inclui o próprio TJCE e as demais instituições desta⁵⁴⁴. Ora, uma vez que a determinação daquilo que consubstancia uma ameaça para a paz e a segurança internacionais, bem assim de quais as medidas necessárias a assegurar a sua manutenção ou restabelecimento, é da exclusiva competência do Conselho de Segurança da ONU, tais matérias escapam à atuação das autoridades nacionais e comunitárias, onde se incluem os respetivos órgãos jurisdicionais.

O TPI entendeu assistir igualmente razão às instituições demandadas por considerarem que a fiscalização levada a cabo por aquele deveria, no essencial, limitar-se, por um lado, à verificação do cumprimento das regras de forma, procedimento e competência, que se lhes impunham; e, por outro lado, à verificação da adequação e proporcionalidade das medidas comunitárias em causa relativamente às resoluções do Conselho de Segurança que executaram.

O Tribunal foi ao ponto de considerar que os artigos 307.º do TCE (atual artigo 351.º do TFUE) e 103.º da CNU impedem a invocabilidade de violações aos direitos fundamentais, tal como protegidos pela ordem jurídica comunitária, bem como aos seus princípios gerais, a título de tentativa de aniquilação da validade ou da eficácia das resoluções do Conselho de Segurança da ONU no território da Comunidade, evocando, designadamente, arestos do TJ que, remontando ao início da década de 1970, pretenderam impor absoluta e incondicionalmente (o que pressupõe a não sujeição ao crivo decorrente do respeito pelos direitos fundamentais) o primado do direito comunitário sobre as ordens jurídicas nacionais⁵⁴⁵.

O TPI rematou assim a resposta à questão relativa ao alcance da legalidade que lhe compete exercer: "*...há que considerar que as resoluções em causa do Conselho de Segurança escapam, em princípio, à fiscalização jurisdicional do Tribunal de Primeira Instância e que este não está autorizado a pôr em causa, ainda que de forma incidental, a sua legalidade à luz do direito comunitário. Pelo contrário, o Tribunal deve, na medida do possível, interpretar e*

⁵⁴³ Cfr. respetivamente n.ºs 222 (no qual o TPI invocou os artigos 25.º, 48.º e 103.º da CNU; e 27.º da CVDT) e 223 [onde o Tribunal aludiu ao princípio da cooperação leal e aos artigos 297.º (atual artigo 347.º do TFUE) e 307.º do TCE, e 5.º do TUE, entretanto revogado pelo Tratado de Lisboa, embora substituído, em substância, pelo novo n.º 2 do artigo 13.º do TUE]. Cfr. Albert POSCH, *The Kadi Case: Rethinking the Relationship between EU Law and International Law*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2009 (Vol. 15; n.º 2), p. 2.

⁵⁴⁴ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 48.

⁵⁴⁵ Cfr. n.º 224.

aplicar esse direito de maneira compatível com as obrigações dos Estados-Membros por força da Carta das Nações Unidas"⁵⁴⁶.

Não obstante esta ordem de ideias, o TPI não deixou de exercer algum tipo de controlo sobre a legalidade das aludidas resoluções do Conselho de Segurança. Segundo o Tribunal, é possível fiscalizar de forma incidental a referida legalidade à luz "do *jus cogens*, entendido como uma ordem pública internacional que se impõe a todos os sujeitos do direito internacional, incluindo as instâncias da ONU, o qual não é possível derrogar"^{547/548}. Ora, do *jus cogens* fazem parte os princípios imperativos de direito internacional, bem assim a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, onde se destaca o valor da *dignidade da pessoa humana*, os quais se impõe tanto aos países da ONU, como aos órgãos desta, entre eles o Conselho de Segurança.

Em suma, o carácter obrigatório das resoluções do Conselho de Segurança não as isenta da exigência de conformidade face a disposições fundamentais de direito internacional inseridas no *jus cogens*, as quais não se apresentam menos imperativas (pelo contrário), onde se insere o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Nessa medida, o TPI entendeu que poderia fiscalizar, no âmbito do recurso de anulação e a título *muito excepcional*⁵⁴⁹, a legalidade intrínseca de atos das instituições comunitárias adotados sem qualquer margem de apreciação com vista a conferir execução às referidas resoluções, de forma a verificar o respeito pelas regras superiores do direito internacional que, compondo o *jus cogens*, não podem ser preteridas, entre elas as relativas a tutela dos direitos humanos.

d) Somente após este enquadramento é que o Tribunal passou à análise da argumentação aduzida pelo senhor *Kadi*, a qual não mereceu acolhimento no referido órgão.

Relativamente à alegada violação do direito de propriedade e do princípio da proporcionalidade como critério condicionante de restrições impostas ao mesmo, o TPI lembrou que as medidas de congelamento de bens decorrem unicamente de sanções decididas pelo Conselho de Segurança, aplicadas pelo Comité de Sanções e executadas pela CE através do regulamento impugnado, o qual foi adotado pelas instituições demandadas sem qualquer poder de apreciação autónomo. Assim, do modelo de proteção universal dos direitos fundamentais da

⁵⁴⁶ Cfr. n.º 225

⁵⁴⁷ Cfr. n.º 226. No considerando seguinte o TPI lembrou que o artigo 53.º da CVDT prevê a nulidade de tratados incompatíveis com as normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*) e o artigo 64.º da mesma consagra a nulidade superveniente bem como a cessação da vigência de tratados incompatíveis com disposições deste tipo que sobrevenham posteriormente. Vide Albert POSCH, *op. cit.*, p. 2; Giacinto della CANANEA, *op. cit.*, p. 511; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 48.

⁵⁴⁸ O respeito do *jus cogens*, onde se insere o valor da proteção dos direitos humanos, também tem sido apontado por alguns autores como um limite material à própria revisão dos Tratados, não podendo as alterações a estes textos conter normas contrárias a ele. Assim Roland BIEBER, *Les limites matérielles et formelles à la révision des Traités établissant la Communauté Européenne*, in *RMCUE*, 1993 (n.º 367), p. 346.

⁵⁴⁹ Com efeito, o Tribunal enfatizou o carácter (altamente) marginal dos seus poderes de fiscalização relativamente à legalidade substantiva das resoluções em causa. Vide n.º 231.

pessoa humana inseridos no *jus cogens*, à luz do qual devem ser examinados os argumentos do recorrente, inexistiu qualquer violação dos referidos direito e princípio, na medida em que o regulamento impugnado previa derrogações e isenções às medidas de congelamento, nomeadamente, dos fundos necessários a fazer face a despesas de base e extraordinárias, estando, portanto, afastada a possibilidade de sujeitar as pessoas destinatárias das sanções a um tratamento desumano ou degradante⁵⁵⁰.

Quanto à suposta violação do direito de o recorrente ser ouvido, a que subjazem as garantias de equidade processual presentes no direito sancionatório e de *due process of law*, o TPI recordou o princípio geral de direito comunitário relativo ao *respeito dos direitos de defesa* no âmbito de processos instaurados contra uma pessoa e que possam culminar em sanções ou atos lesivos dos seus interesses, do qual decorre a prerrogativa de o visado expressar *utilmente* o seu ponto de vista a propósito dos elementos invocados contra si para justificar tais medidas. Não obstante, reconheceu razão aos recorridos por entenderem que tal princípio foi desenvolvido em domínios onde as instituições europeias dispõem de alargados poderes de inquérito e de instrução, bem como uma ampla margem discricionária na apreciação das sanções a aplicar, como sucede nas matérias da concorrência, do combate antidumping, dos auxílios de Estado ou do direito disciplinar. Como no caso em análise as instituições recorridas estavam obrigadas a transpor para o ordenamento comunitário as resoluções do Conselho de Segurança sem disporem de qualquer poder discricionário ou margem de apreciação autónoma, bem como sem poderem proceder a qualquer exame ou reexame das decisões do Comité de Sanções sobre situações individuais, não só o princípio geral respeitante ao direito de ser ouvido se afigurava inaplicável, como uma eventual audição do interessado seria inócua em relação a uma eventual alteração das medidas aplicadas⁵⁵¹. Em consequência, sobre o Conselho não incidia qualquer dever de ouvir o recorrente a propósito da inclusão ou manutenção do seu nome na lista de pessoas e entidades visadas pelas sanções, no âmbito da adoção e execução do regulamento impugnado.

Igualmente, as resoluções do Conselho de Segurança não preveem qualquer direito do recorrente ser ouvido pelo Comité de Sanções no quadro do processo de inscrição do respetivo nome na lista recapitulativa de pessoas cujo património deve ser objeto de congelamento. Acresce que tanto as aludidas resoluções, como os regulamentos que as executam na ordem comunitária, preveem instrumentos de reexame das situações individuais que permitem aos

⁵⁵⁰ Acresce que o recorrente não foi arbitrariamente privado do seu direito de propriedade, reconhecido no artigo 17.º da DUDH e inserido nas normas imperativas de direito internacional geral, pelo que não se verificou qualquer atuação contrária a um elemento integrado no *jus cogens*. O Tribunal argumentou ainda que o congelamento de fundos se trata de uma medida cautelar e provisória que não se confunde com o confisco (medida definitiva), pois não lesa a essência do direito de propriedade dos interessados sobre os seus bens mas apenas sua utilização, além do que as resoluções em causa preveem um mecanismo de reexame periódico do regime sancionatório.

⁵⁵¹ Cfr. n.º 258.

interessados, por intermédio dos Governos dos respetivos países e no âmbito da proteção diplomática que estes conferem aos seus cidadãos, obter do Comité de Sanções a exclusão dos seus nomes da referida lista, o que assegura, na medida do possível, os direitos fundamentais daqueles, nomeadamente, os seus direitos de defesa⁵⁵². Acresce ainda o carácter secreto e confidencial, assente em razões de segurança da comunidade internacional, das informações e meios de prova que o país da ONU levou ao conhecimento do Conselho de Segurança e do Comité de Sanções, o que também contribui para excluir qualquer possibilidade de o recorrente se pronunciar utilmente sobre os elementos, fácticos e probatórios, que determinaram o congelamento do seu património.

Em especial, no que tange ao alegado menosprezo do direito a uma *fiscalização jurisdicional efetiva*, o TPI começou por lembrar o alcance do controlo da legalidade que, à luz dos direitos fundamentais, lhe incumbe fazer sobre os atos comunitários que executam resoluções do Conselho de Segurança, o qual, na sua ótica, deveria ser incidental, excecional e restrito à legalidade externa dos referidos atos face aos parâmetros resultantes do *jus cogens*.

Ora, o recorrente teve a faculdade de, através da via do recurso de anulação, impugnar, ante o tribunal comunitário, o regulamento litigioso. No âmbito daquele instrumento o aludido órgão jurisdicional exerce um controlo completo da legalidade do referido ato quanto à observância, pelas instituições recorridas, das regras de competência e de legalidade externa, bem como das formalidades essenciais que se impõem à sua ação. No quadro do recurso instaurado o TPI também fiscaliza a legalidade do regulamento impugnado à luz das resoluções do Conselho de Segurança executadas, nomeadamente, na perspetiva da adequação formal e material, da coerência interna, e da proporcionalidade daquele em relação a estas.

Relembrando que se tinha considerado competente para fiscalizar a legalidade tanto do referido regulamento como, reflexamente, das próprias resoluções do Conselho de Segurança que lhe subjazem, em razão da sua conformidade com as normas superiores do direito internacional incluídas no *jus cogens*, em especial, as relativas à proteção universal dos direitos da pessoa humana, o TPI enfatizou que não lhe compete controlar indiretamente a conformidade das referidas resoluções com os direitos fundamentais tal como tutelados pelo ordenamento comunitário⁵⁵³. Igualmente, não lhe cabe sindicar a existência de erro na apreciação dos factos e dos elementos de prova que o Conselho de Segurança ponderou na adoção das medidas previstas nas resoluções nem, salvo no contexto restrito da apreciação da conformidade destas à

⁵⁵² Cfr. n.ºs 261 a 270, onde o TPI aludiu ainda à possibilidade de os interessados também reagirem jurisdicionalmente, com base tanto no direito interno, no regulamento impugnado ou nas próprias resoluções do Conselho de Segurança, nos tribunais nacionais, contra eventuais recusas abusivas das competentes autoridades nacionais em submeterem os seus casos ao processo de reexame do Comité de Sanções.

⁵⁵³ Cfr. n.ºs 282 e 283.

luz das disposições superiores do direito internacional abrangidas pelo *jus cogens*, fiscalizar indiretamente a oportunidade e a proporcionalidade dessas medidas, sob pena de se imiscuir nas competências do Conselho de Segurança relativamente ao que se deva considerar ameaça para a paz e segurança internacionais e às medidas adequadas para fazer face a essa eventualidade, aspetos que não deixam de implicar uma apreciação política e juízos de valor que só àquele compete formular⁵⁵⁴.

Nessa medida, o TPI também destacou que o demandante não dispõe de outra via de impugnação jurisdicional porque o Conselho de Segurança não considerou oportuna a constituição de uma jurisdição internacional independente com poderes para se pronunciar, tanto sobre matéria de direito como sobre matéria de facto, a propósito dos recursos interpostos contra as decisões individuais adotadas pelo Comité de Sanções. No entanto, ressaltou que uma omissão desse género na tutela jurisdicional dos interesses do recorrente não se afigura contrária ao *jus cogens*, uma vez que o direito de acesso aos tribunais, embora reconhecido pelos artigos 8.º da DUDH e 14.º do PIDCP, não reveste carácter absoluto, podendo ser objeto das derrogações previstas no n.º 1 do artigo 4.º do referido Pacto, e de restrições que lhe são inerentes como as que se baseiam na aplicação da *doutrina da imunidade dos Estados e das organizações internacionais*⁵⁵⁵. Consequentemente, o Tribunal considerou a limitação do direito do recorrente de acesso a um tribunal, resultando da *imunidade de jurisdição* de que gozam, em regra nos ordenamentos internos dos países da ONU, as resoluções do Conselho de Segurança adotadas em conformidade com os princípios pertinentes do direito internacional (v. g. artigos 25.º e 103.º da CNU), inerente a esse mesmo direito tal como garantido pelo *jus cogens*. Essa limitação baseia-se no interesse geral e essencial da manutenção da paz e da segurança internacionais, o qual sobrepõe-se ao interesse individual do recorrente em ver a sua causa apreciada por um órgão jurisdicional.

Acresce que o carácter temporal limitado das sanções aplicadas, a sujeição destas a um reexame periódico efetuado pelo Conselho de Segurança, bem como a reapreciação de situações individuais pelo Comité de Sanções eram, na ótica do TPI, suscetíveis de compensar razoavelmente a inexistência de uma jurisdição internacional dotada de poderes de apreciação da legalidade das resoluções do Conselho de Segurança e de proteger adequadamente os direitos fundamentais do recorrente tal como lhe são atribuídos pelo *jus cogens*⁵⁵⁶.

Após esta ordem de ideias, o Tribunal julgou improcedente o recurso de anulação interposto.

⁵⁵⁴ O TPI evocava assim a designada "*political question doctrine*", clássica na justiça constitucional. Assim Giacinto della CANANEA, *op. cit.*, p. 511; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 49.

⁵⁵⁵ Cfr. n.ºs 285 a 287.

⁵⁵⁶ Cfr. n.ºs 289 e 290.

B) Inconformado com o acórdão, o senhor *Kadi* recorreu para o TJ, que, convergindo parcialmente com as conclusões apresentadas pelo Advogado-geral Miguel POIARES MADURO⁵⁵⁷, viria a reconhecer-lhe razão, anulando a decisão proferida pelo TPI, bem como o regulamento litigioso.

O TJ começou por enquadrar a questão material controvertida no quadro jurídico previsto na CNU, nomeadamente, na atribuição da ONU e na competência do respetivo Conselho de Segurança de manutenção da paz e da segurança internacionais, previstas nos artigos 1.º, n.ºs 1 e 3, 24.º, n.ºs 1 e 2, bem como na aceitação e aplicação das decisões do referido Conselho pelos países da ONU e de acordo com a aludida Carta. Invocou ainda os artigos 39.º, 41.º e 48.º do capítulo VII desta, relativos à determinação de ameaças à paz e de medidas de manutenção da paz e da segurança internacionais, as quais devem ser executadas pelos membros da ONU, diretamente ou através da ação de organismos internacionais de que façam parte, bem como o artigo 103.º, alusivo à prevalência das obrigações assumidas pelos países da ONU em virtude da respetiva Carta sobre as obrigações resultantes de outros acordos internacionais.

a) O recorrente começou por invocar um alegado erro de direito cometido pelo TPI na solução dada à questão da base jurídica do regulamento impugnado, dividida entre os artigos 60.º, 301.º, vocacionados apenas para a previsão de sanções aplicáveis a países terceiros e não a particulares, e 308.º, todos do TCE, na medida em que o regulamento impugnado não se apresentava necessário para a prossecução dos objetivos comunitários. A Comissão contrariou tal entendimento, defendendo que os artigos 61.º e 301.º constituíam, só por si, base jurídica suficiente para a adoção do regulamento impugnado; acompanhou, contudo, o recorrente no respeitante à errada invocação do artigo 308.º como base jurídica autorizadora dessa adoção.

O TJ entendeu que, de facto, os artigos 60.º e 301.º têm por escopo a adoção de medidas contra países terceiros, podendo as mesmas abranger também os dirigentes desses países, bem como indivíduos e entidades associados a esses dirigentes ou por estes controlados. No entanto, como as medidas restritivas previstas na Resolução 1390, às quais o regulamento impugnado conferia execução, se caracterizam por se dirigirem a particulares sem qualquer qualquer ligação com o regime dirigente de um país terceiro, elas não se encontram abrangidas pelo âmbito de aplicação daqueles artigos do TCE⁵⁵⁸.

O Tribunal também reconheceu razão ao recorrente e à Comissão, que embora ocupando lados opostos da contenda haviam convergido no aspeto de o acórdão recorrido estar viciado de

⁵⁵⁷ Segundo este, o facto de as medidas restritivas previstas no regulamento impugnado se destinarem a combater o terrorismo internacional não deve inibir o TJ de cumprir o seu dever de preservar o princípio do Estado de direito. Ao fazê-lo estará não a imiscuir-se no domínio político, mas antes a reafirmar os limites que o direito impõe a determinadas decisões políticas (*vide* o n.º 45 das conclusões apresentadas). Ver também Albert POSCH, *op. cit.*, p. 2; Giacinto della CANANEA, *op. cit.*, p. 511; Gráinne DE BÚRCA, *The European Court...*, *cit.*, pp. 22 e 23.

⁵⁵⁸ Cfr. n.ºs 166 a 178.

erro de direito, ao entender que o artigo 308.º do TCE não constituía base jurídica apropriada para a elaboração do regulamento impugnado, na medida em que tal disposição não pode ser utilizada conjuntamente com os artigos 60.º e 301.º do mesmo Tratado com vista à prossecução de objetivos previstos no TUE⁵⁵⁹. Segundo o TJ, o artigo 308.º não permitia a adoção de atos comunitários destinados a concretizar os objetivos contantes do TUE, em matéria de relações externas, nomeadamente, relacionados com a PESC, mas tão somente os objetivos comunitários previstos no TCE. Igualmente, entendeu que o artigo 3.º do TUE, invocado pelo TPI, não podia justificar um alargamento das competências da CE para lá dos objetivos consagrados no respetivo Tratado.

No entanto, após recordar que o artigo 308.º do TCE visava colmatar a ausência de poderes para agir conferidos, expressa ou implicitamente, às instituições europeias por disposições específicas do TCE, sempre que tais prerrogativas se revelassem exigíveis para que a CE pudesse atuar com vista a alcançar os objetivos fixados no respetivo Tratado, o TJ entendeu que o TPI decidiu corretamente ao considerar tal preceito, juntamente com os artigos 60.º e 301.º do TCE, como a base jurídica do regulamento impugnado, uma vez que as medidas restritivas de natureza económico-financeira nele previstas encontravam-se manifestamente abrangidas pelo âmbito de aplicação *material* destes preceitos⁵⁶⁰. Nesta medida, entendeu que muito embora viciado por erro de direito, o acórdão do TPI não deveria ser anulado por questões relacionadas com a base jurídica invocada para a adoção do regulamento controvertido⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Cfr. n.ºs 194 a 203.

⁵⁶⁰ Segundo o TJ, como os artigos 60.º e 301.º do TCE não preveem poderes de ação, expressos ou implícitos, que permitam a imposição de medidas dessa natureza a particulares sem qualquer ligação ao regime dirigente de um país terceiro, essa ausência, motivada por limitações relacionadas com o âmbito de aplicação *personal* dos referidos preceitos, podia ser colmatada através do artigo 308.º do TCE enquanto base jurídica do regulamento litigioso, que acresce àqueles ao servirem-lhe de base do ponto de vista da sua aplicação substantiva (cfr. n.ºs 211 a 217).

Contrariamente ao entendimento formulado pelo TPI, o TJ considerou que o objetivo prosseguido pelo regulamento impugnado, traduzido na imposição de medidas restritivas de disposição patrimonial destinadas a impedir que pessoas associadas a *Osama Bin Laden*, à *Al-Qaida* e aos talibãs disponham de recursos financeiros e económicos, de forma a impedir o financiamento de atividades terroristas, deve considerar-se ligado, ainda que pela via do artigo 308.º, aos objetivos comunitários previstos no TCE, nomeadamente, relativos à política comercial comum e à livre circulação de capitais, não carecendo de invocação dos objetivos previstos no TUE, designadamente, nos domínios PESC, em concreto os de combate ao terrorismo internacional e de manutenção da paz e da segurança internacionais (cfr. n.ºs 218 a 227).

Com efeito, os artigos 60.º e 301.º do TCE preveem uma competência comunitária de imposição, através de um eficaz instrumento comunitário, de sanções de natureza económica com vista à implementação das ações comuns decididas nos domínios PESC, manifestando um objetivo implícito na aceção do artigo 308.º. Segundo o Tribunal, "*A implementação de medidas restritivas de natureza económica decididas no âmbito da PESC através da utilização de um instrumento comunitário não extravasa do quadro geral resultante do conjunto das disposições do Tratado CE, desde que tais medidas, pela sua natureza, tenham também uma ligação com o funcionamento do mercado comum, constituindo esta ligação outro requisito de aplicação do artigo 308.º CE*". Mais: se as sanções económico-financeiras impostas pelo regulamento impugnado, traduzidas no congelamento de fundos e outros recursos das pessoas e entidades visadas, fossem implementadas unilateralmente por cada Estado membro ocorreria uma proliferação de medidas nacionais que seria suscetível de afetar o funcionamento do mercado comum, nomeadamente, afetando as trocas intercomunitárias, interferindo com a circulação de capitais e o direito de estabelecimento, e provocando distorções na concorrência.

⁵⁶¹ Cfr. n.ºs 232 a 236.

b) Posto isto, o TJ entrou na análise dos argumentos substantivos do recurso, cujo aspeto comum residiu novamente na violação de direitos fundamentais do recorrente.

A este título, o senhor *Kadi* alegou que o acórdão recorrido, ao pronunciar-se sobre as relações entre a ONU e os respetivos países bem como sobre as modalidades de aplicação das resoluções do Conselho de Segurança, padecia de erro de direito relativamente à interpretação dos princípios de direito internacional invocados, o qual originou outros erros na apreciação dos fundamentos relativos à violação de alguns dos seus direitos fundamentais.

O recorrente enunciou cinco outros erros de direito, três dos quais relacionados com a tutela jurisdicional efetiva: o primeiro prendeu-se com o facto de o TPI ter considerado que não podia fiscalizar a legalidade das resoluções do Conselho de Segurança adotadas ao abrigo do capítulo VII da CNU; o segundo traduziu-se numa alegada incoerência no raciocínio formulado pelo TPI a propósito do *jus cogens*, na medida em que a suposta existência de um princípio que isente as resoluções do Conselho de Segurança de fiscalização jurisdicional, assim beneficiando da *doutrina da imunidade de jurisdição*, implicaria que o referido princípio aplicar-se-ia de uma forma geral e sem que as questões de *jus cogens* constituíssem uma exceção a ele; em terceiro, a circunstância de o Conselho de Segurança não ter previsto um tribunal internacional independente com competência para se pronunciar sobre os recursos de decisões individuais adotadas pelo Comité de Sanções não podia implicar que os Estados membros não dispusessem de um poder legítimo para, mediante a adoção de medidas razoáveis, aperfeiçoar o apuramento dos factos subjacentes à aplicação das sanções traduzidas em medidas de restrição patrimonial e à identificação das pessoas a elas sujeitas, nem que lhes estivesse vedada a criação de uma via processual adequada no uso de uma margem de tolerância de que dispõem na execução das suas obrigações internacionais.

O senhor *Kadi* alegou ainda que o direito comunitário determina que qualquer ato legislativo oriundo das instituições europeias, mesmo que encontre a sua origem numa fonte de direito internacional designadamente em resoluções do Conselho de Segurança, deve estar sujeito ao controlo jurisdicional exercido pelo TJ, o qual também incide sobre a questão do respeito dos direitos fundamentais. Segundo ele, na ausência no ordenamento da ONU de uma tutela adequada às pessoas cujos direitos fundamentais alegadamente tenham sido violados, deveria existir um controlo comunitário sobre os atos das instituições europeias destinados a implementar as resoluções do Conselho de Segurança; por outro lado, o procedimento de reexame perante o Comité de Sanções, baseado numa proteção de cariz diplomático, não conferia uma tutela dos direitos do Homem equivalente à garantida pela CEDH, tal como exigida

pelo TEDH⁵⁶². Na verdade, ao agir pela via legislativa com vista à execução das resoluções do Conselho de Segurança, a CE estava vinculada a garantir, enquanto requisito de legalidade ou validade da legislação que pretendia adotar, o respeito dos parâmetros mínimos em matéria proteção dos direitos do Homem.

A este título, o TJ incidiu desde logo a sua atenção sobre a conclusão a que o TPI chegara, segundo a qual dos princípios reguladores das relações entre os ordenamentos jurídicos internacional emergente da ONU e comunitário decorria a sua incompetência para apreciar a legalidade intrínseca do regulamento controvertido, uma vez que destinando-se o mesmo a implementar uma resolução do Conselho de Segurança adotada ao abrigo do capítulo VII da CNU, que não conferia qualquer margem autónoma de apreciação ou poder discricionário, o Tribunal apenas poderia controlar a sua compatibilidade com as normas do *jus cogens*, beneficiando o ato comunitário da doutrina da *imunidade de jurisdição*.

Semelhantemente ao entendimento do TPI, o TJ também recordou que a CE é uma Comunidade de direito. Nessa medida, "*nem os seus Estados membros nem as suas instituições escapam ao controlo da conformidade dos seus actos com a Carta Constitucional de base que é o Tratado CE, e que este estabelece um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos actos das instituições*"⁵⁶³. No entanto, divergindo do TPI, o TJ aludiu ao seu Parecer 1/91 para lembrar que os acordos internacionais não podem colocar em causa a ordem de competências determinada pelos Tratados nem a autonomia do ordenamento comunitário, cuja observância é assegurada por ele no exercício de uma competência exclusiva que lhe é conferida pelo artigo 220.º do TCE, a qual constitui um dos fundamentos da própria Comunidade. O TJ também salientou que os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado por ele e para esse efeito o referido órgão inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros e nos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos do Homem celebrados pelos Estados membros ou aos quais estes tenham aderido; por outro lado, da sua jurisprudência, consolidada com o Parecer 2/94, resulta que o respeito dos direitos do

⁵⁶² Para o efeito invocou o acórdão BOSPHORUS AIRWAYS (*Hava Yollari Turizm Ve Tikaret Anonym Şirketi*) vs. IRLANDA, de 30 de junho de 2005, *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-VI, § 155, no qual o TEDH declarou-se competente para apreciar uma queixa apresentada por uma companhia de aviação turca, a *Bosphorus Airways*, que invocou a violação do direito de propriedade tal como previsto no artigo 1.º do Protocolo 1 anexo à CEDH em virtude de a Irlanda ter determinado a apreensão de um avião pertencente a uma companhia jugoslava mas fretado pela *Bosphorus*, tendo o referido Estado membro da UE invocado estar a executar o regulamento comunitário que implementou a Resolução 820 (de 1993) do Conselho de Segurança da ONU que estabeleceu o regime sancionatório contra a Jugoslávia. A referida queixa viria, contudo, a ser julgada improcedente, tendo o TEDH considerado não haver violação da CEDH. Cfr. Christina ECKES, *Does the European Court of Human Rights provide protections from the European Community? - The Case of Bosphorus Airways*, in *EPL*, 2007 (Vol. 13; n.º 1), pp. 47 e ss.

⁵⁶³ Cfr. n.º 281, igualmente aludindo ao célebre aresto OS VERDES vs. PE.

Homem consubstancia um requisito de legalidade dos atos comunitários, pelo que a CE não poderia admitir medidas incompatíveis com eles⁵⁶⁴.

Após este dispositivo o TJ concluiu que as obrigações resultantes de acordos internacionais não podem implicar violações aos princípios constitucionais do Tratado de Roma, entre eles o relativo à *necessidade de todos os atos comunitários deverem respeitar os direitos fundamentais*, constituindo tal respeito um requisito da sua legalidade e cuja observância é fiscalizada pelo TJ no âmbito do sistema completo de vias de recurso estabelecido pelo referido Tratado⁵⁶⁵. Nesta medida, contrariando novamente o TPI, o TJ estabeleceu que no caso *sub judice* o controlo de legalidade que deveria ser efetuado pelo juiz comunitário incidia sobre os atos comunitários destinados a implementar os acordos internacionais em causa, e não sobre estes⁵⁶⁶. Também diversamente do TPI, considerou que perante um ato das instituições europeias que, à semelhança do regulamento impugnado, vise implementar uma resolução do Conselho de Segurança da ONU, não compete ao juiz comunitário, no âmbito da competência exclusiva prevista no artigo 220.º do TCE, fiscalizar a legalidade dessa resolução, adotada por um órgão internacional, mesmo que o controlo em causa se limite a um exame de compatibilidade da mesma com o *jus cogens*⁵⁶⁷.

Debruçando-se sobre a questão a que o TPI respondeu afirmativamente, de saber se os princípios reguladores das relações entre os ordenamentos internacional emanado da ONU e comunitário determinam, em princípio, a exclusão de um controlo jurisdicional da legalidade intrínseca do regulamento impugnado à luz dos direitos fundamentais, o TJ começou por reconhecer que as competências comunitárias devem ser exercidas com respeito pelo direito internacional⁵⁶⁸, bem como que os atos das instituições europeias devem ser interpretados à luz das pertinentes disposições do referido ordenamento. O Tribunal lembrou, em especial, que o cumprimento dos compromissos assumidos no quadro da ONU impõe-se igualmente em matéria de manutenção da paz e da segurança internacionais, nomeadamente, quando a CE implementa, através de atos das instituições adotados ao abrigo dos artigos 60.º e 301.º do TCE, resoluções do Conselho de Segurança aprovadas ao abrigo do capítulo VII da CNU; por outro lado, também recordou que as competências comunitárias consagradas naquelas disposições do TCE apenas

⁵⁶⁴ Cfr. n.ºs 282 a 284.

⁵⁶⁵ Cfr. Albert POSCH, *op. cit.*, p. 1;

⁵⁶⁶ Cfr. Giacinto della CANANEA, *op. cit.*, p. 511; Albert POSCH, *op. cit.*, p. 1; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 49.

⁵⁶⁷ Cfr. n.ºs 285 a 287. No considerando seguinte o TJ assumiu inclusivamente que uma eventual decisão de um tribunal comunitário que determine que um ato das instituições europeias destinado a implementar uma resolução do Conselho de Segurança é contrário a uma norma hierarquicamente superior da ordem jurídica comunitária, não implicaria colocar em crise a primazia dessa resolução no plano do direito internacional.

⁵⁶⁸ Designadamente, as previstas nos artigos 177.º a 181.º do TCE (atuais 208.º a 211.º do TFUE), relativas à "*cooperação para o desenvolvimento*", devem ser exercidas com observância dos compromissos assumidos no âmbito da ONU e demais organizações internacionais.

podiam ser exercidas na sequência de uma posição comum ou de uma ação comum adotadas ao abrigo das disposições do TUE alusivas à PESC que previssem uma ação da Comunidade⁵⁶⁹. Nesta medida, se a adoção de um ato desta natureza obrigasse a CE a tomar, no contexto do respetivo Tratado, as medidas impostas por ele, é um facto que tal vinculação implicaria, quando estivesse em causa a execução de resoluções do Conselho de Segurança adotadas ao abrigo do capítulo VII da CNU, que, na elaboração das medidas de implementação destas, a Comunidade considerasse devidamente os termos e os objetivos das resoluções em causa, assim como as obrigações pertinentes decorrentes da referida Carta relativas a essa execução.

Acontece que a CNU não impõe a escolha de um determinado modelo com vista à implementação das referidas resoluções, devendo esta ser levada a efeito segundo as modalidades existentes neste domínio na ordem jurídica interna de cada Estado parte das Nações Unidas. Na verdade, a referida Carta confere, em princípio, aos referidos países a liberdade de escolha entre vários modelos possíveis de receção dessas resoluções nos respetivos ordenamentos internos. Assim e divergindo do entendimento do TPI, o TJ referiu que os princípios do direito internacional emanado da ONU não excluem a existência de uma fiscalização jurisdicional, por ele graduada de "*garantia constitucional de base da Comunidade*", da legalidade intrínseca do regulamento impugnado à luz dos direitos fundamentais, pelo facto de esse ato se destinar a executar uma resolução do Conselho de Segurança adotada ao abrigo do capítulo VII da CNU⁵⁷⁰.

A pretexto de uma defesa intransigente dos direitos fundamentais, reveladora de arrependimento e expiação de posições preteritamente adotadas, o TJ foi ao ponto de questionar (qual afrontar) um postulado do direito internacional, quando, nos considerandos 305 a 309, socorrendo-se do artigo 300.º do TCE (atual artigo 218.º do TFUE), entendeu que a CNU, caso se inserisse na hierarquia das fontes do direito comunitário, prevalecendo em relação ao direito derivado, não preferiria sobre o direito primário, em particular sobre os *princípios gerais de direito comunitário relativos à proteção dos direitos fundamentais*⁵⁷¹. Segundo o Tribunal, os órgãos jurisdicionais comunitários não podem declinar a sua competência para fiscalizar, à luz

⁵⁶⁹ Cfr. n.ºs 293 a 295.

⁵⁷⁰ Cfr. n.º 299. No considerando seguinte o Tribunal entendeu que a doutrina da *imunidade de jurisdição*, enquanto decorrência do princípio da primazia do ordenamento internacional emanado da ONU sobre as ordens comunitária e internas dos Estados membros e, em especial, das resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da CNU, em que assentou boa parte do raciocínio empreendido pelo TPI, não encontra qualquer fundamento no TCE. Ainda segundo o TJ, nenhuma disposição deste Tratado (nomeadamente, os artigos 297.º e 307.º) pode ser interpretada no sentido de autorizar uma derrogação aos princípios (entretanto promovidos a valores) da liberdade, da democracia e do respeito dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, previstos no n.º 1 do artigo 6.º do TUE (com o Tratado de Lisboa transferidos para o artigo 2.º), enquanto fundamento da União (*vide* considerandos 303 a 307).

⁵⁷¹ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 50; Gráinne DE BÚRCA, *The European Court...*, cit., p. 29.

dos direitos fundamentais, a legalidade intrínseca do regulamento controvertido, ainda que adotado com vista à implementação de resoluções do Conselho de Segurança aprovadas ao abrigo do capítulo VII da CNU, uma vez que o mesmo se trata, não de um ato diretamente imputável a esta organização, mas de um ato comunitário⁵⁷².

Além disso, o controlo efetuado pelos referidos tribunais sobre a validade dos atos comunitários à luz dos direitos fundamentais deve ser considerado uma expressão, numa Comunidade de direito, de uma garantia constitucional decorrente do TCE enquanto sistema jurídico autónomo que não pode ser colocada em causa por um acordo internacional. Significa isto que o problema da competência do TPI e do TJ coloca-se no contexto da própria ordem jurídica comunitária, onde aliás o regulamento litigioso se insere, caracterizada entre outros aspetos pela *autonomia* e na qual aqueles órgãos são competentes para fiscalizar a validade de qualquer ato comunitário à luz dos direitos fundamentais⁵⁷³.

O TJ entendeu ainda que a deferência que as instituições comunitárias devem aos órgãos da ONU nas relações que entre ambos se estabelecem não justifica que ele deva renunciar ao exercício de uma fiscalização da legalidade do regulamento impugnado à luz dos direitos fundamentais. Tal cenário não é alterado pelo facto de as resoluções do Conselho de Segurança preverem um regime de sanções que abrange um *procedimento de reexame* que, em resultado de sucessivos e significativos melhoramentos, alegadamente protege de forma suficiente os direitos fundamentais. Segundo o Tribunal, a presença no quadro jurídico-institucional da ONU de um procedimento de reexame entregue ao Comité de Sanções, mesmo considerando as modificações que lhe foram introduzidas entre as quais uma que possibilita aos particulares visados por sanções dirigirem-se diretamente àquele órgão para requererem a eliminação dos respetivos nomes da lista recapitulativa, não pode determinar uma imunidade de jurisdição generalizada no quadro do direito comunitário, já que a mesma "*constituiria uma derrogação significativa ao regime de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais previsto no Tratado CE*" que seria

⁵⁷² O TJ aderiu ao raciocínio formulado pelo TEDH que distingue entre atos em relação aos quais o mesmo é incompetente para exercer uma fiscalização da respetiva conformidade com a CEDH e atos onde a sua competência é inquestionável. Nos primeiros estão em causa ações diretamente imputáveis à ONU, enquanto organização internacional de vocação universal que tem por missão a segurança coletiva, concretamente do seu Conselho de Segurança ou no âmbito do exercício de poderes validamente delegados por este, nos termos previstos no capítulo VII da CNU; nos segundos o objeto reside em ações imputáveis aos Estados demandados no TEDH. De outra banda, acrescentou o TJ, a adoção de resoluções do Conselho de Segurança da ONU não tem lugar no território dos Estados e não resulta de decisões das autoridades destes, a que acresce que o TEDH já se reconheceu como competente, nomeadamente em razão da pessoa, relativamente ao Estado Irlandês, não obstante a medida em causa tenha sido adotada com base num regulamento comunitário aprovado precisamente em aplicação de uma resolução do referido Conselho de Segurança.

⁵⁷³ Cfr. n.ºs 315 a 317; Giacinto della CANANEIA, *op. cit.*, p. 511; Patrícia GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 881.

injustificada "pois o referido procedimento de reexame não oferece, manifestamente, as garantias de uma tutela jurisdicional"⁵⁷⁴.

O TJ também questionou a compatibilidade do procedimento de reexame perante o Comité de Sanções com as decorrências do direito de *due process of law* tendo concluído pela negativa⁵⁷⁵. Nesse cotejo notou que tal expediente se trata de um instrumento de natureza essencialmente diplomática e interestatal, no qual as pessoas visadas pelas medidas de congelamento patrimonial não dispõem de uma efetiva e real prerrogativa de defender os seus direitos, uma vez que decidindo o referido Comité por unanimidade atribui-se o direito de veto a cada um dos seus membros; por outro lado, os referidos sujeitos não podem intervir ao longo do procedimento porquanto apenas o Governo do Estado onde eles residam ou de que sejam nacionais dispõe de tal prerrogativa. Acresce que o Comité de Sanções não está obrigado a comunicar a essas pessoas as razões e os elementos probatórios que justificaram a sua inclusão na lista recapitulativa nem a facultar-lhe o acesso, ainda que limitado, a esses dados. Enfim, o Comité não tem de fundamentar as suas decisões de indeferimento de pedidos de eliminação de nomes da referida lista.

Nessa medida, tanto o TJ como o TPI deveriam, no quadro das competências que lhes estavam atribuídas no TCE, garantir um controlo, em princípio *integral*, da legalidade dos atos comunitários à luz dos direitos fundamentais que integram os princípios gerais de direito, incluindo daqueles que, à semelhança do regulamento litigioso, visam a implementação de resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da CNU. Consequentemente, após reconhecer que o TPI praticou um "*erro de direito ao declarar, nos n.ºs 212 a 231 do acórdão recorrido Kadi (...), que decorre dos princípios que regulam a articulação das relações entre o ordenamento jurídico internacional emanado das Nações Unidas e o ordenamento jurídico comunitário que o regulamento controvertido, uma vez que se destina a implementar uma resolução adoptada pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que não deixa margem alguma para o efeito, deve beneficiar de imunidade de jurisdição quanto à respectiva legalidade interna, salvo no que diz*

⁵⁷⁴ Cfr. n.ºs 318 a 322. Neste considerando, o TJ aderiu implicitamente à conclusão n.º 54 apresentada por Miguel POIARES MADURO, que alertou precisamente para a inexistência de um "*mecanismo genuíno e efectivo de fiscalização judicial por um tribunal independente, ao nível das Nações Unidas*". Segundo o Advogado-geral, se tal mecanismo existisse a CE estaria dispensada do dever de proceder a uma fiscalização jurisdicional das medidas de implementação das resoluções do Conselho de Segurança aplicáveis no ordenamento jurídico comunitário. No entanto, a inexistência desse mecanismo, ilustrada pelo facto de a decisão de retirar, ou não, o nome de uma pessoa da lista de suspeitos de ligações a atividades terroristas depender unicamente do critério discricionário do Comité de Sanções, órgão diplomático e não jurisdicional, implica que "*o direito à tutela jurisdicional efectiva por um tribunal independente não está garantido ao nível das Nações Unidas. Consequentemente, as instituições comunitárias não estão isentas do devido processo de fiscalização judicial quando implementam resoluções do Conselho de Segurança no ordenamento jurídico comunitário*".

⁵⁷⁵ Cfr. n.ºs 323 a 325; Giacinto della CANANEIA, *op. cit.*, p. 511; Patrícia GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 889.

respeito à sua compatibilidade com as normas do jus cogens", o TJ anulou o acórdão recorrido⁵⁷⁶.

Considerando ainda que nos segmentos seguintes do acórdão impugnado, atinentes a direitos fundamentais específicos invocados pelo senhor *Kadi*, o órgão jurisdicional *a quo* se cingiu à análise da legalidade do regulamento impugnado unicamente à luz das regras de direito internacional que integram o *jus cogens*, quando se exigia dele a realização de um exame, em princípio completo, à luz dos direitos fundamentais que integram os princípios gerais de direito comunitário, o TJ também determinou a anulação do aresto⁵⁷⁷.

c) Socorrendo-se da prerrogativa prevista no artigo 61.º do Estatuto do TJUE, o TJ entendeu ainda que o recurso interposto se encontrava em condições de ser definitivamente julgado através de decisão sua, tendo passado à análise dos argumentos invocados a propósito da violação dos direitos de defesa, em especial do de audiência, e a uma fiscalização jurisdicional efetiva, concluindo de antemão que os mesmos não foram manifestamente respeitados⁵⁷⁸.

Começando precisamente pelo direito a uma tutela jurisdicional efetiva, o TJ lembrou que tal exigência constitui um *princípio geral do direito comunitário* decorrente das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, consagrada nos artigos 6.º e 13.º da CEDH, bem como no artigo 47.º da CDFUE. Nessa medida, a eficácia da fiscalização jurisdicional que deve recair sobre a legalidade dos fundamentos em que, no caso *sub judice*, se baseia a inclusão do nome de uma pessoa na lista anexa ao regulamento impugnado e que determina a imposição à mesma de medidas restritivas, impõe a obrigatoriedade de as autoridades comunitárias em causa comunicarem esses fundamentos à pessoa em causa no momento em que tal inclusão é determinada ou tão rapidamente quanto possível, de forma a permitir aos destinatários o exercício atempado do *direito de recurso* que lhe assiste⁵⁷⁹.

Relativamente aos direitos de defesa, em especial o de audiência, perante medidas de restrição patrimonial como as determinadas no regulamento impugnado não se exige que as razões da inclusão do nome de uma pessoa na lista de suspeitos de ligação ao terrorismo sejam comunicadas, pelas competentes autoridades comunitárias, previamente a essa inclusão, sob pena de comprometimento da eficácia das medidas impostas; igualmente, as referidas autoridades não se encontram obrigadas a proceder à audiência do recorrente previamente à inclusão do respetivo nome na aludida lista. O TJ admitiu inclusive que estando em causa um ato comunitário

⁵⁷⁶ Cfr. n.º 327; Albert POSCH, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁷⁷ Cfr. Patrícia GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pp. 891 e 892.

⁵⁷⁸ Cfr. n.ºs 331 a 334; Albert POSCH, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁷⁹ Cfr. n.ºs 335 e 336. A exigência de comunicação dos referidos fundamentos afigura-se imprescindível não somente para possibilitar aos destinatários das sanções a defesa dos seus direitos, bem assim a tomada de uma decisão com pleno conhecimento de causa sobre a utilidade de um recurso à jurisdição comunitária em sentido orgânico, como para fornecer a esta as condições necessárias ao controlo da legalidade sobre o regulamento impugnado, que lhe incumbe exercer por força do TCE.

destinado a executar uma resolução do Conselho de Segurança da ONU no contexto do combate ao terrorismo, considerações imperiosas relativas à segurança ou à condução das relações internacionais da CE e dos seus Estados membros podiam obstar à comunicação de determinados elementos aos interessados e à sua audição sobre esses elementos⁵⁸⁰. No entanto, o princípio da tutela jurisdicional efetiva impõe que medidas restritivas como as impostas pelo regulamento impugnado não possam escapar à fiscalização do tribunal comunitário, não obstante o ato que as prevê tenha implicações em matéria de segurança nacional e de terrorismo.

Invocando uma decisão do TEDH⁵⁸¹, o TJ entendeu que no âmbito da fiscalização jurisdicional que exerce compete-lhe (bem assim ao TPI) determinar quais as técnicas que permitem assegurar uma harmonização entre as legítimas preocupações atinentes à segurança quanto à natureza e às fontes de informação consideradas na adoção do regulamento impugnado e a necessidade de conferir ao interessado a prerrogativa de beneficiar utilmente de normas processuais⁵⁸².

Ora, nem o regulamento litigioso nem a Posição Comum (PESC) n.º 2002/402, para a qual aquele remete, previam um procedimento de comunicação dos elementos que motivaram a inclusão dos nomes das pessoas ou entidades no Anexo I do referido regulamento e de audição destes últimos aquando da inclusão ou posteriormente a ela. Acresce que o Conselho da UE não informou o recorrente dos elementos acusatórios considerados contra ele e que justificaram tanto a inclusão do seu nome no referido anexo, como a imposição das medidas restritivas, nem lhe concedeu o direito de tomar conhecimento desses elementos dentro de um prazo razoável após a aplicação dessas medidas, não proporcionando ao visado as condições necessárias para ele poder manifestar utilmente o seu ponto de vista a esse propósito. Consequentemente, os direitos de defesa do recorrente, em particular o direito de audição, não foram respeitados; igualmente, "*os recorrentes também não puderam defender os seus direitos, à luz dos referidos elementos, em condições satisfatórias, perante o juiz comunitário, de modo que também se deve concluir pela violação do referido direito a um recurso jurisdicional efetivo*"⁵⁸³.

O TJ entendeu ainda que não se encontrava em condições de proceder à fiscalização da legalidade do regulamento impugnado na medida em que o mesmo dizia respeito aos recorrentes, concluindo que, também por esse motivo, "*o direito fundamental a um recurso jurisdicional efetivo de que os mesmos beneficiam não foi respeitado no caso em apreço*". Nessa medida, há que declarar que o ato controvertido "*foi adoptado sem fornecer garantias quanto à*

⁵⁸⁰ Cfr. n.ºs 338 a 343.

⁵⁸¹ O acórdão CHAHAL vs. REINO UNIDO, de 15 de novembro de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, § 131.

⁵⁸² Cfr. n.º 344.

⁵⁸³ Cfr. n.ºs 345 a 349.

*comunicação dos elementos de acusação contra os recorrentes ou quanto à sua audição a este respeito, de forma que se deve concluir que foi adoptado de acordo com um procedimento no decurso do qual os direitos de defesa não foram respeitados, o que também teve por consequência uma violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva*⁵⁸⁴.

Na parte final do aresto⁵⁸⁵ o Tribunal considerou ainda procedente o recurso relativamente à violação do direito (fundamental) de propriedade, tal como previsto no artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 à CEDH, o qual faz parte dos princípios gerais de direito comunitário, decorrente da imposição ao senhor *Kadi* de medidas restritivas do mesmo que não foram justificadas⁵⁸⁶.

Em suma, a anulação do regulamento controvertido impôs-se na medida em que o mesmo, dizendo direta e individualmente respeito ao recorrente, violou vários princípios aplicáveis ao *iter* procedimental relativo à adoção das medidas restritivas previstas no referido ato, os quais remontam aos direitos fundamentais, em particular ao de tutela jurisdicional efetiva e às suas inferências de *due process of law*. O ato litigioso, um regulamento cujas bases jurídicas constavam do TCE, relacionou-se com posições comuns adotadas pela UE nos domínios PESC, as quais apelaram à necessidade de serem tomadas ações comunitárias com vista à execução de medidas restritivas contra pessoas suspeitas de ligações a atividades terroristas determinadas em resoluções do Conselho de Segurança da ONU.

II. Segundo momento

O caso KADI não findou por aqui, tendo conhecido novos desenvolvimentos e dando origem a duas novas decisões dos principais órgãos integrantes do TJUE⁵⁸⁷.

O redenominado TG soube extrair as devidas ilações da "lição" proferida pelo TJ relativamente ao imperativo da *proteção dos direitos fundamentais*, em especial da *tutela jurisdicional efetiva* que lhe está inerente, relativamente a todos atos das instituições europeias, inclusive quando implementem resoluções do Conselho de Segurança adotadas ao abrigo do

⁵⁸⁴ Cfr. n.ºs 351 a 353.

⁵⁸⁵ Cfr. considerandos 354 a 372.

⁵⁸⁶ Embora o direito de propriedade não revista carácter absoluto, já que o seu exercício encontra-se sujeito a restrições motivadas por razões de interesse geral relacionadas com os objetivos comunitários contando que as mesmas não constituam, atendendo à finalidade prosseguida, uma intervenção excessiva e intolerável que atente contra a própria substância do mesmo, o TJ também considerou que apesar de as medidas de congelamento impostas não constituírem uma intervenção desproporcionada e inadmissível, suscetível de afetar o núcleo essencial do direito fundamental ao respeito da propriedade das pessoas cujos nomes foram inseridas na lista constante do Anexo I do regulamento controvertido, como este ato foi adotado sem conferir aos destinatários qualquer procedimento que lhes confira uma oportunidade adequada de expor a sua causa às autoridades competentes, tal constitui uma restrição injustificada do referido direito.

⁵⁸⁷ O acórdão do TG, caso KADI vs. COMISSÃO, de 30 de setembro de 2010, proc. T-85/09, Col. 2010, pp. II-5177 e ss; e, proferido em sede de recurso deste, o acórdão do TJ, caso COMISSÃO e CONSELHO e o. vs. KADI, de 18 de julho de 2013, procs. apensos C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, disponível no sítio www.curia.europa.eu.

capítulo VII da CNU e sem conferirem àquelas margem autónoma de apreciação; em especial, o TG assimilou o entendimento respeitante à não possibilidade de os órgãos jurisdicionais inseridos no TJUE se escusarem a efetuar um controlo integral, decorrente do próprio TFUE, da legalidade interna dos referidos atos como atos de direito da União e à luz dos direitos fundamentais enquanto princípios gerais de direito da UE, e não devido à sua compatibilidade com os princípios superiores de direito internacional inseridos no *jus cogens*.

A) Novamente no quadro de um recurso de anulação discutiu-se, primeiramente no TG, a validade do Regulamento (CE) n.º 1190/2008, da Comissão, de 28 de novembro, o qual alterou o Regulamento (CE) n.º 881/2002, do Conselho, que esteve na origem do conflito⁵⁸⁸. Com aquele ato, que entrando em vigor em 3 de dezembro de 2008 aplicou-se a partir de 30 de maio de 2002, a Comissão pretendeu igualmente dar cumprimento ao precedente acórdão KADI do TJ, ensejo reafirmado no considerando 3 do respetivo preâmbulo, embora mantendo o recorrente na lista de nomes prevista no Anexo I do Regulamento (CE) n.º 881/2002.

O Conselho de Segurança assumira, entretanto, o compromisso de garantir a existência de *processos equitativos e transparentes* para efeitos de inscrição e eliminação de nomes de suspeitos da lista recapitulativa do Comité de Sanções, bem como da concessão de isenções por razões humanitárias⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Entretanto, a Resolução 1333 do Conselho de Segurança da ONU fora objeto de revisão por outras, como sejam (para além da já aludida 1390) as resoluções 1526 (de 2004), 1617 (de 2005), 1735 (de 2006), 1822 (de 2008) e 1904 (de 2009), todas adotadas ao abrigo do capítulo VII da CNU, as quais convergem na obrigação imposta aos Estados partes da ONU de procederem ao congelamento de fundos e outros recursos económicos de pessoas ou entidades associadas a *Osama Bin Laden*, à *Al-Qaida* ou aos talibãs, designadas pelo Comité de Sanções. Este órgão, além de vigiar a aplicação das medidas restritivas pelos referidos Estados, mantém atualizada a lista recapitulativa das pessoas e entidades cujos fundos e outros recursos económicos devem ser objeto de congelamento por força das referidas resoluções. Por outro lado, os Estados podem pedir ao mencionado Comité que acrescente nomes a essa lista; este órgão avaliará ainda os pedidos de eliminação de nomes da referida lista, bem como os pedidos de derrogação de medidas de congelamento de bens.

O Regulamento (CE) n.º 1190/2008 pretendia executar, em especial, a Resolução 1822, do Conselho de Segurança da ONU, a qual também reafirma o terrorismo como uma das ameaças mais graves contra a paz e a segurança internacionais e reitera a condenação de ações do género levadas a cabo pela rede *Al-Qaida*, por *Osama Bin Laden*, e pelos talibãs, prevendo a manutenção das medidas restritivas já resultantes das Resoluções 1267, 1333 e 1390. Além disso, a referida resolução confirma a obrigação de os Estados implementarem tais medidas e regula os procedimentos de inscrição (e de eliminação) de nomes na lista recapitulativa do Comité de Sanções, de revisão e atualização da mesma.

⁵⁸⁹ Adotou, para este efeito, a Resolução 1730 (de 2006), através da qual pediu ao Secretário-geral da ONU que criasse, nos serviços do secretariado dos órgãos subsidiários do Conselho de Segurança, um "*ponto focal*" encarregue de receber os pedidos de eliminação da lista. No que tange ao procedimento destes últimos decidiu ainda, através da Resolução 1904, que o Comité de Sanções seria assistido por um "*gabinete do Provedor de Justiça*", liderado por uma personalidade que oferecesse todas as garantias de imparcialidade e independência, designada por um período inicial de 18 meses a contar da data de adoção dessa resolução.

Igualmente, na Resolução 1822 o Conselho de Segurança reafirmou, a propósito do procedimento de inscrição, que, quando proponham ao Comité de Sanções a inscrição de nomes na respetiva lista recapitulativa, os Estados devem fornecer uma exposição detalhada dos fundamentos, precisando os elementos que possam ser divulgados, nomeadamente, para que o referido Comité possa elaborar uma síntese das razões ou para notificar ou informar a pessoa ou a entidade cujo nome conste da lista; por outro lado, quando acrescenta um nome na sua lista, o Comité de Sanções deve publicar no seu sítio de internet, em coordenação com os Estados autores do pedido de inscrição correspondente, uma síntese dos fundamentos da inscrição.

Previamente à adoção do ato litigioso, a Comissão transmitiu ao senhor *Kadi* uma síntese da fundamentação justificativa da inserção do seu nome na referida lista do Comité de Sanções⁵⁹⁰ e convidou-o a pronunciar-se sobre o assunto. Nessa medida, recebeu e examinou as observações que o recorrente entendeu apresentar, após o que considerou que a inclusão do nome deste na lista constante do Anexo I do Regulamento (CE) n.º 881/2002 se justificava devido à sua associação à rede *Al-Qaida*. Com este procedimento prévio à adoção do regulamento controvertido a Comissão considerou ter dado cumprimento ao acórdão KADI do TJ.

Nestas circunstâncias, o senhor *Kadi* interpôs outro recurso de anulação contra o novo regulamento na medida em que o mesmo lhe dizia respeito, solicitando ainda que o processo fosse julgado de acordo com a tramitação acelerada prevista no artigo 76.º-A do RPTG.

Invocou, em síntese e novamente, ser um homem de negócios financeiros que se depara com o congelamento dos seus fundos em toda a UE desde o dia 21 de outubro de 2001, por força de sucessivos regulamentos comunitários adotados na sequência da inscrição do seu nome na lista recapitulativa do Comité de Sanções, o último dos quais o Regulamento (CE) n.º 1190/2008 aprovado em virtude do acórdão anulatório proferido pelo TJ no pleito anterior. Mais alegou nunca ter estado envolvido em atividades terroristas nem ter apoiado financeiramente ou sob qualquer outra forma as mesmas, sendo que a sua inscrição na lista do Comité de Sanções se deve a uma solicitação dos Estados Unidos, sem que a ONU tenha realizado, de forma independente, qualquer exame das alegações formuladas contra ele.

Entre os fundamentos do recurso constou a deficiente base jurídica invocada para a aprovação do regulamento controvertido, bem como a violação de direitos fundamentais do recorrente, do direito à proteção jurisdicional efetiva e do princípio da proporcionalidade.

a) Previamente à análise destes fundamentos, o TG debruçou a atenção sobre uma questão prévia relacionada com a temática da tutela jurisdicional efetiva, concretamente, a relativa "*ao nível de fiscalização jurisdicional apropriado*" ao caso *sub judice*.

O TG não se inibiu de inventariar alguns dos aspetos mais polémicos latentes no acórdão KADI do TJ e que deixaram este órgão numa posição incómoda em virtude das reações geradas no seio das demais instituições europeias e de alguns Estados membros da União, em virtude da afirmação da prevalência do valor da proteção dos direitos fundamentais pela ordem jurídica comunitária sobre o imperativo do respeito das obrigações assumidas pelos Estados no quadro da ONU, em especial na implementação das resoluções do Conselho de Segurança.

⁵⁹⁰ Na verdade, a manutenção do nome do recorrente na lista anexa ao regulamento litigioso, que, no fundo, certifica, através de ato comunitário, a lista recapitulativa do Comité de Sanções, justificava-se com a "*síntese de fundamentação*", prevista na Resolução 1822, relativa ao recorrente, da qual constava toda uma série de elementos de facto (cujo resumo pode ler-se no n.º 50 do aresto) que preenchia as condições de inscrição do nome do senhor *Kadi* na referida lista.

Um desses aspetos prendeu-se com o alcance do artigo 307.º do TCE, cuja aplicabilidade foi afastada pelo TJ quando estejam em causa os princípios da liberdade, democracia e do respeito dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, consagrados no n.º 1 do então artigo 6.º do TUE, enquanto fundamento da União, em razão de a referida norma do Tratado de Roma permitir derrogações ao direito comunitário primário nas relações com o ordenamento internacional; de facto, no que concerne àqueles princípios o TJ interpretou o quadro constitucional definido no TCE como sendo uma ordem jurídica puramente autónoma, não subordinada às normas superiores do direito internacional, concretamente, ao direito derivado da CNU. Outro aspeto consistiu no não reconhecimento da extensão da prevalência desta sobre o direito comunitário primário, já que a mesma não deixa de constituir um acordo entre Estados, o qual ainda que celebrado antes da adoção do Tratado de Roma não deixa de se equiparar a um acordo internacional celebrado entre a Comunidade e um ou vários Estados ou organizações internacionais na aceção do artigo 300.º TCE.

Seguidamente, o TG clarificou que o *princípio do recurso de uma decisão sua*, bem como a *estrutura jurisdicional hierárquica onde ele se encontra inserido* resultante daquele princípio, aconselham-no a não colocar em causa as questões de direito decididas pelo TJ, tanto mais que este reuniu em Grande Secção e pretendeu manifestamente proferir uma decisão de princípio sobre o assunto. Nessa medida, as respostas às interrogações suscitadas pelas instituições, pelos Estados membros e outros quadrantes jurídicos interessados, na sequência da decisão *Kadi* do TJ, devem ser dadas por este no quadro de futuros processos que tenha de decidir⁵⁹¹.

Lembrando que o entendimento manifestado pelo TJ mereceu o acolhimento de alguns tribunais nacionais⁵⁹², inclusivamente de Estados não membros da UE⁵⁹³, o TG refutou a posição, partilhada entre a Comissão, o Conselho e os Estados membros que intervieram no processo, que preconizava a ideia de "*justo equilíbrio*" entre o direito fundamental a uma fiscalização jurisdicional efetiva de que dispõem as pessoas cujos fundos foram objeto de congelamento por força de uma medida comunitária e a necessidade de combate ao terrorismo internacional em conformidade com as resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da CNU⁵⁹⁴. Segundo o TG, o carácter *restritivo* do controlo que, na ótica

⁵⁹¹ Cfr. n.º 121.

⁵⁹² Da *United Kingdom Supreme Court*, no caso AHMED e o. vs. HER MAJESTY'S TREASURY, o qual deu origem ao acórdão de 27 de janeiro de 2010.

⁵⁹³ Da *Cour Federal du Canada*, de 4 de junho de 2009, no âmbito do caso ABOUSFIAN ABDELRAZIK vs. THE MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS AND THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA.

⁵⁹⁴ Esse justo equilíbrio implica que a intensidade e o alcance do controlo jurisdicional levado à cabo pelo juiz comunitário devem ser *restritos*, isto é, limitados à apreciação da factualidade e do circunstancialismo invocados para justificar as medidas de congelamento dos fundos em causa, bem como à verificação dos elementos de prova e informações em que assenta essa apreciação, sem que o tribunal comunitário possa substituir-se na apreciação daqueles elementos (provas, factos e circunstâncias que justificam a adoção dessas medidas pelas instituições comunitárias). Por conseguinte, tal controlo restrito limita-se à verificação do respeito de regras processuais e de

da Comissão e do Conselho, os tribunais organicamente da UE deveriam efetuar "*equivaleria a levar a cabo, não uma fiscalização jurisdicional efectiva do tipo exigido pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão Kadi, mas um simulacro dessa fiscalização*", o que não deixaria de se traduzir na reincidência de um comportamento já qualificado por este de "*erro de direito*"; por outro lado, cabe apenas ao TJ, e não a ele, "*mudar, sendo caso disso, a orientação da jurisprudência, se considerar que tal se justifica à luz, nomeadamente, dos graves inconvenientes invocados pelas instituições e pelos governos intervenientes*"⁵⁹⁵.

Aderindo a parte da argumentação utilizada pelo TJ no seu acórdão KADI, o TG lembrou (i) que a execução das resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da CNU tem lugar de acordo com as modalidades que o direito interno de cada país da ONU prevê para esta matéria; por outro lado (ii) os princípios que regem o ordenamento internacional emanado da ONU não implicam a exclusão de um controlo jurisdicional da legalidade interna de um ato comunitário, como o regulamento impugnado, à luz dos direitos fundamentais, pelo facto de esse ato se destinar a implementar uma resolução; (iii) mais: essa imunidade de jurisdição também não encontra qualquer fundamento no TCE; enfim, (iv) a fiscalização, pelo TJ, da validade dos atos das instituições à luz dos direitos fundamentais deve ser considerada a expressão, numa *Comunidade de direito*, de uma garantia constitucional decorrente do TCE enquanto sistema jurídico autónomo que não pode ser colocado em causa por um acordo internacional e que, em virtude disso, os tribunais organicamente comunitários devem, no quadro competencial em que estão investidos pelo TCE, assegurar uma fiscalização, em princípio *integral*, da legalidade de todos os atos das instituições à luz dos direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário, incluindo daqueles que se destinam a implementar resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da CNU⁵⁹⁶.

O TG não deixou de exercer algum juízo de censura sobre os instrumentos definidos pelo Conselho de Segurança para garantir a existência de *processos equitativos e transparentes*

fundamentação, da exatidão material dos factos, bem assim da inexistência de erro manifesto na apreciação dos factos e de desvio de poder.

⁵⁹⁵ Cfr. n.º 123.

⁵⁹⁶ Cfr. n.ºs 125 a 127, onde concluiu "*que lhe incumbe assegurar, no caso vertente, tal como o Tribunal de Justiça declarou nos n.ºs 326 e 327 do seu acórdão Kadi, uma fiscalização, «em princípio, integral», da legalidade do regulamento impugnado à luz dos direitos fundamentais, sem fazer beneficiar o referido regulamento de qualquer imunidade jurisdicional com o fundamento de que o mesmo se destina a implementar resoluções adoptadas pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da Carta das Nações Unidas (...) pelo menos, enquanto os processos de reexame instituídos pelo Comité de Sanções não oferecerem manifestamente garantias de uma tutela jurisdicional efectiva, como o Tribunal de Justiça deixou subentender no n.º 322 do seu acórdão Kadi*".

relativamente à inscrição (e eliminação) de nomes de suspeitos da lista recapitulativa do Comité de Sanções⁵⁹⁷.

Por outro lado, consolidou a jurisprudência KADI do TJ relativamente ao alcance e à intensidade da fiscalização jurisdicional que ao juiz do Luxemburgo compete exercer, a qual deve ser *ampla e profunda* de forma a abranger não apenas o "mérito aparente" do ato impugnado, mas também os elementos probatórios e de informação onde se fundaram as considerações realizadas no mesmo.

Assim, reforçou que a fiscalização da legalidade dos atos comunitários que implementem resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da CNU deve ser, "*em princípio, integral*" e exercida "*em conformidade com as competências de que [os órgãos jurisdicionais comunitários] estão investid[os] ao abrigo do Tratado CE*", desde logo devido à rejeição da primitiva tese propalada por si segundo a qual os atos em causa deveriam beneficiar de "imunidade de jurisdição". Por outro lado, entendeu que a referida fiscalização deve, designadamente, incidir sobre a legalidade dos fundamentos em que o ato comunitário impugnado se baseia, o que abrange um controlo do mérito do ato impugnado tal como dos vícios de que o mesmo pode enfermar⁵⁹⁸.

Enfim, muito embora razões imperiosas relativas à segurança ou à direção das relações externas da CE e dos respetivos Estados membros possam obstar à transmissão de alguns elementos aos interessados, tal não justifica, no que tange à observância do princípio da tutela jurisdicional efetiva, que medidas restritivas como as previstas no regulamento litigioso escapem à fiscalização do juiz comunitário com base no argumento que o ato que as prevê tem implicações em matéria de segurança nacional e de terrorismo. Nessas situações, o referido juiz deve valer-se, no âmbito do controlo jurisdicional que exerce, de técnicas que permitam uma harmonização entre, por um lado, as justificadas razões de segurança quanto à natureza e às fontes de informação que foram tomadas em consideração na adoção do ato em causa e, por outro, a necessidade de conferir ao interessado o direito de beneficiar das regras processuais de

⁵⁹⁷ Designadamente, criticou o mecanismo do ponto focal, não obstante o seu reforço através do gabinete do Provedor de Justiça, na medida em que o mesmo não permite abalar o princípio segundo o qual a supressão do nome de uma pessoa da referida lista carece de consenso no seio do aludido Comité. Igualmente, não deixou de notar, por um lado, que nem sempre o Conselho de Segurança considerou necessária a existência de um órgão imparcial e independente encarregue de se pronunciar, em matéria de direito e de facto, sobre os recursos interpostos contra as decisões individuais tomadas pelo Comité de Sanções, bem como, por outro lado, que a determinação dos elementos probatórios suscetíveis de revelação ao interessado mantém-se um domínio da total discricionariedade do Estado que propôs a sua inscrição na lista do Comité de Sanções, e nenhum instrumento garante que o interessado dispõe de elementos de informação suficientes para se poder defender utilmente (cfr. n.º 128). Por estas razões, a instituição do "ponto focal" e do Provedor de Justiça não pode ser equiparada à criação de um recurso jurisdicional efetivo contra as decisões do Comité de Sanções, razão pela qual o controlo levado a efeito pelos tribunais comunitários sobre as medidas comunitárias de congelamento de fundos apenas será efetiva se disser respeito, indiretamente, às apreciações de fundo cerzidas pelo Comité de Sanções e aos elementos que lhes subjazem.

⁵⁹⁸ Cfr. n.ºs 132 e 133.

forma suficiente⁵⁹⁹, designadamente, que respeitem os direitos de defesa e ao conhecimento dos elementos de prova e de informação que justificaram a aplicação das medidas restritivas.

Visando a realização de uma fiscalização ampla, profunda e integral, o TG também consolidou a sua jurisprudência OMPI⁶⁰⁰, na qual estabeleceu que o controlo jurisdicional da legalidade de uma decisão de congelamento de fundos é realizado através do recurso de anulação, onde o juiz comunitário indaga da existência de qualquer um dos vícios previstos no segundo parágrafo do atual artigo 263.º do TFUE. O referido órgão jurisdicional também dispõe de um amplo poder de apreciação, em especial no que diz respeito às considerações de oportunidade em que assentam as decisões das instituições, relativamente aos elementos a considerar com vista à aplicação de sanções económico-financeiras com base nos artigos 60.º, 301.º e 308.º do TCE, em conformidade com uma posição comum adotada nos domínios PESC⁶⁰¹.

Nessa medida, o juiz comunitário deve controlar, não apenas a exatidão material, a fiabilidade e a coerência dos *elementos probatórios* indicados, mas também se eles constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser considerados para analisar a situação, em particular se os mesmos são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram. Acresce que a fiscalização jurisdicional da legalidade de uma decisão comunitária de congelamento de fundos abrange a *apreciação dos factos e das circunstâncias invocadas* para a justificar, bem assim o controlo dos *elementos de prova e de informação* em que se baseia essa análise. O tribunal deve ainda assegurar o *respeito dos direitos de defesa* e o *cumprimento da exigência de fundamentação*, bem como a *justeza das considerações imperiosas* excepcionalmente invocadas pela instituição autora do ato impugnado para não observar tais requisitos.

O TG enfatizou também que a fiscalização jurisdicional da legalidade de decisões comunitárias de congelamento de fundos se apresenta particularmente indispensável pois constitui a única garantia processual que permite assegurar um justo equilíbrio entre as exigências do combate ao terrorismo internacional e a *proteção dos direitos fundamentais*. Na medida em que as limitações impostas pelas instituições europeias aos direitos de defesa dos interessados devem ser compensadas por uma estrita fiscalização jurisdicional independente e imparcial, o tribunal comunitário deve poder controlar a legalidade e a justeza das medidas de congelamento dos fundos, sem que a isso possa obstar o carácter sigiloso dos elementos de prova e de informação invocados pela instituição autora do ato. Por esta razão, o TG também reforçou

⁵⁹⁹ Cfr. n.º 134.

⁶⁰⁰ Acórdão OMPI vs. CONSELHO, de 12 de dezembro de 2006, proc. T-228/02, Col. 2006, pp. II-4665 e ss.

⁶⁰¹ Cfr. n.ºs 140 e 141.

a sua jurisprudência PMOI II⁶⁰², na qual estabeleceu que as instituições europeias não podem basear decisões de congelamento de fundos em informações ou elementos processuais transmitidos por um Estado membro se este não estiver disposto a permitir a sua comunicação ao órgão jurisdicional comunitário competente para fiscalizar a legalidade das mesmas⁶⁰³. Na verdade, a falta de transmissão desses elementos implica que o tribunal fique impossibilitado de exercer a sua fiscalização sobre a legalidade das decisões impugnadas, circunstancialismo que implica uma violação do direito fundamental do recorrente a uma fiscalização jurisdicional efetiva⁶⁰⁴.

Por outro lado, centrando-se na natureza e nos efeitos temporais das medidas de congelamento patrimonial aplicadas, o TG lembrou que as mesmas são particularmente opressivas dos direitos dos seus destinatários, sendo que o recorrente está sujeito há cerca de 10 anos a sanções que implicam que o mesmo apenas possa dispor do seu património mediante prévia autorização do Comité de Sanções, e recordou as considerações cerzidas no aresto KADI do TJ relativamente à violação do direito fundamental de propriedade⁶⁰⁵.

b) Somente após estas considerações é que o TG entendeu apreciar os fundamentos invocados pelo senhor *Kadi* para motivar o recurso de anulação, os quais assentaram na violação dos direitos fundamentais de defesa e a uma tutela jurisdicional efetiva.

Neste quadrante, reforçou que a sua competência é exercida num quadro de uma fiscalização em princípio *integral* e que o regulamento impugnado não beneficia de qualquer *imunidade de jurisdição*. Nessa medida, considerou que os direitos de defesa do recorrente foram respeitados apenas num plano "*meramente formal e aparente*", uma vez que a Comissão considerou-se absolutamente adstrita às apreciações feitas pelo Comité de Sanções sem que em momento algum considerasse colocá-las em crise em função das observações do recorrente⁶⁰⁶, não conferindo a este a prerrogativa de fazer valer de forma útil o seu ponto de vista; por outro lado e não obstante as solicitações expressas do recorrente, jamais a Comissão permitiu o acesso deste aos elementos de prova utilizados contra ele, sem tão-pouco justificar tal restrição com base no interesse público da proteção da confidencialidade das fontes de informação. Consequentemente, os escassos elementos de informação e as alegações vagas que se encontram

⁶⁰² Acórdão PMOI II *vs.* CONSELHO, de 4 de dezembro de 2008, proc. T-284/08, Col. 2008, pp. II-3487 e ss, n.ºs 74 a 78.

⁶⁰³ Cfr. Elena BRATANOVA, *op. cit.*, pp. 8 a 10.

⁶⁰⁴ Igualmente aludindo à decisão CHAHAL, do TEDH, pré-invocada pelo TJ, o TG entendeu que o interesse, público e geral, da segurança nacional, cuja prossecução pode implicar a utilização de informações confidenciais, não legítima que as autoridades nacionais escapem à fiscalização dos tribunais internos pelo simples facto de afirmarem que o processo diz respeito à referida segurança e ao terrorismo (cfr. n.º 146).

⁶⁰⁵ Cfr. n.ºs 149 e 150. Com efeito, tendo em conta a duração média da vida do ser humano, pode questionar-se se 10 anos não contrariam a natureza cautelar e preventiva das medidas aplicadas, entrando as mesmas já num plano de confisco, o qual é lesivo da essência do direito de propriedade privada.

⁶⁰⁶ Cfr. n.º 171.

na síntese da fundamentação do ato impugnado são manifestamente insuficientes para permitir ao recorrente refutar eficazmente as acusações que lhe são dirigidas relativamente à sua alegada participação em atividades terroristas. O TG não deixou de assinalar a absoluta ausência de esforço da Comissão no sentido de refutar os elementos absolutórios esgrimidos pelo recorrente, inclusive "*nos raros casos em que as alegações formuladas contra ele eram suficientemente precisas para lhe permitir compreender aquilo de que era acusado*"⁶⁰⁷, tendo concluído que o regulamento impugnado havia sido aprovado em violação dos direitos de defesa do recorrente.

Considerando a conexão existente entre os direitos de defesa e o direito à proteção jurisdicional efetiva, o TG concluiu igualmente que o recorrente, não podendo dispor de qualquer tipo de acesso útil, por mais insignificante que fosse, às informações e aos elementos probatórios contra si utilizados, também não pôde defender os seus direitos, à luz desses elementos, em condições satisfatórias perante o tribunal comunitário, pelo que o referido direito à uma proteção jurisdicional efetiva também foi violado⁶⁰⁸. Não tendo o menosprezo por este direito sido sanado no âmbito do recurso de anulação *sub judice*, porquanto nenhuma informação ou elemento de prova contra o recorrente pôde ser objeto de verificação pelo TG, este limitou-se a concluir que não estava em condições de proceder à fiscalização da legalidade do regulamento controvertido.

Atendendo ao alcance geral e à duração efetiva das medidas de congelamento patrimonial aplicadas, o TG entendeu ainda que, uma vez que o regulamento impugnado fora adotado sem oferecer ao recorrente qualquer garantia que lhe possibilitasse expor as suas razões às autoridades competentes, num quadro em que a restrição ao seu direito de propriedade é considerável, tais medidas constituíam uma restrição injustificada do direito de propriedade do recorrente e eram violadoras do princípio da proporcionalidade⁶⁰⁹.

Posto isto, o Tribunal anulou o Regulamento (CE) n.º 1190/2008.

B) Inconformados, a Comissão e o Conselho recorreram do acórdão do TG. Insistindo no estatuto de *imunidade de jurisdição* que decorre do direito internacional, solicitaram ao TJ que apreciasse um alegado erro de direito resultante do não reconhecimento desse estatuto ao regulamento controvertido, uma vez que o TG desconsiderou tanto a responsabilidade do Conselho de Segurança na determinação das medidas necessárias à manutenção da paz e da segurança internacionais, como a prevalência das obrigações decorrentes da CNU sobre as decorrentes de outros acordos internacionais; além do mais, as instituições europeias estar-se-iam a substituir às instâncias internacionais em áreas que se inserem na competência destas.

⁶⁰⁷ Cfr. n.º 178.

⁶⁰⁸ Cfr. n.º 181.

⁶⁰⁹ Cfr. n.ºs 192 a 194.

Remetendo para o seu primitivo acórdão KADI⁶¹⁰, o TJ afirmou a manutenção dos argumentos que sustentaram a sua posição anterior por estar em causa a "garantia constitucional que representa, numa União de direito, a fiscalização jurisdicional da legalidade de quaisquer atos da União, incluindo os que, como no caso em apreço, aplicam um ato de direito internacional, à luz dos direitos fundamentais consagrados pela União". Por outro lado, sem questionar a primazia das resoluções do Conselho de Segurança no plano internacional, consolidou o entendimento de não reconhecer qualquer estatuto de imunidade de jurisdição aos atos da UE que apliquem medidas restritivas decididas a nível internacional⁶¹¹, na medida em que o respeito devido pelas instituições europeias aos organismos da ONU não pode implicar a inexistência de controlo da legalidade desses atos à luz dos direitos fundamentais, os quais integram os princípios gerais do direito da União⁶¹².

Os recorrentes invocaram mais dois erros de direito que o TJ apreciou conjuntamente; um, relativo ao nível de intensidade da fiscalização jurisdicional definida no acórdão do TG⁶¹³; outro, a propósito da análise dos fundamentos de anulação respeitantes à violação dos direitos de defesa, do direito a uma proteção jurisdicional efetiva e do princípio da proporcionalidade.

Aludindo novamente à sua decisão anterior, bem assim ao aresto recorrido, o TJ reforçou o entendimento relativo ao dever que incide sobre os órgãos integrados na instituição jurisdicional da UE de, em conformidade com as competências em que foram investidos no Tratado de Roma, assegurarem um controlo, em princípio *integral*, da legalidade de *todos* os atos da União, à luz dos direitos fundamentais que fazem parte integrante da ordem jurídica europeia, incluindo dos que se destinam a executar resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da CNU⁶¹⁴. Aplicando já o novo TFUE, que entretanto iniciou vigência, acrescentou que essa exigência decorre do segundo parágrafo do artigo 275.º do referido Tratado.

⁶¹⁰ Com efeito, no n.º 66 deste aresto, o TJ remeteu para os considerandos 291 a 327 da sua anterior decisão.

⁶¹¹ Essa consolidação iniciou-se com o acórdão HASSAN e AYADI vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 3 de dezembro de 2009, procs. apensos C-399/06 P e C-403/06 P, Col. 2009, pp. I-11393 e ss, n.ºs 69 a 75.

⁶¹² Na síntese de Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 50, "*nem o controlo de um Regulamento da UE de execução de uma Resolução do CS das NU põe em causa a primazia desta última, nem a anulação do Regulamento da UE implica a invalidade da Resolução do CS em que se baseia*"; ver também Albert POSCH, *op. cit.*, p. 4.

⁶¹³ Os recorrentes insistiram na tese segundo a qual o direito internacional impõe que a fiscalização jurisdicional deve ser *restrita*, limitada à apreciação de erros manifestos de apreciação, uma vez que estão em causa atos que refletem opções resultantes de avaliações complexas. Por outro lado, o respeito dos direitos fundamentais não exige a comunicação dos elementos de informação e de prova utilizados contra o senhor *Kadi*, além do que a exposição de motivos facultada pelo Comité de Sanções e comunicada àquele permitiu-lhe compreender os motivos da inscrição do seu nome nas listas anexas ao Regulamento (CE) n.º 881/2002 e atos subsequentes, entre eles o regulamento controvertido.

⁶¹⁴ Cfr. n.º 97. Nos considerandos seguintes pode ler-se que "*Entre estes direitos fundamentais figuram, nomeadamente, o respeito dos direitos de defesa e o direito a uma proteção jurisdicional efetiva*", os quais encontram-se previstos, respetivamente, nos artigos 41.º, n.º 2, e 47.º, da CDFUE. Segundo o TJ, o direito a uma proteção jurisdicional efetiva "*exige que o interessado possa conhecer os fundamentos em que se baseia a decisão contra ele tomada, quer através da leitura da própria decisão quer através da comunicação destes fundamentos, feita a seu pedido, sem prejuízo do poder do juiz competente de exigir à autoridade em causa que comunique esses*

Relembrando, por outro lado, que inexistem direitos absolutos, uma vez que o n.º 1 do artigo 52.º da CDFUE prevê a possibilidade de estabelecimento de limitações que, respeitando o núcleo essencial dos direitos fundamentais em causa bem como o princípio da proporcionalidade, se fundem na necessidade de atender aos objetivos de interesse geral da União, o TJ acentuou a importância da exigência, decorrente do direito de *due process of law*, de *fundamentação* dos atos restritivos de direitos fundamentais, *in casu*, dos direitos de defesa e a uma proteção jurisdicional efetiva, invocando, designadamente, as circunstâncias específicas do caso concreto onde operaram as restrições, nas quais avultam a natureza do ato em causa, o contexto da sua adoção e as normas jurídicas que regem a matéria.

No caso em apreço, estando em causa a preservação da paz e da segurança internacionais no respeito do direito internacional, em particular dos princípios da CNU, objetivo a que a União está vinculada nos termos dos artigos 3.º, n.ºs 1 e 5, e 21.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a) e c), do TUE, havia que determinar se a privação do acesso aos elementos de prova e de informação, tanto da parte dos tribunais da União como do senhor *Kadi*, utilizados contra este, constituía uma violação dos direitos de defesa e a uma tutela jurisdicional efetiva.

O TJ reconheceu a competência do Conselho de Segurança, constante do artigo 24.º da CNU, para assegurar a manutenção da paz e da segurança internacionais e determinar o que constitui uma ameaça a estes valores, bem como para adotar, através das resoluções previstas no capítulo VII da referida Carta, as medidas necessárias à sua manutenção ou restabelecimento em conformidade com os objetivos e princípios da ONU, entre eles o respeito dos direitos do homem; igualmente admitiu a competência do Comité de Sanções para, sob proposta de um Estado parte das Nações Unidas fundada numa "*exposição de motivos*" que deve conter "*uma exposição tão detalhada quanto possível dos motivos do pedido de inscrição*", a "*natureza dos elementos de informação*" e "*todos os elementos de informação ou documentos justificativos que possam ser fornecidos*", designar, em aplicação dos critérios definidos pelo Conselho de Segurança, as pessoas e entidades cujos fundos e outros recursos económicos devem ser objeto de medidas de congelamento⁶¹⁵.

fundamentos, a fim de lhe permitir defender os seus direitos nas melhores condições possíveis e decidir com pleno conhecimento de causa se é útil recorrer ao juiz competente, bem como para dar a este último todas as condições para exercer a fiscalização da legalidade da decisão em causa".

⁶¹⁵ Cfr. n.º 105. Lembrando novamente o anterior acórdão KADI da sua autoria, o TJ enfatizou que no contexto da aplicação, pela UE, das resoluções do Conselho de Segurança adotadas ao abrigo do capítulo VII da CNU, através de posições ou ações comuns aprovadas pelos Estados membros em conformidade com as disposições do TUE relativas à PESC, cabe à autoridade competente da União ter em devida conta tanto os termos e objetivos dessas resoluções, como as obrigações pertinentes que decorrem da referida Carta relativamente a essa execução. A competente autoridade da UE deve, com base na "*exposição dos motivos*" que lhe foi transmitida pelo Comité de Sanções, inscrever ou manter a inscrição do nome de alguma pessoa ou entidade na lista anexa ao Regulamento (CE) n.º 881/2002.

Nessa medida, o respeito dos direitos de defesa e a uma proteção jurisdicional efetiva exige, por um lado, que no quadro do processo de inscrição ou manutenção do nome de uma pessoa na lista anexa ao Regulamento (CE) n.º 881/2002 a autoridade da União comunique ao interessado os elementos de que dispõe contra si, constituídos no mínimo pela exposição de motivos fornecida pelo Comité de Sanções, para fundamentar a sua decisão, de forma a permitir àquele a defesa dos seus direitos nas melhores condições possíveis e a tomada de uma decisão com pleno conhecimento de causa sobre se é útil recorrer ao tribunal da União⁶¹⁶. Por outro lado, do aresto *LIRESTAL e o. vs COMISSÃO* também decorre que a competente autoridade europeia deve permitir ao interessado que dê a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre as razões contra ele invocadas.

O TJ não questionou que a Comissão, enquanto autora do ato controvertido, tivesse dado cumprimento àquelas exigências. No entanto, chamou a atenção para a obrigatoriedade de, uma vez apresentadas observações pelo interessado a propósito da exposição de motivos, a referida instituição analisar, cuidadosa e imparcialmente, o fundamento dos motivos alegados, tendo em conta as observações e os eventuais elementos ilibatórios que as acompanham. Tal dever pode implicar a necessidade de solicitar, tanto ao Comité de Sanções como ao país da ONU que propôs a inscrição da pessoa ou entidade em causa na lista recapitulativa daquele, a comunicação das informações ou dos elementos prova, confidenciais ou não, que lhe permitam cumprir o *dever de exame cuidadoso e imparcial*⁶¹⁷. De igual forma, o dever previsto no artigo 296.º do TFUE implica sempre, mesmo quando a justificação de um ato da União assenta em razões invocadas por uma instância internacional, que a fundamentação identifique as razões individuais, específicas e concretas, que as autoridades competentes consideraram para que alguém fosse destinatário de medidas restritivas⁶¹⁸.

Na eventualidade de o visado de medidas restritivas impugnar contenciosamente a legalidade da decisão de inscrição ou manutenção do respetivo nome no Anexo I ao Regulamento (CE) n.º 881/2002, o processo jurisdicional através do qual o juiz da União efetua tal controlo deve ter por objeto o respeito das regras de forma e de competência, bem como a adequação da base jurídica invocada; além disso, o tribunal deve analisar o respeito, por parte da competente autoridade europeia, das garantias processuais acima aludidas⁶¹⁹, bem como do dever

⁶¹⁶ Cfr. n.º 111.

⁶¹⁷ Assim decorre do espírito de cooperação útil que, ao abrigo do n.º 1 do artigo 220.º do TFUE (ex-artigos 302.º e 304.º do TCE e ex-ex-artigos 229.º e 232.º do TCEE), deve presidir às relações da UE com os órgãos da ONU no domínio da luta contra o terrorismo internacional.

⁶¹⁸ Cfr. n.ºs 114 a 116.

⁶¹⁹ Ou seja, por um lado, a referente à necessidade de a competente autoridade da UE comunicar ao interessado os elementos de informação e prova onde fundamentou a decisão de aplicação de medidas restritivas, constituídos, pelo menos, pela exposição de motivos fornecida pelo Comité de Sanções, uma vez que só assim se permite àquele defender os seus direitos nas melhores condições possíveis e decidir com conhecimento de causa se é útil recorrer ao

de fundamentação, nomeadamente, o carácter suficientemente preciso e concreto dos fundamentos individuais invocados para justificar tal decisão.

Tendo por escopo a delimitação do âmbito da tutela jurisdicional efetiva no caso *sub judice*, o TJ acrescentou que a efetividade da fiscalização jurisdicional garantida pelo artigo 47.º da CDFUE exige ainda que no quadro do controlo de legalidade das razões em que se baseou a decisão de inscrever ou manter o nome de determinada pessoa na lista anexa ao Regulamento (CE) n.º 881/2002, o juiz da União se certifique que essa decisão, revestindo alcance individual para o visado, assenta numa *base factual razoavelmente sólida*. Tal implica um exame dos factos alegados na exposição de motivos em que se baseia a mencionada decisão, pelo que a referida fiscalização jurisdicional não se limita à apreciação da probabilidade abstrata dos motivos invocados, antes tem por objeto o problema de saber se essas razões têm fundamento⁶²⁰. Nesse exame o Tribunal solicita, se necessário, à competente autoridade da UE a apresentação das informações e dos elementos de prova, confidenciais ou não, pertinentes⁶²¹. Em caso de contestação é sobre esta que incide o ónus da prova cabendo-lhe demonstrar que as razões

controlo efetuado pelo tribunal da União; por outro lado, a relativa à exigência de a referida autoridade permitir que o interessado dê a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre as razões contra ele invocadas.

⁶²⁰ Cfr. n.º 119.

⁶²¹ Não se exige da competente instituição europeia a apresentação de todos os elementos de informação e prova inerentes às razões invocadas na exposição de motivos apresentada pelo Comité de Sanções. Os elementos apresentados devem, contudo, alicerçar as razões invocadas contra a pessoa em causa. Se a referida autoridade não puder atender à solicitação do Tribunal, este basear-se-á apenas nos elementos que lhe foram comunicados, *in casu*, as indicações contidas na exposição de motivos apresentada pelo Comité de Sanções, as observações e os elementos ilibatórios eventualmente apresentados pela pessoa em causa e a resposta da competente autoridade da União a estas observações. Se estes elementos não permitirem declarar que uma razão tem fundamento, o Tribunal afastá-la-á como base da decisão de inscrição ou de manutenção do nome em causa. Ao invés, se a competente autoridade da União fornecer os elementos de informação e prova pertinentes, o Tribunal deverá verificar a exatidão material dos factos alegados tendo em conta esses elementos e apreciar a força probatória dos mesmos em função das circunstâncias do caso concreto e à luz das eventuais observações apresentadas, nomeadamente, pela pessoa em causa a respeito dos mesmos.

Tal como sucedera no primeiro acórdão KADI, o TJ não excluiu que considerações imperiosas respeitantes à segurança da UE ou dos seus Estados membros ou à condução das suas relações externas se pudessem opor à comunicação de determinadas informações ou determinados elementos de prova à pessoa em causa. Nessa situação, cabe ao Tribunal, a quem não pode ser invocado o segredo ou a confidencialidade dessas informações ou elementos, recorrer, no quadro da fiscalização jurisdicional que exerce, a técnicas que permitam harmonizar, por um lado, aspetos legítimos de segurança relativos à natureza e fontes de informação que foram consideradas para a adoção do ato em causa e, por outro, a exigência de garantir de forma suficiente ao destinatário das medidas o respeito dos seus direitos processuais, como o direito de ser ouvido e o princípio do contraditório. Ao analisar todos os elementos de facto e de direito fornecidos pela competente autoridade europeia, o tribunal da União deve verificar a procedência das razões invocadas por aquela para se opor a essa comunicação; se concluir que essas razões não colidem com a comunicação das informações ou dos elementos de prova em causa, conferirá à autoridade da União a possibilidade de proceder a essa comunicação à pessoa interessada. Se a referida autoridade se opuser à comunicação de todas ou de uma parte dessas informações ou elementos de prova, o tribunal procederá, então, ao exame da legalidade do ato impugnado apenas com base nos elementos que foram comunicados. Diferentemente, verificando que as razões invocadas pela competente autoridade europeia se opõem efetivamente à comunicação à pessoa em causa de informações ou de elementos de prova apresentados ao juiz da União, é necessário ponderar adequadamente as exigências ligadas ao direito a uma proteção jurisdicional efetiva, em particular ao respeito pelo *princípio do contraditório*, e as que decorrem da segurança da UE ou dos seus Estados membros ou da condução das suas relações internacionais.

invocadas contra a pessoa em causa têm fundamento, não competindo ao visado das medidas restritivas provar pela negativa que tais razões não têm fundamento⁶²².

Sobre o Tribunal incide o dever de anular o ato impugnado se concluir que as razões apresentadas pelo Comité de Sanções, na exposição dos motivos, não são suficientemente precisas e concretas, não estando demonstradas nem constituindo uma base suficiente para fundamentar o referido ato. Este controlo jurisdicional permite garantir um justo equilíbrio entre a preservação da paz e da segurança internacionais e a salvaguarda das liberdades e dos direitos fundamentais⁶²³ do destinatário do ato e das inerentes sanções, aspetos que constituem valores partilhados entre a ONU e a UE.

Segundo o TJ, tal controlo afigura-se imprescindível na medida em que, sem embargo das melhorias introduzidas posteriormente à adoção do regulamento litigioso, os procedimentos de exclusão e de revisão oficiosa instituídos ao nível da ONU não conferem à pessoa cujo nome é inscrito na lista recapitulativa do Comité de Sanções, e seguidamente na lista que figura no Anexo I do Regulamento (CE) n.º 881/2002, as garantias de uma proteção jurisdicional efetiva⁶²⁴. Na verdade, a tutela jurisdicional só é efetiva se permitir a essa pessoa requerer ao juiz que, mediante um acórdão anulatório que elimine retroativamente da ordem jurídica europeia o ato impugnado, declare que a inscrição ou a manutenção do seu nome na referida lista sofre de ilegalidade(s), cujo reconhecimento é suscetível de reabilitar a pessoa em causa ou de constituir para ela uma forma de reparação do prejuízo moral sofrido⁶²⁵.

Após esta ampla fundamentação e uma vez que a Comissão não havia apresentado qualquer elemento de informação ou de prova comprovativo das razões invocadas pelo Comité de Sanções na respetiva exposição de motivos para a inscrição do nome do senhor *Kadi* na lista recapitulativa do Comité de Sanções, bem como, ao nível da UE, no subsequente Anexo I do Regulamento (CE) n.º 881/2002, que demonstrassem o envolvimento do recorrido à rede *Al-Qaida*, a *Osama Bin Laden* ou a atividades terroristas, sendo que o senhor *Kadi* havia refutado cabal e justificadamente todas as acusações contra si dirigidas, o TJ julgou o recurso improcedente e manteve a anulação do regulamento impugnado já determinada pelo TG.

⁶²² Na versão portuguesa do aresto (considerando n.º 121) consta um *lapsus calami*, ao referir-se que caberia à autoridade europeia competente "*demonstrar que os motivos invocados contra a pessoa em causa não têm fundamento...*". Com efeito, o "não" em causa está a mais.

⁶²³ Em causa está a perturbação significativa da vida profissional e familiar da pessoa em causa devido às restrições ao direito de propriedade com que ela se confronta, bem como a desonra e a desconfiança públicas que as medidas restritivas suscitam para ela.

⁶²⁴ O TJ enfatizou que este juízo fora já formulado pelo TEDH, designadamente, no acórdão de 12 de setembro de 2012, *NADA vs. SUÍÇA*, ainda não publicado.

⁶²⁵ Cfr. n.ºs 133 e 134.

2.7. A tutela jurisdicional efetiva e alguns aspetos da tramitação dos processos nos órgãos integrados no Tribunal de Justiça da União Europeia

Inseridos na instituição jurisdicional da União, o TJ, o TG e os tribunais especializados exercem as suas competências mediante formas de tramitação processual próprias. Enformado por princípios e regras que se inspiram nos ordenamentos jurídicos internos e plasmados em instrumentos normativos específicos, o designado *direito processual da UE* é constituído primordialmente pelos Tratados, pelo Estatuto do TJUE e pelos regulamentos de processo dos três órgãos jurisdicionais em que a referida instituição se desdobra⁶²⁶. Naturalmente, o direito adjetivo afigura-se uma *conditio sine qua non* da tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, essa parcela da ordem jurídica europeia regula a mobilização dos referidos órgãos jurisdicionais e a agilização dos distintos instrumentos processuais que se inserem no contencioso da UE *stricto sensu* pelos vários sujeitos processuais legitimados para o efeito⁶²⁷.

2.7.1. Na forma processual comum

A forma de tramitação inerente à maioria dos instrumentos processuais que se inserem nas jurisdições em que se desdobra o TJUE é a forma *comum*, a qual é aplicável às ações por incumprimento, por omissão e de indemnização, bem assim ao recurso de anulação, estando ainda subjacente à exceção de ilegalidade, que não goza de autonomia processual⁶²⁸. Tal forma contempla duas fases obrigatórias (artigos 20.º do Estatuto do TJUE e 53.º do novo RPTJ): uma escrita, destinada à apresentação dos articulados, os quais devem ser acompanhados da documentação que os instrói; outra oral, materializada em audiências, normalmente dedicada aos

⁶²⁶ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., p. 36. Centraremos, contudo, a nossa atenção nos regulamentos de processo do TJ e do TG, em virtude da abrangência das suas jurisdições, deixando portanto de lado o seu homólogo relativo ao TFP dado o carácter residual da sua competência.

⁶²⁷ Designadamente, por vezes verifica-se identidade de objeto e conexão entre vários processos. Nesses casos, num quadro de economia e celeridade processual, e de proteção da unidade e da coerência do direito da UE, o presidente do tribunal pode, a todo o tempo, apensá-los para efeitos da fase escrita, da fase oral ou do acórdão que ponha termo ao processo (*vide* artigos 54.º do novo RPTJ e 50.º do RPTG).

⁶²⁸ Neste instrumento, podendo o autor do ato de alcance geral impugnado ser o PE, o Conselho ou a Comissão, os artigos 125.º do novo RPTJ, e 24.º, n.º 7, do RPTG, preveem que quando as referidas instituições não sejam partes no processo principal, o órgão jurisdicional lhes envie cópia da petição e da contestação para que elas verifiquem se é alegada a inaplicabilidade de um ato da sua autoria. Nos termos previstos no artigo 40.º do Estatuto do TJUE, poderá o referido autor requerer a sua intervenção no processo para aí pugnar pela validade do ato impugnado. O referido artigo 125.º repete duas vezes o termo "*contestação*"; trata-se de manifesto lapso de escrita, devendo o primeiro ser substituído pela palavra "petição".

debates relativos às alegações das partes⁶²⁹ e à apresentação das conclusões do advogado-geral, mas também, se necessário apesar de não ser frequente, à audição de peritos e testemunhas⁶³⁰.

A fase escrita surge desenvolvida nos artigos 120.º a 126.º do novo RPTJ e 43.º a 54.º do RPTG, de onde se extrai que o processo pode conhecer até quatro articulados através dos quais se assegura o direito de ação do demandante, bem assim o direito de defesa do demandado. O primeiro e o segundo articulados, respetivamente a petição inicial e a contestação, são normais; os restantes dois, a réplica e a tréplica, revelam-se articulados eventuais.

Por força do artigo 21.º do Estatuto do TJUE e das alíneas c) do artigo 120.º do novo RPTJ e do n.º 1 do artigo 44.º do RPTG, a petição deve indicar o *objeto do litígio* e conter uma *exposição sumária dos fundamentos do pedido*. A propósito desta exigência, o TJ esclareceu que "*o demandante tem a obrigação de apresentar informações suficientes para que o demandado possa utilmente tomar posição sobre o mérito e para que o Tribunal comunitário possa exercer a sua fiscalização jurisdicional*"⁶³¹; essa indicação deve ser suficientemente clara e precisa de forma a permitir que a parte demandada prepare a sua defesa e que o Tribunal decida a ação eventualmente sem mais informações⁶³². O TJ apelou aos princípios da segurança jurídica e da boa administração da justiça, nos quais se apoiam as exigências de "*os elementos essenciais de facto e de direito em que a mesma assenta resultem, pelo menos sumariamente, mas de uma maneira coerente e compreensível, do texto da própria petição*"⁶³³. Uma petição inicial que não contenha a precisão necessária deve ser julgada inadmissível.

Violações àquelas disposições consubstanciam a falta de pressupostos processuais e um fundamento de inadmissibilidade de ordem pública de que o tribunal pode conhecer oficiosamente e em qualquer momento, nos termos dos artigos 150.º do novo RPTJ e 113.º do RPTG. Por esta razão, não é de admitir a introdução de precisões à petição inicial feitas pela primeira vez após o termo da fase escrita do processo, isto é, já na fase oral do mesmo e em sede de audiência, uma vez que tal não permite à parte demandada exercer o seu direito de defesa nem ao tribunal controlar a pertinência ou a procedência das afirmações em causa⁶³⁴.

⁶²⁹ O artigo 19.º do Estatuto do TJUE estabelece o princípio da obrigatoriedade do patrocínio judiciário das partes, segundo o qual tratando-se estas de Estados membros e instituições são representadas por agente; as restantes partes são patrocinadas por advogado inscrito no organismo representativo da classe existente no respetivo Estado membro ou professor de direito autorizado pleitear nos termos do direito interno.

⁶³⁰ Cfr. L. Neville BROWN e Tom KENNEDY, *op. cit.*, pp. 250 e ss.

⁶³¹ Acórdão UNIFREX vs. COMISSÃO e CONSELHO, de 12 de abril de 1984, proc. 281/82, Rec. 1984, pp. 1969 e ss, n.ºs 14 e 15.

⁶³² Acórdão do TPI, caso ASIA MOTOR FRANCE III, citado, n.º 106; despacho do TPI, caso KOELMAN vs. COMISSÃO, de 29 de novembro de 1993, proc. T-56/92, Col. 1993, pp. II-1269 e ss, n.º 21.

⁶³³ Acórdão do TPI, caso GUÉRIN AUTOMOBILES vs. COMISSÃO (GUÉRIN III), de 6 de maio de 1997, proc. T-195/95, Col. 1996, pp. II-681 e ss, n.º 20, *in fine*.

⁶³⁴ Acórdão do TPI, caso GUÉRIN III, citado, n.º 26.

Tais exigências e cominações para a respetiva inobservância decorrem do princípio do contraditório e do direito ao *due process of law*.

A réplica caracteriza-se por ser um articulado eventual, igualmente da autoria do demandante (autor ou recorrente). Decorre da interpretação sistemática da alínea c) do n.º 1 do artigo 120.º e do n.º 1 do artigo 127.º do novo RPTJ, bem como da alínea c) do n.º 1 do artigo 44.º e do n.º 2 do artigo 48.º do RPTG, que ela apenas pode ter lugar (i) em virtude da superveniência de novos elementos de facto ou de direito surgidos no decurso da fase escrita do processo; ou (ii) quando se trate de elementos que, não sendo novos, apresentem alguma ligação com os fundamentos alegados na petição⁶³⁵. Com efeito, um princípio caracterizador da fase escrita do processo é o relativo à *proibição da introdução de novos fundamentos no decurso da instância*, o qual veda a apresentação de argumentos diferentes no decurso do processo, salvo nas duas situações referidas. Os órgãos integrados no TJUE admitem assim que a réplica sirva para a apresentação de fundamentos que na realidade constituem apenas uma ampliação dos aduzidos anteriormente, direta ou tacitamente, na petição, desde que apresentem um nexó estreito com estes, porquanto os mesmos não constituem novos argumentos⁶³⁶. Nesta medida, também é permitida a ampliação dos fundamentos anteriormente invocados. Fora destes casos podem os referidos tribunais rejeitar a réplica por se tratar de um articulado que se subsume ao conceito de "formalismo excessivo", sem prejuízo do eventual conhecimento oficioso dos fundamentos que dela constam se o TJ ou o TG entenderem que os mesmos são de *ordem pública*⁶³⁷.

A fase oral encontra-se regulada nos artigos 76.º a 85.º do novo RPTJ e 55.º a 63.º do RPTG. O novo RPTJ confere à etapa relativa à "*audiência de alegações*" carácter facultativo, uma vez que o artigo 76.º refere que a mesma depende da dedução de pedidos fundamentados das partes e concede ao TJ a faculdade de, com base no relatório do juiz-relator e ouvido o advogado-geral, decidir pela não realização de tal audiência se, lidos os articulados ou as observações apresentadas durante a fase escrita, considerar que dispõe dos elementos necessários para decidir. Já o momento relativo à apresentação das conclusões do advogado-geral, com o qual encerra a fase oral (artigos 82.º do novo RPTJ e 61.º do RPTG), apresenta-se

⁶³⁵ Acórdão DÜRBECK vs. COMISSÃO, de 1 de abril de 1982, proc. 11/81, Rec. 1982, pp. 1251 e ss, n.º 17.

⁶³⁶ Acórdão VERROS vs. PE, de 19 de maio de 1983, proc. 306/81, Rec. 1983, pp. 1755 e ss, n.º 9; acórdão do TPI, caso HANNING vs. PE, de 20 de setembro de 1990, proc. T-37/89, Col. 1990, pp. II-463 e ss, n.º 38.

Por exemplo, a exceção de ilegalidade de um ato de alcance geral, prevista no artigo 277.º do TFUE, deve ser deduzida logo na petição e não na réplica, exceto se nesta o demandante se limitar a desenvolver aspetos que implicitamente já resultavam da petição. Cfr. acórdão ESPANHA vs. CONSELHO, de 15 de maio de 2008, proc. C-442/04, Rec. 2008, pp. I-3542 e ss, n.º 23.

⁶³⁷ É frequente depararmo-nos com o TJ a socorrer-se do argumento de ordem pública para justificar a sua competência *oficiosa* para se pronunciar sobre determinados aspetos nevrálgicos (como por exemplo na matéria de pressupostos processuais dos vários instrumentos processuais ou de alguns dos fundamentos que permitem a instauração do recurso de anulação e da exceção de ilegalidade) independentemente de serem levantados pelas partes.

imprescindível⁶³⁸; ao advogado-geral compete apresentar publicamente, com toda a imparcialidade e independência, conclusões fundamentadas sobre as causas submetidas ao TJ (ou ao TG, quando tenha sido designado), auxiliando este(s)⁶³⁹ no desempenho da sua missão de assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados⁶⁴⁰.

Facultativa apresenta-se a instrução, competindo aos tribunais determinar, com base no relatório preliminar do juiz-relator, se a mesma deve ter lugar (artigos 59.º, n.ºs 2 e 3, e 63.º do novo RPTJ e 52.º, n.º 2, e 53.º do RPTG). Caso ocorra, ela compreenderá as diligências constantes dos artigos 64.º do novo RPTJ e 65.º do RPTG. Ao abrigo destas disposições pode o tribunal determinar que as partes juntem ao processo determinados documentos ou convidá-las a responder a perguntas por escrito e/ou oralmente já na audiência⁶⁴¹.

Na forma processual comum admite-se aos Estados membros e às instituições europeias que, nos termos do artigo 40.º do Estatuto do TJUE, intervenham nas causas submetidas ao TJ e ao TG em apoio de uma das partes do processo⁶⁴². De idêntica prerrogativa, embora condicionada à demonstração de interesse na resolução da causa, dispõem os órgãos e organismos da União e as pessoas singulares ou coletivas. Resulta de jurisprudência constante que o conceito de *interesse* na resolução do litígio deve entender-se como sendo *direto e atual* na procedência dos pedidos deduzidos⁶⁴³; nomeadamente, deve-se verificar se o requerente da intervenção é afetado diretamente pelo ato impugnado e se o seu interesse na resolução do litígio é certo⁶⁴⁴. As pessoas singulares ou coletivas, porém, não poderão intervir nas causas que oponham os Estados membros, as instituições da UE ou estas e aqueles. Tal intervenção é

⁶³⁸ Cfr. L. Neville BROWN e Tom KENNEDY, *op. cit.*, pp. 60 e ss; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, *cit.*, pp. 14 e ss.

⁶³⁹ No entanto, sem que o TJ se encontre vinculado a essas conclusões ou à fundamentação em que o advogado-geral baseou as mesmas. Cfr. acórdão E.ON ENERGIE vs. COMISSÃO, de 22 de novembro de 2012, proc. C-89/11 P, disponível no sítio www.curia.europa.eu, n.º 62 (e jurisprudência aí referida).

⁶⁴⁰ Cfr. despacho do TJ, caso EMESA SUGAR, já citado, n.º 12. No n.º 11 também se acrescentou que entre os advogados-gerais inexistente qualquer vínculo de subordinação e que os mesmos não são acusadores do Ministério Público nem dependem de qualquer autoridade, bem como que no exercício das suas funções não estão encarregados da defesa de qualquer interesse.

⁶⁴¹ Previamente às diligências instrutórias, os regulamentos de processo tratam das medidas de organização do processo, cujos objetivos gerais e específicos se encontram definidos respetivamente nos n.ºs 1 e 2 do artigo 64.º do RPTG. Também ao abrigo destas medidas podem os Tribunais, designadamente, solicitar às partes que juntem determinados documentos ao processo e que esclareçam determinadas questões (cfr. artigos 61 e 62.º do novo RPTG e 64.º, n.º 3, do RPTG).

⁶⁴² Segundo o TJ tal possibilidade existe apenas nos processos contenciosos, isto é, destinados a resolver conflitos. A mesma está excluída, nomeadamente, do instrumento do reenvio prejudicial, na medida em que este "*não prevê um processo contencioso destinado a resolver um litígio, mas institui um processo destinado, com vista a assegurar a unidade de interpretação do direito comunitário através de uma cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, a permitir a estes solicitar a interpretação dos textos comunitários que aplicarão aos litígios submetidos à sua apreciação*". A intervenção no âmbito destes ocorre nos termos do artigo 23.º, que derroga o artigo 40.º, ambos do Estatuto do TJUE. Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 26 de fevereiro de 1996, caso BIOGEN, proc. C-181/95, Col. 1996, pp. I-717 e ss, n.ºs 5 e 6.

⁶⁴³ Cfr. despacho do Presidente TPI, de 3 de junho de 1999, caso ACAV e o. vs. CONSELHO, proc. T-138/98, Col. 1999, pp. II-1799 e ss, n.º 14.

⁶⁴⁴ Cfr. despacho do Presidente do TPI, caso FEDERACIÓN DE COFRADÍAS DE PESCADORES DE GUIPÚZCOA vs. CONSELHO, de 10 de junho de 2000, proc. T-54/00 R, Col. 2000, pp. II-2875 e ss, n.º 15.

acessória e não principal, estando por isso limitada à posição assumida pela parte, pelo que as conclusões do interveniente devem limitar-se a apoiar a posição desta.

Os instrumentos sujeitos à forma processual comum podem conhecer uma tramitação *acelerada* se, quanto ao TJ, a natureza do processo exigir o seu tratamento dentro de prazos curtos (artigos 53.º, n.º 4, e 133.º do novo RPTJ) ou se, relativamente ao TG, a especial urgência e as circunstâncias do processo o determinarem (artigo 76.º-A do RPTG). Tal tramitação permite, por razões de celeridade, abreviar o processo, o que é feito através do estabelecimento de prazos mais curtos e da supressão de atos que na forma processual comum têm lugar. Naturalmente, é um imperativo de tutela jurisdicional efetiva que se encontra na base desta contingência, permitindo que alguns processos comuns sejam tratados com prioridade, assim se assegurando a utilidade de decisões judiciais e a boa administração da justiça, que de outra forma poderiam estar comprometidas.

2.7.2. Nas formas processuais especiais

Por sua vez, os processos de suspensão da execução de atos das instituições europeias e de outras medidas provisórias de natureza cautelar, bem como os relativos ao reenvio prejudicial, são tramitados sob formas especiais.

Os primeiros, além de revestirem natureza urgente, visam salvaguardar a utilidade da decisão final de um processo principal do qual dependem. O n.º 3 do artigo 160.º do novo RPTJ e o n.º 2 do 104.º do RPTG determinam que os pedidos de suspensão da execução de atos das instituições europeias e de outras medidas provisórias devem especificar os fundamentos de facto e de direito que justificam, à primeira vista, o decretamento da providência cautelar requerida, bem como as circunstâncias que justificam a urgência, além do objeto do litígio. Subjacente a esta tripla exigência encontra-se o pressuposto processual do "*interesse em agir*" qualificado pela jurisprudência do TJ como "*... a condição primeira e essencial de qualquer ação judicial*"⁶⁴⁵.

Os segundos pretendem assegurar a cooperação institucional direta entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o TJ com vista a alcançar a correta aplicação e a interpretação uniforme do direito da UE nos Estados membros por parte daqueles quando atuem na qualidade de tribunais comuns de aplicação do referido direito. Podendo ser tramitados sob formas abreviadas (*acelerada* e *urgente*), os reenvios prejudiciais nascem no âmbito de processos jurisdicionais pré-existent nos tribunais dos Estados membros, determinando a suspensão da

⁶⁴⁵ Cfr. despacho do Presidente da Segunda Secção do TJ, de 31 de julho de 1989, caso *S. vs. COMISSÃO*, proc. 206/89 R, Col. 1989, pp. 2841 e ss, n.º 8.

respetivas instâncias internas onde foram enxertados até que o TJ responda às dúvidas que lhe foram colocadas pelos seus homólogos nacionais. O artigo 23.º do Estatuto do TJUE regula um sistema de notificações das decisões de suspensão das instâncias nacionais onde as questões prejudiciais foram suscitadas, de forma a dar-se conhecimento a todos os interessados dessa contingência e a permitir-lhes que, mediante alegações ou observações escritas, expressem o seu ponto de vista sobre as questões apresentadas ao TJ.

I. Na tramitação dos processos de medidas provisórias de natureza cautelar

A tramitação processual dos pedidos de suspensão da execução de atos da UE e de aplicação de outras medidas cautelares previstos, respetivamente, nos artigos 278.º e 279.º do TFUE consta dos artigos 160.º a 166.º do novo RPTJ e 104.º a 110.º do RPTG.

O requerimento de decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar é notificado à parte contrária⁶⁴⁶, a quem o presidente do tribunal competente (TJ ou TG) estabelece um prazo curto para que esta se possa pronunciar oralmente ou por escrito⁶⁴⁷, exigências a que subjazem os princípios do contraditório⁶⁴⁸ e da celeridade processual. Porém, razões especiais de urgência, devidamente demonstradas, podem determinar que a suspensão da eficácia de atos das instituições europeias ou a imposição de outras medidas urgentes sejam ordenadas previamente à pronúncia da parte contrária⁶⁴⁹. Este cenário permitirá não escamotear as exigências decorrentes do contraditório, o qual será assegurado numa fase subsequente à do decretamento da providência, ao mesmo tempo que precavê a demora normal do procedimento previsto nos artigos 160.º do novo RPTJ e 105.º do RPTG. Para um momento posterior ao dessa "decisão intercalar (mais) urgente" ficarão os termos normais de um processo já prioritário, como seja a

⁶⁴⁶ Considerando as competências dos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE, a parte contrária será sempre a autoridade europeia, constituída, em princípio, por uma instituição, podendo ser várias numa situação de litisconsórcio necessário. Nomeadamente, a suspensão da eficácia de atos das instituições adotados no quadro do processo legislativo ordinário, previsto e regulado no artigo 294.º do TFUE, deve ser requerida contra o Conselho e o PE, uma vez que a competência decisória é partilhada entre eles, pelo que ambas as instituições detêm legitimidade processual passiva.

⁶⁴⁷ Cfr. n.º 5 do artigo 160.º do novo RPTJ e n.º 1 do artigo 105.º do RPTG.

⁶⁴⁸ Os órgãos jurisdicionais integrados no TJUE interpretam com grande bondade este princípio (legitimando até a colocação de dúvidas no que tange à compatibilidade do mesmo com os processos de medidas urgentes), na medida em que admitem que os processos de suspensão da execução do ato da UE e de aplicação de outras medidas provisórias de natureza cautelar possam contemplar até quatro articulados, dois de cada parte, a saber: (i) a petição de suspensão; (ii) a pronúncia da autoridade requerida; (iii) uma resposta escrita do requerente a essa pronúncia; e (iv) uma contra-resposta da entidade recorrida. Acrescem ainda as alegações orais. Trata-se de uma tramitação que permite adensar e intrincar um processo que tem natureza urgente e que por isso deveria estar sujeito a uma tramitação mais sumária.

⁶⁴⁹ Cfr. n.º 7 do artigo 160.º do novo RPTJ e segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 105.º do RPTG. Ver despacho do Presidente do TJ, de 25 de março de 1999, caso WILLEME vs. COMISSÃO, proc. C-65/99 P (R), Col. 1999, pp. I-1859 e ss, n.º 52. Compete ao requerente de medidas provisórias de natureza cautelar solicitar ao juiz comunitário que o pedido seja apreciado com especial urgência, uma vez que a audição da parte contrária releva no âmbito dos poderes de apreciação de que dispõe o julgador.

audição da parte contrária e, em razão dos argumentos invocados por esta, a eventual reconsideração pelo tribunal, no despacho final, da decisão antecedente⁶⁵⁰.

Também por razões de celeridade processual, o primeiro parágrafo do artigo 39.º do Estatuto do TJUE autoriza os Presidentes dos Tribunais a decidir os pedidos de medidas provisórias de natureza cautelar em processo sumário que derroge, se necessário, certas disposições do Estatuto e dos Regulamentos de Processo. Nessa medida, a produção de alegações das partes releva do poder de apreciação de que dispõe o juiz⁶⁵¹. Frequentemente, o tribunal considera-se suficientemente esclarecido pelos elementos dos autos e dispensa a fase oral do processo. Igualmente, a instrução afigura-se facultativa, cabendo ao presidente do tribunal determinar se a mesma deve ter lugar⁶⁵².

Apesar de competir ao presidente do tribunal decidir o pedido de medidas provisórias de índole cautelar, poderá o Presidente do TJ entender que é preferível submeter ao Tribunal tal decisão (artigo 161.º do novo RPTJ)⁶⁵³; o Presidente do TG, por sua vez, tem a possibilidade de submeter o processo a uma decisão colegial da secção, secção plenária ou grande secção do Tribunal onde se encontre pendente o processo principal (artigos 11.º e 106.º do RPTG). Os presidentes dos órgãos jurisdicionais darão preferência a uma decisão colegial tendo em conta a importância, complexidade ou a delicadeza do litígio⁶⁵⁴, bem como a conveniência em estabelecer uma orientação jurisprudencial de princípio ou a qualidade do requerente⁶⁵⁵.

A decisão assume a forma de despacho fundamentado e é imediatamente notificada às partes. Quando proferida pelo TJ (colegialmente ou pelo seu Presidente) a mesma é irrecorrível (artigo 162.º, n.º 1, do novo RPTJ), aspeto onde resulta o abrandamento da tutela jurisdicional efetiva devido à ausência do duplo grau de jurisdição. A irrecorribilidade já não se verifica quando a decisão é tomada pelo TG (ou pelo seu Presidente), uma vez que o segundo parágrafo

⁶⁵⁰ Cfr. despacho do Presidente do TPI, de 28 de junho de 2000, caso ARTEGODAN e o. vs. COMISSÃO, proc. T-74/00 R, Col. 2000, pp. II-2585 e ss, no qual foi deferido o pedido de urgência no decretamento da suspensão da execução, sem prejuízo de, na decisão final a tomar no processo cautelar, aquele decretamento poder ser alterado. Com efeito, o artigo 163.º do novo RPTJ, bem como o segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 105.º do RPTG, admitem que uma decisão proferida nestas circunstâncias possa posteriormente ser modificada ou revogada, mesmo officiosamente.

⁶⁵¹ Cfr. despachos do Presidente do TJ proferidos nos mencionados casos ANTONISSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, n.ºs 22 e 23; e WILLEME vs. COMISSÃO, n.º 47.

⁶⁵² Cfr. n.º 6 do artigo 160.º do novo RPTJ e n.º 2 do artigo 105.º do RPTG.

⁶⁵³ Sem embargo do previsto no n.º 3 do artigo 161.º do novo RPTJ, trata-se, porém, de uma situação excecional, uma vez que a mesma entorpece a natureza urgente e prioritária do processo. Neste sentido Pierre PESCATORE, *Les mesures conservatoires et les référés*, in *La juridiction internationale permanente*, Paris, 1987, p. 328. Assim sucedeu, por exemplo, no caso COMISSÃO vs. ALEMANHA, do qual resultou o despacho do TJ, de 12 de junho de 1990, proc. C-195/90 R, Col. 1990, pp. I-3352 e ss.

⁶⁵⁴ Neste sentido Antonio TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in AA. VV, *I processi speciali*, Napoles, 1979, p. 401.

⁶⁵⁵ Assim João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 548.

do artigo 57.º do Estatuto prevê a interposição de recurso para o TJ das decisões do TG tomadas ao abrigo dos artigos 278.º e 279.º do TFUE^{656/657}.

As decisões de suspensão da execução de atos da UE ou de imposição de outras medidas provisórias de natureza cautelar podem ser condicionadas à prestação, pelo requerente, de caução de montante e natureza a estabelecer de acordo com as circunstâncias⁶⁵⁸. Trata-se de uma medida que também visa acautelar eventuais prejuízos decorrentes do decretamento da providência cautelar, assumindo a natureza de "contraprovidência"⁶⁵⁹.

A concessão de medidas provisórias de natureza cautelar pode ocorrer com efeitos até à decisão final do processo principal ou uma data anterior a fixar (n.ºs 3 dos artigos 162.º do novo RPTJ e 107.º do RPTG). Neste cenário, porém, nada impede o requerente de obter nova decisão cautelar até que o acórdão sobre a questão de fundo seja proferido ou, novamente, até outra data anterior a este, desde que se mantenham as razões que justificaram o decretamento da providência que caducou ou que se encontra na iminência de caducar⁶⁶⁰.

II. Na tramitação dos processos de reenvio prejudicial

A tramitação relativa aos processos de questões prejudiciais previstos no artigo 267.º do TFUE consta dos artigos 93.º a 118.º do novo RPTJ⁶⁶¹.

A decisão de submeter questões prejudiciais ao TJ compete exclusivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto *tribunais de reenvio* e responsáveis pela aplicação do direito da UE nos territórios dos respetivos Estados membros⁶⁶². De acordo com a primeira parte do primeiro parágrafo do artigo 23.º do Estatuto do TJUE, tais órgãos devem notificar o TJ dessa

⁶⁵⁶ Naturalmente, as decisões do TFP (ou do respetivo Presidente) também admitem recurso para o TG.

⁶⁵⁷ Cfr. despachos do Presidente do TJ, de 19 de julho de 1995, caso COMISSÃO vs. ATLANTIC CONTAINER LINE e o, proc. C-149/95 P(R), Col. 1995, pp. I-2168 e ss; e de 14 de outubro de 1996, caso SCK e FNK vs. COMISSÃO, proc. C-268/96 P (R), Col. 1996, pp. I-4973 e ss, proferidos no âmbito de recursos, atualmente previstos no segundo parágrafo do artigo 57.º do Estatuto do TJUE, interpostos de decisões do Presidente do TPI tomadas no âmbito de processos cautelares.

⁶⁵⁸ Cfr. n.ºs 2 dos artigos 162.º do novo RPTJ e 107.º do RPTG.

⁶⁵⁹ Ainda assim, os órgãos que compõem o TJUE utilizam parcimoniosamente esta possibilidade, considerando que a prestação de caução "*só é de considerar na hipótese em que a parte obrigada a constituí-la é devedora de somas cujo pagamento a caução deve garantir ou em que existe um risco de insolvência da sua parte*". Cfr. despacho do TJ, de 12 de junho de 1990, caso COMISSÃO vs. ALEMANHA, já citado, n.º 48.

⁶⁶⁰ Assim sucedeu no caso KALIE CHEMIE vs. COMISSÃO, o qual deu origem aos despachos do Presidente do TJ, de 3 de abril de 1974, proc. 20-74 R, Rec. 1974, pp. 337 e ss, e de 8 de julho de 1974, proc. 20-74 R II, Rec. 1974, pp. 787 e ss.

⁶⁶¹ O incremento do regime jurídico, visível no novo RPTJ e comparativamente ao anterior, deve-se ao facto de os reenvios prejudiciais apresentados pelas jurisdições nacionais representarem quantitativamente a primeira categoria de processos submetidos ao TJ. Na abertura do comunicado de imprensa n.º 122/12, do TJUE, de 3 de outubro de 2012, relativo ao novo RPTJ, pode ler-se: "*Face a um contencioso em constante aumento, marcado por uma nítida predominância dos reenvios prejudiciais...*".

⁶⁶² Cfr. acórdão BANCHERO, de 14 de dezembro de 1995, proc. C-387/93, Col. 1995, pp. 4683 e ss, n.º 15. Vide João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 474.

decisão, a qual reveste a forma de despacho e determina a suspensão da instância jurisdicional nacional.

Inexistindo um modelo formal pré-determinado que adstrinja os órgãos jurisdicionais nacionais quando pretendam apresentar questões prejudiciais⁶⁶³, do artigo 94.º do novo RPTJ retira-se que a decisão de reenvio deve ser acompanhada das questões colocadas, as quais devem ser devidamente enquadradas (i) pelo quadro fáctico relativo ao litígio do processo principal [alínea a)]⁶⁶⁴; (ii) pelo aspeto normativo da causa, composto pela indicação das disposições nacionais suscetíveis de merecer aplicação ao caso concreto e da jurisprudência nacional pertinente [alínea b)]; e (iii) pelas razões que conduziram o órgão jurisdicional de reenvio a interrogar-se sobre a interpretação ou validade de disposições do direito da UE, explicando a pertinência das questões colocadas, tendo em conta a resolução do litígio [alínea c)]⁶⁶⁵. Nessa medida, se somente o juiz nacional pode formular os termos das perguntas, ao TJ assiste a faculdade de lhe solicitar esclarecimentos, tendo aquele o dever de responder no prazo que este estipular para o efeito (artigo 101.º do novo RPTJ).

O apresentação de questões prejudiciais pode ocorrer em qualquer fase do processo nacional em curso, contanto que o tribunal do reenvio mantenha o seu poder jurisdicional⁶⁶⁶. Tal apresentação deve, contudo, ter lugar antes da prolação da decisão que ponha termo à instância, ou seja, da decisão final (sentença ou acórdão), uma vez que o referido poder cessa com ela. Também é conveniente, ainda que não forçoso, que a matéria de facto do processo esteja assente e que os problemas de direito interno estejam decididos, de forma a que o órgão jurisdicional nacional forneça ao TJ todos os elementos de facto e de direito importantes para este proceder à interpretação do direito da UE que lhe foi solicitada por aquele⁶⁶⁷. Nada impede, porém, o juiz nacional de querer ver esclarecidas as dúvidas relativas à interpretação ou validade de disposições comunitárias logo após o recebimento da petição inicial, como sucederá, designadamente, quando a pretensão do particular assenta em normas cujo efeito direto é duvidoso.

⁶⁶³ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 477 e 482.

⁶⁶⁴ Trata-se de uma exigência da maior importância, pois como lembra Jonatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 587, o não fornecimento do enquadramento factual da questão pode determinar a improcedência do reenvio.

⁶⁶⁵ Vide ponto 22 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, *cit.*, p. 3.

⁶⁶⁶ Cfr. acórdão MECANARTE, de 27 de junho de 1991, proc. C-348/89, Col. 1991, pp. 3299 e ss, n.ºs 48 e 49. No ponto 18 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...* *cit.*, p. 3, esclarece-se que o órgão jurisdicional nacional é quem se encontra melhor colocado para avaliar a fase processual em que deve submeter a questão. No ponto 19 acrescenta-se que, no entanto, é desejável que a decisão de apresentar a questão seja tomada quando o tribunal do reenvio estiver em condições de definir o quadro fáctico e jurídico do problema, de forma a permitir ao TJ dispor de todos os elementos necessários para verificar que o direito da UE é aplicável ao litígio subjacente ao processo principal.

Como lembra João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 478, a escolha do momento em que o reenvio é despoletado obedece a critérios de "economia e utilidade processual" cuja avaliação compete ao órgão jurisdicional nacional.

⁶⁶⁷ Acórdão MEILICKE, de 16 de julho de 1992, proc. C-83/91, Col. 1992, pp. I-4919 e ss, n.º 26.

As partes do processo principal não dispõem da prerrogativa de vincular o tribunal nacional a suscitar um incidente de questões prejudiciais. No entanto, o despacho de submissão deste tipo de perguntas deve-lhes ser notificado pelo secretário do TJ, já que lhes assiste o direito de, no prazo de dois meses, aduzir alegações ou observações escritas⁶⁶⁸, naturalmente com vista à influenciarem o TJ a decidir as questões favoravelmente aos seus interesses. Os Estados membros e a Comissão, bem como a instituição, órgão ou organismo da União que tenha adotado o ato cuja interpretação é questionada ou cuja validade é contestada, dispõem de idêntico direito. Verifica-se, neste particular, um incremento da tutela jurisdicional efetiva, na medida em que a nova redação do artigo 23.º (ex-artigo 20.º) do Estatuto do TJUE, atribuída pela Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa, ampliou o leque de entidades interessadas nas decisões relativas às questões prejudiciais, logo com legitimidade processual para participar no respetivo processo que decorre perante o TJ. Se as intervenções do PE e do BCE já tinham merecido, por força da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, positivamente no referido Estatuto⁶⁶⁹, em consonância, aliás, com o estipulado no primeiro parágrafo do seu artigo 37.º (atual artigo 40.º), a partir do Tratado de Lisboa os Estados membros deram novo impulso à tutela jurisdicional efetiva, aumentando latitudinariamente a possibilidade de surgimento de novos pontos de vista em torno de aspetos relacionados com o processo europeu de integração no âmbito do mecanismo que mais tem favorecido o ativismo do TJ.

Não obstante tramitado segundo uma forma especial, em princípio, o processo de reenvio prejudicial conhece a fase oral a que alude o quarto parágrafo do artigo 20.º do Estatuto do TJUE⁶⁷⁰, o que resulta dos n.ºs 2 dos artigos 96.º e 105.º, e do n.º 3 do artigo 110.º, todos do novo RPTJ, a qual, porém, pode ser dispensada pelo Tribunal. Tendo lugar, em audiência pública os agentes, consultores e advogados dos intervenientes no processo têm a possibilidade de participar na discussão gerada em torno das questões suscitadas pelo órgão jurisdicional nacional; o advogado-geral apresenta as suas conclusões.

O TJ não está obrigado a responder a questões prejudiciais que não suscitem qualquer elemento inovador. Assim, perante problemas que se apresentem idênticos a outros sobre os quais já se tenha debruçado, o referido órgão pode optar por remeter para os pertinentes acórdãos da sua autoria. O Tribunal pode adotar idêntico comportamento quando a resposta possa ser claramente extraída da sua jurisprudência pré-existente. O TJ também pode recusar responder a

⁶⁶⁸ Cfr. segunda parte do primeiro parágrafo do artigo 23.º do Estatuto do TJUE e artigo 96.º do novo RPTJ.

⁶⁶⁹ Ainda que a ampliação se justificasse já desde o Tratado de Maastricht, tanto mais que a possibilidade de intervenção do PE nos processos de reenvio há muito que havia sido reconhecida pelo TJ.

⁶⁷⁰ Tal norma foi recentemente alterada pelo mencionado Regulamento (UE e Euratom) n.º 741/2012, do PE e do Conselho, de 11 de agosto de 2012.

questões que não apresentem qualquer dúvida razoável. Nestas três situações pode o Tribunal decidir mediante despacho fundamentado⁶⁷¹.

Quando adstrito à obrigação de resposta, o TJ fá-lo mediante acórdão que coloca termo ao processo de reenvio prejudicial e permite o prosseguimento da instância nacional até aí suspensa. Naturalmente, o órgão jurisdicional nacional de reenvio está vinculado à(s) resposta(s) dada(s) por aquele, devendo resolver o litígio pendente em conformidade com a interpretação relativa ao direito da UE por ele fornecida.

Alguns processos de reenvio prejudicial podem, nos termos sumariamente previstos no artigo 23.º-A do Estatuto do TJUE e densificados no novo RPTJ, ser tramitados de forma acelerada e urgente⁶⁷². Se a primeira tem um âmbito substantivo de aplicação geral, a segunda apenas pode ter lugar nas matérias relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça. Por outro lado, a tramitação acelerada é alcançada através do encurtamento do prazo para a apresentação de alegações ou observações escritas⁶⁷³, bem como da preterição das conclusões do advogado-geral⁶⁷⁴, que oralmente tomará posição sobre a questão⁶⁷⁵. A tramitação urgente⁶⁷⁶ pretende ser ainda mais célere, o que passa pela limitação das partes e de outros interessados com direito a apresentar as referidas alegações ou observações e, em situações ultra urgentes, pela dispensa da fase escrita do processo, aspetos que acrescem aos que também marcam a tramitação acelerada⁶⁷⁷.

Os artigos 105.º e 106.º do novo RPTJ tratam da tramitação prejudicial acelerada, a qual terá lugar por decisão do Presidente do TJ a adotar, em regra, mediante solicitação do órgão jurisdicional nacional ou, de forma excepcional, oficiosamente, depois de ouvidos o juiz-relator e o advogado-geral⁶⁷⁸. Os artigos 107.º a 114.º do mesmo diploma densificam a tramitação urgente, que tem lugar por decisão da secção do TJ a quem foi distribuído o processo, a adotar, em regra, mediante pedido do tribunal nacional ou, na ausência de solicitação deste, oficiosamente (embora precedida de pedido do Presidente do TJ) por ela, sob proposta do juiz-relator e ouvido o advogado-geral⁶⁷⁹.

⁶⁷¹ Cfr. artigo 99.º do novo RPTJ. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 467.

⁶⁷² Cfr. Sofia OLIVEIRA PAIS, *A cooperação judiciária com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Um passo para a frente, dois passos para trás?* in Estudos de Direito da União Europeia, Coimbra, 2012, pp. 70 e ss.

⁶⁷³ O n.º 3 do artigo 105.º do novo RPTJ estabelece que quem define o prazo é o Presidente do TJ; no entanto, não poderá o mesmo ser inferior a 15 dias.

⁶⁷⁴ Cfr. segundo parágrafo do artigo 23.º-A do Estatuto do TJUE.

⁶⁷⁵ Cfr. n.º 5 do artigo 105.º e artigo 112.º do novo RPTJ.

⁶⁷⁶ Por exemplo, o acórdão RINAU, de 11 de julho de 2008, proc. C-195/08 PPU, Col. 2008, pp. I-5271 e ss, foi proferido no quadro de um reenvio prejudicial tramitado de forma urgente.

⁶⁷⁷ Cfr. terceiro parágrafo do artigo 23.º-A do Estatuto do TJUE e artigo 111.º do novo RPTJ.

⁶⁷⁸ Cfr. n.º 1 do artigo 105.º do novo RPTJ.

⁶⁷⁹ Cfr. n.ºs 1 e 3 do artigo 107.º e n.º 1 do artigo 108.º do novo RPTJ.

2.7.3. A relevância dos pressupostos processuais e das exceções de inadmissibilidade

Outro aspeto adjetivo que merece uma alusão motivada pelo imperativo da tutela jurisdicional efetiva prende-se com os *pressupostos processuais*⁶⁸⁰, o qual, juntamente com necessidade de interposição atempada dos instrumentos do contencioso da União *stricto sensu* sujeitos a exigências de prazo (v. g. o recurso de anulação, as ações por omissão e de indemnização), suscita questões relativas à admissibilidade do mecanismo de que o demandante faz uso.

Nesta matéria deve ser enfatizado o poder reconhecido aos órgãos jurisdicionais que compõem o TJUE de examinar oficiosamente o preenchimento dos referidos requisitos, os quais condicionam o conhecimento pelos mesmos do mérito da causa⁶⁸¹, isto é, a tomada de uma decisão sobre a questão de fundo no âmbito das várias vias processuais previstas nos Tratados. Trata-se de um aspeto que o TJ qualifica de *interesse e ordem pública*⁶⁸², assim se justificando a possibilidade de conhecimento *ex officio*. A prerrogativa de os tribunais conhecerem, por dever de ofício, das exceções de inadmissibilidade⁶⁸³ está prevista nos artigos 53.º, n.º 2, e 150.º do novo RPTJ, e 111.º a 113.º do RPTG. Verificando a falta de algum pressuposto processual previsto nas disposições pertinentes do TFUE (v. g. artigos 258.º, 263.º, 265.º, etc.), ambos os órgãos jurisdicionais poderão conhecer de questões que condicionam a própria admissibilidade do instrumento adjetivo, o que fazem ou a final⁶⁸⁴ (condicionando, portanto, a tomada da

⁶⁸⁰ Ainda que escrita no âmbito de uma ótica processual civil portuguesa, é importável para aqui a lição de ANTUNES VARELA, J. Miguel BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª Edição, Coimbra, 1985, pp. 104 e 105, quando ensinam que os pressupostos processuais são "*os elementos de cuja verificação depende o dever de o juiz proferir decisão sobre o pedido formulado, concedendo ou indeferindo a providência requerida. Trata-se das condições mínimas consideradas indispensáveis para, à partida, garantir uma decisão idónea e uma decisão útil da causa. Não se verificando algum desses requisitos, como a legitimidade das partes, (...), o juiz terá, em princípio, que abster-se de apreciar a procedência ou improcedência do pedido, por falta de um pressuposto essencial para o efeito*". Como explica o autor, os *pressupostos processuais* não se confundem com as *condições da ação*, as quais, previstas no direito substantivo (no nosso caso, constantes do TFUE e do direito derivado), consubstanciam os requisitos indispensáveis para que a ação proceda.

⁶⁸¹ Como seja a legitimidade das partes (designadamente, nas ações por incumprimento apenas os Estados membros dispõem de legitimidade processual passiva) e o interesse em agir (*maxime* nos recursos de anulação interpostos pelos particulares contra regulamentos ou decisões dirigidas a outra pessoa mas que, segundo o recorrente, afetam-no direta e individualmente), ou a competência do Tribunal (imaginem-se uma ação por omissão instaurada no TJ quando deveria ter sido no TG, ou vice-versa).

⁶⁸² Cfr. acórdão NEOTYPE TECHMASHEXPORT vs. COMISSÃO e CONSELHO, de 11 de julho de 1990, procs. apensos C-305/86 e C-160/87, Col. 1990, pp. I-2992 e ss, n.º 18; acórdão do TPI, caso GUÉRIN III, já citado n.º 22.

⁶⁸³ Trata-se de uma prerrogativa que o órgão jurisdicional exerce, ou não, consoante entenda necessário. Assim foi determinado no acórdão EXECUTIF RÉGIONAL WALLON e o. vs. COMISSÃO, de 8 de março de 1988, procs. apensos 62/87 e 72/87, Col. 1988, pp. 1589 e ss, n.º 8.

⁶⁸⁴ Cfr. n.º 5 do artigo 151.º do novo RPTJ e n.º 4 do artigo 114.º do RPTG.

sentença de mérito) ou imediatamente⁶⁸⁵ (vicissitude que pode levar ao indeferimento liminar da petição), inclusive quando a parte demandada não as suscite.

O conhecimento imediato das exceções de inadmissibilidade, não revestindo a regra, deve ter lugar, desde logo por razões de economia processual, quando se afigure inconveniente deixar prosseguir o processo até final por ser manifesto que a pretensão deduzida não é admissível. Imagine-se, designadamente, a impugnação nos órgãos que integram o TJUE, pela via do recurso de anulação de um ato nacional ainda que em execução de uma norma europeia; trata-se de um caso em que a incompetência do TJ e do TG é manifesta. Configure-se o cenário de cometimento de erros irremediáveis, pela Comissão, na fase administrativa da ação por incumprimento, como a ausência de parecer fundamentado; tal configura uma situação que fere irremediavelmente o andamento do processo.

Quando a falta de pressupostos processuais ou a extemporaneidade da reação contenciosa não se vislumbram evidentes, antes exigindo um apuramento completo da situação de facto e de direito de forma a estarem reunidas as condições que permitem a tomada de uma decisão, o tribunal relegará o julgamento das exceções de inadmissibilidade para o momento da prolação do acórdão⁶⁸⁶. Nomeadamente, nas situações em que os particulares interpõem recursos de anulação contra regulamentos europeus, justificando a impugnação com a sua afetação direta e individual, nem sempre a legitimidade e o interesse em agir se apresentam com contornos claros e lineares.

Quando se preparem para conhecer oficiosamente dos fundamentos de inadmissibilidade de ordem pública, os tribunais, em homenagem à tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses das partes, além de um imperativo decorrente do princípio do contraditório, devem previamente conferir a estas a possibilidade de se pronunciarem sobre a questão⁶⁸⁷, exceto nas situações em que for manifesta a incompetência do tribunal, cenário em que ainda assim tanto o TJ como o TG devem ouvir o advogado-geral⁶⁸⁸.

Naturalmente, os referidos órgãos jurisdicionais também procedem àquele controlo por solicitação da parte demandada, uma vez que esta pode contestar a viabilidade da pretensão do demandante invocando exceções de inadmissibilidade relacionadas com a falta de preenchimento dos pressupostos processuais ou com a inobservância do prazo a que está sujeita a interposição

⁶⁸⁵ Cfr. n.º 5 do artigo 151.º conjugado com o n.º 2 do artigo 53.º do novo RPTJ; e artigo 111.º articulado com o n.º 4 do artigo 114.º do RPTG.

⁶⁸⁶ Portanto, somente após a troca de argumentos que ocorre na fase escrita do processo e depois do debate oral que tem lugar na audiência.

⁶⁸⁷ Cfr. n.º 2 do artigo 150.º do novo RPTJ e artigo 113.º do RPTG.

⁶⁸⁸ Cfr. n.º 2 do artigo 53.º do novo RPTJ e artigo 111.º do RPTG. O TG mantém uma prerrogativa que o TJ também detinha mas que perdeu com o recente regulamento de processo: a de dever ouvir apenas o advogado-geral perante situações de manifesta inadmissibilidade da ação ou recurso. Com efeito, o TJ deve ouvir também as partes, como se extrai do cotejo entre os artigos 150.º do novo RPTJ e 92.º, n.º 1, do velho RPTJ.

da ação ou recurso⁶⁸⁹. Também aqui o tribunal deve ouvir a parte contrária antes de decidir⁶⁹⁰, imposição que decorre do princípio do contraditório e da tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos interessados na decisão judicial.

3. Os tribunais dos Estados membros enquanto órgãos da jurisdição da União Europeia em sentido amplo

3.1. Os órgãos jurisdicionais nacionais como aplicadores comuns do direito da União

A ordem jurídica europeia não seria plenamente eficaz e veria o seu efeito útil coartado se as suas disposições não usufruíssem de uma sólida garantia jurisdicional, a qual exige que os respetivos destinatários - instituições, órgãos e organismos da UE, Estados membros e particulares - adequem os seus comportamentos com ela e se sujeitem ao controlo do seu cumprimento⁶⁹¹.

Essa garantia jurisdicional inerente ao direito da União encontra-se igualmente a cargo dos tribunais dos Estados membros, erigidos à categoria de órgãos jurisdicionais comuns do ordenamento da UE⁶⁹². Com efeito, aos tribunais nacionais compete aplicar o direito da União, caracterizado entre outros aspetos pelo primado, aplicabilidade direta e efeito direto, no território dos respetivos Estados, no âmbito da resolução de litígios que oponham os particulares aos Estados membros ou os particulares entre si. Os juízes nacionais integram, pois, os tribunais da UE sob um ponto de vista funcional e assumem esse papel sempre que, no contexto das vias processuais internas, são chamados a decidir conflitos de interesses que impliquem a aplicação do direito da União como critério material de resolução dos mesmos. Convirá relembrar que ainda que não de forma exclusiva por força das áreas onde a UE atua através do modelo de administração direta, normalmente o referido direito produz efeitos na esfera jurídica dos particulares através de atos nacionais de aplicação ou execução do mesmo.

Não obstante, a competência dos órgãos jurisdicionais nacionais como tribunais da UE não se afigura plena. Avulta, a este título, a falta de poder dos mesmos para, a pedido das partes ou

⁶⁸⁹ O demandado também pode, através de requerimento separado, solicitar ao órgão jurisdicional, nos termos dos n.ºs 1 dos artigos 151.º do novo RPTJ e 114.º do RPTG, que se pronuncie sobre tal matéria antes de se dar início à discussão do mérito da causa

⁶⁹⁰ Cfr. n.º 3 do artigo 151.º do novo RPTJ e n.º 2 do artigo 114.º do RPTG.

⁶⁹¹ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, I Vol, *cit.*, p. 319; *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 395; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Algumas reflexões sobre a reforma do sistema jurisdicional comunitário*, in AA. VV, *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1997, p. 205.

⁶⁹² Cfr. Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, *cit.*, p. 8.

ex officio, recusar a aplicação de disposições do direito derivado com fundamento na sua invalidade (v. g. por violação dos Tratados), não dispondo da prerrogativa de *judicial review* semelhante à que alguns gozam (por exemplo, os tribunais portugueses) em relação à normatividade interna contrária à Constituição⁶⁹³, ainda que em estrita colaboração com o TJ (adstritos à obrigação de reenvio, como veremos) não deixem de participar, de algum modo, no controlo sobre a validade das referidas disposições⁶⁹⁴.

Ainda assim, ao longo dos últimos anos é inquestionável o aumento do protagonismo dos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto juízes comuns do direito da UE, fruto também do paulatino incremento das atribuições da União⁶⁹⁵. Para isso muito têm contribuído, por outro lado, os processos de reenvio prejudicial⁶⁹⁶, previsto no artigo 267.º do TFUE, bem como o *princípio da descentralização da aplicação do direito da UE*⁶⁹⁷, constante do artigo 274.º do mesmo Tratado, particularmente visível nos domínios da responsabilidade dos agentes nacionais (Estados membros, mas também particulares) resultante de violações do direito da União e do decretamento de providências cautelares fundadas no mesmo ordenamento e destinadas a salvaguardar os direitos subjetivos por ele conferidos.

Em suma, os tribunais nacionais são responsáveis pela aplicação jurisdicional do direito da UE nas ordens jurídicas dos Estados membros, aspeto que remonta à jurisprudência SIMMENTHAL III, onde o TJ esclareceu o órgão jurisdicional italiano do reenvio da seguinte forma: "*o juiz nacional responsável, no âmbito das suas competências, por aplicar disposições de direito comunitário, tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário for, da não aplicação de qualquer norma de direito interno que as contrarie, ainda que tal norma seja posterior, sem que tenha de solicitar ou esperar a prévia eliminação da referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional*". Desta forma, o Tribunal **cooptou** os órgãos jurisdicionais nacionais como aplicadores comuns das disposições do ordenamento da União, função que exercem no cumprimento de um dever (e não de uma mera faculdade) que implica, se necessário, que deixem

⁶⁹³ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 484.

⁶⁹⁴ Cfr. Donna STARR-DEELEN e Bart DEELEN, *op cit.*, p. 82.

Não se trata de uma situação absolutamente estranha no quadro dos Estados membros. Com efeito, podemos estabelecer uma analogia com o que sucede por exemplo na Alemanha, onde os órgãos jurisdicionais comuns não podem recusar a aplicação de normas legislativas com base na sua alegada violação da GG, estando obrigados a suspender o processo e a remeter a questão da inconstitucionalidade ao *BVerfG* (cfr. artigo 100.º da GG). O mesmo ocorre em Itália (cfr. artigos 134.º a 136.º da respetiva Constituição).

⁶⁹⁵ Cfr. Joseph WEILER, *The Transformation...*, cit., pp. 2431 a 2453.

⁶⁹⁶ Através do qual tribunais nacionais e TJ cooperam de forma a eliminar ou pelo menos atenuar os riscos de perda da uniformidade na interpretação e da incorreta aplicação do direito da UE.

⁶⁹⁷ Cfr. José María FERNANDEZ MARTIN, *op. cit.*, p. 852; Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., p. 46; Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 147; Cecilia SJÖSTRAND, *op. cit.*, p. 4; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Manual...*, cit., p. 531.

de aplicar qualquer norma nacional, onde se incluem as constitucionais, que seja contrária ao direito da UE.

Segundo o TJ, a aplicabilidade direta e o efeito direto das disposições do ordenamento da União exigem que estas produzam plenamente os seus efeitos e de forma uniforme em todos os Estados membros desde o momento em que entram em vigor e até cessarem vigência. Constituindo tais normas fonte imediata de direitos e obrigações para todos os seus destinatários, os juízes nacionais, enquanto titulares dos órgãos de Estado responsáveis pelo exercício da função judicial, têm o dever de salvaguardar os direitos conferidos aos particulares pelo ordenamento da UE⁶⁹⁸. De acordo com o Tribunal, qualquer juiz nacional deve, no âmbito da sua jurisdição, aplicar integralmente o direito da UE e proteger os direitos que este reconhece aos particulares, considerando inaplicável qualquer disposição de direito interno contrária, prévia ou posterior à norma europeia; nenhuma disposição, prática legislativa, administrativa ou judicial interna poderá ter a pretensão de coartar ao juiz nacional o poder de, no momento da aplicação do direito da UE, afastar as normas nacionais que possam constituir um obstáculo à plena eficácia das disposições europeias⁶⁹⁹.

A jurisprudência SIMMENTHAL III foi confirmada em vários arestos entre os quais o acórdão FACTORTAME, no qual se consolidou a ideia estruturante de os órgãos judiciais nacionais se assumirem como tribunais comuns do ordenamento da UE. Por outro lado, inovou-se ao delimitar os contornos de tal competência no domínio específico das providências cautelares que devem ser ordenadas com vista a salvaguardar os direitos previstos nas normas europeias, se necessário através da preterição das normas nacionais que se oponham ao seu decretamento. Igualmente proferido no âmbito de um reenvio prejudicial, o TJ respondeu nos seguintes termos aos tribunais alemães que lhe submeteram as questões: "*o direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que, quando o órgão judicial nacional ao qual foi submetido um litígio que se prende com o direito comunitário considere que o único obstáculo que se opõe a que ele conceda medidas provisórias é uma norma do direito nacional, deve afastar a aplicação dessa norma*".

Destrate, no acórdão VAN SCHIJNDEL E VAN VEEN⁷⁰⁰ o TJ considerou que a violação do direito da UE é um vício de *ordem pública*, como tal do conhecimento oficioso do juiz nacional, prescindindo-se da necessidade de invocação do mesmo pelos interessados e

⁶⁹⁸ Cfr. n.ºs 14 a 16 do acórdão SIMMENTHAL III.

⁶⁹⁹ Cfr. n.ºs 21 e 22 do aresto SIMMENTHAL III.

⁷⁰⁰ Acórdão de 14 de dezembro de 1995, procs. apensos C-430/93 e C-431/93, pp. I-4728 e ss, n.º 14, confirmado pelo acórdão KRAAIJVELDEN e o, de 24 de outubro de 1996, proc. C-72/95, Col. 1996, pp. I-5431 e ss, n.ºs 57 e 58.

inexistindo contingências de prazo para o efeito⁷⁰¹. Os tribunais dos Estados membros assumem tal competência por dever de ofício, sem colisão com as decorrências do princípio do dispositivo.

Enfim, no pré-citado acórdão TETRA PAK o TPI, depois de consolidar a doutrina do efeito direto relativamente ao atual artigo 102.º do TFUE, que proíbe as explorações abusivas de posições dominantes detidas por empresas no espaço comunitário, o que implica que o mesmo cria efeitos jurídicos na esfera jurídica dos particulares que aos órgãos jurisdicionais nacionais compete salvaguardar, referiu-se a estes como "*juiz comunitário de direito comum*" enquanto decorrência da doutrina do primado coadjuvada da relativa ao efeito direto⁷⁰².

3.2. Os princípios orientadores de tal atividade

Enquanto órgãos jurisdicionais comuns do direito da UE os tribunais nacionais dirimem conflitos de interesses mediante a aplicação de soluções substantivas previstas naquele ordenamento, paralelamente, aliás, ao que sucede no contexto dos litígios cuja solução material conste do direito interno. Aquela atividade jurisdicional é, porém, enformada pelos princípios da **autonomia processual** dos Estados membros; **efetividade** do direito da União no território destes; e **equivalência** entre instrumentos adjetivos e pretensões substantivas fundados no ordenamento interno e no direito da União⁷⁰³, os quais subjazem ao segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE e contribuem decisivamente para a tutela jurisdicional efetiva⁷⁰⁴ sobretudo de pretensões de natureza subjetiva que o direito da União confere aos particulares⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ Cfr. Sacha PRECHAL, *Community Law in National Courts: The Lessons from Van Schijndel*, in *CMLR*, 1998 (Vol. 35; n.º 3), pp. 681 e ss;

⁷⁰² Cfr. n.º 42; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 374.

⁷⁰³ Cfr. John Temple LANG, *The Duties of National Courts under Community Constitutional Law*, in *ELR*, 1997 (Vol. 22; n.º 3), p. 3 e ss; Paul CRAIG e Gráinne DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases & Materials*, 5.ª Ed, Oxford, 2011, p. 234; Jonatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 495 e 496; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 690.

Estes princípios conheceram os primeiros desenvolvimentos em matéria de reembolso de impostos nacionais indevidamente pagos por estarem previstos em normas nacionais contrárias ao direito da UE, tendo posteriormente sido generalizados. No acórdão DEVILLE/ADMINISTRATION DES IMPÔTS, de 29 de junho de 1988, proc. 240/87, Col. 1988, pp. 3524 e ss, n.º 12 (e jurisprudência aí referida), pode ler-se que naquele domínio "*cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e estabelecer as regras processuais relativas às ações de garantia dos direitos que resultam para os particulares do efeito directo do direito comunitário, sendo entendido que tais regras não podem ser menos favoráveis do que as que regem ações semelhantes de natureza interna, nem ser aplicadas de forma a tornarem impossível, na prática, o exercício dos direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de garantir*". Mais se acrescentando que "*um legislador nacional não pode adoptar, posteriormente a um acórdão do Tribunal do qual resulta que determinada legislação é incompatível com o Tratado, uma regra processual que reduza especificamente as possibilidades de obter a repetição dos impostos indevidamente cobrados por força dessa legislação*".

⁷⁰⁴ Cfr. Cecilia SJÖSTRAND, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁰⁵ Eles integram uma espécie de *private enforcement model* de construção pretoriana que condiciona a atuação legislativa dos Estados membros, nos domínios adjetivo e substantivo, que deve ser levada a cabo de modo a permitir aos particulares que beneficiem de tais pretensões. Assim Claire KILPATRIK, *The Future of Remedies in*

Tais princípios decorrem de um outro mais genérico: o princípio da cooperação leal ou da lealdade comunitária, previsto no n.º 3 do artigo 4.º do TUE⁷⁰⁶. Como Giuseppe TESAURO referiu nas suas conclusões preferidas no âmbito do aresto FACTORTAME, "*...em sintonia com o princípio da cooperação..., verdadeira chave da interpretação de todo o sistema, é que as modalidades e os mecanismos de tutela dos direitos atribuídos aos particulares pelas normas comunitárias são e continuam a ser os previstos nos ordenamentos internos dos Estados-membros, visto não existir um sistema processual harmonizado. Esse princípio (...) baseia-se, todavia, num pressuposto fundamental (...): as modalidades e os processos nacionais não devem ser menos favoráveis do que os relativos a processos análogos para tutela dos direitos baseados em normas nacionais e, do mesmo modo, não devem ser susceptíveis de tornar na prática «impossível o exercício de direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de proteger»*"⁷⁰⁷.

Mais: ao abrigo dos três princípios, mas sobretudo do relativo à efetividade, as ordens jurídicas nacionais devem disponibilizar aos particulares vias processuais adequadas a assegurar a tutela dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos conferidos pelo direito da UE *mesmo que o direito interno as não preveja*, de forma a que a plena satisfação das posições subjetivas dos particulares não fique subtraída a um eficaz controlo jurisdicional⁷⁰⁸. Como decorrência da tutela jurisdicional efetiva é assim possível configurar uma imposição que o ordenamento da UE dirige aos direitos nacionais relativamente à existência de meios processuais novos, desconhecidos nestes, se os mesmos se revelarem necessários a garantir a salvaguarda adequada dos direitos e interesses conferidos aos particulares pelo direito da União⁷⁰⁹. Tal cenário não só incrementa as competências do juiz nacional, como aumenta as garantias dos particulares, por influência do direito da UE, em claro reforço da tutela jurisdicional efetiva e do efeito útil e pleno daquele nas ordens jurídicas nacionais. Simultaneamente, permite-se e até se incentiva o desenvolvimento da aproximação convergente

Europe, in Claire KILPATRICK, Tonia NOVITZ e Paul SKIDMORE (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000, p. 1. No mesmo sentido, Lisa RYLANDER, *Effective private enforcement of EU competition law*, Uppsala, 2013, pp. 12 e 13.

⁷⁰⁶ John Temple LANG, *Developments, Issues, and New Remedies - The Duties of National Authorities and Courts Under Article 10 of the EC Treaty*, in *Fordham Int'l LJ*, 2003 (Vol. 27; n.º 6), pp. 1904 e ss; *The Development by the Court of Justice of the Duties of Cooperation of National Authorities and Community Institutions Under Article 10 EC*, in *Fordham Int'l LJ*, 2007 (Vol. 31; n.º 5), pp. 1483 e ss.

⁷⁰⁷ Cfr. n.º 13 das referidas conclusões.

⁷⁰⁸ Cfr. Ralph H. FOLSOM, *op. cit.*, p. 84.

⁷⁰⁹ Este aspeto constitui uma vertente daquilo que J. J. GOMES CANOTILHO designa de "*Direito Comunitário dirigente*". O princípio genérico da cooperação leal, coadjuvado com os princípios específicos da autonomia processual, da efetividade e da equivalência devem assumir juridicidade, vinculatividade, aplicabilidade e efeito direto, condicionando a discricionariedade conformadora e a liberdade da função legislativa dos legisladores dos Estados membros, fixando objetivos aos poderes públicos que visem uma efetiva salvaguarda dos direitos fundamentais conferidos aos particulares pela ordem jurídica europeia. Cfr. *Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente*, in *Colectânea de Estudos em Homenagem a Francisco Lucas Pires*, *cit.*, pp. 142 e ss, em especial pp. 151 e 152.

e coerente de um conjunto de **regras comuns** nos Estados membros, em substituição das tradicionais disposições domésticas próprias de cada Estado e divergentes em relação às dos demais, que têm em vista garantir a salvaguarda de pretensões previstas no direito nacional⁷¹⁰.

3.2.1. O princípio da autonomia processual

Não obstante o ordenamento da UE se caracterize pela *autonomia* face aos direitos internos (bem como ao internacional) a aplicação das suas disposições é assegurada, genericamente, pelos competentes órgãos dos Estados membros através dos meios - políticos, administrativos e jurisdicionais - previstos nos ordenamentos nacionais. Ocorre assim uma imprescindível conjugação entre os direitos nacionais e o direito da União uma vez que a realização dos objetivos da UE depende dos instrumentos processuais e procedimentais previstos nos sistemas jurídicos nacionais. Ora, na execução do direito da União os Estados membros também beneficiam de *autonomia* numa aceção distinta daquela. A autonomia é aqui entendida como decorrência do poder de auto-organização ou da "competência das competências"⁷¹¹, o qual, como aclarado na famosa decisão MAASTRICHT do *BVerfG*, continua a radicar naqueles e inexistente na UE.

Dentro do segundo sentido de autonomia⁷¹², no que tange à assunção do papel de tribunais da UE por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais, isto é, de tribunais da União em sentido *amplo e funcional*, convém ter presente que a mobilização dos mesmos para dirimir litígios que envolvam a aplicação do direito da UE ocorre através das vias judiciais e processuais internas. Na verdade, qualquer Estado membro, sendo soberano, vê assegurada e reconhecida, pela UE, a liberdade de conformação do respetivo ordenamento judiciário e adjetivo, no âmbito do qual os respetivos órgãos jurisdicionais atuam com vista à resolução de litígios, tanto mediante a aplicação do direito interno, como através da aplicação do ordenamento da UE, em função de estarmos perante domínios estritamente domésticos ou nos quais o primeiro não atue por se tratar de áreas reguladas pelo segundo. Através do exercício daquela liberdade, os Estados membros determinam *quais* os tribunais nacionais que aplicam o direito da UE e *como* o devem fazer,

⁷¹⁰ Cfr. Josephine STEINER, *From direct effect to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law*, in *ELR* (Vol. 18; n.º 1), 1993, pp. 3 e ss; Roberto CARANTA, *Judicial protection against Member States: a new jus commune takes shape*, in *CMLR*, 1995 (Vol. 32; n.º 3), p. 703; Michael DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice, Issues of Harmonization and Differentiation*, Oxford and Portland, Oregon, 2004.

⁷¹¹ Assim FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 648; *vide* também p. 690.

⁷¹² O qual se subdivide, pelo menos, entre autonomia organizativa, procedimental e processual.

aspectos que dependem do modelo judiciário e adjetivo que cada um decida adotar⁷¹³. Com efeito, o acesso aos órgãos jurisdicionais nacionais depende unicamente das disposições orgânicas e adjetivas existentes nos vários Estados membros, as quais não coincidem entre si, podendo tal acesso depender, nomeadamente, do esgotamento prévio dos meios de impugnação administrativa⁷¹⁴.

A liberdade reconhecida aos ordenamentos nacionais de conformação da respetiva parcela judiciário-adjetiva designa-se de *princípio da autonomia processual dos Estados membros*⁷¹⁵, o qual foi mencionado e objeto de tratamento dogmático em vários acórdãos do TJ, um deles o relativo ao mencionado caso REWE II. Em tributo à tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva decorrentes do ordenamento comunitário nele esclareceu-se que as ordens jurídicas nacionais podem regular as modalidades processuais das ações judiciais, bem como os prazos desde que razoáveis, de instauração das mesmas, a propor nos órgãos jurisdicionais dos Estados membros com vista à realização plena dos direitos subjetivos e dos interesses legítimos decorrentes do ordenamento da União⁷¹⁶.

No âmbito dos instrumentos processuais previstos no TFUE o princípio da autonomia processual surge, em particular, no reenvio prejudicial, marcado por uma técnica de cooperação

⁷¹³ Por aqui, desde já, se vê que não poderemos dispersar-nos por tais matérias, uma vez que as mesmas fariam deste trabalho algo de absolutamente infundável. Com efeito, imagine-se o que seria discorrer sobre os modelos de organização judiciária bem como sobre os regimes processuais de todos os Estados membros!... Limitar-nos-emos a recordar que em Portugal existem, em matéria de organização judiciária, duas jurisdições principais (a cível e a administrativa e fiscal), a que acrescem as dos Tribunais de Contas e Constitucional, todas com direito adjetivo próprio.

⁷¹⁴ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 497.

⁷¹⁵ Cfr. José María FERNANDEZ MARTIN, *op. cit.*, pp. 853 e ss; Mark HOSKINS, *Tilting the balance: supremacy and national procedural rules*, in *ELR*, 1996 (Vol. 19; n.º 4), pp. 365 e ss; Walter VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *CMLR*, 2000 (Vol. 37; n.º 3), pp. 501 e ss; Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELEBROECK, *op. cit.*, pp. 199 e ss; Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil Europeu*, Lisboa, 2003; John S. DELICOSTOPOULOS, *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, in *ELJ*, 2003 (Vol. 9; n.º 5), pp. 509 e ss; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, cit., pp. 268 e ss; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 83; Mariolina ELIANTONIO, *The Future of National Procedure Law in Europe: Harmonization vs. Judge-Made Standards in the Field of Administrative Justice*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2008-8, Maastricht, 2008; David MURRAY, *EU law rights and national remedies: an uneasy partnership? in Diffusion, The UCLan Journal of Undergraduate Research*, 2013 (Vol. 6, n.º 1), disponível em linha (<http://atp.uclan.ac.uk/buddypress/diffusion/?p=1523>).

⁷¹⁶ No n.º 5 do aresto pode-se ler que "...em aplicação do princípio da cooperação (...), é confiado aos órgãos jurisdicionais nacionais o cuidado de garantir a protecção jurídica decorrente, para os cidadãos, do efeito directo das normas de direito comunitário. Consequentemente, na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos que decorrem, para os cidadãos, do efeito directo do direito comunitário, modalidades que, obviamente, não podem ser menos favoráveis do que as modalidades relativas a acções análogas de natureza interna. (...) Na falta de (...) medidas de harmonização, os direitos decorrentes do direito comunitário devem ser exercidos, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, segundo as modalidades determinadas pela legislação nacional. Uma outra solução só seria possível se estas modalidades e os prazos tornassem impossível, na prática, o exercício de direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de proteger. Não é este o caso da fixação de prazos razoáveis de recurso cujo desrespeito implica a caducidade do direito". É visível aqui, portanto, uma argumentação centrada na eficácia do efeito direto que, conjugada com os princípios da cooperação leal e da segurança jurídica, remonta à necessidade de tutela jurisdicional efetiva no direito da UE.

entre o TJ, que interpreta o direito da União ou infere a validade dos atos (*maxime* normativos) das instituições, e os órgãos jurisdicionais nacionais, que o aplicam aos casos *sub judice*, mediante o qual se alcança a uniformidade e a unidade do ordenamento da União ao mesmo tempo que se preserva a autonomia das jurisdições nacionais na aplicação do respetivo direito. Por isso, no acórdão RHEINMÜHLEN⁷¹⁷ o TJ estabeleceu que uma norma processual interna que impeça o recurso ao processo de questões prejudiciais, hoje concentrado no artigo 267.º do TFUE, deve ser afastada. Por outro lado, a decisão através da qual o órgão jurisdicional nacional apresenta questões prejudiciais ao TJ pode assumir qualquer forma que o direito adjetivo nacional preveja em matéria de incidentes processuais ou incidentes da instância⁷¹⁸.

No citado aresto FRANCOVICH o Tribunal, vislumbrando a ação de indemnização a propor nos tribunais nacionais contra o Estado membro pela violação do direito da UE decorrente da falta de transposição de diretivas, referiu-se ao princípio da autonomia processual aludindo à tutela jurisdicional efetiva ao esclarecer que no que tange à forma e aos meios processuais do exercício do direito à reparação, na ausência de regulamentação comunitária, compete ao direito nacional de cada Estado membro designar os tribunais nacionais competentes e regulamentar as vias processuais das ações judiciais adequadas a efetivar a plena proteção dos direitos conferidos aos particulares pela ordem jurídica europeia⁷¹⁹.

Nos acórdãos DORSCH CONSULT⁷²⁰ e KÖBLER⁷²¹ o TJ reiterou que incumbe ao ordenamento de cada Estado membro designar o órgão jurisdicional competente para dirimir os litígios onde se discutam direitos individuais resultantes da ordem jurídica da UE; investiu os Estados membros no dever de assegurar, em todas as circunstâncias, uma proteção efetiva dos referidos direitos; e esclareceu que não lhe cabe interferir nas soluções encontradas pelos sistemas nacionais, em matéria competencial das respetivas jurisdições, para a resolução dos problemas relativos às organizações judiciárias internas suscitados pela qualificação de certas situações jurídicas assentes no direito da UE.

Não obstante, a autonomia processual dos Estados membros é condicionada pelos princípios da *equivalência* e *efetividade*⁷²², pelo que, no considerando 43 da decisão

⁷¹⁷ Cfr. acórdão de 16 de janeiro de 1974, proc. 166/73, Col. 1974, pp. 18 e ss, n.ºs 2 e 3.

⁷¹⁸ Cfr. pontos 20 e 21 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, cit., p. 3. Aliás, na ótica da Comissão, um Estado membro que torne excessivamente difícil, ou mesmo impossível, a submissão, pelos respetivos órgãos jurisdicionais, de questões prejudiciais ao TJ viola o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, não cumprindo o seu dever de cooperação leal, constante do n.º 3 do artigo 4.º do TUE, o que é suscetível de determinar a instauração de uma ação por incumprimento contra esse Estado membro. *Vide* também o citado acórdão UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO, n.º 30.

⁷¹⁹ Cfr. n.º 42. Este aresto é apontado por J. J. GOMES CANOTILHO como um dos que melhor espelha o direito comunitário dirigente de que atrás falámos. Cfr. *Da Constituição Dirigente...*, cit., p. 152.

⁷²⁰ Acórdão de 17 de setembro de 1997, proc. C-54/96, Col. 1997, pp. I-4983 e ss, n.º 40.

⁷²¹ Acórdão de 30 de setembro de 2003, proc. C-224/01, Col. 2003, pp. I-10290 e ss, n.ºs 46 e 47.

⁷²² É interessante ver nos pontos 97 e 104 das conclusões apresentadas a forma como P. LÉGER, Advogado-geral no caso KÖBLER, discorre sobre eles.

FRANCOVICH, o TJ, enunciando estes dois de forma expressa embora implícita, estabeleceu duas reservas. Tendo subjacente o primeiro, ressaltou que as regulamentações substantivas e adjetivas internas, relativas à matéria da reparação de danos, estão impedidas de impor requisitos menos favoráveis do que os previstos para pretensões idênticas fundadas no direito interno; aludindo ao segundo, acrescentou que tais regimes não podem estar estruturados de forma a tornar excessivamente difícil ou praticamente impossível a obtenção da reparação.

No caso PETERBROECK⁷²³, por seu turno, o Tribunal começou por enquadrar a autonomia processual dos Estados membros no contexto do princípio da cooperação leal referindo que compete aos órgãos jurisdicionais nacionais assegurar a proteção jurídica que decorre, para os particulares, do efeito direto do direito comunitário. Nessa medida, enunciou o princípio da autonomia processual nos seguintes termos: "*Na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica de cada Estado membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e definir as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que, para os particulares, decorrem do efeito directo do direito comunitário*". Seguidamente, acrescentou que o referido princípio é enformado pelos princípios da equivalência e da efetividade, mencionando que "*Todavia, essas modalidades não podem ser menos favoráveis do que as respeitantes a acções judiciais similares de natureza interna, nem tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária*"⁷²⁴. Nesta medida, respondeu afirmativamente à questão prejudicial que lhe foi colocada esclarecendo que o direito da UE opõe-se à aplicação de normas processuais nacionais que proíbem o juiz nacional de apreciar oficiosamente a compatibilidade de um ato de direito interno com uma disposição do ordenamento da UE, quando esta não tenha sido invocada pelo particular dentro de um determinado prazo.

Nos acórdãos prejudiciais KÜHNE & HEITZ⁷²⁵ e KEMPTER⁷²⁶ o TJ debruçou-se sobre o princípio da autonomia processual a propósito da cooperação leal, então prevista no artigo 10.º do TCE, entre os Estados membros e a UE, e da definitividade da decisão administrativa jurisdicionalmente reapreciada, isto é, sobre o caso julgado em matéria administrativa.

No primeiro estava em causa saber se uma regra de direito comunitário tal como interpretada pelo TJ no quadro do reenvio deve ser aplicada por um órgão administrativo nacional, no âmbito das suas competências, inclusive a situações jurídicas nascidas e constituídas

⁷²³ Cfr. acórdão 14 de dezembro de 1995, proc. C-312/93, Col. 1995, pp. I-4615 e ss.

⁷²⁴ Cfr. n.º 12.

⁷²⁵ Acórdão de 13 de janeiro de 2004, proc. C-453/00, Col. 2004, pp. I-858 e ss.

⁷²⁶ Acórdão de 12 de fevereiro de 2008, proc. C-2/06, Col. 2008, pp. I-411 e ss.

antes de proferido o acórdão relativo ao pedido de interpretação⁷²⁷. No fundo, pretendeu-se determinar se a obrigação de seguir o entendimento fixado pelo Tribunal nos acórdãos prejudiciais interpretativos se impõe apesar de o caráter definitivo de uma decisão administrativa ter sido adquirido antes de ser requerida a respetiva revisão com vista a beneficiar-se de um acórdão do TJ sobre um pedido prejudicial de interpretação.

Na resposta o TJ começou por lembrar que o princípio da segurança jurídica é um princípio geral do ordenamento jurídico da UE, bem como que o carácter definitivo de uma decisão administrativa, adquirido com base na expiração de razoáveis prazos de recurso ou no esgotamento das vias de impugnação, contribui para a referida segurança. Pelo que, o direito da União não exige que um órgão administrativo seja, em princípio, obrigado a revogar uma decisão administrativa que já adquiriu caráter definitivo⁷²⁸. Apesar de não lhe dirigir qualquer menção expressa, o TJ evocava assim o princípio da autonomia processual dos Estados membros. Novamente com este princípio no horizonte, o Tribunal acrescentou ser perfeitamente possível que o direito nacional possibilite a um órgão administrativo o poder de revogar (ou melhor, retificar) uma decisão administrativa definitiva. Nessa eventualidade, consoante as circunstâncias, a existência de tal prerrogativa pode implicar a obrigação de afastar tal decisão⁷²⁹, ainda que o direito nacional não exija que o órgão competente revogue (ou retifique) sistematicamente todas as suas decisões administrativas definitivas para estar em conformidade com a jurisprudência do TJ posterior a estas⁷³⁰.

As circunstâncias em que do direito da UE decorre a obrigação, resultante do princípio da cooperação leal, de reexame e eventualmente de retificação de uma decisão administrativa definitiva a fim de se permitir tomar em conta a interpretação da disposição pertinente entretanto fixada pelo TJ são quatro, a saber: (i) o órgão administrativo deve dispor de um poder de revogação dessa decisão previsto e regulado no direito nacional; (ii) a decisão em causa ter-se tornado definitiva em consequência de um acórdão de um órgão jurisdicional nacional que

⁷²⁷ Isto porque resulta de jurisprudência assente que "*a interpretação que, no exercício da competência que lhe é conferida pelo artigo 234.º CE, o Tribunal de Justiça faz de uma norma de direito comunitário esclarece e precisa, quando necessário, o significado e o alcance desta norma, tal como a mesma deve ser ou devia ter sido entendida e aplicada desde o momento da sua entrada em vigor*". Assim foi estabelecido no acórdão DENKAVIT ITALIANA, de 27 de março de 1980, proc. 61/79, Rec. 1980, pp. 1205 e ss, n.º 16, confirmado em decisões posteriores. Mais recentemente o TJ explicou aquele sentido jurisprudencial, acrescentando que "*um acórdão prejudicial não tem valor constitutivo, mas puramente declarativo, com a consequência que esses efeitos remontam, em princípio, à data da entrada em vigor da norma interpretada*". Vide acórdão RICHARDSON, de 19 de outubro de 1995, proc. C-137/94, Col. 1995, pp. I-3407 e ss, n.º 33.

⁷²⁸ Cfr. n.º 24.

⁷²⁹ Isto porque o TJ admitiu uma possibilidade, desde que resultante do *direito nacional*, de a obrigação de revogação da decisão administrativa definitiva poder ceder: quando esteja em causa a necessidade de salvaguardar interesses de terceiros. Portanto, em tributo ao princípio da autonomia processual, é ao direito nacional que compete prever, simultaneamente, a possibilidade de revogação de decisões administrativas definitivas porque transitadas em julgado, e eventuais situações que derroguem de tal possibilidade.

⁷³⁰ Cfr. n.º 25.

decidiu em última instância; *(iii)* o referido acórdão, face à jurisprudência posterior do TJ, ter-se fundamentado numa interpretação errada do pertinente direito comunitário que mereceu aplicação sem que ao TJ tivesse sido submetida uma questão prejudicial nas condições previstas no terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE; e *(iv)* o interessado ter-se dirigido ao órgão administrativo imediatamente após ter conhecimento da orientação jurisprudencial⁷³¹.

Estes termos foram retomados e aperfeiçoados no caso *KEMPTER*, no qual, em complemento da solução anteriormente dada pelo TJ, estava em causa saber se no âmbito do procedimento que decorre num órgão da administração pública, cujo objeto consiste no reexame e retificação de uma decisão administrativa tornada definitiva por força de um acórdão proferido por um órgão jurisdicional de última instância mas assente numa errada interpretação do direito da UE à luz de posterior jurisprudência do TJ, é necessário que o demandante no processo principal tenha invocado o direito da União no quadro do instrumento adjetivo de direito interno interposto contra essa decisão. O Tribunal respondeu negativamente com base no facto de o reenvio prejudicial ser um processo de cooperação direta entre juízes (o do TJ e os nacionais) totalmente alheio a qualquer iniciativa das partes.

Por outro lado, pretendia-se descortinar se o ordenamento da UE impõe algum limite temporal para a apresentação de um pedido de reexame de uma decisão administrativa que se tornou definitiva. Novamente, o TJ respondeu negativamente⁷³²; no entanto, acrescentou que os Estados membros têm a liberdade de fixar prazos de recurso contados a partir da prolação da decisão administrativa definitiva, desde que razoáveis⁷³³ e em conformidade com os princípios da efetividade e equivalência. Apesar de o Tribunal não se referir expressamente ao princípio da autonomia processual, é inquestionável que o mesmo preside à faculdade dos Estados membros, no respeito dos princípios da efetividade e equivalência, fixarem prazos para a instauração de processos de reexame e retificação de decisões administrativas que internamente se tornaram definitivas por terem sido apreciadas por um órgão jurisdicional nacional supremo, embora contrárias ao direito da UE em virtude da orientação fixada em superveniente acórdão prejudicial interpretativo. Ao invés, o TJ não hesitou em afirmar que a autonomia processual é enformada pelos princípios da efetividade e equivalência⁷³⁴.

⁷³¹ Cfr. n.º 28.

⁷³² Aliás, segundo as observações apresentadas pela Comissão, o princípio da autonomia processual dos Estados membros opõe-se a que o direito da UE proceda à fixação de prazos para esse efeito (*vide* n.º 53).

⁷³³ Semelhantemente ao que sucedera no caso *KÜHNE & HEITZ*, o TJ apelou ao princípio da segurança jurídica como razão de ser da possibilidade de estabelecimento, pelos Estados membros, de prazo razoáveis para efeitos de impugnação de decisões administrativas definitivas.

⁷³⁴ Cfr. Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *RIDPC*, 2001 (Vol. 11; n.º 1), pp. 5 e ss; Antonio Di MARCO, *I Limiti all'autonomia procedurale in materia risarcitoria*, Estasburgo, 2012, pp. 31 e ss.

3.2.2. O princípio da efetividade

Decorrencia da doutrina do efeito direto, o princípio da efetividade do direito da União exige que os ordenamentos adjetivos nacionais garantam aos particulares a existência dos meios de ação necessários para assegurar a proteção dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos que lhes são concedidos pelo ordenamento europeu. Assim, do referido princípio também decorre que os regimes processuais internos não podem estar estruturados de forma a tornar excessivamente difícil ou praticamente impossível a salvaguarda dessas pretensões de natureza subjetiva.

Não se trata de exigir, note-se, que os instrumentos processuais existentes nos Estados membros coincidam entre si; uma exigência desse tipo, aliás, seria contrária ao princípio da autonomia processual. Antes se impõe que os mesmos garantam a efetividade, isto é, a *plena eficácia*, do direito da UE na esfera jurídica dos particulares⁷³⁵.

Enunciado no acórdão FRANCOVICH, o princípio da efetividade foi retomado nas decisões PALMISANI⁷³⁶, UNIBET⁷³⁷ e VAN DER WEERD⁷³⁸, que também estabelecerem a conexão do mesmo com o princípio da autonomia processual dos Estados membros.

No aresto PALMISANI o TJ relembrou que "*é no âmbito do direito nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado, entendendo-se que as condições, nomeadamente de prazo, fixadas pelas legislações nacionais em matéria de reparação dos danos (...) não podem ser organizadas de forma a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação (princípio da efectividade)*"⁷³⁹. Nessa medida, o Tribunal respondeu ao órgão jurisdicional italiano do reenvio, a propósito de um diploma legislativo interno que transpondo tardiamente uma diretiva comunitária para a ordem italiana estabeleceu o prazo de caducidade de um ano contado da entrada em vigor do referido diploma para a propositura de ações de indemnização contra o Estado motivadas pelo atraso na transposição da dita diretiva, que a existência de tal prazo não se afigurava incompatível com o princípio da efetividade⁷⁴⁰.

⁷³⁵ Cfr. Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, pp. 86 e ss; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.^a Ed, *cit.*, p. 690; Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 201.

⁷³⁶ Acórdão de 10 de julho de 1997, proc. C-261/95, Col. 1997, pp. I-4037 e ss.

⁷³⁷ Acórdão de 13 de março de 2007, proc. C-432/05, Col. 2007, pp. I-2301 e ss, n.º 43. *Vide também* Maciej TABOROWSKI, *Case C-432/05 Unibet, Some Practical Remarks on Effective Judicial Protection, in Colum. J. Eur. L.*, 2008, pp. 621 e ss.

⁷³⁸ Acórdão de 7 de junho de 2007, procs. apensos C-222/05 a C-225/05, Col. 2007, pp. I-4233 e ss, n.º 28.

⁷³⁹ Cfr. n.º 27, com remissão expressa para os n.ºs 41 a 43 do aresto FRANCOVICH.

⁷⁴⁰ Cfr. n.ºs 28 e 29. Tal como fizera no citado acórdão REWE II, o Tribunal aludiu à segurança jurídica como princípio inerente à fixação de prazos de caducidade razoáveis para a propositura de ações judiciais de reconhecimento de direitos atribuídos aos particulares pela ordem jurídica europeia.

Nos considerandos 43 do acórdão UNIBET e 28 do aresto VAN DER WEERD o Tribunal consolidou tal entendimento ao referir que: "*...na falta de regulamentação comunitária na matéria, cabe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que decorrem para os particulares do direito comunitário, desde que (...) essas modalidades (...) não tornem impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade)*".

O princípio da efetividade também se encontra subjacente a domínios de cariz mais genérico, designadamente, aos relativos à interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da UE e à responsabilidade dos Estados membros por violação do referido direito⁷⁴¹. Tendo por escopo a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade e de pretensões de natureza subjetiva decorrentes do ordenamento da União, o TJ relacionou os princípios da efetividade, cooperação leal e interpretação conforme da seguinte forma: os tribunais nacionais estão obrigados a, na medida do possível, interpretar e aplicar as normas processuais internas, reguladoras do exercício dos instrumentos adjetivos, de modo a permitir aos particulares contestar judicialmente a legalidade de qualquer decisão ou medida nacional relativa à aplicação, em relação a si, de um ato comunitário de alcance geral, invocando a invalidade deste⁷⁴².

No domínio da impugnação contenciosa dos atos nacionais que apliquem ou executem direito da UE o TJ esclareceu, recorde-se, que os órgãos jurisdicionais dos Estados membros são competentes para decidir, eventualmente socorrendo-se do mecanismo do reenvio prejudicial, da legalidade de tais atos segundo as condições de controlo que vigorem para a impugnação de qualquer ato interno e definitivo praticado pelas mesmas autoridades nacionais e suscetível de causar prejuízos a terceiros. Consequentemente, os tribunais nacionais também são competentes para considerar admissível o recurso interposto com esse fim mesmo que o direito adjetivo interno não o preveja⁷⁴³.

Também já dissemos que na matéria do estabelecimento de prazos razoáveis, em respeito ao princípio da segurança jurídica⁷⁴⁴, pelo direito dos Estados membros para a impugnação de decisões administrativas que se tornaram internamente definitivas e que se revelem contrárias ao direito da UE à luz de jurisprudência posterior do TJ, inexistente incompatibilidade com o ordenamento da União, na medida em que tais prazos não sejam suscetíveis de tornar

⁷⁴¹ Cfr. Matej ACCETTO e Stefan ZLEPTNIG, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *EPL*, 2005 (Vol. 11; n.º 3), p. 375 ss.

⁷⁴² Cfr. n.º 42 do mencionado acórdão UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO.

⁷⁴³ Acórdão OLEIFICIO BORELLI vs. COMISSÃO, pré-citado, n.º 13.

⁷⁴⁴ Cfr. Paul CRAIG e Gráinne DE BÚRCA, *EU Law...*, cit., p. 242.

praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica europeia⁷⁴⁵.

No âmbito das ações de indemnização instauradas contra os Estados membros por violação do direito da UE resulta da jurisprudência do TJ que seria contrário ao princípio da efetividade subordinar o direito à reparação dos danos sofridos à exigência de uma declaração prévia, no âmbito da ação prevista nos artigos 258.º a 260.º do TFUE, de incumprimento pelos Estados de obrigações decorrentes dos Tratados. Tal contingência inutilizaria a possibilidade de ressarcimento enquanto o incumprimento não fosse objeto de uma ação intentada pela Comissão e de uma decisão do TJ, ambas incertas. Nessa medida, os direitos que a ordem jurídica europeia atribui aos particulares não podem depender de um juízo da Comissão sobre a oportunidade de atuar contra um Estado membro no quadro da ação por incumprimento, nem da pronúncia pelo Tribunal de um eventual acórdão declarativo deste⁷⁴⁶.

3.2.3. O princípio da equivalência

Mencionado nos acórdãos COMET⁷⁴⁷ e REWE II, o princípio da equivalência estabelece a necessidade de os regimes processuais existentes nos Estados membros, destinados a garantir em juízo os direitos subjetivos e interesses legítimos concedidos aos particulares pelo ordenamento da UE, serem semelhantes, em termos de eficácia, aos que visam salvaguardar as pretensões de natureza subjetiva atribuídas aos mesmos sujeitos pelo direito nacional⁷⁴⁸. No fundo, trata-se de se assegurar uma *equiparação* ou um *paralelismo* de eficiência entre as vias adjetivas destinadas à efetivar direitos e interesses atribuídos pelas ordens jurídicas internas e direitos e interesses conferidos pelo ordenamento europeu⁷⁴⁹. Aquelas ordens, no fundo, devem "*colocar todos os tipos de acções previstos para o direito nacional ao serviço da garantia das normas comunitárias*"⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ Acórdãos GRUNDIG ITALIANA, de 24 de setembro de 2002, proc. C-255/00, Col. 2002, pp. I-8014 e ss, n.º 34; KEMPTER, já citado, n.º 58.

⁷⁴⁶ Cfr. acórdão WATERKEYN e o, de 14 de dezembro de 1982, procs. apensos 314/81, 315/81, 316/81 e 83/82, Rec. 1982, pp. 4337 e ss, n.º 16.

⁷⁴⁷ Acórdão de 16 de dezembro de 1976, proc. 45/76, Col. 1976, pp. 835 e ss, n.ºs 9 e 10.

⁷⁴⁸ No n.º 5 do aresto REWE II o TJ, referindo-se às regulamentações internas dos Estados membros destinadas a assegurar a proteção jurisdicional, decorrente da doutrina do efeito direto, dos direitos que o ordenamento comunitário reconhece aos seus cidadãos, alertou que as mesmas: "... *obviamente, não podem ser menos favoráveis do que as modalidades relativas a acções análogas de natureza interna*".

⁷⁴⁹ Cfr. Pascal GIRERD, *Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres?* in RTDE, 2002 (n.º 1), pp. 75 e ss; Peter OLIVER, *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, in CDE, 2005 (n.ºs 3-4), pp. 351 e ss; Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 200; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 92.

⁷⁵⁰ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 463.

Muito embora o princípio da equivalência, à partida, se apresente conexo com o direito *adjetivo*, não devemos escamotear a sua vertente *substantiva*, que impede os ordenamentos nacionais de consagrarem condições adicionais, comparativamente às que existem para pretensões idênticas motivadas no direito interno, de apreciação ou de procedência (v. g. requisitos de fundo, prazos de prescrição ou caducidade, etc.) de pretensões fundadas na ordem jurídica da UE. No citado aresto PALMISANI, aliás, na resposta fornecida ao órgão jurisdicional do reenvio, o TJ referiu que o direito da União não se opõe à existência de um prazo de caducidade para a propositura de ações de indemnização contra o Estado italiano por violação do direito da União, desde que as condições de instauração de instrumentos processuais destinados à reivindicação de pretensões idênticas de natureza estritamente interna não sejam mais favoráveis⁷⁵¹. Concretamente, o Tribunal não deixou de assinalar a discrepância entre o referido prazo de caducidade - logo, insuscetível de suspensão e de interrupção - de um ano (contado a partir da transposição extemporânea da diretiva comunitária que reconhecia direitos aos particulares⁷⁵²) e o seu homólogo de prescrição de cinco anos - além de muito superior, ainda sujeito à contingência de ser interrompido ou suspenso - previsto no artigo 2043.º do Código Civil italiano para a instauração de ações de responsabilidade civil extracontratual, bem como entre este e o de prescrição, igualmente de um ano, para a reivindicação, junto dos serviços da Segurança Social da República Italiana, de prestações previstas na diretiva objeto de transposição tardia. Apesar de remeter para a competência do juiz nacional um rigoroso exame comparativo entre as limitações de cariz temporal decorrentes do regime nacional de responsabilidade civil extracontratual e do regime indemnizatório decorrente da transposição tardia da diretiva, o TJ não se coibiu de insinuar que tais discrepâncias, a confirmarem-se, não deveriam subsistir por serem contrárias ao princípio da equivalência.

No considerando 27 da justificação da sentença prejudicial o Tribunal também remeteu para os excertos do precedente acórdão FRANCOVICH relativos ao referido princípio, dizendo que *"é no âmbito do direito nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado, entendendo-se que as condições, nomeadamente de prazo, fixadas pelas legislações nacionais em matéria de reparação dos danos não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a reclamações semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência)..."*.

Igualmente, os mencionados acórdãos UNIBET e VAN DER WEERD (respetivamente, considerando 43 e 28) aludiram à articulação entre os princípios da equivalência e da autonomia

⁷⁵¹ Cfr. n.ºs 32 e 33.

⁷⁵² A Diretiva (CEE) n.º 80/987, do Conselho, de 20 de outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados membros respeitantes à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador.

processual dos Estados membros: "...na falta de regulamentação comunitária na matéria, cabe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que decorrem para os particulares do direito comunitário, desde que (...) essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das ações análogas de natureza interna (princípio da equivalência)..."

Por seu turno, no aresto PETERBROECK o TJ acrescentou que a questão de determinar se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito da UE "deve ser analisada tendo em conta a colocação dessa disposição no conjunto do processo, a tramitação deste e as suas particularidades nas várias instâncias nacionais". Nessa medida, é necessário considerar alguns princípios presentes na base do sistema jurisdicional nacional, como os da proteção dos direitos de defesa, segurança jurídica e correta tramitação processual⁷⁵³. Em princípio, compete aos próprios órgãos jurisdicionais nacionais, enquanto aplicadores comuns do direito da UE, fiscalizar esta exigência, verificando "se as modalidades processuais destinadas a garantir, em direito interno, a salvaguarda dos direitos que os administrados retiram do direito comunitário são conformes com o princípio da equivalência, ou seja, saber se essas modalidades não são menos favoráveis do que as que se referem a reclamações semelhantes de natureza interna"⁷⁵⁴. Com efeito, os tribunais dos Estados membros encontram-se em melhor posição para proceder a essa avaliação uma vez que ela implica um conhecimento relativamente preciso das regras processuais internas. Tal, porém, não obsta a que o TJ, por vezes, teça considerações sobre tal aspeto⁷⁵⁵.

Por força do princípio da equivalência, à partida não será de admitir a existência de presunções legais que invertam o ónus de prova onerando injustificadamente o particular; tal como não se devem estabelecer limitações à indicação dos meios probatórios, designadamente, cingindo-a à prova documental com exclusão dos demais instrumentos de produção de prova.

3.2.4. Balanço

Desta tríplice conjugação principal extrai-se, em suma, que o acondicionamento da autonomia processual dos Estados pela efetividade do direito da UE nas ordens nacionais e pela equivalência, em termos de eficácia, dos instrumentos processuais internos na salvaguarda de

⁷⁵³ Cfr. n.º 14.

⁷⁵⁴ Cfr. n.º 33 do acórdão PALMISANI; vide também o ponto 98 das conclusões de P. LÉGER, advogado-geral no caso KÖBLER.

⁷⁵⁵ Como sucedeu, por exemplo, no referido acórdão PALMISANI (cfr. n.ºs 33 a 39 do aresto).

direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos derivados daquele ordenamento face aos que decorrem das ordens nacionais, no fundo, pretende prevenir restrições ao exercício de pretensões de índole subjetiva reconhecidas aos particulares pelo direito da União. Em causa está ainda o primado e o efeito direto do referido ordenamento⁷⁵⁶, concretamente na decorrência respeitante à existência de um controlo jurisdicional efetivo da aplicação do direito da UE pelos tribunais nacionais nos respetivos territórios.

3.3. O controlo jurisdicional das sanções aplicadas aos particulares, pelos Estados membros, pelo menosprezo da legalidade europeia

Nesta sede, aliás, insere-se o controlo jurisdicional das sanções aplicadas aos particulares por violações à legalidade europeia pelas autoridades administrativas nacionais enquanto extensão do poder administrativo da UE, isto é, integradas na *administração indireta* desta. Com efeito, os Estados membros devem, nesta qualidade, modelar os respetivos ordenamentos nacionais de forma a que os mesmos também contemplem a prevenção e a repressão de infrações às normas europeias pelos indivíduos e empresas, *maxime* tratando-se de agentes económicos. Mais do que uma mera faculdade, os Estados têm o dever de proceder a tal tarefa, em decorrência do princípio da cooperação leal⁷⁵⁷.

A aplicação de medidas sancionatórias por infrações à legalidade europeia contribui, naturalmente, para a defesa do direito da União, embora direta ou imediatamente esteja em causa uma via administrativa de proteção do referido ordenamento⁷⁵⁸. No entanto, tal matéria tem repercussões ao nível da tutela jurisdicional efetiva na medida em que aos particulares deve ser garantido o direito de impugnação, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, dos atos administrativos das autoridades estaduais através dos quais tais sanções são aplicadas.

⁷⁵⁶ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, pág. 433.

⁷⁵⁷ Cfr. Andrea PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Pádova, 1998, p. 18; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, *cit.*, p. 392.

⁷⁵⁸ Vigora, neste domínio, o designado *princípio da assimilação*, segundo o qual, na ausência de disposições europeias sobre as sanções em que os particulares incorrem por infrações ao direito da UE, os Estados membros são competentes para determinar tais consequências desfavoráveis desde que elas se revelem adequadas a garantir o respeito e a eficácia do referido ordenamento. Também tal princípio foi objeto de revelação pretoriana, destacando-se o acórdão COMISSÃO vs. GRÉCIA, de 21 de setembro de 1989, proc. C-68/88, Col. 1989, pp. 2979 e ss, n.º 23; por outro lado, o mesmo anda próximo, constituindo de algum modo uma derivação, dos acima referidos princípios da equivalência e efetividade, pois também ele apela para a necessidade de os Estados salvaguardarem juridicamente os interesses do ordenamento europeu com o mesmo nível que empregam na proteção dos interesses das respetivas ordens nacionais que, em termos de natureza e importância, sejam comparáveis. No n.º 24 do referido aresto pode ler-se, por reporte aos Estados membros, que "*Para esse efeito, ao mesmo tempo que conservam a possibilidade de escolher as sanções, eles devem, designadamente, velar para que as violações do direito comunitário sejam punidas em condições, substantivas e de processo, análogas às aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhantes e que, de qualquer forma, confirmam à sanção um carácter efectivo, proporcionado e dissuasivo*".

Na verdade, da mesma forma que os particulares podem impugnar contenciosamente, ante o TG (sem embargo de eventual recurso da decisão deste para o TJ), as medidas sancionatórias que lhes sejam impostas pela Comissão, igualmente poderão os referidos sujeitos atacar, também pela via judicial mas agora através dos tribunais nacionais, medidas de natureza idêntica desta feita aplicadas pelas autoridades nacionais enquanto guardiãs da legalidade europeia que, semelhantemente à Comissão, também são. Nesse controlo contencioso avultará evidentemente o instrumento do reenvio prejudicial, através do qual os tribunais nacionais poderão ou deverão indagar junto do TJ questões de interpretação ou de validade sobre normas ou outro tipo de atos do direito da UE onde os atos nacionais de execução ou aplicação se fundamentam (disposições dos Tratados com efeito direto regulamentos, diretivas ou outros).

4. Repartição de competências entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais nacionais enquanto órgãos jurisdicionais da União

Na década de cinquenta do século passado os Estados membros, aquando da arquitetura institucional das Comunidades Europeias e especificamente tendo em vista o modelo jurisdicional comunitário, poderiam ter optado por um sistema de tribunais próprios dotados de competência específica para a aplicação do direito comunitário, o que naturalmente exigiria incomensuravelmente um maior número de meios físicos, materiais e humanos afetos aos tribunais *organicamente* comunitários⁷⁵⁹ (ou pelo menos especializados em razão da matéria comunitária).

Sabemos, porém, que a opção tomada recaiu em *cooptar* os tribunais nacionais em órgãos comuns de aplicação daquele direito, os quais, situando-se fora do quadro institucional da UE, afiguram-se antes como tribunais *funcionalmente* comunitários e dispõem de competência para aplicar as disposições do ordenamento europeu dentro dos respetivos territórios nacionais, contribuindo decisivamente para a *descentralização* da função jurisdicional no espaço da União. Este modelo constitui um paradigma que se pode designar de **interjurisdicionalidade**, traduzido no campo das relações existentes entre órgãos jurisdicionais nacionais e tribunais europeus supranacionais. Naturalmente, a interjurisdicionalidade não se esgota naquelas relações, abrangendo também as ligações entre ambas as espécies de órgãos jurisdicionais referidas e o

⁷⁵⁹ Não há muito tempo VITAL MOREIRA, *A tutela...*, *cit.*, p. 81, propôs uma solução do género.

TEDH, particularmente visível no domínio da proteção dos direitos fundamentais (ou humanos)⁷⁶⁰.

Podendo a jurisdição da UE ser entendida também em termos amplos, abrangendo tanto os órgãos inseridos no TJUE como os órgãos jurisdicionais dos Estados membros, há que determinar a competência de ambos de forma a prevenir-se o surgimento de conflitos (ou, no mínimo, a estar-se apto a resolvê-los) positivos e negativos de jurisdição.

Desde já se enfatiza a inexistência de *hierarquia* ou *verticalização* entre os dois tipos de órgãos que integram as jurisdições da UE *lato sensu*, ou seja, entre os órgãos em que o TJUE se desdobra (TJ, TG e tribunais especializados) e os órgãos jurisdicionais nacionais. De igual modo, aqueles (e em particular, o TJ) jamais se afiguram como uma instância de recurso ou de revisão das decisões destes que porventura tenham procedido a uma errada aplicação do direito da UE (v. g. que não lhe tenham conferido a reconhecida prevalência aplicativa, optando pela aplicação de normas nacionais contrárias)⁷⁶¹. Com efeito, neste domínio não foi adotada qualquer solução de raiz federal, pelo que os órgãos integrantes do TJUE jamais poderão revogar, alterar ou anular as decisões dos órgãos jurisdicionais nacionais⁷⁶².

4.1. Os princípios da competência de atribuição e da universalidade de competência

A jurisdição da UE propriamente dita, centrada no seu elemento orgânico em resultado de uma análise impulsionada pelo próprio Tratado de Roma, encontra-se associada ao TJUE. Todavia, tal aspeto constitui apenas uma das duas facetas que a mesma contempla, a que podemos chamar de jurisdição da UE *stricto sensu*. Sucede que a atuação da referida instituição europeia é levada a efeito no contexto não de uma competência-regra, mas de simples atribuição⁷⁶³. Daí que as funções dos órgãos que integram o TJUE surjam enformadas pelo *princípio da competência de atribuição*⁷⁶⁴, previsto especificamente⁷⁶⁵ no artigo 274.º do TFUE.

⁷⁶⁰ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais. No espaço da internormatividade*, Lisboa, 2006, pp. 281 e ss; *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu...cit.*, pp. 205 e ss.

⁷⁶¹ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, cit., pp. 435 a 437; *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., pp. 374 e 375; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 396 e 435; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., pp. 21 e ss; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 574.

⁷⁶² Este é um dos aspetos que melhor ilustra a não coincidência entre o primado do direito da UE da primazia que vigora nos ordenamentos federais. Assim Bruno de WITTE, *Direct effect, supremacy and the nature of the EU legal order*, in Paul CRAIG e Gráinne DE BÚRCA (org.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Londres, 1999, pp. 208 e 209.

⁷⁶³ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., p. 46; Margarida Telles ROMÃO, *op. cit.*, pp. 22 e 29.

⁷⁶⁴ Designação técnica, e específica para o âmbito comunitário, do princípio da especialidade enquanto regra enformadora do exercício das competências das organizações internacionais, as quais apenas poderão praticar os atos que se afigurem necessários à prossecução dos fins ou atribuições que constam dos respetivos Tratados. Sobre o

Do referido princípio decorre, em primeiro lugar e pela positiva, que a competência do TJUE é aquela que os Estados membros lhe conferiram através dos Tratados; dele, igualmente se infere, pela negativa, que os instrumentos processuais (entre ações, recursos diretos e indiretos, e procedimentos cautelares) para os quais a referida instituição não disponha de competência caberão, por exclusão de partes, na esfera de atuação dos órgãos jurisdicionais nacionais, de acordo com o *princípio da universalidade da competência destes*⁷⁶⁶ igualmente constante do referido artigo 274.^{o767}.

Os dois princípios complementam-se na formulação de um critério de repartição de competências entre o TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais. Alguma doutrina⁷⁶⁸ enfatiza outro princípio que parece não ser mais do que a síntese daqueles dois: o da *descentralização da função jurisdicional nos domínios da União*, concretizador do princípio da subsidiariedade nos domínios judiciários e compensador de um alegado défice judiciário nela existente⁷⁶⁹, que permite aos tribunais nacionais constituírem a instância comum de aplicação do direito da UE no quadro de uma competência-regra ou de princípio.

4.2. Os critérios da atribuição positiva e da atribuição residual

De igual forma, a competência do TJUE pode ser aferida mediante um critério de atribuição *positiva*: os respetivos órgãos dispõem de competência exclusiva para decidir as questões inerentes aos instrumentos processuais previstos nos Tratados (artigos 258.º a 279.º do TFUE; n.º 3 do artigo 19.º do TUE). A atuação das jurisdições do TJ, TG, e TFP depende de uma norma do Tratado definidora do âmbito da sua competência e do instrumento adjetivo adequado ao seu exercício.

Ao invés, a competência comunitária dos órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados membros é determinada segundo um critério de atribuição *residual*: eles intervirão, também

princípio da competência de atribuição *vide* Maria Luísa DUARTE, *A teoria dos poderes...*, cit., pp. 213 e ss, com indicação de vasta bibliografia; parecer 2/00, do TJ, de 6 de dezembro de 2001, Col. 2001, pp. I-9713 e ss.

⁷⁶⁵ Isto, na medida em que a consagração genérica do referido princípio encontra-se nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do TUE, bem como no artigo 7.º do TFUE, segundo os quais a UE apenas pode atuar dentro dos limites das atribuições que, explícita ou implicitamente, lhes foram conferidas, pelos Estados membros, nos Tratados, e para prosseguir os objetivos que, igualmente, por eles lhe são fixados. Relacionado com o princípio da competência por atribuição está o da limitação de competências, previsto, relativamente ao quadro institucional da União, no n.º 2 do artigo 13.º do TUE.

⁷⁶⁶ Cfr. Rui MOURA RAMOS, *O Tratado de Nice...*, cit., pp. 84 e ss.

⁷⁶⁷ Cfr. Ami BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *l'Europe et le Droit*, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, 1991, p. 1.

⁷⁶⁸ FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., pp. 17 e 18; Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., p. 46; *União Europeia e Direitos...*, cit., p. 371.

⁷⁶⁹ Assim Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, cit., p. 451.

exclusivamente, para dirimir os demais pleitos relacionados com a aplicação do direito da UE, ou seja, os que não se inserem na esfera competencial do TJUE⁷⁷⁰.

O critério não se afigura estanque nem rígido, uma vez que também é possível encontrar disposições nos Tratados que visam retirar determinadas competências da esfera do TJUE de forma a atribuí-las aos órgãos jurisdicionais nacionais e a delimitar negativamente o papel daquele. Assim, o artigo 276.º do TFUE, retomando o n.º 5 do ex-artigo 35.º do TUE, afasta da instituição jurisdicional da UE os poderes de fiscalização da validade ou da proporcionalidade de operações efectuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado membro e o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna⁷⁷¹.

4.3. Decorrência de ambos os critérios

Do exposto extrai-se que, em regra, os tribunais competentes para dirimirem os conflitos de interesses cuja solução conste do direito da UE, o mesmo é dizer, os órgãos jurisdicionais *comuns* da ordem jurídica europeia, são os tribunais nacionais, que procedem à aplicação de tal direito no território dos respetivos Estados membros. Com efeito, por força da adesão à UE e da integração nos ordenamentos nacionais da normatividade oriunda daquela, compete aos tribunais nacionais, nas suas diversas jurisdições e instâncias, a defesa da objetiva legalidade europeia, bem assim a salvaguarda de pretensões de natureza subjetiva que a ordem jurídica da União reconhece aos particulares. Assim não será, porém, quando o litígio *sub judice* se subsume ao quadro competencial que os Tratados atribuem às jurisdições integradas no TJUE.

Uma vez mais se salienta que entre os órgãos jurisdicionais dos Estados membros e os seus homólogos que integram o TJUE existe total e absoluta independência e autonomia; estes, e em especial o TJ, não se afiguram como instância de controlo, recurso ou apelo das decisões daqueles, sem prejuízo da cooperação institucional frequentemente estabelecida entre tribunais

⁷⁷⁰ Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., p. 46, implicitamente, também parece recorrer a este critério.

⁷⁷¹ Tal significa que as ações operacionais dos Estados membros em alguns dos domínios do espaço de liberdade, segurança e justiça, concretamente nas áreas da CPJMP correspondente ao antigo terceiro pilar, se encontram subtraídas ao controlo do TJUE relativamente à respetiva conformidade com o direito da UE e proporcionalidade, sendo a inerente fiscalização jurisdicional efetuada pelos tribunais nacionais e de acordo com as normas internas, nos termos da Declaração n.º 7, anexa ao TUE. Comparativamente com o TJUE, os referidos órgãos jurisdicionais dos Estados estão melhor preparados, estrutural e funcionalmente, para ajuizar da legalidade e proporcionalidade das ações no terreno das autoridades de polícia nacionais; em causa está ainda um reduto da soberania dos Estados membros. Cfr. Carlos PROENÇA, *O princípio da flexibilidade...*, cit., p. 298.

nacionais e TJ no âmbito do mecanismo processual das questões prejudiciais (vulgo reenvio prejudicial)⁷⁷².

Daqui resulta igualmente que a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos atribuídos aos particulares pela ordem jurídica europeia encontra-se sobretudo (não exclusivamente) a cargo dos tribunais dos Estados membros, os quais, além de órgãos jurisdicionais dos respetivos países onde asseguram a legalidade e os direitos reconhecidos pelas ordens jurídicas internas, são também tribunais da UE (em sentido amplo e funcional), logo garantes da juridicidade existente no ordenamento europeu nos respetivos territórios nacionais⁷⁷³. Daí que, uma vez mais, mereça ênfase a recente positivação, constante do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pela ordem jurídica europeia, enquanto incumbência das jurisdições nacionais quando apliquem o direito da União aos pleitos levados perante si, surgidos entre particulares ou entre estes e Estados membros, cuja solução substantiva passe pela sua aplicação.

Estarão em causa, *prima facie*, os chamados tribunais comuns dos Estados membros. Tomando como exemplo o sistema jurisdicional português, eles dividem-se em duas jurisdições principais: a judicial (ramificada entre tribunais de comarca, da Relação e Supremo Tribunal de Justiça) e a administrativa e fiscal (fragmentada entre Tribunais Administrativos e Fiscais, Tribunais Centrais Administrativos e Supremo Tribunal Administrativo). Por outro lado, a sujeição ao direito da UE também vincula as jurisdições especiais, como as constitucionais (onde podemos encontrar tribunais constitucionais ou supremos tribunais com funções de fiscalização de constitucionalidade) e as financeiras (onde avultam os tribunais de contas). Na verdade, qualquer órgão jurisdicional nacional tem o dever de aplicar o direito da União aos litígios que seja chamado a dirimir, obviamente pressupondo que a solução jurídica substantiva se encontre prevista na ordem jurídica europeia.

Convirá a este propósito relembrar uma vez mais que uma exigência básica da integração europeia, decorrente do princípio do primado do direito da União, prende-se com o estatuto reconhecido aos tribunais nacionais de órgãos comuns de aplicação do direito da UE⁷⁷⁴, do qual decorrem várias inferências que desenvolveremos na última parte desta tese. Adiante-se, para já, que os órgãos jurisdicionais nacionais (*i*) têm a seu cargo a função de interpretar o direito

⁷⁷² Mesmo aqui, note-se, o TJ limita-se a responder às questões, interpretativas ou de validade, que lhe são colocadas pelo órgão jurisdicional nacional do reenvio, sem interferir na decisão de mérito que o processo principal deva conhecer. Esta é ditada pelo tribunal nacional titular do processo principal e autor das questões prejudiciais, naturalmente, sem prejuízo das inferências que a resposta, caracterizada pela vinculatividade, dada pelo TJ possa ter nesse domínio. Por exemplo, concluindo este pela invalidade da norma europeia que constitui objeto da questão de validade colocada, não poderá o órgão jurisdicional nacional aplicá-la; igualmente, este encontra-se vinculado a seguir a orientação hermenêutica determinada pelo TJ.

⁷⁷³ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, cit., pp. 22 e 23; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 494 e 495.

⁷⁷⁴ Cfr. acórdão SIMMENTHAL III, já citado.

nacional em conformidade com o direito da UE; (ii) são responsáveis pela resolução de conflitos de interesses que envolvem a aplicação do direito da UE⁷⁷⁵ (como sejam os relacionados com as liberdades de circulação, os que se prendem com a violação de regulamentos europeus ou os que pressuponham a impugnação de atos nacionais de aplicação destes), (iii) podendo, no âmbito dessa competência, ser chamados a decretar providências cautelares com base no referido direito; enfim, (iv) podem ainda ser chamados a apurar a existência de responsabilidade civil dos Estados membros e (ainda que mais discutível) dos próprios particulares, por violação do direito da União. Para tal, muito contribuiu a doutrina do efeito direto deste direito, a qual segundo Jónatas MACHADO "*transforma os cidadãos europeus em guardiões do direito comunitário nas suas relações uns com os outros e com os Estados membros, pessoalmente interessados na mobilização do direito comunitário como defesa contra normas e actos dos poderes públicos nacionais*"⁷⁷⁶.

Mais controversa se assume a função dos órgãos jurisdicionais nacionais, como garantes da aplicação e salvaguarda da objetiva legalidade europeia e de pretensões de natureza subjetiva derivadas da ordem jurídica da União, quando esteja em causa o papel dos tribunais constitucionais dos Estados membros, aspeto a que subjaz a questão das relações entre o direito constitucional interno (e concretamente as Constituições nacionais) e o direito da UE.

⁷⁷⁵ A este propósito JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 495, sugere os seguintes exemplos: a cobrança indevida de impostos ou taxas, contratos entre empresas privadas, fusões e aquisições, o controlo da validade de atos administrativos de concessão de serviços públicos ou adjudicação de obras públicas, o controlo da legalidade e proporcionalidade de operações policiais nos domínios relacionados com o espaço de liberdade, segurança e justiça.

⁷⁷⁶ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 495.

Capítulo III

Pressupostos substantivos da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia: primado e seus corolários, e sistema de proteção de direitos fundamentais

Razão de ordem

O primado (ou a primazia) do direito da UE sobre os direitos nacionais tem constituído um princípio nuclear para a resolução do complexo problema das relações entre a ordem jurídica da União e os ordenamentos dos Estados membros⁷⁷⁷. Nessa medida, tal princípio também se afigura uma condição essencial para que a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos atribuídos pelo direito da UE, principalmente aos particulares, seja uma realidade, já que tal tutela apenas será possível se existir *preferência aplicativa* da norma europeia sobre as disposições nacionais.

A aplicabilidade direta e o efeito direto afiguram-se igualmente como princípios estruturantes do direito da UE. Semelhantemente ao que ocorre com o primado, do qual são aliás corolários, também têm por fito, *prima facie*, regular as relações entre o ordenamento da União e as ordens jurídicas nacionais de forma a efetivar a primazia e o efeito útil do primeiro⁷⁷⁸. Nessa medida, ambos - mas especialmente o efeito direto, que surge vocacionado para a *invocação em juízo da norma da União que se revela atributiva de direitos* - também se apresentam como condições da tutela jurisdicional efetiva, tanto de pretensões subjetivas resultantes do direito da UE, como da objetiva legalidade europeia, no âmbito da União.

É certo que esta tríade principal foi edificada com o objetivo de assegurar duas características basilares da ordem jurídica europeia, também elas reconduzíveis a princípios do direito da União: por um lado, a sua *autonomia* face a outras (sejam as nacionais, trate-se da internacional); por outro lado, a sua *interpretação e aplicação corretas e uniformes*. Mas nela é

⁷⁷⁷ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, cit., p. 410.

⁷⁷⁸ Cfr. Pierre PESCATORE, *Aspects judiciaires de l'acquis communautaire*, in RTDE, 1981 (n.º 4), p. 617.

visível outra finalidade mais nobel: a de assegurar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e dos interesses legítimos que o sistema jurídico da UE confere sobretudo aos particulares enquanto seus destinatários (mediante o primado e o efeito direto), bem como a objetiva legalidade europeia (através do primado e da aplicabilidade direta). Se no primeiro móbil está em causa a *eficiência* do direito da União, no segundo é uma função *humanista*, onde avulta o valor da dignidade humana propalado no artigo 2.º do TUE, que se visa alcançar.

Exprimindo uma certa ideia de direito, os referidos princípios e as suas finalidades expressam um modelo pretendido para a sociedade europeia contemporânea⁷⁷⁹, ao mesmo tempo que são expressão da crescente globalização das instituições jurídicas⁷⁸⁰. Tais princípios também refletem a presença no âmbito europeu de um *pluralismo jurídico* na medida em que, com eles, assistimos à "*coexistência de ordens jurídicas distintas estabelecendo entre elas relações de direito*" e à "*existência simultânea de regras de direito diferentes aplicando-se a situações idênticas*"⁷⁸¹.

Se o princípio da aplicabilidade direta sempre constou do Tratado de Roma⁷⁸², os outros são fruto do ativismo judiciário notável sobretudo do órgão que, além de originário e de suprema instância, maior destaque tem assumido na instituição jurisdicional da UE⁷⁸³: o TJ. Nessa medida, tais princípios também estão ligados ao fenómeno da "litigância transnacional".

Por outro lado, um princípio geral de direito da União assenta na proteção dos direitos fundamentais (ou humanos⁷⁸⁴) pela respetiva ordem jurídica, em especial da sua parcela aplicável à administração pública europeia⁷⁸⁵, o qual constitui simultaneamente uma exigência estruturante do modelo de legitimação e do exercício do poder político europeu, assentes na

⁷⁷⁹ Cfr. Boaventura de SOUSA SANTOS, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁸⁰ Cfr. Cecília MACDOWELL SANTOS *et al.*, *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e Portugal: uma revisão bibliográfica*, Oficina do CES n.º 303, Coimbra, 2008, p. 1.

⁷⁸¹ Assim André-Jean ARNAUD, *op. cit.*, p. 198. Em sentido idêntico, Miguel POIARES MADURO, *A Crise Existencial...*, *cit.*, 210, esgrimindo com a destruição do monopólio estadual do direito e na crise da autoridade normativa do Estado, ambos fruto do processo de integração europeia.

⁷⁸² Cfr. segundo parágrafo do artigo 288.º do TFUE (correspondente ao ex-artigo 249.º do TCE).

⁷⁸³ Há autores que preferem designar o fenómeno por "*voluntarismo judicial*" ou "*voluntarismo do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*". É o caso de Miguel POIARES MADURO e Francisco PEREIRA COUTINHO, *O Direito da União Europeia e a ordem jurídica portuguesa*, in Marina COSTA LOBO e Pedro LAINS (org.), *Em nome da Europa - Portugal em mudança*, Cascais, 2007, p. 152.

⁷⁸⁴ Num plano estritamente interno é possível enunciar vários critérios de distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Tais critérios podem ser vistos em Jorge MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *cit.*, pp. 52-55. No entanto, aderimos à posição de Maria Luísa DUARTE quando pertinentemente entende que tal dicotomia deixou de merecer relevância no contexto europeu, empenhado em prosseguir a salvaguarda (tanto no plano interno, como internacional) de um leque de direitos com um âmbito de aplicação (pessoal, geográfico e temporal) cada vez mais amplo. Como a autora observa verifica-se uma convergência que permite particularizar o modelo europeu no contexto mais geral do direito internacional, a qual justifica uma equivalência semântica entre as designações direitos do Homem e direitos fundamentais. Cfr. *O Direito da União Europeia e o Direito...*, *cit.*, pp. 205 e 206; *União Europeia e Direitos...*, *cit.*, pp. 31 a 34.

⁷⁸⁵ Cfr. Suzana TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, p. 24.

exigência de respeito pela dignidade humana⁷⁸⁶. Quando relacionada com a temática da tutela jurisdicional efetiva, tal matéria reporta imediatamente ao aspeto da salvaguarda de pretensões de natureza subjetiva decorrentes da ordem jurídica europeia, onde, aliás, se suscitam variadas questões, como as relativas ao conteúdo, programa normativo, âmbito de proteção e possibilidade de restrição dos direitos fundamentais (v. g. das liberdades de circulação)⁷⁸⁷. Não se tratando, porém, a proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica europeia do tema central da nossa tese, no presente capítulo abordaremos uma questão que uma apresenta íntima relação com a problemática da tutela jurisdicional efetiva no direito da União: a relativa à evolução do seu sistema de proteção dos direitos fundamentais⁷⁸⁸.

Com efeito, não podemos escamotear que o progressivo alastramento do âmbito aplicação do direito da UE aos particulares apresenta-se particularmente conexo com a matéria da proteção dos direitos fundamentais, devido às possíveis colisões com eles. Como vimos, a tutela jurisdicional efetiva no direito da União desdobra-se entre uma componente *objetiva*, relacionada com a salvaguarda da estrita legalidade europeia, e uma faceta *subjetiva*, que tem em vista a proteção dos direitos subjetivos, *maxime* fundamentais, e dos interesses legítimos decorrentes do ordenamento europeu sobretudo para os particulares enquanto sujeitos destinatários dos mesmos. Daí que a evolução que o direito da União conheceu em matéria de proteção dos direitos fundamentais mereça especial ênfase no segundo parágrafo do presente capítulo.

A pertinência deste aspeto levanta-se ainda porque, como também já dissemos, a tutela jurisdicional efetiva, além de um *princípio geral* da ordem jurídica da UE, é simultaneamente um *direito fundamental*. É certo que tal tutela, *maxime* quando mobilizada pelos particulares, pode ter por objeto direitos subjetivos ainda que não fundamentais, bem como interesses legítimos, desde que consagrados na ordem jurídica da União. Tal acervo de direitos e interesses contribui, aliás, para o avolumar do bloco de legalidade europeia, estando a salvaguarda jurisdicional do mesmo a cargo tanto dos órgãos que compõem o TJUE como dos tribunais nacionais, consolidando a UE como *União de direito*⁷⁸⁹. Não obstante, é o feixe de direitos fundamentais previstos no direito da União, atenta a sua especial dignidade normativa e importância valorativa, que acaba por constituir o principal escopo material da proteção jurisdicional de pretensões de natureza subjetiva.

⁷⁸⁶ Cfr. Paul CRAIG, *Political Constitutionalism and Judicial Review*, in Christopher FORSYTH, Mark ELLIOTT, Swati JHAVERI, Michael RAMSDEN e Anne SCULLY-HILL (eds.), *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*, Oxford, 2010, p. 22.

⁷⁸⁷ Outras podem ver-se em Maria Luísa DUARTE, *União Europeia e Direitos...*, cit..

⁷⁸⁸ Outra questão é a relativa à suficiência dos mecanismos de garantia contenciosa dos direitos fundamentais ao nível da União, a qual será tratada ao longo das restantes partes deste trabalho.

⁷⁸⁹ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., pp. 366 e 367.

O princípio do primado do direito da União e suas decorrências enquanto pressuposto material da tutela jurisdicional efetiva na União Europeia

1. O princípio do primado e a tutela jurisdicional efetiva

Muito embora num passado recente tenhamos assistido à tentativa de positivar ao nível do direito primário e originário da UE, concretamente no artigo I-6.^{o790} do abandonado TeCE⁷⁹¹, o princípio do primado do direito da União sobre o direito nacional, o certo é que o mesmo permanece sem consagração direta ou expressa nos Tratados constitutivos das Comunidades e da União Europeias⁷⁹². Tal, no entanto, não parece necessário, já que o primado do direito da UE sobre qualquer norma nacional anterior ou posterior é, na expressão feliz do juiz Pierre PESCATORE⁷⁹³, uma "*exigência existencial*" da ordem jurídica europeia; ou, na expressão de

⁷⁹⁰ Cujá redação era: "A Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União, no exercício das competências que lhe são atribuídas, primam sobre o direito dos Estados membros". Recorde-se que a tentativa de consagrar, pela primeira vez, o primado nos Tratados foi um dos aspetos que mais contribuiu para o avolumar da polémica gerada em volta do TeCE, na medida em que, a par de outros, foi um dos fatores que contribuiu para uma precipitada e desadequada identificação da UE com um Estado federal. Cfr. Diogo FREITAS DO AMARAL e Nuno PIÇARRA, *O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito de União Europeia: uma evolução na continuidade*, in Revista Mestrado em Direito, 2008 (Ano 9; n.º 1), p. 189; Carlos BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, p. 224.

⁷⁹¹ Em consequência da malograda tentativa de positivar tal princípio nos Tratados, concretamente no TeCE, com o Tratado de Lisboa o mesmo foi "expurgado" do articulado e relegado para uma simples declaração (a Declaração n.º 17, sobre o primado do direito comunitário, anexa à Ata Final, segundo a qual "A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência"). Cfr. Jean-Luc SAURON, *Comprendre...*, *cit.*, p. 32.

⁷⁹² Cfr. Paulo de PITTA E CUNHA e Nuno RUIZ, *O Ordenamento Comunitário e o Direito Interno Português*, in ROA, 1995 (Ano 55; Vol II; julho), p. 341; Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, *cit.*, pp. 80 a 82; Sónia TEIXEIRA, *A protecção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 1998, p. 35; Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, *cit.*, p. 13; Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, *cit.*, p. 70. Efetivamente, o princípio do primado quando muito resultava indiretamente do atual artigo 288.º TFUE (ex-artigo 249.º do TCE e ex-ex-artigo 189.º do TCEE), que prevê a aplicabilidade direta dos regulamentos europeus, a qual tem como principais efeitos a substituição automática de todas as leis nacionais anteriores que lhe sejam contrárias, bem como o bloqueio/inibição do legislador nacional legislar, depois da entrada em vigor dos referidos regulamentos, sobre aquela matéria em concreto. Também há doutrina que entende que o princípio do primado resulta diretamente, embora de forma implícita, dos Tratados, concretamente do princípio geral da cooperação leal (ou da lealdade comunitária), outrora previsto no artigo 5.º do TCEE (posteriormente artigo 10.º do TCE, que, embora hoje revogado, inspirou nitidamente o atual n.º 3 do artigo 4.º do TUE), bem como da atribuição específica de aplicabilidade direta ao regulamento, constante do artigo 189.º do referido Tratado (atual artigo 288.º do TFUE), enquanto corolário do primado. Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, *cit.*, p. 412, nota de rodapé 1032; André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Ed, Coimbra, 1997, p. 126.

⁷⁹³ Cfr. *l'Ordre Juridique des Communautés Européennes*, 2.ª Ed, Liège, 1973, p. 257.

IPSEN⁷⁹⁴, o primado é uma imposição da "*capacidade funcional das Comunidades*". Este princípio estruturante e fundamental do ordenamento europeu é antes um princípio de criação pretoriana resultante da interpretação sistemática, teleológica e criadora de direito que o TJ faz daqueles Tratados.

1.1. Ativismo judiciário na revelação e fundamentação do primado

A ausência nos Tratados Comunitários de qualquer menção ao primado foi suprimida através de um labor interpretativo desenvolvido pelo TJ relativamente ao sentido e alcance daqueles textos. Consagrada no pré-citado acórdão COSTA/ENEL, a doutrina do primado foi desenvolvida em ulteriores arestos que especificaram e delimitaram o seu alcance e consequências, onde se destacam as decisões INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT⁷⁹⁵, SIMMENTHAL III (já mencionada), COMISSÃO vs. ITÁLIA⁷⁹⁶ e FRATELLI CONSTANZO⁷⁹⁷.

O acórdão COSTA/ENEL é sem dúvida um marco épico em matéria de princípio do primado. Nele, não só se enunciou pela primeira vez uma teoria geral das relações entre o direito da UE e o direito interno, como a justificação da primazia da ordem jurídica da União sobre os ordenamentos nacionais foi apresentada em termos que, embora esclarecidos e desenvolvidos em decisões ulteriores, jamais foram modificados⁷⁹⁸. O TJ fundamentou o primado num duplo postulado: em primeiro, no facto de o Tratado de Roma ter criado uma ordem jurídica própria que se integra no sistema jurídico dos Estados membros e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais⁷⁹⁹; em segundo, na limitação das competências nacionais operada através dos Tratados, a qual pressupõe a criação de um direito aplicável nas suas ordens jurídicas⁸⁰⁰.

Na medida em que a ordem jurídica europeia prevalece sobre as ordens nacionais, é visível na própria fundamentação da doutrina do primado a necessidade de prossecução da tutela jurisdicional efetiva sobretudo da objetiva legalidade europeia por parte das jurisdições nacionais. Em causa não estava ainda um imperativo de tutela jurisdicional de pretensões de

⁷⁹⁴ *Apud* FAUSTO DE QUADROS, *Sumários...*, *cit.*, p. 93; FAUSTO DE QUADROS e André GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.*, p. 125.

⁷⁹⁵ Acórdão de 17 de dezembro de 1970, proc. 11/70, Col. 1970, pp. 627 e ss.

⁷⁹⁶ Acórdão de 24 de março de 1988, proc. 104/86, Col. 1988, pp. 1813 e ss.

⁷⁹⁷ Acórdão de 22 de junho de 1989, proc. 103/88, Col. 1989, pp. 1861 e ss.

⁷⁹⁸ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição (notas de uma reflexão crítica)*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1995, p. 670; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 328.

⁷⁹⁹ Cfr. p. 555.

⁸⁰⁰ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito Internacional. Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, 3.^a Ed, Coimbra, 2006, p. 169.

natureza subjetiva decorrentes no direito da União, atento o sentimento de descrença axiológica manifestado pela instituição jurisdicional das Comunidades na fase inicial do processo de integração em relação à matéria dos direitos fundamentais.

Considerando o primado como uma exigência da ordem jurídica da União, o Tribunal invocou algumas normas do então TCEE, nomeadamente, o artigo 5.º (relativo ao princípio da cooperação leal, vinculando os Estados membros a absterem-se de comportamentos comprometedores da realização dos objetivos do Tratado)⁸⁰¹ e o artigo 189.º⁸⁰² (que revelava o primado do direito da UE ao atribuir aplicabilidade direta ao regulamento, a qual é um corolário do primado), os quais enunciavam precisamente a efetividade desse princípio⁸⁰³.

Apesar de o TJ ter desde sempre configurado o primado sobre as Constituições dos Estados membros, foi sobretudo no acórdão INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT que o referido órgão reconheceu expressamente à primazia do direito da UE uma tal extensão. Para o Tribunal "*...a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado membro, quer aos princípios de uma estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado*"⁸⁰⁴. Assim, este acórdão afirmou claramente que o primado das normas da União sobre disposições internas consiste num princípio fundamental que se impõe às próprias normas constitucionais dos Estados membros⁸⁰⁵.

Particularmente relacionado com a temática da tutela jurisdicional efetiva encontramos o acórdão SIMMENTHAL III, que também se afirma como um marco incontornável em matéria de princípio do primado do direito da UE. Nele, o TJ delimitou com maior rigor o alcance e os efeitos do primado, *maxime* para os tribunais nacionais na qualidade de juízes comuns do direito da União e de guardiões deste princípio fundamental do ordenamento jurídico europeu.

Convirá relembrar que a atuação da instituição jurisdicional da UE ocorre num quadro de competências específicas que os Tratados (ou talvez melhor dito: que os Estados membros enquanto donos destes) lhes cometem⁸⁰⁶. E contrariamente ao que sucede num sistema jurisdicional de inspiração federal, os órgãos em que a referida instituição se desdobra - *maxime*

⁸⁰¹ Tal preceito, por força da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, passou a ser o artigo 10.º do TCE e embora revogado pelo Tratado de Lisboa, inspirou a redação do atual n.º 3 do artigo 4.º do TUE.

⁸⁰² A propósito desta disposição, que hoje corresponde ao artigo 288.º do TFUE, o TJ lembrou que a mesma não é objeto de qualquer reserva e enfatizou que ela não teria qualquer alcance se um Estado membro pudesse anular unilateralmente os seus efeitos por meio de um ato legislativo oponível aos textos comunitários (cfr. p. 556).

⁸⁰³ Para maiores pormenores sobre este e outros *leading cases* relacionados com o primado *vide* Jean-Victor LOUIS, *op. cit.*, pp. 174 e ss; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 328 e ss; Miguel MOURA E SILVA, *Direito Comunitário I, Jurisprudência, questões e notas, Tomo I - Direito Institucional e Ordem Jurídica Comunitária*, Lisboa, 2000; *Direito da União...*, *cit.*

⁸⁰⁴ Cfr. n.º 3; Carlos BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, p. 225.

⁸⁰⁵ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, *cit.*, p. 71. Ver também Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, *cit.*, p. 83; Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, *cit.*, p. 14.

⁸⁰⁶ Hoje genericamente previstas nos artigos 19.º do TUE e 251.º a 281.º do TFUE.

o TJ - não se trata de instâncias de apelo ou de revisão das decisões preferidas pelos tribunais nacionais. Os órgãos que se inserem no TJUE não dispõem, portanto, de competência que lhes permita apreciar, anular, alterar ou revogar uma decisão de um qualquer órgão jurisdicional nacional. Por outro lado, no âmbito dos mecanismos processuais do contencioso da União destaca-se os obstáculos com que os particulares (em profundo contraste, aliás, com o que sucede em relação aos Estados membros e às instituições europeias) se deparam no acesso às jurisdições do TJ e do TG. Destas opções políticas, feitas pelos Estados membros e plasmadas nos Tratados, decorre que os órgãos jurisdicionais nacionais sejam os garantes da legalidade europeia e dos direitos subjetivos que dela decorrem para os particulares, constituindo por isso os órgãos judiciais comuns de aplicação do direito da União.

No referido acórdão SIMMENTHAL III plasmou-se pela primeira vez que os órgãos jurisdicionais nacionais são tribunais da UE em sentido *lato* e numa aceção *funcional*. Nessa medida, o TJ investiu os seus homólogos nacionais na obrigação de não aplicarem qualquer norma nacional, constitucional ou legislativa, contrária ao direito da UE, ainda que posterior a este⁸⁰⁷. Por outro lado, estabeleceu-se que as normas europeias devem vigorar de forma uniforme nos Estados membros a partir da sua entrada em vigor, sendo que tais disposições obstam, atenta a sua preeminência, à produção legislativa nacional que as contrariem⁸⁰⁸. Daqui decorre que os tribunais nacionais têm a obrigação de aplicar integralmente o direito da UE, o que implica a inaplicabilidade de toda e qualquer disposição nacional contrária, anterior ou posterior. O Tribunal reconheceu assim ao juiz nacional o poder de ignorar qualquer disposição legal interna, mesmo de natureza constitucional, contrária ao direito da UE, ao mesmo tempo que erigiu os tribunais nacionais em órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da União.

Em suma, este aresto ficou célebre por nele encontrarmos uma conceção do primado com eficácia *direta, absoluta e incondicional* da norma europeia, vinculativa para os tribunais nacionais enquanto órgãos comuns de aplicação da legalidade da União e garantes da salvaguarda dos direitos que esta confere aos particulares, cuja atuação não depende dos procedimentos constitucionais relativos à revogação ou à declaração de inconstitucionalidade da norma nacional⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ Cfr. n.º 21.

⁸⁰⁸ Cfr. n.º 17 do referido aresto; *vide* também Jürgen HABERMAS, *Um ensaio..., cit.*, p. 86.

⁸⁰⁹ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A liberdade..., cit.*, p. 82; *O Tratado..., cit.*, p. 672; *A teoria dos poderes..., cit.*, p. 313.

1.2. Noção e implicações do primado

Contrariamente ao que à partida se possa pensar em virtude de um raciocínio precipitado provocado pelo sentido semântico e natural das palavras, o primado, pretendendo oferecer um critério de articulação entre a ordem jurídica da UE e os ordenamentos internos, não trata essas relações num plano *hierárquico*⁸¹⁰. A ideia fundamental inerente ao princípio do primado é antes a de **repartição de competências** entre aqueles ordenamentos, concretamente entre as instituições europeias e os órgãos com competência política e legislativa dos Estados membros.

Inexistindo na UE um modelo político federal, a relação entre as ordens jurídicas internas e o ordenamento da União não poderá ser colocada num prisma de hierarquia, no âmbito do qual o direito dos Estados membros, semelhantemente ao que ocorre na relação entre os direitos dos Estados federados e o direito do Estado federal, situar-se-ia abaixo do direito da UE⁸¹¹. Assim, de acordo com o princípio do primado as normas europeias não possuem um valor hierárquico superior em relação às disposições de direito interno; o primado do direito da União antes confere ao particular a prerrogativa de, em tributo à tutela jurisdicional efetiva, exigir dos órgãos jurisdicionais nacionais que apliquem as primeiras em detrimento de normas nacionais contrárias⁸¹², impondo portanto aos referidos órgãos, enquanto aplicadores comuns do direito da União, que confirmem preferência aplicativa às disposições europeias.

Esta ideia merece ser enfatizada na medida em que nela reside um aspeto crucial do direito da União: não sendo a UE um Estado, o primado da norma europeia não é sinónimo, como seria se aquela se tratasse de uma entidade estadual, de superioridade hierárquica daquela sobre a norma nacional contrária e da qual decorreria a *invalidade* desta. Tratando-se o cerne do primado de *prioridade* ou *preferência aplicativa*, dele resulta que em caso de conflito ou concurso de fontes (europeia e nacional)⁸¹³, os órgãos jurisdicionais nacionais deixem de aplicar a norma nacional, na medida em que ela cede primazia à aplicação da disposição europeia⁸¹⁴.

⁸¹⁰ Contra João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 321 e ss; Miguel POIARES MADURO, *A Crise Existencial...*, *cit.*, p. 202; nas conclusões que proferiu no âmbito do caso FACTORTAME, o advogado-geral Giuseppe TESAURO, também colocou o problema do primado do direito da UE sobre o direito interno num prisma de normas de valor hierárquico distinto (*vide* nomeadamente os n.ºs 16 e 19 dessas conclusões).

⁸¹¹ Cfr. Joël RIDEAU, *op. cit.*, p. 88; Patrícia FRAGOSO MARTINS, *O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-Membros. Dos Tratados ao Projecto de Constituição Europeia*, Estoril, 2006, p. 22

⁸¹² Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos e os direitos fundamentais. Métodos de protecção*, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra, 2000, p. 19. Ver também Jónatas MACHADO, *Direito Internacional...*, *cit.*, pp. 167 e ss, que trabalha os conceitos de *primazia funcionalmente adequada* e *primazia condicionada*. Ver ainda Luís CABRAL DE MONACADA, *op. cit.*, p. 932, quando refere uma "*hierarquia imperfeita*" para caracterizar a relação entre as normas do direito da UE e as disposições do direito nacional.

⁸¹³ Assim Neil MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, 1993 (Vol. 56; 1), pp. 3 e ss, segundo o qual o relacionamento entre as ordens jurídicas europeia e nacionais assenta em critérios de

Assim sendo, o princípio do primado do direito da UE jamais implica, *ipso facto*, a expurgação de normas nacionais dos respetivos ordenamentos jurídicos por se afigurarem contrárias às disposições europeias; a primazia aplicativa do direito da União antes determina que nesses casos a norma europeia prevaleça e seja a aplicável; porém, a disposição nacional preterida, embora sujeita à contingência de ser inaplicável, permanecerá válida e em vigor no respetivo ordenamento interno até que os órgãos nacionais competentes (*maxime* os parlamentos) decidam revogá-la ou alterá-la de forma a obter-se a sua conformidade com a norma europeia⁸¹⁵.

No nosso panorama doutrinário ouçamos J. J. GOMES CANOTILHO⁸¹⁶ quando a este título afirma que por força do primado do direito da União "*a normativa europeia tem preferência ou prioridade aplicativa relativamente à legislação estatal*". Com efeito, "*a subsistência, integridade e funcionalidade do direito comunitário exige a sua primazia sobre o direito nacional*" em nome de vários princípios como o da igualdade de Estados membros e de cidadãos perante o direito da UE, ensina Jónatas MACHADO⁸¹⁷ também da Escola de Coimbra.

Em sentido idêntico, Maria Luísa DUARTE⁸¹⁸ ensina que o primado do direito da UE não prefigura uma relação de *infra* e *supra* ordenação entre normas de ordenamentos jurídicos diferentes; ele traduz-se antes numa relação entre normas editadas por autoridades com competências distintas. Segundo a Professora de Lisboa, o primado não vale como exigência ou um princípio de *prevalência hierárquica*, mas sim como um "*princípio de proeminência competencial*", isto é, como um corolário de uma repartição de competências entre o legislador da União e o legislador nacional⁸¹⁹, constitucionalmente consentida. Assim, não sendo a UE um Estado e consequentemente não possuindo a "*competência das competências*", o seu ordenamento jurídico só pode corresponder a uma ordem secundária, cujas atribuições e competências derivam do exercício da soberania por parte dos Estados membros, sob a forma de autolimitação dos seus poderes soberanos. Na mesma escola, FAUSTO DE QUADROS⁸²⁰ ensina que o primado do direito da UE afirma a superioridade sobre a norma estadual de uma disposição (a europeia) em cuja produção tem caráter decisivo a expressão da soberania estadual

reconhecimento e respeito mútuo e recíproco, que permitem prevenir situações de conflito entre as disposições aplicáveis de ambos os ordenamentos.

⁸¹⁴ Cfr. Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 7. Vide também o n.º 17 do acórdão SIMMENTHAL III, onde se refere que "... por força do princípio do primado do direito comunitário, as disposições do Tratado e os actos das instituições directamente aplicáveis têm por efeito, nas suas relações com o direito interno dos Estados membros (...) tornar inaplicável de pleno direito, desde o momento da sua entrada em vigor, qualquer norma de direito interno que lhe seja contrária...".

⁸¹⁵ Cfr. Bruno de WITTE, *Direct effect, supremacy...*, *cit.*, pp. 208 e 209.

⁸¹⁶ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, p. 819; vide também Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, *cit.*, p. 87.

⁸¹⁷ Cfr. *Direito Internacional...*, *cit.*, p. 168.

⁸¹⁸ Cfr. *A liberdade...*, *cit.*, p. 84; *O Tratado...*, *cit.*, pp. 689 e ss; *A teoria dos poderes...*, *cit.*, p. 317.

⁸¹⁹ Assim também J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, p. 235, ao referir-se ao princípio da apreensão de competências como consequência do princípio do primado do direito comunitário.

⁸²⁰ Cfr. *Sumários...*, *cit.*, pp. 93 e 94; *Direito das Comunidades...*, *cit.*, p. 412.

dos interesses nacionais dos Estados; como tal, impõe que quando uma mesma matéria apareça regulada de modo divergente por uma norma estadual e por outra europeia, anterior ou posterior, esta afaste aquela⁸²¹.

1.3. O primado e as administrações públicas dos Estados membros

Uma observação deve ser feita ao facto de o princípio do primado também vincular as administrações públicas nacionais, as quais devem aplicar e fazer cumprir as normas europeias com primazia sobre as disposições nacionais contrárias. Tanto mais que o desempenho da função administrativa no âmbito da UE ocorre por intermédio não só das instituições europeias, mas das próprias administrações dos Estados membros que atuam como extensão da administração pública europeia⁸²². Daí que a exigência do primado como princípio estruturante e definidor das relações entre o direito da UE e os direitos internos vincula todos os órgãos públicos nacionais, independentemente do lugar ou do papel desempenhado na estrutura fundamental do Estado⁸²³, o que inclui obviamente as administrações públicas nacionais⁸²⁴.

Na verdade, atendendo ao tipo de norma europeia e à respetiva previsão, a atuação específica dos poderes internos dos Estados pode passar (*i*) tanto pelo exercício da função legislativa (revogação de normas nacionais contrárias ao direito da UE ou inibição de produção legislativa de idêntico teor; aprovação de diplomas necessários para que o direito da União produza plenamente os seus efeitos nas ordens jurídicas internas - *v. g.* na transposição correta e atempada de diretivas), (*ii*) como pode carecer da mobilização dos tribunais nacionais (nomeadamente, quando se trata de interpretar e aplicar disposições europeias), (*iii*) como pode ainda consubstanciar-se na aplicação das normas oriundas do ordenamento jurídico europeu pelas autoridades administrativas. Daí que no acórdão FRATELLI CONSTANZO o TJ tenha imposto a estas a obrigação, decorrente do primado, de não aplicarem normas internas contrárias ao direito da UE⁸²⁵.

⁸²¹ No mesmo sentido *vide* ainda Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza..., cit.*, p. 521.

⁸²² Cfr. Lourenço VILHENA DE FREITAS, *op. cit.*, p. 260. Como lembra o autor, na página 270, muito embora o modelo tradicional da administração da UE seja o da *administração indireta*, tal modelo tem vindo a ser paulatinamente substituído por um modelo de *co-administração*, onde, ao contrário daquele, o exercício do poder administrativo de execução das políticas europeias não é exclusivo das administrações nacionais, já que as instituições europeias assumem um papel no procedimento, (*i*) seja o de adotar decisões em execução de atos comunitários, (*ii*) seja o de assumir uma função de controlo dos atos praticados a nível nacional, (*iii*) seja ainda o de chegarem a um entendimento com o órgão nacional sobre a medida a tomar.

⁸²³ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A Cidadania da União..., cit.*, p. 56.

⁸²⁴ Cfr. n.º 22 do acórdão SIMMENTHAL III.

⁸²⁵ Cfr. n.ºs 30 a 33.

Na verdade, com a adesão dos Estados às Comunidades Europeias alargou-se o bloco de legalidade que fundamenta a vinculação das administrações públicas nacionais ao direito comunitário⁸²⁶, de tal modo que a garantia do primado não deixa de ser uma consequência do respeito pelo princípio da legalidade, entre nós previsto no n.º 2 do artigo 266.º da CRP. Isto é, o direito comunitário integra o bloco de legalidade que limita a atuação das autoridades administrativas nacionais e constitui simultaneamente um parâmetro do controlo jurisdicional da legalidade dos seus atos. Assim, novamente em Portugal, nos termos estabelecidos na legislação que regula o contencioso administrativo (nomeadamente, o Código de Processo dos Tribunais Administrativos - doravante CPTA - e no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais - adiante ETAF), os tribunais administrativos nacionais estão habilitados a anular um ato ou um regulamento administrativo contrário a uma norma europeia⁸²⁷.

1.4. O primado e o lugar do direito da União Europeia nas fontes do direito

Ainda no que concerne ao primado, uma questão que tem dividido a doutrina prende-se com a determinação do lugar que o direito da União deve ocupar no escalonamento das fontes do direito. No fundo, saber se o ordenamento europeu tem um valor supraconstitucional ou somente supralegal; na primeira hipótese, também as normas constitucionais nacionais cedem perante a prioridade aplicativa das disposições europeias; ao passo que na segunda, o direito da UE prevalecerá sobre a legislação nacional ordinária, mas não sobre as Constituições dos Estados membros. A propósito do primeiro cenário, outra questão conexa se coloca é a de saber se todo o direito da UE (primário ou originário e secundário ou derivado) assume proeminência sobre as Constituições nacionais ou se apenas se reconhece essa força ao primário.

Um setor doutrinário, com o qual nos identificamos, segue a posição que desde cedo foi assumida pelo TJ, segundo a qual o primado afigura-se *essencial, absoluto e incondicional*⁸²⁸, pois que se o direito da UE cedesse perante o direito interno, incluindo o constitucional, não poderia existir como ordenamento jurídico que, de forma unitária e autónoma, vigora e é

⁸²⁶ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 919; Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., pp. 85 e 91; *O Tratado...*, cit., p. 700; FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., pp. 44 e 45; Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra, 2001, pp. 40 e ss; João CAUPERS, *op. cit.*, pp. 49 e ss.

⁸²⁷ No mesmo sentido mas em relação a Espanha *vide* Santiago MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea*, Madrid, 1986, p. 266.

⁸²⁸ Cfr. Miguel POIARES MADURO, *We, the Court...*, cit., p. 7; Rui MOURA RAMOS, *O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa e a posição dos tribunais constitucionais dos Estados membros no sistema jurídico e jurisdicional da União Europeia*, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra, 2005, pp. 382 a 384; Diogo FREITAS DO AMARAL e Nuno PIÇARRA, *op. cit.*, p. 199.

aplicável nas ordens jurídicas nacionais. Por outro lado, a negação do primado supraconstitucional afetaria uma das consequências jurídicas do princípio da uniformidade, que é o da igualdade entre os Estados membros e entre os seus cidadãos na aplicação do direito da União.

É neste campo que encontramos FAUSTO DE QUADROS⁸²⁹, segundo o qual sendo o primado uma emanção do princípio da capacidade funcional das Comunidades e da União Europeias⁸³⁰, ou seja, um elemento que assegura a existência e a eficácia do processo europeu de integração, o mesmo é válido para todas as normas originárias e secundárias do direito da União e relativamente a todas as disposições de direito interno, inclusive constitucionais⁸³¹. Igualmente defensor desta tese refira-se LUCAS PIRES⁸³², que alude ao valor supraconstitucional do primado (e do efeito direto) como um elemento cujo objetivo seria a conversão de típicos Tratados multilaterais numa Constituição Europeia. Na mesma linha, encontramos Ana Maria GUERRA MARTINS⁸³³ que também entende que o primado abrange todas as fontes do direito da UE, incluindo o direito derivado, e todas as fontes de direito interno, incluindo o direito constitucional⁸³⁴.

Diferente é a posição defendida por J. J. GOMES CANOTILHO⁸³⁵, para quem o direito europeu dotado de primazia aplicativa sobre as normas constitucionais é somente o direito convencional dos Tratados, ou seja, o direito primário, já que o alargamento da doutrina do primado a todas as normas europeias (desde os Tratados até ao mais anódino regulamento ou diretiva) acabaria por minar a medula óssea de qualquer Estado de direito democrático e constitucional. O autor conclui que no atual estágio da evolução, as normas europeias convencionais têm uma posição primária mas não possuem um grau constitucional.

⁸²⁹ Cfr. *Sumários...*, *cit.*, p. 93.

⁸³⁰ Neste sentido Cláudius ALDER, *apud* FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, *cit.*, p. 412; IPSEN, citado pelo mesmo autor, *Sumários...*, *cit.*, p. 93.

⁸³¹ É feliz o raciocínio de FAUSTO DE QUADROS e André GONÇALVES PEREIRA, *Manual...*, *cit.*, pp. 124 e ss, quando referem que se o primado fosse infraconstitucional, teríamos filtros ao direito da UE, que seriam tantos quantas as Constituições nacionais, levando a uma total não uniformidade na aplicação do mesmo.

⁸³² Cfr. *Introdução...*, *cit.*, pp. 25 e ss. e 55 e ss.

⁸³³ Cfr. *A natureza...*, *cit.*, p. 71.

⁸³⁴ Ainda neste setor ouçamos Jean-Victor LOUIS, *op. cit.*, pp. 176 e ss, quando refere que "*é o próprio Tratado que constitui a fonte do primado e não as disposições nacionais. Por conseguinte, não temos de nos basear nas normas constitucionais, escritas ou não, que regem as relações entre direito internacional e direito interno*" (...) "*qualquer pretensão de um Estado fazer prevalecer os seus próprios critérios constitucionais sobre o direito comunitário é um fermento de divisão da Comunidade e é contrária ao princípio da adesão «numa base de reciprocidade»*".

No mesmo sentido, João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 321 e ss, reporta o primado à autonomia do direito da UE, a qual implica que ele não seja tributário dos direitos nacionais, definindo as relações com esses direitos segundo princípios e critérios próprios e sem sujeição às leis constitucionais ou ordinárias dos Estados membros. Segundo ele, o primado do direito da UE afigura-se de uma importância decisiva para o futuro do processo europeu de integração, porquanto ou o direito da União é aceite como superior face ao direito interno ou estará condenado a não sobreviver senão como categoria residual.

⁸³⁵ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, p. 821.

Também distinta, e negando qualquer tipo de primado supraconstitucional, é o entendimento protagonizado por Jorge MIRANDA⁸³⁶, que entende que nem o próprio direito europeu originário ou primário prevalece sobre o direito constitucional, ou seja, segundo ele aquele direito terá um valor supralegal mas infraconstitucional, apenas prevalecendo sobre a legislação ordinária⁸³⁷. Idêntica posição, embora não tão radical, defende Marcelo REBELO DE SOUSA⁸³⁸, o qual refere um "*primado mitigado do direito comunitário*" para elucidar a submissão deste à Constituição, embora reconheça a sua prevalência sobre o restante direito interno⁸³⁹. Ainda neste setor⁸⁴⁰ refira-se Maria Luísa DUARTE⁸⁴¹, segundo a qual "*como estatuto jurídico do político e fonte primária de regulamentação do exercício do poder político, a Constituição de cada Estado membro deve prever a forma e o âmbito da delegação de competências que habilita os órgãos comunitários a exercer competências que originariamente eram reconhecidas aos órgãos políticos internos. As normas comunitárias primam sobre as normas nacionais na medida em que correspondem ao exercício legítimo de uma competência que os Tratados consagram e que os Estados membros aceitaram delegar nas Comunidades Europeias*", negando assim a supraconstitucionalidade do primado do direito da UE, pois ele funda-se numa cláusula constitucional de delegação de competências em favor das Comunidades e da UE, a qual é uma prerrogativa do poder constituinte estadual.

Quanto a nós, parece-nos incontornável que o primado do direito da UE se funda na natureza específica da ordem jurídica europeia⁸⁴², mas também e sobretudo na necessidade de se garantir uma aplicação uniforme do direito da União em todo o espaço dos Estados membros, sem a qual a realização dos objetivos da integração europeia estaria comprometida⁸⁴³. Esta necessidade de uniformidade aplicativa, coadjuvada com o princípio da autonomia do direito da UE, o qual não só aponta para a diferenciação entre o ordenamento jurídico da União e os ordenamentos dos Estados membros, como reivindica a auto-organização e a autorreprodução de

⁸³⁶ Cfr. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo III - Estrutura Constitucional do Estado, 4.ª Ed, Coimbra, 1998, p. 206; também em coautoria com Rui MEDEIROS, *op. cit.*, p. 93.

⁸³⁷ O autor fundamenta a sua posição no facto de, segundo ele e contrariamente ao protagonizado por outros doutrinadores (v. g. Carla GOMES; Francisco LUCAS PIRES), o Tratado de Maastricht não ter sido uma manifestação de um poder constituinte europeu, além do que, exigindo alterações constitucionais em alguns Estados membros, tal implicou o reconhecimento do primado das Constituições dos Estados membros sobre o direito primário da UE. Ainda que reconheça o primado supralegal do direito da UE, este autor não deixa de o qualificar como "*verdadeira e muito grave violação do primado*" legislativo da Assembleia da República, qualificando tal violação como "*verdadeira evasão legislativa*". Vide também Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V - Actividade Constitucional do Estado, Coimbra, 1997, p. 177.

⁸³⁸ Cfr. *A transposição das diretivas comunitárias na ordem jurídica portuguesa*, in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, BFDUC, n.º 38, Coimbra, 1999, p. 68.

⁸³⁹ O autor sustenta a sua posição essencialmente na sujeição do direito comunitário às regras da fiscalização da constitucionalidade previstas na CRP.

⁸⁴⁰ Onde também se situam Paulo de PITTA E CUNHA e Nuno RUIZ, *op. cit.*, pp. 343 e 347.

⁸⁴¹ Cfr. *A liberdade...*, *cit.*, p. 84; *O Tratado...*, *cit.*, pp. 689 e ss; *A teoria dos poderes...*, *cit.*, p. 317.

⁸⁴² Assim Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, *cit.*, p. 13.

⁸⁴³ Cfr. o pré-citado acórdão WALT WILHELM, n.ºs 4 e 5.

uma verdadeira ordem jurídica suscetível de originar futuramente um Estado de direito europeu, com a subsequente obrigação de os Estados membros respeitarem essa autonomia⁸⁴⁴, exige um primado de nível supraconstitucional.

Acresce que a tutela jurisdicional de direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos decorrentes da ordem jurídica europeia só poderá aspirar a ser *efetiva* se os tribunais nacionais estiverem, sem exceção, obrigados a conferir prevalência aplicativa às normas europeias em detrimento das disposições nacionais, mesmo de natureza constitucional. Daí que o primado do direito da UE sobre qualquer norma nacional, anterior ou posterior, seja, na feliz e já citada expressão de Pierre PESCATORE, uma "*exigência existencial*" do ordenamento europeu e um requisito imprescindível para salvaguardar a existência da UE enquanto **União de direito**.

O princípio do primado constitui pois, na esteira da jurisprudência comunitária, uma característica essencial, absoluta e incondicional do direito da União, válida para todas as suas normas originárias e secundárias⁸⁴⁵. Na síntese de Jean-Victor LOUIS, ele "*constitui uma exigência fundamental numa ordem de integração. Reconhecer qualquer eficácia a uma manifestação de vontade da autoridade nacional contrária às regras comuns seria comprometer toda a construção pretendida pelos Estados, autores dos Tratados. Esta atitude poderia abalar a confiança mútua e arruinar assim a possibilidade de o progresso comunitário progredir*"⁸⁴⁶.

Quanto a Portugal, esta interpretação surge confirmada pela redação que o n.º 4 do artigo 8.º da CRP apresenta desde a sexta revisão constitucional, operada em 2004, no qual se reconhece a subordinação do direito interno português face ao direito da UE (tanto originário como derivado), ainda que sob a reserva, com vista a alcançar uma concordância prática entre ambas as ordens jurídicas, de este não colocar em causa "*... os princípios fundamentais do Estado de direito democrático*"⁸⁴⁷. Particularmente interessante afigura-se o § 14 do Capítulo 11 da Constituição Sueca, segundo o qual os órgãos jurisdicionais nacionais devem recusar a aplicação das normas (*maxime* legislativas) nacionais que considerem desconformes com uma disposição constitucional ou outra de natureza superior; contudo, se as normas nacionais contrárias emanarem do Parlamento ou do Executivo sueco, a sua desaplicação apenas deverá ter lugar se a desconformidade for manifesta, exceto se a norma superior for comunitária, caso em que se prescinde dessa exigência.

⁸⁴⁴ Assim J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 235.

⁸⁴⁵ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, cit., p. 412; Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., pp. 82 e 83; Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, cit., p. 13.

⁸⁴⁶ Cfr. *op. cit.*, p. 206.

⁸⁴⁷ Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pp. 224 e 235.

Refira-se ainda que o próprio TJ já admitiu que a aplicação preferente possa ocorrer em abono de normas nacionais⁸⁴⁸, o que não deixa de ser uma relativização de um princípio até há pouco tempo afirmado como absoluto, nomeadamente, quando aquelas garantam um nível de proteção (de direitos fundamentais) mais elevado, aspeto positivado no artigo 53.º da CDFUE.

Recentemente, o princípio do primado conheceu nova relativização, da autoria do *BVerfG*, por ocasião do referido acórdão Lisboa, de 30 de junho de 2009. No parágrafo 331, o Tribunal Constitucional alemão desvalorizou o sentido da Declaração n.º 17, anexa ao Tratado de Lisboa, e negou reconhecer um primado absoluto de aplicação do direito da União por ser contrário à *GG*. A finalidade desta recolocação de um velho problema parece passar pela eventual limitação da competência exclusiva dos órgãos que compõem o TJUE na fiscalização da validade dos atos das instituições, se tal se afigurar necessário para salvaguardar valores superiores previstos na Lei Fundamental de Bona⁸⁴⁹.

1.5. Fundamento do primado

Quanto ao fundamento, do acórdão COSTA/ENEL resultou que o primado é a consequência necessária de uma autolimitação de poderes soberanos dos Estados, por via da delegação de competências destes nas Comunidades, consubstanciada nos respetivos Tratados⁸⁵⁰. Com efeito, neste aresto pode ler-se que "*...a transferência efectuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um acto unilateral ulterior incompatível com o conceito de Comunidade*"⁸⁵¹. Como refere Jean-Victor LOUIS⁸⁵², com base na limitação de competências, ou se se preferir devido à transferência de atribuições, os Estados membros, que limitaram as suas atribuições soberanas, criaram um corpo de direito aplicável aos seus cidadãos e a eles próprios⁸⁵³. De acordo com a jurisprudência do TJ o primado é, portanto, um

⁸⁴⁸ Assim sucedeu nos acórdãos SCHMIDBERGER, de 12 de junho de 2003, proc. C-112/00, Col. 2003, pp. I-5694 e ss, n.º 74; e OMEGA, de 14 de outubro de 2004, proc. C-36/02, Col. 2004, pp. I-9641 e ss, n.º 34.

⁸⁴⁹ Assim Maria Luísa DUARTE, *O Tratado de Lisboa e o teste...*, cit., p. 129.

⁸⁵⁰ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 324; Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 70.

⁸⁵¹ Cfr. p. 556. Há quem vislumbre nesta transferência de competências soberanas a razão de ser da instituição jurisdicional das Comunidades e da União Europeias. É o caso de Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, cit., p. 4.

⁸⁵² Cfr. *op. cit.*, p. 175.

⁸⁵³ No mesmo sentido, FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, cit., p. 412, ensina que "*...ao delegarem nas Comunidades seus poderes soberanos, os Estados aceitam nas matérias a que aqueles poderes soberanos dizem respeito, o primado da ordem jurídica das Comunidades sobre os direitos estaduais*". Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 84, explica que "*as normas comunitárias primam sobre as normas nacionais na*

atributo do próprio direito da UE, uma consequência necessária da sua natureza própria e única, e não uma concessão dos direitos constitucionais dos Estados membros.

2. Os princípios da aplicabilidade direta e do efeito direto do direito da União Europeia e a tutela jurisdicional efetiva

2.1. Problema prévio: coincidência ou divergência entre os conceitos de aplicabilidade direta e de efeito direto?

Uma questão que se pode colocar a propósito dos princípios da aplicabilidade direta e do efeito direto, ambos corolários do primado, é a relativa à pertinência de se estabelecer a distinção entre eles. Um setor doutrinário não sente necessidade de os diferenciar⁸⁵⁴, talvez muito por força de o próprio TJ não ser claro na terminologia que emprega, nem sempre procedendo a essa distinção. De acordo com esta posição aplicabilidade direta e efeito direto são, portanto, sinónimos.

Neste campo, Rui MOURA RAMOS ensina que com a aplicabilidade direta pretende-se "*significar que a integração do direito comunitário na ordem jurídica dos Estados se opera de pleno direito, dispensando-se para o efeito qualquer forma especial de recepção, e que os tribunais estaduais são assim obrigados a aplicar, como direito comunitário, as disposições respectivas, enquanto os particulares são livres de as invocar perante eles*"⁸⁵⁵. Também João MOTA DE CAMPOS partilha deste entendimento ao reportar-se unicamente à aplicabilidade direta (sem individualizar, portanto, o efeito direto) e afirmando que a mesma implica que as normas europeias "*se integram automaticamente, de pleno direito, na ordem jurídica interna dos Estados e passam aí a ser invocáveis pelos sujeitos de direito aos quais interessam, podendo ser aplicadas pelos tribunais nacionais como se de normas internas se tratasse*"⁸⁵⁶. Ainda neste flanco mas em França, Jean-Victor LOUIS refere de forma lapidar que "*o efeito direto reforça a eficácia do direito comunitário, porque qualquer particular pode pedir a um tribunal nacional*

medida em que são a expressão legítima de uma competência que os Tratados consagram e que os Estados membros aceitaram delegar nos órgãos comunitários"; desta autora ver também *O Tratado...*, cit., pp. 670 e ss; *A teoria dos poderes...*, cit., p. 317.

⁸⁵⁴ É, designadamente, o caso de Rui MOURA RAMOS, *As Comunidades...*, cit., pp. 7 e ss; Jean-Victor LOUIS, *op. cit.*, pp. 137 e ss, 140 e 151; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 231 e ss, e *maxime* pp. 245 e 246; Marcelo REBELO DE SOUSA, *A transposição...*, cit., p. 67; ou J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pp. 235 e 817.

⁸⁵⁵ Cfr. *As Comunidades...*, cit., p. 96.

⁸⁵⁶ Cfr. *Manual de Direito...*, cit., p. 348.

para não aplicar o direito interno contrário ao direito comunitário diretamente aplicável"⁸⁵⁷. Na literatura oriunda do mesmo país, a ausência de distinção e mesmo confundibilidade entre os conceitos de aplicabilidade direta e efeito direto é também legível no sociólogo do direito André-Jean ARNAUD⁸⁵⁸.

Esta posição, contudo, não se afigura pacífica havendo autores que entendem que os dois princípios não são sinónimos e procedem a tal diferenciação⁸⁵⁹. Nomeadamente, um setor da doutrina francesa⁸⁶⁰ identifica aplicabilidade direta com efeito direto, porém, ambos distinguem-se do efeito imediato ou aplicabilidade imediata. Da nossa parte, é com este setor que nos identificamos e por isso sufragamos a pertinência de se proceder à distinção.

Neste flanco encontramos a lição do grande especialista no assunto J. A. WINTER⁸⁶¹, que de uma forma sucinta e clara esclarece que a aplicabilidade direta diz respeito ao facto de inexistir necessidade de introduzir determinada norma de direito derivado da UE (*maxime* o regulamento) nas legislações internas, para a tornar vinculativa; ao passo que o efeito direto traduz-se na *invocabilidade* pelos particulares de direitos individuais, com base em disposições do ordenamento da União, que ao juiz nacional compete salvaguardar⁸⁶². É visível, desde já, a especial conexão entre o princípio do efeito direto e a tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva derivadas do direito da UE.

Aderindo, portanto, à posição daqueles que vislumbram necessidade em traçar a distinção entre os dois princípios, vejamos separadamente em que é que cada um se traduz e qual a relevância dos mesmos para a tutela jurisdicional efetiva no direito da UE.

⁸⁵⁷ Cfr. *op. cit.*, pp. 140 e 137 e ss.

⁸⁵⁸ Cfr. *O pensamento jurídico europeu*, Lisboa, 1995, pp. 202 e 203.

⁸⁵⁹ Entre nós FAUSTO DE QUADROS, *Sumários...*, *cit.*, pp. 97 e ss; *Direito das Comunidades...*, *cit.*, pp. 420 e ss (*vide* na nota de rodapé n.º 1063, na p. 423, um leque de autores que procedem à diferença); André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, p. 115; Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, *cit.*, pp. 75 e ss; *A teoria dos poderes...*, *cit.*, pp. 311 e ss; Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, *cit.*, pp. 80 e ss; José Luís da CRUZ VILAÇA, *A propósito dos efeitos das directivas nas ordens jurídicas dos Estados membros*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2001 (n.º 30), pp. 3 e 4.

⁸⁶⁰ Cfr. Jean-Marc FAVRET, *L'essentiel de l'Union européenne et du Droit communautaire*, 9.ª Ed, Paris, 2008, pp. 75 e 76.

⁸⁶¹ Cfr. *Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in Community Law*, in *CMLR*, 1972 (Vol. 9; n.º 4), pp. 245 e ss.

⁸⁶² Na síntese lapidária de Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, *cit.*, p. 76, diremos que "o efeito directo, enquanto corolário de uma força normativa específica, não se confunde com a aplicabilidade directa, atributo da norma comunitária que beneficia de uma integração imediata nas ordens jurídicas nacionais". *Vide* também *A teoria dos poderes...*, *cit.*, p. 311.

2.2. O princípio da aplicabilidade direta e a tutela jurisdicional efetiva

De acordo com a aplicabilidade direta, o direito da UE vigora automaticamente nas ordens jurídicas dos Estados membros sem necessidade de interposição de qualquer ato (legislativo, regulamentar ou administrativo) de receção ou transformação da parte destes e sem perder a sua qualidade de direito da União⁸⁶³. A aplicabilidade direta do direito da União, enquanto atributo da norma europeia implica, portanto, a sua integração imediata nos ordenamentos nacionais e traduz-se na aptidão de uma regra de direito da União para, *per si*, vigorar na ordem jurídica nacional de qualquer Estado membro, sem que para o efeito seja necessária qualquer medida de direito interno que previamente receba, complete ou desenvolva o seu conteúdo.

A aplicabilidade direta do direito da UE, refere FAUSTO DE QUADROS, "...consiste na entrada em vigor imediata, isto é, na executoriedade imediata do regulamento na ordem interna dos Estados, que, portanto, não fica dependente de qualquer acto legislativo ou administrativo de recepção da parte destes (a sua publicação na ordem estadual mesmo se necessária, não será constitutiva) nem pode ser evitada, de alguma forma, por eles, designadamente com invocação das suas regras constitucionais"⁸⁶⁴. Na verdade, se a aplicabilidade direta de uma regra de direito internacional se encontra condicionada às exigências do ordenamento constitucional do respetivo Estado⁸⁶⁵, não se confundindo com imediatividade, no direito da UE a aplicabilidade direta implica a *vigência imediata ou automática* na ordem jurídica dos Estados membros⁸⁶⁶, não subordinada portanto ao direito constitucional destes.

O fundamento da aplicabilidade direta do direito da União reside no primado do mesmo. Efetivamente, primazia e aplicabilidade direta (conjuntamente com o efeito direto) são princípios indissociáveis e o resultado da transferência, operada pelos Estados membros, de um leque de atribuições (legislativas, executivas e judiciais) soberanas para as instituições europeias, criando assim uma *instância supranacional de soberania*: a UE.

⁸⁶³ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, cit., p. 415; do mesmo autor *vide Sumários...*, cit., p. 97; ver também André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, p. 112; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 243; Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 76; Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, cit., p. 79.

⁸⁶⁴ Cfr. *Direito das Comunidades...*, cit., p. 420.

⁸⁶⁵ Entre nós, regulada pelo artigo 8.º da CRP.

⁸⁶⁶ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, cit., pp. 417 e 419.

2.2.1. Consagração da aplicabilidade direta no Tratado

Contrariamente ao primado, que se traduziu numa edificação da jurisprudência do TJ, o princípio da aplicabilidade direta está consagrado expressamente nos Tratados, nomeadamente, no segundo parágrafo do artigo 288.º do TFUE (ex-artigo 249.º do TCE e ex-ex-artigo 189.º do TCEE), embora restrito a uma fonte normativa da União: o regulamento europeu. Daí que não se levantem dúvidas quanto ao aspeto de a aplicabilidade direta não só dispensar, como proibir, a transposição para as ordens jurídicas estaduais de normas europeias constantes de regulamentos, isto porque tal transposição colocaria em causa a aplicação uniforme do direito da UE. A receção dos regulamentos nas ordens jurídicas nacionais, além de desnecessária, é contrária ao direito da União. Tal fonte materializa-se através de atos normativos *self-executing* (auto-aplicativos), na medida em que tais regulamentos operam diretamente nos ordenamentos de todos os Estados membros sem necessidade de ulteriores atos de execução⁸⁶⁷.

2.2.2. A aplicabilidade direta do demais direito derivado da União

Muito embora alguns autores entendam que da aplicabilidade direta beneficiam "apenas" os regulamentos europeus e as decisões que não se dirijam a Estados membros, entendemos, com a devida vénia, que a aplicabilidade direta, enquanto sinónimo de vigência imediata ou automática, constitui uma característica geral do direito da UE⁸⁶⁸.

No que concerne, designadamente, às diretivas europeias diremos, na esteira do que refere Constança URBANO DE SOUSA⁸⁶⁹, que é certo que a sua aplicabilidade está, em princípio, dependente de medidas nacionais de execução previstas no ato interno de transposição. No entanto, a sua transposição não se confunde com a sua vigência na ordem jurídica dos Estados membros; esses atos normativos vigoram nas ordens jurídicas nacionais na qualidade de direito da UE e sem necessidade de serem transformados em direito nacional. Por isso, os Estados membros, nos atos de execução, têm de fazer menção às diretivas que lhes estão na base. Além disso, os órgãos jurisdicionais em que se desdobra o TJUE reconhecem, verificados certos requisitos, efeito direto às diretivas não transpostas, ou incorreta ou extemporaneamente

⁸⁶⁷ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 817. Na página seguinte o autor acrescenta que muitas das normas do direito comunitário - sobretudo os chamados regulamentos previstos no artigo 249.º do TCE (hoje artigo 288.º do TFUE) - constituem o direito diretamente aplicável em todos os Estados membros, sem necessidade de qualquer ato interno de transformação, ou seja, tais atos têm validade e eficácia imediata nas ordens jurídicas nacionais.

⁸⁶⁸ Implicitamente, também parece ser esta a opinião de alguns autores, como Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, cit., p. 79; ou Marcelo REBELO DE SOUSA, *A transposição...*, cit., p. 67.

⁸⁶⁹ Cfr. *Princípios...*, cit., p. 79.

executadas, tal como às decisões dirigidas aos Estados membros, além do que impõem a interpretação do direito nacional à luz do conteúdo normativo dessas diretivas. Ora, tal seria inexplicável se estes atos normativos não vigorassem nas ordens jurídicas nacionais.

2.2.3. Repercussões da aplicabilidade direta na tutela jurisdicional efetiva

A principal consequência da aplicabilidade direta do direito da UE consubstancia-se no *monismo* e na imposição deste aos Estados membros. Na verdade, as normas de direito da União integram-se de pleno direito e sem necessidade de qualquer ato de receção nas ordens jurídicas internas, o que, a par do primado, contribui visivelmente para a realização da tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia; os tribunais nacionais, como órgãos comuns de aplicação do direito da UE, estão vinculados a aplicar essas disposições na qualidade de normas europeias.

A conceção monista é a única que se coaduna com os objetivos da integração europeia, pois só a vigência automática das normas de direito da União nas ordens jurídicas dos Estados membros torna efetivo o primado daquele direito, assegura a aplicação uniforme do mesmo em todo o espaço da União⁸⁷⁰, permitindo ainda alcançar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos (*maxime* titulados pelos particulares) nele consagrados, assim se garantindo a própria existência da UE enquanto União de direito⁸⁷¹.

Com efeito, o artigo 288.º do TFUE, consagrando o princípio da aplicabilidade direta, contempla também a competência legislativa das instituições europeias, da qual decorre uma natural vocação para a criação de pretensões de natureza subjetiva para os particulares⁸⁷². Ora, essas pretensões só se tornam realidade se, em caso de violação, puderem ser reintegradas pelos órgãos jurisdicionais nacionais.

Destrate, as disposições europeias dotadas de aplicabilidade direta habilitam os tribunais nacionais a aplicá-las imediatamente na qualidade de normas europeias, se necessário preterindo a aplicação de normas nacionais, o que contribui para a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia enquanto finalidade própria.

⁸⁷⁰ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 76.

⁸⁷¹ Cfr. Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, cit., p. 80; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol., cit., p. 395.

⁸⁷² Assim Jean-Victor LOUIS, *op. cit.*, p. 138.

2.3. O princípio do efeito direto e a tutela jurisdicional efetiva

Particularmente íntima afigura-se a relação entre o efeito direto e a tutela jurisdicional efetiva uma vez que tal efeito caracteriza a aptidão das normas de direito da UE para a produção de efeitos na esfera jurídica dos particulares, através da concessão de direitos que podem ser invocados perante os tribunais nacionais enquanto órgãos comuns de aplicação do referido direito e que lhes compete salvaguardar. Na verdade, sendo o ordenamento jurídico da UE constitutivo de um complexo normativo gerador de *direitos e obrigações* tanto para os Estados membros como para os particulares, tal conjunto, enquanto fonte do direito, faculta aos particulares a sua invocação perante os órgãos jurisdicionais nacionais no âmbito dos litígios em que sejam parte⁸⁷³.

O efeito direto traduz-se, em suma, na **invocabilidade em juízo das normas europeias**⁸⁷⁴, a qual convoca uma obrigação dos tribunais nacionais como órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da União: a de conferirem plena eficácia a essas disposições⁸⁷⁵. Tal implica uma relação siamesa entre efeito direto do direito da UE e tutela jurisdicional efetiva no âmbito do referido ordenamento: esta não é possível sem aquele. Frise-se, contudo, que a possibilidade de invocação do direito da UE nos litígios pendentes nos órgãos jurisdicionais nacionais não implica conferir aos órgãos integrantes do TJUE competência para deles conhecer⁸⁷⁶. Dispondo estes de uma *competência de atribuição*, é sobre os tribunais nacionais, enquanto jurisdição de direito comum competente para a aplicação do direito da União, que incide o dever de aplicação de tal direito aos casos concretos que lhes são apresentados.

Segundo FAUSTO DE QUADROS⁸⁷⁷, o efeito direto consiste na possibilidade de os particulares invocarem, nos tribunais nacionais, se a natureza, economia e termos das normas europeias o permitirem, disposições dos Tratados ou de atos de direito derivado que não beneficiem de aplicabilidade direta (isto é, de diretivas ou de decisões dirigidas a Estados), para afastarem a aplicação de normas internas contrárias, apesar de aquelas disposições não terem visto ainda o seu conteúdo transposto para as ordens nacionais por qualquer ato idóneo de direito interno, legislativo ou administrativo⁸⁷⁸. Com a devida vénia, permitimo-nos discordar da restrição do efeito direto às normas europeias que não gozem de aplicabilidade direta. Com efeito, entendemos que as disposições dotadas de aplicabilidade direta, desde que consagrem

⁸⁷³ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 75; *A teoria dos poderes...*, cit., p. 311.

⁸⁷⁴ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 244, 247 e 248.

⁸⁷⁵ Cfr. Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁷⁶ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 435.

⁸⁷⁷ Cfr. *Direito das Comunidades...*, cit., pp. 420 e ss; *Sumários...*, cit., pp. 98 e 99.

⁸⁷⁸ Não obstante, como bem esclarece o autor, o efeito direto é independente da introdução da norma europeia no direito estadual e, bem assim, da sua efetiva vigência na ordem interna.

direitos para os particulares e obrigações para os Estados ou para os particulares, beneficiam, por excelência, de efeito direto.

A doutrina do efeito direto coloca termo, no âmbito do direito da UE, à distinção tradicional do direito internacional entre normas *self-executing* e disposições *non self-executing*, uma vez que constitui a norma europeia não diretamente aplicável numa fonte de direitos subjetivos que os particulares podem fazer valer em processo tramitado nos tribunais nacionais. Nestes termos, também se reforça a tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva decorrentes do ordenamento da UE na medida em que tal tutela também se estende às disposições *non self-executing*⁸⁷⁹. Pierre PESCATORE salienta ainda que "*o efeito direto é o estágio normal de saúde da norma comunitária; só a sua ausência deve causar preocupação e exigir a intervenção dos médicos do direito*"⁸⁸⁰. No fundo, a importância do efeito direto aumenta se tivermos em conta que ele não é excepcional⁸⁸¹.

2.3.1. Tipos de efeito direto

Existem duas espécies de efeito direto: consoante a invocação das normas de direito da União perante os tribunais nacionais e com vista ao afastamento da aplicação de disposições internas contrárias tenha por destinatário os Estados membros ou os particulares, fala-se em efeito direto, respetivamente, vertical e horizontal⁸⁸².

2.3.2. A tutela jurisdicional efetiva enquanto fundamento do efeito direto

O fundamento do efeito direto radica no princípio do primado do direito da UE, mas primordialmente na obtenção da penetração deste nos ordenamentos nacionais⁸⁸³ e, portanto, também na tutela jurisdicional efetiva. Essa penetração só será plena se os tribunais nacionais estiverem conscientes da necessidade de salvaguardarem os direitos subjetivos e interesses

⁸⁷⁹ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 76; *A teoria dos poderes...*, cit., p. 312.

⁸⁸⁰ Cfr. *The doctrine of direct effect...*, cit., p. 155. No mesmo sentido, Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 79; *A teoria dos poderes...*, cit., p. 312, refere que o efeito direto é o *princípio geral*, de modo que a norma europeia tem potencialmente como destinatários todos os sujeitos de direito das ordens jurídicas nacionais.

⁸⁸¹ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Sumários...*, cit., p. 100; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 294.

⁸⁸² Sobre a diferença entre efeito direto vertical e efeito direto horizontal *vide* Rui MOURA RAMOS, *As Comunidades...*, cit., pp. 100 e 101; José CALHEIROS, *Algumas considerações sobre o princípio da interpretação conforme do direito interno face às diretivas comunitárias*, in DDC, 1991 (n.ºs 45 e 46), pp. 14 e ss.

⁸⁸³ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Sumários...*, cit., p. 100.

legítimos que os particulares invoquem perante si com base em disposições pertencentes à ordem jurídica da União.

Alguns autores⁸⁸⁴ destacam assim que é a *plena eficácia* ou o *efeito útil* do direito da UE (originário e derivado) que exige que os particulares (inicialmente simples agentes económicos do mercado comum; atualmente cidadãos e empresas) possam invocar perante as jurisdições nacionais disposições dos Tratados e dos atos normativos provindos das instituições, órgãos ou organismos da UE, fazendo valer nas relações que estabelecem entre si e nas que constituem com os Estados membros, os direitos resultantes daquelas disposições.

Se é certo que o efeito direto começa por ter a finalidade de assegurar o primado do direito da UE sobre as ordens jurídicas estaduais, sendo aliás um dos seus corolários, e, bem assim, a aplicação uniforme do mesmo por todo o espaço da União, não menos verdade se afigura a particular conexão entre o efeito direto e a tutela jurisdicional efetiva das pretensões de natureza subjetiva reconhecidas aos particulares pelo ordenamento da UE. Na verdade, à doutrina do efeito direto (conjugada com a do primado) deve-se a proteção jurisdicional dos direitos subjetivos e interesses legítimos conferidos aos particulares pela ordem jurídica da União⁸⁸⁵. O efeito direto constitui, pois, uma exigência básica da integração europeia e o seu reconhecimento pelos órgãos jurisdicionais nacionais baseia-se no estatuto que lhes é reconhecido de tribunais comuns de aplicação do direito da UE. O efeito direto permite assim um reforço do estatuto dos particulares enquanto cidadãos dos respetivos Estados membros e cidadãos da União, já que lhes permite fazerem valer em juízo pretensões previstas nas normas europeias, inclusivamente na ausência de medidas nacionais de aplicação e mesmo contra normas internas que se revelem contrárias às europeias.

Este aspeto acaba por ser bastante enfatizado pela doutrina. Segundo Ana Maria GUERRA MARTINS⁸⁸⁶, o efeito direto não se resume a um princípio regulador das relações entre os direitos nacionais e a ordem jurídica europeia já que também revela uma diferente perspetiva de relacionamento entre os cidadãos e a UE. Com efeito, ao permitir aos cidadãos europeus a invocação das normas da União diante dos tribunais nacionais, o princípio do efeito direto permitiu o pleno envolvimento daqueles no processo de integração europeia; ele é indubitavelmente *conditio sine qua non* da tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos que a ordem jurídica da UE consagra aos particulares.

⁸⁸⁴ Nomeadamente, Rui MOURA RAMOS, *As Comunidades...*, cit., p. 101; João MOTA DE CAMPOS, *Manual...*, cit., p. 349; Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 7; Pierre PESCATORE, *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge*, in Fabrice PICOD (dir.), *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelles, 2008, p. 615 e ss.

⁸⁸⁵ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, cit., p. 421; José María FERNANDEZ MARTIN, *op. cit.*, pp. 881 e ss; Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, cit., p. 80.

⁸⁸⁶ Cfr. *A natureza...*, cit., p. 76.

2.3.3. O ativismo judiciário na revelação do efeito direto e inferências para a tutela jurisdicional efetiva

Também o princípio do efeito direto não encontra qualquer consagração positiva expressa nos Tratados, sendo antes um conceito de criação pretoriana extraído do espírito, da economia e dos termos do Tratado de Roma⁸⁸⁷. Porém, o Tratado de Lisboa parece ter alterado este *status quo*. Com efeito, dada a relação entre efeito direto e tutela jurisdicional efetiva, o novo segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE também consagra, ainda que implicitamente, o princípio do efeito direto do direito da União.

Seja como for, não contendo os Tratados, tal como originariamente outorgados, qualquer referência expressa relativamente à possibilidade de os particulares invocarem perante os órgãos jurisdicionais nacionais disposições europeias atributivas de direitos para afastar a aplicação de normas nacionais que lhes são desfavoráveis, também neste domínio foi a jurisprudência ativista da instituição jurisdicional da União a revelar este princípio. Emergindo da atividade criadora de direito da UE levada a cabo sobretudo pelo TJ, o efeito direto surge como uma concessão natural feita à supranacionalidade de disposições, principalmente daquelas que, por não beneficiarem de aplicação direta, apresentam uma natureza eminentemente intergovernamental.

I. Efeito direto das disposições dos Tratados

A primeira referência ao efeito direto foi feita no célebre acórdão VAN GEND EN LOOS, no qual o TJ cingiu tal princípio ao direito comunitário originário ou primário.

Estando em causa a aplicabilidade da disposição que atualmente consta do artigo 30.º do TFUE (ex-artigo 25.º do TCE e ex-ex-artigo 12.º do TCEE), o Tribunal referiu-se-lhe como sendo uma norma fundamental que veda de forma *clara e incondicional* a cobrança de direitos aduaneiros e encargos de efeito equivalente, e que não é objeto de qualquer reserva por parte dos Estados no sentido de sujeitarem a sua execução a um ato positivo de direito interno, pelo que a proibição contida nela é, pela sua natureza, perfeitamente suscetível de produzir efeitos diretos

⁸⁸⁷ No périplo percorrido para o justificar, o TJ não deixou de invocar algumas normas do TFUE, tais como os artigos 258.º e 259.º, mas sobretudo o artigo 267.º, cujo conjunto forma um triângulo, constituído entre Comissão, Estados membros e ele próprio, que visa levar a cabo um controlo eficaz do respeito da ordem jurídica da UE; no que concerne à competência constante do artigo 267.º, dela decorre o reconhecimento, pelos Estados membros, do direito da União com um direito dotado de uma autoridade suscetível de ser invocada pelos particulares nos tribunais nacionais. Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 76; Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 7.

nas relações jurídicas entre os Estados membros e os particulares. No mesmo aresto, o TJ reconheceu efeito direto (vertical e horizontal) às disposições do Tratado de Roma que clara e incondicionalmente conferem direitos aos particulares ou impõem obrigações aos Estados membros⁸⁸⁸.

Segundo o Tribunal, as razões justificativas do efeito direto decorrem de o Tratado ter instituído uma ordem jurídica própria, concebida como instrumento de integração dos Estados participantes que, ao celebrarem-no, limitaram os seus direitos soberanos criando um corpo de direito aplicável aos seus nacionais e a eles próprios, e que se impõe às suas jurisdições.

Numa parte considerável da fundamentação do aresto avulta, aliás, uma teleologia de tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos reconhecidos aos particulares pelo ordenamento da UE. Com efeito, nela pode ler-se o seguinte: "*O objectivo do Tratado CEE, que consiste em instituir um mercado comum cujo funcionamento diz directamente respeito aos nacionais da Comunidade, implica que este Tratado seja mais do que um acordo meramente gerados de obrigações recíprocas entre Estados contratantes. Esta concepção é confirmada pelo preâmbulo do Tratado, que, além dos Governos faz referência aos povos e, mais concretamente, pela criação de órgãos investidos de poderes soberanos cujo exercício afecta quer os Estados membros, quer os seus nacionais. (...) Além disso, a função do Tribunal de Justiça no âmbito do artigo 177.º, cujo objectivo consiste em assegurar a uniformidade de interpretação do Tratado pelos órgãos jurisdicionais nacionais, confirma que os Estados reconheceram ao direito comunitário uma autoridade susceptível de ser invocada pelos seus nacionais perante aqueles órgãos. Daqui deve concluir-se que a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados membros, mas também os seus nacionais. Por conseguinte, o direito comunitário, independentemente da legislação dos Estados membros, tal como impõe obrigações aos particulares, também lhes atribui direitos que entram na sua esfera jurídica*".

No mesmo sentido encontramos os acórdãos WALT WILHELM, REYNERS⁸⁸⁹, e DEFRENNE/SABENA (DEFRENNE II)⁸⁹⁰, este destacando-se pela consagração do efeito direto

⁸⁸⁸ Vide pp. 210 e 211 do aresto. Cfr. José Luís da CRUZ VILAÇA, *A propósito dos efeitos...*, cit., pp. 10 e 11; Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, cit., pp. 86 e 87; Sofia OLIVEIRA PAIS em comentário ao aresto VAN GEND EN LOOS, in Sofia OLIVEIRA PAIS (Coordenação), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia. Uma abordagem jurisprudencial*, 2.ª Edição, Coimbra, 2012, p. 23.

⁸⁸⁹ Acórdão de 21 de junho de 1974, proc. 2/74, Col. 1974, pp. 327 e ss.

⁸⁹⁰ Acórdão de 8 de abril de 1976, proc. 43/75, Col. 1976, pp. 195 e ss.

horizontal de disposições dos Tratados, isto é, pela suscetibilidade de invocação de normas de direito primário em litígios entre particulares⁸⁹¹.

Nestas decisões avulta, além de uma ligação entre efeito direto e primado⁸⁹², a conexão entre efeito direto e tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva reconhecidas aos particulares pelo ordenamento da UE. Na verdade, já o dissemos, tal tutela apenas será possível na medida em que exista efeito direto. Existindo na ordem jurídica europeia todo um leque de direitos e obrigações que vinculam tanto os Estados membros como os seus nacionais, a referida ordem não se satisfaz com a mera proclamação desses direitos e obrigações, já que não prescinde da faceta garantística que subjaz a tal leque. É precisamente no âmbito dessa faceta que surge a mobilização dos tribunais nacionais, que atuam como garantes da salvaguarda jurisdicional desses direitos, uma vez que se trata de órgãos investidos na função de os aplicar e fazer cumprir nos pleitos cuja resolução passa por critérios materiais de resolução resultantes da ordem jurídica da UE.

A tutela jurisdicional efetiva no direito da UE, não é demais relembrá-lo, pressupõe o efeito direto das disposições atributivas de pretensões subjetivas derivadas daquele ordenamento. Na verdade, a produção de consequências jurídicas previstas no ordenamento da União na esfera jurídica dos particulares, traduzida no reconhecimento de direitos subjetivos e interesses legítimos que estes tenham invocado em juízo com vista a lograr o afastamento da aplicação de normas nacionais contrárias, apenas se torna possível se os órgãos jurisdicionais nacionais se encontrarem investidos na tarefa de aplicação do direito da UE, conscientes de que em caso de concurso de normas, as que emanam da ordem jurídica comunitária prevalecem sobre as que são oriundas das ordens nacionais.

Inicialmente o TJ exigiu clareza e precisão, além de um caráter completo e juridicamente perfeito, e ainda a investidura numa obrigação incondicional por parte da disposição do Tratado⁸⁹³, pelo que o efeito direto (vertical e horizontal) restringia-se a disposições que não exigissem medidas, nacionais ou comunitárias, de aplicação. Num segundo período o Tribunal passa a ser menos exigente admitindo o efeito direto de normas do Tratado que implicassem obrigações, desde que as entidades sobre as quais impendia o dever de adotar as medidas de aplicação não dispusessem de qualquer margem de apreciação, exigindo apenas que a obrigação

⁸⁹¹ Referindo-se ao artigo 157.º do TFUE (ex-artigo 141.º do TCE e ex-ex-artigo 119.º do TCEE), o TJ concluiu que o mesmo "*é susceptível de aplicação directa e pode portanto constituir, na esfera jurídica dos particulares, direitos que os órgãos jurisdicionais devem proteger*", segmento onde é visível, da parte do Tribunal, também uma fraca clareza conceptual no que tange à separação entre os conceitos de efeito direto e de aplicabilidade direta.

⁸⁹² Com efeito, sem primado inexistente efeito direto, além do que este é um corolário daquele.

⁸⁹³ Cfr. acórdão VAN GEND EN LOOS. Vide também Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., pp. 78 e 79; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 254 e 255; Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., pp. 76 e ss.

fosse clara e incondicional⁸⁹⁴. Um traço comum a ambas as fases radica naquilo que Jean-Victor LOUIS⁸⁹⁵ designa de *noção-chave* do efeito direto, a qual consiste na inexistência de um poder de apreciação por parte dos Estados membros, já que o efeito direto só existirá na medida em que essa prerrogativa não exista. Aliás, já Pierre PESCATORE escrevia que "*o critério decisivo do efeito direto deve ser visto na «não interposição» entre a regra comunitária e a sua aplicação, de um poder discricionário exercido quer por uma instituição comunitária quer pelos Estados membros quer por uma ou outra cumulativamente*"⁸⁹⁶. Muito embora mais exigente numa primeira fase e mais condescendente num segundo estágio, o certo é que o TJ desde cedo reconheceu o efeito direto, vertical e horizontal, a certas normas dos Tratados, requisito imprescindível da efetividade da tutela jurisdicional dos direitos subjetivos e interesses legítimos que a ordem jurídica da União confere aos particulares.

II. Efeito direto das disposições do direito derivado

O TJ não restringiu o princípio do efeito direto às normas dos Tratados aplicando-o também a outras fontes da ordem jurídica comunitária, nomeadamente ao direito derivado, o que contribuiu para aprofundar o envolvimento dos cidadãos no processo integrativo ao habilitá-los a invocar disposições europeias perante os órgãos jurisdicionais nacionais⁸⁹⁷. Avulta novamente a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos que o direito secundário (e terciário) da UE confere aos particulares e que aos tribunais nacionais compete salvaguardar nos respetivos Estados membros.

Assim, os regulamentos e as decisões dirigidas aos particulares são diretamente aplicáveis, possuindo inevitavelmente efeito direto vertical e horizontal. Em especial, os regulamentos são invocáveis pelos particulares já que são uma fonte de direitos; sendo também constitutivos de obrigações, tanto para os particulares como para os Estados membros, dispõem consequentemente de efeito direto vertical em relação às autoridades nacionais e horizontal em relação aos particulares⁸⁹⁸.

Mais tarde o Tribunal também reconheceu o efeito direto das normas das diretivas⁸⁹⁹, embora de uma forma não tão abrangente⁹⁰⁰.

⁸⁹⁴ Cfr. acórdão REYNERS; Marcelo REBELO DE SOUSA, *A transposição...*, cit., p. 66.

⁸⁹⁵ Cfr. *op. cit.*, p. 155.

⁸⁹⁶ Cfr. *l'Ordre Juridique...*, cit., p. 229. No mesmo sentido, José Luís CAMELO GOMES, *op. cit.*, p. 141.

⁸⁹⁷ Assim Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., pp. 78 e 522.

⁸⁹⁸ Acórdão VARIOLA, de 10 de outubro de 1973, proc. 34/73, Rec. 1973, pp. 981 e ss, n.ºs 7, 8.

⁸⁹⁹ Na síntese de Maria Luísa DUARTE, *A Cidadania...*, cit., p. 66, a diretiva passa a ser fonte de direitos para os particulares e estes tornam-se destinatários potenciais da diretiva.

O primeiro acórdão a reconhecer o efeito direto *vertical* das diretivas foi o aresto VAN DUYN⁹⁰¹, no âmbito do qual um tribunal britânico, confrontado com dúvidas relativamente à interpretação da Diretiva (CEE) n.º 64/221⁹⁰², colocou ao TJ a questão prejudicial relativa à possibilidade de um particular invocar, contra um Estado membro, uma norma constante de uma diretiva perante um tribunal nacional. O TJ afirmou perentoriamente que "*ainda que, nos termos do artigo 189.º, os regulamentos sejam diretamente aplicáveis e, conseqüentemente, por sua natureza, susceptíveis de produzir efeitos diretos, daí não resulta que outras categorias de actos referidos nunca possam produzir efeitos análogos*"⁹⁰³. *Seria incompatível com o efeito obrigatório que o artigo 189.º reconhece às diretivas excluir em princípio que as obrigações por elas impostas possam ser invocadas pelos interessados*". Mais acrescentou que nos casos em que as autoridades europeias "*impuseram aos Estados membros, mediante diretivas, a obrigação de adotarem uma determinada conduta, o efeito útil de tais actos ver-se-ia diminuído se os particulares fossem impedidos de os invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais e se estes não pudessem tê-los em consideração como elementos do direito comunitário*"⁹⁰⁴. Subjacente ao efeito direto avulta novamente a tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva decorrentes dos atos das instituições, ambos aliados ao efeito útil e à plena eficácia do direito da UE.

Na referida decisão o TJ consagrou a doutrina do efeito direto vertical das diretivas ao considerar que as mesmas têm, nos termos do atual artigo 288.º do TFUE, uma natureza vinculativa, só podendo ter *efeito útil* se for permitido aos particulares invocá-las em juízo, dessa forma beneficiando da tutela jurisdicional dos direitos nelas previstos, depois de expirado o prazo de transposição e sem que os Estados membros seus destinatários as tenham recebido. Com efeito, a diretiva produz, a partir da sua publicação no JOUE, efeitos jurídicos, como seja a obrigação de interpretação do direito nacional à luz do texto e objetivos da diretiva⁹⁰⁵, ou a criação de direitos subjetivos que os particulares podem, em determinadas condições, fazer valer perante o juiz nacional contra os Estados membros. Assim, as normas das diretivas têm efeito direto vertical se estas não tiverem sido transpostas no prazo (ou sendo, se a receção ocorreu

⁹⁰⁰ O reconhecimento do efeito direto às diretivas está intimamente conexo com o facto de o Conselho ter passado a adotar diretivas cada vez mais detalhadas, consagrando obrigações incondicionais, logo mais próximas do regulamento.

⁹⁰¹ Acórdão de 4 de dezembro de 1974, proc. 41/74, Col. 1974, pp. 569 e ss.

⁹⁰² Relativa à coordenação de medidas especiais referentes aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada, justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.

⁹⁰³ Note-se que neste aresto o próprio TJ estabelece a diferença entre efeito direto e aplicabilidade direta, assumindo, ainda que de forma implícita, que não se trata de conceitos idênticos.

⁹⁰⁴ Cfr. n.º 12.

⁹⁰⁵ Acórdão VON COLSON e KAMANN, de 10 de abril de 1984, proc. 14/83, Rec. 1984, pp. 1891 e ss; Sofia OLIVEIRA PAIS em comentário ao aresto VAN GEND EN LOOS, *cit.*, p. 25.

incorreta ou parcialmente apenas) e o conteúdo das suas disposições for incondicional e suficientemente preciso⁹⁰⁶.

No caso *URSULA BECKER*⁹⁰⁷ o TJ entendeu que o Estado membro que não adotou, nos prazos fixados, as medidas de execução impostas pela diretiva não pode opor aos particulares o incumprimento de obrigações que esta comporta, negando assim o "efeito direto vertical invertido" das diretivas⁹⁰⁸. Assim, em reforço do princípio do efeito direto e da tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses conferidos aos particulares pelo direito da UE, o Estado incumpridor sujeita-se a acatar a aplicação da norma cuja execução omitiu ou impediu através de legislação interna contrária; contudo, ele não poderá fazer-se valer da diretiva para impor aos particulares o cumprimento de obrigações ou para aplicar sanções⁹⁰⁹. No mesmo *leading case* o Tribunal também admitiu que o facto de a diretiva conferir aos Estados membros alguma margem de manobra não obsta a que algumas disposições, tendo em consideração o seu objeto, possam ser destacadas do seu conjunto e aplicadas como tal⁹¹⁰.

III. Negação do efeito direto horizontal das diretivas

Já o efeito direto *horizontal* das diretivas, isto é, a possibilidade de os particulares invocarem em juízo os direitos e obrigações constantes das suas disposições perante outro particular, tem até hoje sido categoricamente negado pelo TJ⁹¹¹ com fundamento de que o carácter obrigatório de tais atos, no qual se funda a possibilidade de invocação dos mesmos perante os órgãos jurisdicionais nacionais, existe apenas em relação aos Estados membros destinatários. Consequentemente, uma diretiva não pode, por si própria, criar obrigações para os particulares e, deste modo, as disposições dela constante não podem ser invocadas, enquanto tal, contra estes perante os tribunais nacionais. A tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas decorrentes de disposições de diretivas sofre algum abrandamento, o qual, porém, deve ser relevado na medida em que os particulares não são destinatários de tais atos da UE.

⁹⁰⁶ Referindo-se ao n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva (CEE) n.º 64/221, no aresto *VAN DUYN* mais se lê que tal disposição "*consagra uma obrigação que não está sujeita a qualquer restrição ou condição e que, pela sua natureza, não depende da prática de qualquer acto posterior, quer pelas instituições comunitárias, quer pelos Estados membros*".

⁹⁰⁷ Acórdão de 19 janeiro de 1982, proc. 8/81, Rec. 1982, pp. 53 e ss.

⁹⁰⁸ Cfr. n.ºs 24 e 25.

⁹⁰⁹ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 78.

⁹¹⁰ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 79.

⁹¹¹ Acórdãos *MARSHALL*, de 18 de setembro de 1986, proc. 152/84, Col. 1986, pp. 737 e ss, n.º 48; *EL CORTE INGLÉS* de 7 de março de 1996, proc. C-192/94, Col. 1996, pp. I-1296 e ss, n.º 15.

IV. Medidas compensatórias pela negação do efeito direto

Para compensar a falta de efeito direto das disposições constantes das diretivas (seja o horizontal, seja o vertical nas situações em que se verifica a ausência de incondicionalidade e de caráter suficientemente preciso nas obrigações impostas aos Estados) o TJ criou e desenvolveu (i) a doutrina da interpretação do direito nacional conforme ao direito da UE e (ii) a doutrina relativa à possibilidade de os particulares acionarem os Estados membros fazendo-os incorrer em responsabilidade extracontratual pela violação do direito da UE, as quais não se restringem à matéria conexa com as diretivas, muito embora estas estejam de facto na sua génese.

Uma vez que também se trata de dimensões concretizadoras da tutela jurisdicional efetiva com uma relevância dogmática autónoma, analisá-las-emos em sede própria.

3. O princípio da uniformidade do direito da União Europeia e a tutela jurisdicional efetiva

Enfim, outro corolário do primado que condiciona a tutela jurisdicional efetiva reside no princípio da uniformidade do direito da UE, o qual assenta essencialmente em dois postulados: por um lado, na existência de normas comuns a todos os Estados membros⁹¹²; por outro, na interpretação e aplicação uniforme dessas disposições no território destes⁹¹³. No fundo, o princípio da uniformidade pressupõe que o direito da União aplicável no espaço dos Estados membros seja o mesmo, já que se estes pudessem opor normas ou práticas nacionais nas áreas onde existem regras europeias colocar-se-ia em causa a própria existência do ordenamento jurídico da UE, na medida em que o direito dele emergente deixaria de ser comum e unitário.

Saliente-se também que a exigência decorrente deste princípio de vigência de regras comuns no território dos Estados membros não significa que estejamos perante um princípio absoluto e que não conhece exceções. Efetivamente, a uniformidade do direito da UE não se afigura incompatível com a não aplicação temporária de determinados regimes jurídicos a alguns Estados membros, contando que essa situação encontre acolhimento nos Tratados. As cláusulas de salvaguarda e de exceção, os períodos transitórios dos Estados recém chegados à UE e o direito substantivo emergente das cooperações reforçadas são alguns exemplos de desvios ao princípio da uniformidade⁹¹⁴.

⁹¹² Cfr. acórdão ZUCKERFABRIK, já citado, n.º 26.

⁹¹³ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 522.

⁹¹⁴ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., pp. 525 e 526; Carlos PROENÇA, *O princípio...*, cit., pp. 189 e ss.

A essência do princípio da uniformidade do direito da UE reside, portanto, na existência de regras comuns a todos os Estados membros, as quais devem ser interpretadas e aplicadas da mesma forma em todo o território onde vigorem, sem embargo de existirem desvios a esta ideia, contando que os mesmos encontrem acolhimento nos Tratados.

Também o princípio da uniformidade não encontra acolhimento expresso nos Tratados, tendo sido paulatinamente revelado pelo TJ. Apesar de em nenhum aresto se ter definido tal princípio, em várias decisões sobre os mais variados aspetos da integração europeia o Tribunal salientou a necessidade de o direito da UE ser interpretado e aplicado uniformemente⁹¹⁵, invocando o aludido princípio como fundamento do tratamento não discriminatório dos agentes e operadores económicos, ou seja, ligando-o intimamente ao princípio da igualdade e da não discriminação⁹¹⁶.

Do princípio da uniformidade resultam várias decorrências. Em primeiro lugar, as regras do direito da UE não podem ser derogadas *ab libitum* pelos Estados membros; qualquer situação derogatória deve assentar nos Tratados. Em segundo, os Estados quando asseguram a execução do direito da UE no seu território devem ter em consideração a aplicação uniforme do mesmo, inclusive na ausência de regras europeias. Em terceiro, os Estados membros não devem aplicar preceitos do direito da UE nas situações em que seja previsível que essa aplicação levaria a um resultado que a União teria procurado evitar se o tivesse previsto; tal aplicação impediria os preceitos europeus de produzirem plenamente os seus efeitos nos Estados membros e seria contrária ao princípio fundamental da aplicação uniforme do direito europeu no conjunto da União⁹¹⁷.

Com efeito, a UE não se compadece com a eventualidade de os Estados membros adotarem as normas ou práticas que bem entendam nos domínios em que aquela dispõe de atribuições. Ou seja, a uniformidade do direito da União impõe o primado deste sobre o direito nacional, anterior ou posterior àquele. Se num caso de conflito entre uma norma europeia e uma disposição estadual a primeira pudesse ser afastada pela segunda, seria a própria subsistência do direito da União, como ordem jurídica *comum* aos Estados membros, que seria posta em causa, "*porque é da sua natureza intrínseca, da sua essência, a sua uniformidade, que tem como principal corolário a sua interpretação e aplicação uniformes em todo o território das Comunidades, isto é, em todos os seus Estados membros. Sem essa uniformidade não há*

⁹¹⁵ Uma referência a alguns desses acórdãos, bem como aos vários domínios da integração em que o princípio da uniformidade foi sendo propagado, pode ser vista em Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza..., cit.*, p. 523, notas de rodapé n.ºs 1136 a 1140.

⁹¹⁶ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza..., cit.*, p. 523.

⁹¹⁷ Assim Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza..., cit.*, p. 524.

integração, não há Comunidade no sentido exacto do vocábulo (...) e, portanto, também não há Direito Comunitário"⁹¹⁸.

Como já dissemos, o princípio da uniformidade pode conhecer desvios. Efetivamente, é possível que transitoriamente certas normas europeias não se apliquem a todos os Estados, com sucede quando alguns Estados membros não participam em determinadas ações da União. Tais cenários derogatórios dos regimes gerais dependem, porém, da verificação dos seguintes pressupostos: (i) previsão expressa da situação derogatória nos Tratados; (ii) obediência desta a requisitos claramente definidos; (iii) previsão de mecanismos de integração dos Estados que ficaram à margem das ações gerais. Por outro lado, a não participação dos Estados nessas ações terá de dever-se (i) a razões objetivas de não cumprimento dos requisitos exigidos (ii) ou em decisão política tomada pelos Estados não participantes mas consentida pelos demais⁹¹⁹.

A uniformidade, em suma, tanto é respeitada nos casos em que todos os Estados se regem pelas mesmas normas, comuns a todos, como nas situações em que, mediante regras igualmente comuns a todos, se admite que determinado Estado beneficie de um regime diverso. Tal não prescinde da necessidade de se definir uma fronteira, flutuante por natureza, entre um mínimo de domínios de atuação em que todos participam de forma semelhante e se regem pelas mesmas regras⁹²⁰.

No que concerne à ligação do princípio da uniformidade com a tutela jurisdicional efetiva, daquele decorre que as regras comuns devem ser interpretadas e aplicadas uniformemente em todo o território da UE, tanto pelas administrações públicas como pelos tribunais nacionais, porquanto a mera existência dessas regras *per si* não assegura a uniformidade. A este propósito Jónatas MACHADO⁹²¹ destaca a importância do princípio da uniformidade em matéria de tutela jurisdicional provisória de natureza cautelar e urgente fundada no direito da UE, a cargo dos tribunais nacionais, uma vez que tal competência permite a estes órgãos tornar inaplicáveis atos nacionais contrários ao direito da UE ou que se fundamentam em atos inválidos da União.

Por outro lado, existem dois instrumentos do tradicional contencioso da UE com especial apetência para alcançar as exigências do princípio da uniformidade do direito da União: o *reenvio prejudicial* que, atuando a montante, visa o fornecimento aos órgãos jurisdicionais nacionais de um importante auxílio para que o direito da UE seja objeto de uma interpretação

⁹¹⁸ Assim, FAUSTO DE QUADROS e André GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.*, p. 125; *vide* também FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, *cit.*, p. 411.

⁹¹⁹ A propósito do primeiro cenário, pense-se, por exemplo, na não participação inicial da Grécia na terceira fase da União Económica e Monetária; no âmbito do segundo, recorde-se o *opting out* negociado pela Dinamarca e pelo Reino Unido no respeitante à mesma matéria.

⁹²⁰ Como alerta Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, *cit.*, p. 526, se os regimes de exceção proliferarem de forma mais numerosa que os regimes comuns, corre-se também o risco de desagregação e desintegração da UE.

⁹²¹ Cfr. *Direito da União...*, *cit.*, p. 588.

uniforme e de uma aplicação correta⁹²²; e as *ações por incumprimento* que, intervindo a jusante, têm por objetivo último a repressão de violações, descon siderações, e aplicações seletivas ou incompletas do direito da UE pelos Estados membros⁹²³. Em causa está, portanto, a tutela jurisdicional efetiva, tanto da objetiva legalidade europeia, como dos direitos subjetivos e interesses legítimos que o direito da UE confere sobretudo aos particulares.

Não obstante, na parcela mais lata do contencioso da UE, quando esteja em causa a atuação dos tribunais nacionais como órgãos comuns de aplicação do direito da UE, o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com aquele também se revela um importante instrumento de prossecução do princípio da uniformidade do direito da UE.

⁹²² Cfr. Rui MOURA RAMOS, *As Comunidades...*, *cit.*, p. 99.

⁹²³ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, *cit.*, p. 75.

§ 2.º

O sistema de proteção de direitos fundamentais enquanto pressuposto substancial da tutela jurisdicional efetiva na União Europeia

1. A problemática da proteção dos direitos fundamentais no ordenamento da União Europeia

Uma das principais questões suscitadas pelo sistema de proteção dos direitos fundamentais na ordem da UE⁹²⁴ reside na insuscetibilidade de subsunção do mesmo a apenas uma forma de tutela. Convirá recordar que as versões originárias dos Tratados de Paris e de Roma nenhuma referência, expressa ou direta, faziam relativamente à necessidade de proteção de tais direitos nem, tão-pouco, ao reconhecimento dos mesmos no âmbito de três Comunidades viradas sobretudo para os Estados membros e não tanto para os particulares então considerados como meros agentes económicos. Tal, porém, não significava uma absoluta omissão daqueles textos quanto à matéria da proteção dos direitos fundamentais, na medida em que já nessa altura era possível vislumbrar neles a consagração de alguns direitos, embora funcionais das atribuições comunitárias.

Não obstante, é com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht que nasce a UE, a qual ficou de imediato sujeita à obrigação de respeito pelos direitos fundamentais enquanto princípios gerais de direito da União, tal como garantidos pela CEDH e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados membros⁹²⁵, aspeto a que não foi alheio a institucionalização pelo referido Tratado do estatuto da *cidadania da União Europeia*.

Nesse salto qualitativo entre os três tratados iniciais e o TUE, intermediado por mais de 30 anos e motivado por um progressivo alastramento da aplicação do direito da União aos particulares, um papel preponderante foi desempenhado pelo ativismo da instituição jurisdicional das Comunidades e da União Europeias, em especial pelo TJ.

⁹²⁴ Sobre o conceito comunitário de direitos fundamentais, que assenta na superioridade das normas jurídicas que os proclamam e garantem bem como numa essencialidade condicionante da existência dos demais direitos na respetiva ordem jurídica (no caso, a europeia), *vide* Laurent MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Économique Européenne*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1983 (Vol. 35; n.º 4), pp. 693 e ss.

⁹²⁵ *Vide* o n.º 2 do primitivo artigo F, posteriormente artigo 6.º, do TUE, com a redação que vigorou até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o qual corresponde hoje, ainda que com ligeiras alterações, ao n.º 3 do mesmo artigo.

O Tratado de Amesterdão, por sua vez, também ofereceu um importante contributo à temática da proteção dos direitos fundamentais pelo direito da UE. Fê-lo, por um lado, através de um avanço qualitativo na proclamação do seu respeito, positivando novos princípios fundamentais entre eles o relativo ao *respeito pelos direitos do Homem e das liberdades fundamentais pela União*⁹²⁶, e mediante um visível alargamento dos direitos fundamentais que integram o bloco de legalidade europeia; por outro lado, institucionalizou um mecanismo inovador de controlo e sanção dos Estados membros que violem o referido princípio.

Introduzida a temática e sem prejuízo de uma menção à proclamação da CDFUE e outra à questão da adesão da UE à CEDH, ambas a ganhar novo fôlego com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, estão já identificadas as três formas de proteção dos direitos fundamentais no ordenamento da UE: por um lado, a referência expressa, embora escassa, errática e funcional a alguns direitos fundamentais constante dos Tratados Comunitários; por outro lado e com particular relevância para a tutela jurisdicional efetiva, a proteção desses direitos levada a cabo pela atividade do TJ; e enfim, o método político de tutela dos direitos fundamentais iniciado no Tratado de Maastricht e reforçado pelos Tratados de Amesterdão, de Nice⁹²⁷ e de Lisboa. A ordem de referência a estas três formas de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União não se afigura aleatória, na medida em que as mesmas ocorreram cronologicamente do modo como se escalonou. E concretamente na passagem da primeira para a terceira via, mediada temporalmente por cerca de quatro décadas, um papel decisivo foi desempenhado pela instituição jurisdicional das Comunidades (o então, TJCE), justificando-se uma autonomização da segunda forma de salvaguarda dos direitos fundamentais na UE, não obstante a mesma, contrariamente às outras duas, não assente em normas positivadas.

Destrate, a presente temática constitui igualmente um fundamento material da UE enquanto União de direito, ao mesmo tempo que consubstancia um requisito substancial do princípio da tutela jurisdicional efetiva, sobretudo de pretensões de natureza subjetiva (*maxime* direitos fundamentais), mas também, mediatamente, da própria objetiva legalidade europeia. Acresce que a tutela jurisdicional efetiva constitui em si mesma um direito fundamental, além do que é uma decorrência das demais pretensões subjetivas decorrentes do direito da União.

⁹²⁶ Cfr. n.º 1 do artigo 6.º do TUE, na versão de Amesterdão, o qual inspirou a redação que o Tratado de Lisboa conferiu ao artigo 2.º do referido TUE.

⁹²⁷ Assim Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, cit., pp. 14 e ss.

2. A omissão dos Tratados Comunitários quanto à necessidade de proteção dos direitos fundamentais

Apesar de a ordem jurídica europeia se alicerçar desde o seu surgimento no respeito pelos princípios da **liberdade**, da **democracia** e do **Estado de direito**, o certo é que as versões originárias dos Tratados de Paris e de Roma, devido ao carácter exclusivamente económico da integração e à circunstância de as competências das Comunidades Europeias serem meramente funcionais, não consagravam qualquer referência relativa à proteção dos direitos fundamentais⁹²⁸, da mesma forma, aliás, que não se continham nenhuma alusão relativamente aos princípios democrático e do Estado de direito.

Se no que tange ao Tratado de Paris (TCECA) tal panorama podia justificar-se com o escopo integracionista de âmbito setorial restrito à indústria do carvão e do aço, já relativamente aos Tratados de Roma (*maxime* ao TCEE, dado o âmbito do TCEEA se cingir à matéria da energia atómica) a omissão de qualquer referência à matéria dos direitos fundamentais continha um significado político evidente que assentava no malogro da variante política da integração europeia, paradigmaticamente ilustrado pela recusa da França, em 1954, de ratificar o Tratado da Comunidade Europeia de Defesa⁹²⁹, com a consequente concentração de esforços na vertente económica da integração⁹³⁰. Daí derivava a aparente não sujeição das três Comunidades Europeias a exigências destinadas a limitar o poder político estadual⁹³¹.

⁹²⁸ Esta ideia é enfatizada pela doutrina que se debruçou sobre a temática. Veja-se, designadamente, Maria Luísa DUARTE, *A Cidadania...*, cit., pp. 16 e ss; Sónia TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 14 e 33; Rui MOURA RAMOS, *Maastricht...*, cit., pp. 325 e 326.

A propósito, José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção dos direitos dos cidadãos no espaço comunitário*, in Álvaro de VASCONCELOS (coord.), *Valores da Europa. Identidade e Legitimidade*, Cascais, 1999, p. 51, ensina que tanto a génese como a evolução da CE durante os primeiros 20 ou 25 anos poderiam ser colocadas sob o signo da frase *in principio erat homo economicus*; também interessante é a analogia encontrada por João MOTA DE CAMPOS, *Manual...*, cit., p. 235, quando se refere ao processo europeu de integração como "*empresa de integração económica*"; por sua vez, Jónatas MACHADO, *Direito Internacional...*, cit., p. 736, refere que o direito comunitário escrito, originariamente, "*pretendia ser mais um «Bill of Powers» do que um «Bill of Rights»*".

⁹²⁹ Este Tratado estabelecia eloquentemente, no seu artigo 3.º, a exigência do respeito das liberdades públicas e dos "*direitos fundamentais do indivíduo*". Por sua vez, o Estatuto relativo à Comunidade Política Europeia proclamava, no respetivo artigo 43.º, a CEDH como sua parte integrante, reconhecendo ao TJCE competência para controlar o respeito da mesma. Sobre a Comunidade Europeia de Defesa e a Comunidade Política Europeia vide João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, I Vol, cit., pp. 86 e ss.

⁹³⁰ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, cit., pp. 15 e ss; *A liberdade...*, cit., pp. 241 e 242. Ver também Margarida SILVA PEREIRA, *A protecção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos pela ordem jurídica das Comunidades Europeias*, in *Revista Jurídica*, 1983 (n.º 2), outubro-dezembro, pp. 109 e 110; José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção...*, cit., pp. 61 e 62; A. GOUCHA SOARES, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A protecção dos direitos fundamentais no Ordenamento Comunitário*, Coimbra, 2002, p. 10.

⁹³¹ A este propósito, José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção...*, cit., p. 52, refere que o Tratado de Roma fez das quatro liberdades fundamentais de circulação (trabalhadores, serviços, estabelecimentos e capitais) os fundamentos da CEE, as quais se tratava, contudo, de meras liberdades *económicas* e as políticas (de concorrência, agrícola, comercial, de transportes) que as secundavam revestiam também natureza *económica*. Na mesma linha, A. REIS MONTEIRO, *Educação da Europa*, Lisboa, 1997, pp. 59 e ss, explica que os direitos e liberdades previstos no mesmo Tratado eram essencialmente *funcionais*, isto é, conferidos na medida em que eram necessários para a

Ainda assim, como bem lembra Maria Luísa DUARTE, "*pese embora a ausência de uma cláusula geral ou de um catálogo sobre direitos fundamentais, o Tratado de Roma, mesmo na vertente originária, previa um conjunto assinalável de direitos*"⁹³², os quais, embora de textura económica e social, não deixaram de ser o embrião de verdadeiros direitos fundamentais. Verificava-se uma forte dependência desses direitos relativamente ao estatuto de agentes económicos (e não de cidadãos) dos seus titulares, ocorrendo assim uma *instrumentalidade económica* nos mesmos⁹³³. Nesses direitos destacava-se a igualdade remuneratória entre trabalhadores de sexos diferentes⁹³⁴, a proibição de discriminação em razão da nacionalidade⁹³⁵, a liberdade de circulação e permanência dos agentes económicos no espaço comunitário⁹³⁶.

Muito embora sobressaísse a ideia de instrumentalidade económica entre os direitos (fundamentais) consagrados nos Tratados originários e as atribuições comunitárias, na versão primitiva daqueles textos também se vislumbravam direitos que não apontavam para essa ligação⁹³⁷, de que exemplo o direito de acesso dos particulares à jurisdição do TJCE, ainda que dentro de apertadas condições processuais previstas no TCEE⁹³⁸, ao qual remonta parte do gérmen da tutela jurisdicional efetiva no direito da UE.

Seja como for, dúvidas não se levantam quanto à circunstância de nos primórdios do processo europeu de integração, devido ao carácter eminentemente económico dos Tratados, não se vislumbrar imprescindível que o TCEE elencasse um *cardápio* de direitos fundamentais nem sequer uma *cláusula geral* alusiva à proteção dos mesmos, necessidade ainda mais dispensável no quadro do TCECA e do TCEEA.

realização dos objetivos económicos. Em sentido idêntico ver Maria Eduarda GONÇALVES, Pedro SIMÃO JOSÉ e João SALIS GOMES, *O Tratado de Nice e o futuro da Europa*, Lisboa, 2001, pp. 24 e ss.

⁹³² Cfr. *A União Europeia e os direitos...*, cit., p. 15.

⁹³³ Esta instrumentalidade económica, predominante na versão originária dos Tratados institutivos das Comunidades, surgia lapidarmente evidenciada na atribuição do direito de residência num Estado membro que não o da nacionalidade somente às pessoas que nesse país pretendessem exercer uma atividade económica que pressupusesse tal permanência (v. g. trabalhar por conta de outrem).

⁹³⁴ Cfr. artigo 157.º do TFUE (ex-artigo 141.º do TCE e ex-ex-artigo 119.º do TCEE).

⁹³⁵ Cfr. artigo 18.º do TFUE (ex-artigo 12.º do TCE e ex-ex-artigo 6.º do TCEE).

⁹³⁶ Cfr. artigos 45.º (ex-artigo 39.º do TCE e ex-ex-artigo 48.º do TCEE) e ss. para os trabalhadores por conta de outrem; 49.º (ex-artigo 43.º do TCE e ex-ex-artigo 52.º do TCEE) e ss. para a liberdade de estabelecimento; e 56.º (ex-artigo 49.º do TCE e ex-ex-artigo 59.º do TCEE) e ss. para os prestadores de serviços, todos do TFUE.

⁹³⁷ Discorrendo, mediante uma interpretação generosa, sobre o elenco de direitos fundamentais desprovidos da ideia predominante de instrumentalidade económica e dividido em várias disposições do TCEE *vide* Laurent MARCOUX, *op. cit.*, p. 719. Reportando-se à redação originária do Tratado de Roma o autor elenca, entre outros, os seguintes direitos fundamentais despidos de textura económica: o direito à melhoria do nível e da qualidade de vida dos cidadãos (artigos 2.º, 3.º, 39.º, 51.º, 117.º e 123.º do TCEE); direitos resultantes dos poderes de supervisão do PE (artigos 137.º, 138.º, 138.º-A a E, e 189.º-B e C do TCEE); direitos advenientes das normas que impõem a observância e o respeito do direito (artigos 164.º, 173.º e 179.º do TCEE); e direitos emergentes das garantias de independência do então TJ (artigo 167.º do TCEE).

⁹³⁸ Nomeadamente, através do recurso de anulação, hoje previsto no artigo 263.º, da ação por omissão, atualmente consagrada no artigo 265.º, da ação de responsabilidade civil extracontratual contra a UE, hoje constante dos artigos 268.º e 340.º, e do contencioso da função pública europeia, previsto no atual artigo 270.º, todos do TFUE.

3. O ativismo judiciário do Tribunal de Justiça perante a omissão dos Tratados relativamente à necessidade de proteção dos direitos fundamentais

Se na versão originária dos Tratados Comunitários a ausência de qualquer alusão à necessidade de tutela dos direitos fundamentais, nomeadamente através de uma cláusula geral de proteção, se podia considerar natural ou no mínimo justificada, à medida da evolução do processo europeu de integração tal omissão foi deixando de ser compreensível até se tornar numa lacuna a necessitar de integração. Ou seja, a tolerância inicial para com aquela falta foi diminuindo à medida do progresso do processo integrativo, ao mesmo tempo que uma omissão evoluiu para uma lacuna a carecer de integração. Na verdade, a paulatina ampliação das atribuições da primitiva CEE a matérias que extravasam o domínio meramente económico, como as áreas social, educacional, cultural, ambiental e até política⁹³⁹, implicou que aquela, naturalmente agindo por intermédio das suas instituições, passasse a ser autora de atos cuja compatibilidade com os direitos fundamentais previstos nas Constituições dos Estados membros⁹⁴⁰ ou em instrumentos de direito internacional fosse questionada. Não se verificou, contudo, o consenso necessário entre os Estados membros, enquanto donos dos Tratados, relativamente à necessidade de se operar a uma revisão destes de forma a consagrar a vinculação da atuação das Comunidades ao respeito pelos referidos direitos.

Mediante um *ativismo judicial* notável, coube ao TJ o papel crucial de pôr cobro ao silêncio, paulatinamente tornado ensurdecido, infligido pelo Tratado de Roma à matéria da proteção dos direitos fundamentais; assentando num móbil de tutela jurisdicional efetiva, a jurisprudência do referido órgão sobre o domínio da salvaguarda dos direitos fundamentais contribuiu decisivamente para a caracterização da CEE (com o Tratado de Maastricht redenominada de CE e com o Tratado de Lisboa absorvida pela UE) como Comunidade de direito.

Ainda assim, a proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica europeia através do "*método pretoriano*"⁹⁴¹ não se afigurou unívoca porquanto podemos autonomizar três etapas⁹⁴²

⁹³⁹ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, cit., pp. 8 e 9.

⁹⁴⁰ Sobre a perspetiva jurídico-constitucional portuguesa dos direitos fundamentais ver Jorge MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., pp. 7 e ss; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.^a Ed, Coimbra, 2009, pp. 18 a 23, e 35 e ss; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...* cit., pp. 373 e ss. e 411 e ss.

⁹⁴¹ A terminologia é de Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, cit., p. 13.

⁹⁴² Neste sentido Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, cit., pp. 19 e ss; *A liberdade...*, cit., pp. 241 e ss. Ver também Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., pp. 81 e ss; Sónia TEIXEIRA, *op.*

na evolução do ativismo do TJ sobre a matéria: (i) na primeira, o Tribunal recusou-se a aferir a validade do direito comunitário pela bitola dos direitos fundamentais; (ii) seguidamente, o TJ passou a aceitar a integração dos direitos fundamentais nos princípios gerais de direito⁹⁴³, cujo respeito deve ser assegurado por ele próprio; (iii) enfim, o Tribunal completou o quadro de proteção dos direitos fundamentais na CE com a tomada em consideração das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, da CEDH e dos demais instrumentos do direito internacional, designadamente, o PIDCP.

3.1. Fase inicial: a descrença axiológica do Tribunal face aos direitos fundamentais motivada pela desnecessidade de salvaguarda dos mesmos pelos Tratados

Muito embora fosse evidente que o exercício dos poderes conferidos pelos Tratados às instituições europeias tornava provável a violação dos direitos (*maxime* económicos e sociais) dos "cidadãos comunitários"⁹⁴⁴, a verdade é que inicialmente o TJ recusou-se a aferir a validade dos atos das referidas instituições pelo crivo dos direitos fundamentais. Tal baseava-se no postulado de o direito comunitário se caracterizar pelo primado sobre as ordens jurídicas nacionais, o que acarretava a sua prevalência também sobre as normas constitucionais, onde se incluem as relativas aos direitos fundamentais⁹⁴⁵.

O primeiro posicionamento do TJ sobre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais pelo ordenamento comunitário, designado por alguns autores de **agnosticismo valorativo**⁹⁴⁶, ficaria, portanto, marcado pela recusa do Tribunal aferir a validade dos atos de direito comunitário derivado pelos direitos fundamentais, nomeadamente constantes de disposições constitucionais, correspondendo a uma afirmação inequívoca, incondicional e

cit., pp. 32 e ss; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *A evolução da protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário*, in AA. VV, *Carta de Direitos Fundamentais...*, *cit.*, pp. 19 e ss.

⁹⁴³ A propósito do conceito de princípios gerais de direito comunitário, Jónatas MACHADO, *Direito Internacional...*, *cit.*, pp. 729 e ss., define-os como sendo princípios que "*designam as proposições jurídicas que exprimem decisões normativas estruturantes, pelas quais se manifestam os valores e as aspirações essenciais*" da ordem jurídica comunitária, permitindo integrar "*o direito comunitário originário, orientando a sua interpretação e aplicação e integrando as suas insuficiências*".

⁹⁴⁴ Colocamos a expressão entre comas devido ao facto de, em rigor, apenas podermos utilizá-la, em sentido formal, a partir da criação do instituto da *Cidadania da UE*, o qual se deve ao TUE. Não obstante, mesmo antes do surgimento daquele estatuto, o TJ já recorria a ela.

⁹⁴⁵ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, *cit.*, p. 81.

⁹⁴⁶ Em linhas gerais, tal significava que por mais relevantes que fossem os direitos fundamentais na sua fenomenologia constitucional (e internacional), o juiz comunitário não os reconhecia como parâmetro de apreciação da validade dos atos das instituições. Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, *cit.*, p. 18. Ver também J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, p. 517, nota de rodapé 50, quando afirma que à insuficiência de proteção normativa aliava-se o agnosticismo do juiz comunitário relativamente à receção material dos direitos fundamentais. Na mesma linha *vide* José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção...*, *cit.*, p. 62; Margarida SILVA PEREIRA, *op. cit.*, pp. 106 e 109. A este propósito, reportando-se à relação entre o primado do direito comunitário e os direitos fundamentais.

absoluta das exigências do princípio do primado. Na síntese de J. J. GOMES CANOTILHO⁹⁴⁷, a obsessão pelo primado do direito comunitário fazia esquecer o primado dos direitos fundamentais. Na verdade, não podemos ignorar a íntima ligação existente entre as duas matérias, na medida em que o progressivo aumento da preocupação de proteção dos direitos fundamentais pela via pretoriana correspondeu a uma relativização, pela mesma via, do absolutismo e do incondicionalismo do primado. Nesta medida, importa fazer a conexão entre o princípio do primado e a proteção dos direitos fundamentais na UE pelo TJ.

Se é verdade que o aprofundamento normativo do processo europeu de integração, intimamente ligado à afirmação abstrata do primado e à extensão do efeito direto como princípios básicos de articulação do direito da União com os ordenamentos estaduais, suprimiu os últimos obstáculos à imediatividade das normas comunitárias nas ordens jurídicas internas e ao reconhecimento dos nacionais dos Estados membros como seus destinatários⁹⁴⁸, não menos certo é que, concomitantemente, os particulares como destinatários diretos de imposições normativas europeias passaram a poder ser afetados nos direitos que lhes eram conferidos pelas respetivas Constituições nacionais ou por instrumentos de direito internacional. Com efeito, o primado e o efeito direto impõem a prevalência ou a preferência aplicativa da norma comunitária sobre qualquer disposição nacional contrária.

Assim, nos acórdãos que contribuíram para a qualificação da fase do agnosticismo valorativo o TJ simplesmente recusou a invocação dos direitos fundamentais proclamados nas Constituições nacionais como critério de aferição da validade dos atos das instituições europeias, precisamente com o móbil de impor o primado do direito comunitário sobre o direito nacional de forma absoluta, isto é, sem que existissem exceções que o relativizassem, e ilimitada. Assim ocorreu nos arestos STORK⁹⁴⁹, COMPTOIRS (ou NOLD IV)⁹⁵⁰ e SGARLATA⁹⁵¹, expoentes máximos do primeiro período relativo ao método jurisdicional de (não) proteção dos direitos fundamentais, no qual basicamente a prevalência do direito comunitário sobre todo o direito nacional implicava inevitavelmente a primazia sobre as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais.

No caso STORK, cujo acórdão foi preferido no âmbito da CECA, algumas produtoras alemãs de aço impugnaram uma decisão da Alta Autoridade invocando a seu favor um conjunto de princípios e direitos fundamentais reconhecidos pela GG, como as liberdades de iniciativa e, decorrente desta, de escolha e de exercício de atividade económica, alegadamente violados por

⁹⁴⁷ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 517, nota de rodapé n.º 50.

⁹⁴⁸ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 243; *A União Europeia e os direitos...*, cit., p. 19; *O Tratado...*, cit., p. 676.

⁹⁴⁹ Acórdão de 4 de fevereiro de 1959, proc. 1/58, Col. 1959, pp. 296 e ss.

⁹⁵⁰ Acórdão de 12 de fevereiro de 1960, procs. apensos 36, 37, 38 e 40/59, Rec. 1960, pp. 851 e ss.

⁹⁵¹ Acórdão de 1 de abril de 1965, proc. 40/64, Rec. 1965, pp. 280 e ss.

uma decisão da autoridade comunitária. Na decisão SGARLATA, adotada no quadro da CEE, concretamente no domínio da política agrícola comum, um grupo de agricultores italianos impugnaram uma decisão da Comissão alegadamente violadora do princípio e direito fundamental da propriedade privada tutelado pela Constituição Italiana. E muito embora no caso COMPTOIRS o Advogado-geral LAGRANGE tivesse proposto, nas suas conclusões, a incorporação ou a receção material dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária mediante recurso ao conceito de *princípios gerais de direito*, o certo é que também na respetiva decisão, tal como nas outras duas, o TJ, visando uma defesa intransigente das prerrogativas comunitárias necessárias à edificação da respetiva ordem jurídica, lapidar e friamente declarou-se incompetente para apreciar a compatibilidade do direito comunitário com o direito constitucional dos Estados membros.

Em suma, da posição inicialmente assumida pelo Tribunal decorria que a defesa de um primado absoluto e incondicional impunha que por mais importantes que fossem os direitos fundamentais garantidos nas Constituições, não podiam os mesmos servir de bitola apreciativa da validade dos atos comunitários, pelo que o particular destinatário destes não podia invocá-los. Acresce que como uma análise superficial dos Tratados não depunha a favor dos direitos fundamentais, o TJ concluía que aqueles admitiam que estes pudessem ser hostilizados.

Perante um entendimento inicial pouco favorável à salvaguarda dos direitos fundamentais no quadro comunitário, a proteção dos mesmos foi reclamada pelas tradições constitucionais nacionais dos Estados membros⁹⁵². Com efeito, diante da posição de princípio firmemente assumida pelo TJ no tocante à afirmação do primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais nacionais, algumas reservas vieram a ser demonstradas nos Estados membros onde os respetivos tribunais constitucionais têm competência para controlar a conformidade constitucional das normas aplicáveis na ordem interna. Uma das matérias que maiores hesitações suscitou ao primado absoluto e incondicional foi a relativa aos direitos fundamentais.

3.2. Segunda fase: a aceitação e integração dos direitos fundamentais nos princípios gerais de direito pelo Tribunal

O segundo estágio do método pretoriano de proteção dos direitos fundamentais inicia-se com o acórdão STAUDER⁹⁵³, com o qual o TJ proclama a proteção dos direitos fundamentais no seio das três Comunidades (especialmente, na CEE) elevando-os à categoria de *princípios gerais*

⁹⁵² Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 82.

⁹⁵³ Acórdão de 12 de novembro de 1969, proc. 29/69, Col. 1969, pp. 158 e ss.

de direito⁹⁵⁴, com a mesma posição hierárquica do direito primário⁹⁵⁵, cujo respeito deve ser assegurado pelo Tribunal⁹⁵⁶. O mérito do referido aresto é incontornável⁹⁵⁷. Com Maria Luísa DUARTE⁹⁵⁸, diremos que tal decisão marca a passagem de uma fase agnóstica para um estágio de **reconhecimento ativo dos direitos fundamentais**, compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário⁹⁵⁹.

No entanto e muito embora se assista aqui ao gérmen da necessidade imperiosa do respeito pelos direitos fundamentais no âmbito da prossecução das atribuições comunitárias, o sistema encontrado não era satisfatório. Na verdade, o conceito de "princípios gerais de direito" surgia de forma vaga e abstrata. Alguns autores⁹⁶⁰ interpretaram teleologicamente o conceito e concretizaram-no recorrendo aos elementos coincidentes dos sistemas jurídicos nacionais, para tal apoiando-se no artigo 340.º do TFUE que, em matéria de responsabilidade civil extracontratual da UE, remete para os "*princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros*". Todavia, no primeiro passo dado com vista à proteção dos direitos fundamentais, dentro de vários graus de representações abstratas de ideias normativas, o TJ optou por uma fórmula no mínimo enigmática. Não fosse o labor da doutrina, a concretização de uma solução jurídica estereotipada sob a fórmula genérica de "*princípios gerais do direito comunitário*" correria o risco de transformar a atividade jurisdicional levada a cabo no domínio da salvaguarda dos direitos fundamentais numa tarefa metafísica.

Seja como for, a decisão STAUDER marca o início de uma nova era na qual passa a haver a preocupação de a tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva decorrentes do direito comunitário se estender também a direitos fundamentais, o que não só inculca uma superioridade normativa de alguns direitos no contexto global das pretensões subjetivas (direitos não fundamentais e interesses legítimos), como se reforça a importância de a efetividade da tutela jurisdicional transcender o campo da objetiva legalidade europeia. Acresce que a

⁹⁵⁴ Tal como reivindicado, recorde-se, nove anos antes, pelo Advogado-geral LAGRANGE nas conclusões apresentadas no âmbito do caso COMPTOIRS. Cfr. Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 38.

⁹⁵⁵ Aliás, recorde-se que há autores que inclusivamente entendem que os princípios gerais de direito primam sobre os próprios Tratados, vendo neles uma espécie de "superlegalidade comunitarizada".

⁹⁵⁶ No n.º 7 do aresto o Tribunal considerou que a disposição submetida ao seu controlo "*não revela qualquer elemento susceptível de colocar em causa os direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal*". A tese iniciada nesta decisão seria seguida em posteriores decisões deste até aos nossos dias. Recordem-se os atrás explanados arestos KADI, do TJ, onde este defendeu intransigentemente os direitos fundamentais enquanto princípios gerais de direito da UE.

⁹⁵⁷ Eloquentemente, A. REIS MONTEIRO, *op. cit.*, p. 63, refere-se a este aresto como "*a acta de nascimento do sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais, em que o Tribunal se redimiu dos seus pecados de juventude*". Vide também A. GOUCHA SOARES, *A Carta...*, *cit.*, pp. 11 e ss.

⁹⁵⁸ Cfr. *A liberdade...*, *cit.*, p. 249; *O Tratado...*, *cit.*, p. 683; *A União...*, *cit.*, p. 20.

⁹⁵⁹ A autora, *A liberdade...*, *cit.*, p. 249, fala mesmo em "*comunitarização dos direitos fundamentais por recurso aos princípios gerais de direito*". No mesmo sentido, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, p. 518. Vide ainda José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção...*, *cit.*, p. 63.

⁹⁶⁰ Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, *cit.*, p. 20.

existência de direitos fundamentais incrementa a importância e condiciona a existência das restantes pretensões de natureza subjetiva.

A segunda fase da proteção dos direitos fundamentais no quadro comunitário pelo TJ é ainda marcada pelo acórdão INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT. Além de evidenciar a primazia do direito comunitário como um princípio fundamental que se impõe às normas constitucionais dos Estados membros, este aresto trouxe alguma luz sobre a noção material de princípios gerais de direito ao acrescentar que os mesmos inspiram-se nas *tradições constitucionais comuns aos Estados membros*⁹⁶¹. Ocorre aqui um salto qualitativo e esclarecedor de uma noção anteriormente trazida a lume que, não obstante detentora do mérito de iniciar a fase da tutela dos direitos fundamentais no quadro das atribuições comunitárias, pecava pela ausência de materialidade.

Não obstante o *plus* aclaratório face à sentença STAUDER, o certo é que o TJ recordou a decisão STORK para salientar que a invocação de ofensas aos direitos fundamentais, tal como enunciados nas Constituições nacionais, ou aos princípios de uma estrutura constitucional nacional, não poderia afetar a validade ou a eficácia de um ato comunitário no território dos Estados membros. A unidade, a autonomia e a eficácia da ordem jurídica europeia determinaram que esta não se compaginasse com a existência de eventuais juízos aferidores da validade de atos comunitários assentes na imposição do respeito dos direitos fundamentais previstos nas referidas Constituições. Um aspeto particular desta fase prende-se, aliás, com a verificação de alguma turbulência determinada por avanços e recuos do TJ no reconhecimento dos direitos fundamentais como parâmetro de controlo dos atos das instituições europeias.

Por isso, não surpreendeu o surgimento de reações negativas provenientes dos tribunais constitucionais de dois Estados membros dirigidas ao sistema precário de salvaguarda de direitos fundamentais que existia na ordem jurídica comunitária. A manifesta insuficiência de um modelo que não garantia aos particulares que dispusessem de uma tutela jurisdicional de direitos fundamentais semelhante à que usufruíam nos ordenamentos internos agravou-se com o alargamento das atribuições europeias e traduziu-se na principal causa das resistências nacionais ao primado do direito comunitário. Daí que, o método jurisdicional de proteção dos direitos

⁹⁶¹ Em causa estava a questão prejudicial, submetida pelo Tribunal Administrativo de Francoforte, de saber se a imposição, prevista num regulamento comunitário relativo à exportação de cereais, do pagamento de uma caução pelos operadores económicos que podia ser perdida a favor da CEE, era ou não respeitadora dos princípios da proporcionalidade (*Übermassverbot*) e da liberdade económica, ambos tutelados pela GG. No n.º 4 do acórdão, o TJ considerou que o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância ele próprio garante, bem como que a salvaguarda de tais direitos se inspira nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, devendo ser assegurados através da estrutura e dos objetivos comunitários.

fundamentais, que progredia lentamente, tenha sofrido um forte abalo com as sentenças épicas dos Tribunais Constitucionais Alemão e Italiano⁹⁶².

As hostilidades foram iniciadas ainda antes da revelação do acórdão STAUDER quando o *BVerfG*, através da sentença de 18 de outubro de 1967, colocou em causa a autonomia e a eficácia do ordenamento comunitário, e declarou que a transferência de competências para a CEE não poderia esvaziar os cidadãos germânicos das garantias de salvaguarda dos direitos fundamentais que a respetiva Constituição lhes atribuía, assim se reservando na prerrogativa de apreciar a compatibilidade das normas europeias com os direitos fundamentais previstos na *GG*.

Na sequência do acórdão INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT, o *BVerfG* no acórdão de 29 de maio de 1974, conhecido como SOLANGE I, estabeleceu que os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente são uma parte essencial e irreduzível da *GG*, de tal modo que qualquer disposição comunitária com eles incompatível não poderia ser aplicada pelos tribunais alemães. O *BVerfG* declarou ainda que *enquanto (solange)* o processo europeu de integração não atingisse um estágio suficientemente avançado, caracterizado pela presença de um catálogo de direitos fundamentais elaborado por um parlamento e que no essencial correspondesse aos direitos fundamentais consagrados na *GG*, manteria sob vigilância as normas comunitárias, considerando-se, portanto, competente - sem prejuízo de previamente submeter ao TJ as necessárias questões prejudiciais - para formular juízos de conformidade entre os atos das instituições europeias e os direitos fundamentais constitucionalmente previstos⁹⁶³.

No acórdão FRONTINI, de 27 de dezembro de 1973, o Tribunal Constitucional italiano também se reservou na competência para aferir a constitucionalidade das disposições europeias com o objetivo de garantir o respeito dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição nacional. Isto porque, muito embora a *Corte Costituzionale* aceitasse o primado do direito comunitário com base no artigo 11.º da Constituição Italiana de 1947, esta norma não fundamentava uma restrição ilimitada de soberania, pelo que a delegação de competências a favor da CEE não poderia implicar uma autorização para esta criar disposições lesivas dos direitos fundamentais previstos na referida Constituição. Portanto, também o juiz constitucional italiano não prescindiu do direito de apreciar a compatibilidade de normas comunitárias com a Constituição Italiana a fim de reprimir eventuais violações aos direitos fundamentais nela previstos.

⁹⁶² Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 243; José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção...*, cit., pp. 62 e 63; A. GOUCHA SOARES, *A Carta...*, cit., p. 14.

⁹⁶³ Como refere Maria Luísa DUARTE, *O Tratado...*, cit., p. 678, o enunciado dispositivo da jurisprudência SOLANGE I baseia-se no postulado de os direitos fundamentais constituírem um limite inerente e inexpugnável à ofensiva dos poderes públicos, nacionais ou comunitários, e revela um estado de espírito de desconfiança em relação à função integradora da jurisprudência do TJ.

Estes casos são bem ilustrativos da insuficiência do sistema de proteção dos direitos fundamentais existente na ordem jurídica comunitária e arquitetado pela respetiva instituição jurisdicional. A superação das resistências levantadas pelos dois tribunais constitucionais à afirmação do primado da referida ordem jurídica sobre as Constituições nacionais reclamava uma jurisprudência comunitária empenhada numa tutela jurisdicional efetiva de tais direitos⁹⁶⁴.

3.3. Terceira fase: a proteção dos direitos fundamentais nas Comunidades mediante recurso a instrumentos jurídicos externos

As petições de princípio esgrimidas pelo *BVerfG* e pela *Corte Costituzionale* impediram que o TJ permanecesse impávido e sereno, motivando uma mudança na sua atitude relativamente à questão do relevo que a salvaguarda dos direitos fundamentais deveria merecer no ordenamento comunitário. O Tribunal compreendeu finalmente que as suas anteriores posições sobre matéria impediam que alguns tribunais constitucionais aceitassem o primado do direito comunitário sobre o direito constitucional⁹⁶⁵. Tanto assim que no referido acórdão STAUDER o TJ proclamou, pela primeira vez, que os direitos fundamentais fazem parte integrante dos *princípios gerais do direito comunitário* que a ele compete proteger. Na decisão INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT o Tribunal acrescentou que a proteção dos direitos fundamentais, como princípios gerais da ordem jurídica comunitária, apoiava-se nas *tradições constitucionais comuns aos Estados membros*, devendo ser assegurada no contexto da estrutura e dos objetivos da CEE.

Tanto assim que a terceira fase da jurisprudência comunitária relativa à proteção dos direitos fundamentais na ordem europeia caracteriza-se pela necessidade de determinação de um *critério material amplo* de tais direitos, ficando marcada pelo acórdão NOLD vs. COMISSÃO (NOLD V)⁹⁶⁶, a partir do qual, verdadeiramente, se pode falar de um sistema comunitário de proteção dos direitos fundamentais. Nele, o recurso aos princípios gerais de direito é alargado de forma a neles se abrangerem, além das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, as próprias *Constituições nacionais*, bem como os *instrumentos internacionais relativos* à

⁹⁶⁴ Cfr. Rui MEDEIROS, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*, in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, Lisboa, 2001 p. 231.

⁹⁶⁵ Cfr. Rui MEDEIROS, *op. cit.*, p. 231.

⁹⁶⁶ Acórdão de 14 de maio de 1974, proc. 4/73, Col. 1974, pp. 285 e ss. Uma comparação entre este aresto e a decisão INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT, bem assim uma análise da evolução que aquele permitiu infligir no sistema comunitário de proteção dos direitos fundamentais pode ver-se em Margarida SILVA PEREIRA, *op. cit.*, pp. 119 e ss.

proteção dos Direitos Humanos assinados pelos Estados membros ou aos quais estes tenham aderido⁹⁶⁷.

Tal conjunto permitiu formar **o complexo normativo de direitos fundamentais que deve ser protegido pelo TJ, em articulação com os seus homólogos nacionais**. Na verdade, o acórdão NOLD V contribuiu para a determinação, ampliação e consolidação de um direito superior de referência a ter em conta na atuação normativa das instituições europeias e das autoridades nacionais, ao qual devem observância e respeito os atos de direito derivado, bem assim os atos (legislativos, regulamentares e administrativos) dos Estados membros quando apliquem ou executem direito comunitário, cujo respeito é verificado pelos tribunais (TJ, no âmbito da competência prevista nos Tratados, e órgãos jurisdicionais nacionais, enquanto tribunais comuns de aplicação do direito comunitário).

Sem embargo da presença de um móbil de tutela jurisdicional efetiva na evolução verificada, a nova linha de orientação do TJ, reconhecendo a necessidade de integração e proteção na ordem jurídica comunitária dos direitos fundamentais garantidos pelas Constituições nacionais, desenvolveu-se sobretudo devido a uma tentativa de salvaguardar a autonomia e o primado do direito comunitário contra os riscos de "renacionalização" de matérias integrantes do *acquis communautaire*. No fundo, tratou-se ainda de assegurar a legitimidade democrática da Comunidade; isto é, se sem o reconhecimento e a proteção dos direitos do Homem inexistisse Estado de direito, uma Comunidade de direito também teria de proclamar e salvaguardar tais direitos.

No entanto, no aperfeiçoamento ocorrido também esteve presente o princípio da tutela jurisdicional efetiva, especialmente de pretensões subjetivas, ainda que cingidas aos direitos fundamentais, previstas na ordem jurídica europeia. Com Maria Luísa DUARTE⁹⁶⁸, diremos que a jurisprudência NOLD V contribuiu para uma garantia efetiva da proteção dos direitos fundamentais, porquanto tais direitos passaram a ser tutelados, por força do princípio das competências de atribuição⁹⁶⁹, em todos os domínios de atuação normativa das Comunidades Europeias.

Este novo quadro jurídico de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica europeia seria objeto de confirmação e desenvolvimento noutras decisões⁹⁷⁰.

⁹⁶⁷ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., pp. 250 e 251; *O Tratado...*, cit., p. 683; *A União Europeia e os direitos...*, cit., pp. 21 e 22; Margarida SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 105; A. REIS MONTEIRO, *op. cit.*, p. 62; José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção...*, cit., p. 64.

⁹⁶⁸ Cfr. *A União Europeia e os direitos...*, cit., pp. 21 e 22.

⁹⁶⁹ Cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do TUE (ex-primeiro parágrafo do artigo 5.º do TCE e ex-ex-artigo 3.º-B do TCEE).

⁹⁷⁰ Cfr. parecer 2/94, de 28 de março de 1996, Col. 1996, pp. I-1783 e ss, n.º 33; acórdão KREMZOW, de 29 de maio de 1997, proc. C-299/95, Col. 1997, pp. I-2637, n.º 14.

No citado acórdão VAN DUYN o Tribunal qualificou os direitos de entrada e de residência dos nacionais do respetivo Estado de origem como um princípio de direito internacional. No aresto RUTILI⁹⁷¹ o Tribunal vai mais longe, referindo-se à CEDH e nomeadamente aos seus artigos 8.º a 11.º e, bem assim, ao artigo 2.º do seu Protocolo n.º 4, frisando que os direitos neles salvaguardados (os quais se prendem com limitações às prerrogativas soberanas dos Estados em matéria de política de estrangeiros) apenas poderão ser restringidos por razões de ordem pública e na medida em que tal seja admitido numa sociedade democrática. O acórdão PRAIS⁹⁷² fez referência à liberdade religiosa prevista no n.º 2 do artigo 9.º da CEDH⁹⁷³. No aresto HAUER⁹⁷⁴, onde se discutiu a validade de um regulamento comunitário sobre matéria agrícola que proibia dentro de determinados condicionalismos novas plantações de vinha, o TJ analisou e comparou os normativos constitucionais dos Estados membros relativos à proteção do direito de propriedade, mencionando o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, e aludiu à Declaração de 5 de abril de 1977, do Conselho, da Comissão e do PE, na qual as instituições europeias se consideraram vinculadas ao respeito pelos direitos fundamentais garantidos pelas Constituições nacionais e pela CEDH.

Nestas decisões é visível, em suma, o fortalecimento da corrente jurisprudencial que propalou a proteção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico europeu através de uma referência constante tanto às tradições constitucionais comuns aos Estados membros, como à CEDH e respetivos Protocolos⁹⁷⁵.

3.3.1. O contributo da nova linha jurisprudencial para a pacificação do conflito entre o Tribunal de Justiça e as jurisdições constitucionais nacionais

A renovada orientação do TJ relativamente ao papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário, concretizada através da integração deles nos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado por ele em cooperação com os tribunais nacionais, permitiu a incorporação dos mesmos no referido ordenamento. Operou assim uma transição do agnosticismo valorativo inicial, que capitulou, para uma *recepção material* dos direitos

⁹⁷¹ Acórdão de 28 de outubro de 1975, proc. 36/75, Col. 1975, pp. 417 e ss, n.º 32.

⁹⁷² Acórdão de 27 de outubro de 1976, proc. 130/75, Rec. 1976, pp. 1589 e ss, n.ºs 8 a 10.

⁹⁷³ Cfr. Jónatas MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, Coimbra, 1996, p. 203.

⁹⁷⁴ Acórdão de 13 de dezembro de 1979, proc. 44/79, Rec. 1979, pp. 3727 e ss, n.º 15.

⁹⁷⁵ Mais recentemente *vide* o acórdão ORDRE DES BARREAUX FRANCOPHONES ET GERMANOPHONES e o., de 26 de junho de 2007, proc. C-305/05, Col. 2007, pp. I-5335 e ss, n.º 29, e jurisprudência aí citada.

fundamentais pela ordem jurídica europeia a título de princípios gerais de direito consubstanciados em instrumentos jurídicos externos⁹⁷⁶.

O novo sentido da jurisprudência do TJ também contribuiu para a resolução do conflito gerado com os tribunais constitucionais alemão e italiano relativamente à necessidade de reconhecimento e tutela dos direitos fundamentais no âmbito das atribuições comunitárias. A "moção de confiança" seria dada, em Itália, na sequência do acórdão SIMMENTHAL III do TJ, no aresto GRANITAL, de 8 de junho de 1984, e, na Alemanha, no acórdão SOLANGE II, de 22 de outubro de 1986.

A *Corte Costituzionale* reviu a posição que assumiu no caso FRONTINI relativamente à necessidade de existência de uma prévia sentença declarativa da inconstitucionalidade de normas internas contrárias ao direito comunitário, legitimadora das decisões de recusa da aplicação dessas disposições provenientes dos demais tribunais italianos. Na verdade, no acórdão GRANITAL o Tribunal Constitucional italiano reconheceu que o juiz nacional está autorizado, por sua própria iniciativa, isto é, sem necessidade de reenvio ao TJ⁹⁷⁷, a não aplicar a norma interna contrária ao direito comunitário, ainda que mantendo, na parte relativa aos direitos fundamentais, a sua reserva anterior que lhe permitia controlar a constitucionalidade da lei de aprovação dos Tratados com o fim de apreciar a compatibilidade destes com os direitos fundamentais⁹⁷⁸.

O *BVerfG* passou a considerar que o monopólio da jurisdição do TJ para a apreciação da validade dos atos das instituições europeias se justificava mesmo no que concerne à garantia do respeito pelos direitos fundamentais, tendo em conta que o sistema comunitário entretanto atingira "*um nível comparável no essencial, pelo seu conteúdo e o seu modo de aplicação, ao nível dos direitos fundamentais da Lei Fundamental*"⁹⁷⁹. Desta forma, o *BVerfG* devolveu ao TJ a competência para controlar o respeito dos direitos fundamentais pelos atos de direito derivado

⁹⁷⁶ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, cit., p. 26. Ver também José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção...*, cit., p. 66, o qual, da evolução jurisprudencial nesta matéria, conclui que o TJ foi formulando um catálogo não escrito de direitos fundamentais cada vez mais preciso e consistente. Vide também Manuel LOPES ROCHA, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁷⁷ Portanto, em absoluta consonância com a jurisprudência SIMMENTHAL III.

⁹⁷⁸ Talvez importe enfatizar o aspeto de esta posição ter sido assumida na sequência do caso SIMMENTHAL III, no qual a *Corte Costituzionale* sem contestar o primado do direito comunitário pretendia mediatizar os seus efeitos através de uma sentença declarativa de inconstitucionalidade da norma nacional contrária, a qual legitimaria o juiz nacional a não aplicar tal disposição. O TJ, consolidando os princípios da eficácia e da aplicação uniforme do direito comunitário, estabeleceu que, por força do primado, as normas europeias diretamente aplicáveis têm por efeito não só tornar automaticamente inaplicável, de pleno direito, qualquer norma nacional contrária, como impedir a produção legislativa de novos atos internos contrários ao direito comunitário.

⁹⁷⁹ Aspeto que inclusivamente viria a ser inserido no I § do artigo 23.º da GG.

enquanto ("*solange*") tal órgão jurisdicional continuasse a garantir uma tutela jurisdicional eficaz dos direitos humanos no plano das atribuições comunitárias⁹⁸⁰.

Em suma e como observa Maria Luísa DUARTE⁹⁸¹, ambos os contendores mantiveram-se irredutíveis nas suas posições de princípio: o TJ passou a admitir a vinculatividade dos direitos fundamentais protegidos nos ordenamentos nacionais, inclusivamente garantindo o seu respeito na ordem jurídica europeia através dos princípios gerais de direito; insistiu, porém, na inadmissibilidade de exceções que relativizassem o carácter absoluto do primado da referida ordem jurídica; os tribunais constitucionais nacionais, por sua vez, perderam a querela da relativização do primado, mas satisfizeram-se com o reconhecimento da suficiência do nível comunitário de garantia e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais⁹⁸².

3.3.2. A extrapolação da nova linha do Tribunal de Justiça para o âmbito nacional conexo com a matéria comunitária

Muito embora inicialmente a vinculação aos direitos fundamentais na ordem jurídica europeia tenha servido de fundamento "apenas" para aferir da compatibilidade entre tais direitos e os atos de direito derivado, o certo é que posteriormente tal parâmetro também permitiu ao TJ, em cooperação com os órgãos jurisdicionais nacionais no âmbito do mecanismo das questões prejudiciais, fiscalizar o respeito dos direitos fundamentais pelos atos normativos, legislativos e regulamentares, emanados dos Estados membros em relevantes áreas da esfera de atuação comunitária.

Não se trata, obviamente, de sindicar todo e qualquer ato normativo nacional, já que a isso se opõem as competências (ou melhor, as atribuições) comunitárias funcionais e de atribuição. De fora da atuação do TJ situam-se os atos nacionais que não apresentam qualquer conexão com os domínios da integração europeia. Esta restrição à competência do TJ foi por ele afirmada, pela

⁹⁸⁰ Este sentido jurisprudencial foi retomado no acórdão BANANAS, de 7 de junho de 2000, no qual o *BVerfG* lembrou que o controlo dos órgãos jurisdicionais alemães relativamente à conformidade dos atos das instituições europeias com os direitos fundamentais previstos na *GG* apenas será admissível se o direito da UE não for capaz de assegurar um nível de proteção adequado, conforme estipulado na anterior decisão SOLANGE II. Recorde-se, no entanto, que posteriormente àquela decisão o Tribunal de Karlsruhe declarou a inconstitucionalidade, fundada no desrespeito de direitos fundamentais garantidos pela *GG*, de normas nacionais de transposição de atos da UE. Nas sábias palavras de Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, cit., pp. 100 e 101, "*a reserva dos tribunais constitucionais nacionais em relação à primazia da aplicação do direito europeu também se torna compreensível à luz do princípio de política constitucional segundo a qual a União não deve ficar abaixo do nível da dominação e civilização do poder estatal já alcançado nos Estados*".

⁹⁸¹ Cfr. *O Tratado...*, cit., p. 684.

⁹⁸² Cfr. Nuno PIÇARRA, *A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Um estudo de Direito Constitucional*, in ANTUNES VARELA et al. (eds.), op. cit., pp. 1403 e ss.

primeira vez, no acórdão CINÈTHEQUE⁹⁸³, numa orientação que viria a ser confirmada em decisões posteriores.

No acórdão WACHAUF⁹⁸⁴ o TJ confirmou que o direito comunitário não admite medidas incompatíveis com o respeito dos direitos humanos resultantes das Constituições nacionais ou proclamados em instrumentos de direito internacional⁹⁸⁵, mas também recordou que não lhe compete sindicat a compatibilidade entre estes e normas internas que, não executando nem aplicando direito comunitário, relevem estritamente da esfera competencial nacional, ou seja, que não apresentem qualquer conexão com a ordem jurídica europeia.

No aresto ERT⁹⁸⁶, relativo à legislação helénica sobre o monopólio televisivo estatal, o TJ, além de confirmar a sua jurisprudência anterior⁹⁸⁷, balizou o recurso das autoridades nacionais às cláusulas de salvaguarda, consagradas no Tratado de Roma e que permitem restringir as liberdades fundamentais de circulação, por critérios que decorrem do *princípio da proporcionalidade* em virtude de uma interpretação restritiva das normas consagradoras de tais cláusulas e dos próprios limites que resultam dos direitos fundamentais protegidos na ordem europeia⁹⁸⁸.

Portanto, muito embora a relevância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico europeu também abranja o controlo de atos nacionais suscetíveis de colidir com a CEDH, a verdade é que a fiscalização destes limita-se às áreas de atuação interna abarcadas pelos Tratados, pelo que apenas incide sobre disposições nacionais que apliquem ou executem normas comunitárias ou derroguem liberdades de circulação com base em razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública, ao abrigo das cláusulas de salvaguarda previstas nos próprios Tratados⁹⁸⁹.

⁹⁸³ Acórdão de 11 de julho de 1985, procs. apensos 60 e 61/84, Rec. 1985, pp. 2618 e ss, no qual o TJ referiu que "*... se é certo que incumbe ao Tribunal de Justiça garantir o respeito pelos direitos fundamentais no âmbito próprio do direito comunitário, já não lhe cabe, porém, examinar a compatibilidade, com a Convenção Europeia, de uma lei nacional que se situa, como no caso concreto, num âmbito da competência do legislador nacional*" (vide n.º 26).

⁹⁸⁴ Acórdão de 13 de julho de 1989, proc. 5/88, Col. 1989, pp. 2633 e ss.

⁹⁸⁵ No entanto, também ressaltou que tais direitos admitem restrições, desde que as mesmas assentem em objetivos de interesse geral prosseguidos pela CE e não constituam, face a esses objetivos, uma intervenção desproporcionada e intolerável suscetível de colidir com a essência desses direitos.

⁹⁸⁶ Acórdão de 18 de junho de 1991, proc. C-260/89, Col. 1991, pp. I-2951 e ss.

⁹⁸⁷ Tanto relativa à vinculação da atuação da CE aos direitos fundamentais (n.º 41), como atinente à necessidade de existência de um elemento de conexão entre uma regulamentação nacional e o direito comunitário (que o aplique ou execute) para que ele possa apreciar tal regime face à CEDH (n.º 42).

⁹⁸⁸ Este aresto também se destaca porque nele o TJ recorreu à aplicação do artigo 10.º da CEDH, atinente à liberdade de expressão, enquanto princípio geral de direito comunitário. Com efeito, o Tribunal ordenou ao seu homólogo do reenvio que, no pleito principal subjacente, aplicasse o direito "*tendo em atenção todas as regras de direito comunitário, incluindo a liberdade de expressão, consagrada no artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem enquanto princípio geral de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça*" (vide n.º 44). Sobre este direito fundamental vide a monografia de Jónatas MACHADO, *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais na esfera pública do sistema social*, Coimbra, 2002.

⁹⁸⁹ Uma análise crítica desta jurisprudência pode ver-se em Jason COPPEL e A. O'NEILL, *The European Court of Justice: taking rights seriously*, in *CMLR*, 1992 (Vol. 29; n.º 4), pp. 669 e ss. Um balanço oposto e legitimador da mesma pode ler-se em Joseph H. H. WEILER e Nicholas J. S. LOCKHART, *Taking rights seriously: the European*

No acórdão SPUC/GROGAN⁹⁹⁰ o TJ deparou-se com um conflito que opunha a proteção constitucional conferida ao direito à vida pelo ordenamento irlandês e a liberdade de prestação de serviços tutelada pelo Tratado de Roma, bem como a liberdade de expressão que, embora protegida pela CEDH, sofria as restrições que a legislação irlandesa impunha à difusão de informação relativa a estabelecimentos de interrupção voluntária da gravidez. O Tribunal reconheceu que a atividade destes estabelecimentos consiste num serviço abrangido por aquela liberdade comunitária; porém, também frisou que a relação entre a associação estudantil irlandesa que pretendia publicitar tal serviço e as clínicas britânicas que o prestam era demasiado débil para determinar a aplicação da liberdade de prestação de serviços à referida associação. Assim sendo, a questão de fundo passava apenas pela compatibilidade do comportamento desta associação com a liberdade de expressão prevista na CEDH. Inexistindo, portanto, interferência da atuação do legislador irlandês com a esfera de atribuições comunitárias, o TJ decidiu que tal questão situava-se fora da sua competência⁹⁹¹.

No mesmo sentido, no mencionado acórdão KREMZOW o TJ não respondeu a várias questões prejudiciais interpretativas relativas ao ex-artigo 220.º do TCE (ex-ex-artigo 164.º do TCEE, hoje subjacente à segunda parte do n.º 1 do artigo 19.º do TUE) e ao artigo 6.º da CEDH, justificando-se com o facto de o autor da ação proposta no competente tribunal nacional não poder alegar qualquer conexão relevante e objetiva com o direito comunitário.

Destaca-se, assim, a necessidade de o apelo aos direitos fundamentais como critério de apreciação da legalidade da atuação dos órgãos nacionais depender de um pressuposto consolidado na jurisprudência do TJ: apenas poderão constituir objeto de controlo, pelos órgãos jurisdicionais em que o TJUE se desdobra, os atos das autoridades dos Estados membros que apliquem ou executem direito da UE, já que se exige uma conexão mínima entre a atuação destas e a ordem jurídica europeia; de fora da fiscalização exercida pela instituição jurisdicional da UE situam-se, portanto, os comportamentos exclusivamente internos daquelas autoridades.

Court of Justice and its fundamental rights jurisprudence - Part I, in CMLR, 1995 (Vol. 32; n.º 1), pp. 51 e ss; *Taking rights seriously: the European Court of Justice and its fundamental rights jurisprudence - Part II, in CMLR*, 1995 (Vol. 32; n.º 2), pp. 579 e ss. Entre nós vide Nuno PIÇARRA, *A competência...*, cit., 1998, pp. 1393 e ss.

⁹⁹⁰ Acórdão de 4 de outubro de 1991, proc. C-159/90, Col. 1991, pp. I-4733 e ss. O inerente processo nacional principal, relacionado com a problemática da interrupção voluntária da gravidez na Irlanda, opunha a *Society for the Protection of Unborn Children* a uma associação estudantil (representada por *S. Grogan*) que pretendia fazer publicidade, no meio estudantil irlandês, a clínicas da especialidade situadas no Reino Unido.

⁹⁹¹ Como observa José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção...*, cit., p. 68, a questão seria suscetível de recair na atuação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH), onde efetivamente viria a ser submetida pelos interessados.

3.3.3. Em especial, as alusões à tutela jurisdicional efetiva enquanto direito fundamental

Importa enfatizar as menções, feitas pelo TJ, aos aspetos relacionados com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ou seja, à garantia de salvaguarda, a cargo dos tribunais (nacionais e integrados na instituição jurisdicional da UE), plena e eficaz da ampla legalidade, desdobrada entre pretensões subjetivas decorrentes do direito da União e objetiva legalidade europeia.

Mencionando as tradições constitucionais comuns aos Estados membros, como ocorreu primeiramente, ou aludindo às Constituições nacionais e aos instrumentos de direito internacional (*maxime* a CEDH), como sucedeu mais tarde, o TJ acabou por enunciar a tutela jurisdicional efetiva enquanto direito fundamental. Com efeito, uma tradição constitucional comum e bem assim um direito fundamental previsto nas Constituições dos Estados membros é o relativo à tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva, designadamente, dos direitos e interesses legalmente protegidos. Na CRP são incontornáveis os artigos 20.º e 268.º, n.º 4; na *GG* destaca-se o artigo 19.º IV §; na *Constitución Española* sobressaem os artigos 24.º, n.º 1, e 53.º, n.º 2. Por seu turno, nos instrumentos internacionais de âmbito regional, evidenciam-se os artigos 6.º e 13.º da CEDH.

I. Referências expressas e implícitas

Nos já mencionados casos PECASTAING, JOHNSTON e BAUSTAHLGEWEBE, o TJ acabou por referir-se expressamente, ainda que de forma implícita, à tutela jurisdicional efetiva, nomeadamente, a algumas das suas inferências.

No pré-citado acórdão PECASTAING o Tribunal indagou as garantias previstas na Diretiva (CEE) n.º 64/221⁹⁹², do Conselho, tendo por referência a noção de *processo equitativo* referida no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH⁹⁹³. No aresto ORFANOPOULOS⁹⁹⁴ o TJ foi mobilizado para apreciar as garantias constantes do mesmo ato de direito derivado, tendo aludido à necessidade de a apreciação, a cargo dos tribunais nacionais, de decisões administrativas de expulsão adotadas contra residentes num Estado membro que não o da sua nacionalidade, dever assegurar uma *proteção suficientemente eficaz*, o que implica que tais decisões sejam jurisdicionalmente analisadas em tempo útil.

⁹⁹² Relativa à coordenação de medidas especiais relativas a estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.

⁹⁹³ Cfr. n.ºs 21 e 22 do aresto.

⁹⁹⁴ Acórdão de 29 de abril de 2004, proc. C-482/01, Col. 2004, pp. I-5295 e ss, n.º 110.

No mencionado caso JOHNSTON o TJ aludiu à necessidade de existirem *formas de controlo jurisdicional*, a cargo dos tribunais dos Estados membros, *das decisões das autoridades administrativas nacionais impostas por diretivas europeias* [no caso pela Diretiva (CEE) n.º 76/207, do Conselho], nomeadamente quando as mesmas sejam violadoras de princípios como os da igualdade e da proporcionalidade, o que ocorre como expressão de um princípio geral de direito comunitário que encontra base nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, além de estar consagrado nos artigos 6.º e 13.º da CEDH⁹⁹⁵.

No referido aresto BAUSTAHLGEWEBE vs. COMISSÃO o TJ submeteu a questão da morosidade de um processo tramitado no então TPI à exigência do *prazo razoável*, prevista no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, concluindo que aquele órgão jurisdicional não respeitara tal exigência e anulando parcialmente a decisão do mesmo⁹⁹⁶. Note-se que o TJ não se inibiu pelo facto de a sua decisão não deixar de implicar uma repreensão ao sistema jurisdicional onde ele próprio se insere.

II. Referências expressas e explícitas

Na jurisprudência dos órgãos em que se desdobra o TJUE também são visíveis referências expressas e explícitas à tutela jurisdicional efetiva.

Um bom ensaio pode extrair-se do mencionado acórdão UNECTEF/HEYLENS⁹⁹⁷, onde o TJ após referir-se ao livre acesso ao emprego como um direito fundamental conferido pelo Tratado de Roma a todo e qualquer trabalhador da Comunidade, acrescentou que "*a existência de uma via de recurso de natureza jurisdicional contra uma decisão de uma autoridade nacional que recusa o benefício desse direito é essencial para garantir ao particular a proteção efetiva do seu direito*". Depois de remeter para a decisão JOHNSTON, o Tribunal lembrou que tal exigência constitui um princípio geral de direito comunitário que decorre das tradições constitucionais comuns aos Estados membros e que está consagrado nos artigos 6.º e 13.º da CEDH. No mesmo aresto o TJ aludiu à necessidade de eficácia do controlo jurisdicional; nessa medida, relacionou a tutela jurisdicional efetiva com a obrigatoriedade de fundamentação das decisões administrativas que não reconheçam direitos fundamentais aos particulares e com o direito de estes, bem como dos órgãos jurisdicionais nacionais, terem acesso a essa fundamentação.

⁹⁹⁵ Cfr. n.ºs 17 a19. No mesmo sentido encontram-se os já citados acórdãos OLEIFICIO BORELLI vs. COMISSÃO, n.º 14; SIPLES, n.º 17; e COMISSÃO vs. ÁUSTRIA, de 27 de novembro de 2001, n.º 45.

⁹⁹⁶ Cfr. n.ºs 20 e 21.

⁹⁹⁷ Cfr. n.ºs 14 e 15.

Mais recentemente, no citado acórdão KOFISA ITALIA o TJ referiu expressamente "o direito a uma proteção jurisdicional efetiva" para, semelhantemente ao que sucedera no caso JOHNSTON, fundamentar a exigência de um controlo jurisdicional das decisões das autoridades nacionais, enquadrando-o igualmente no leque dos princípios gerais de direito decorrente das tradições constitucionais comuns aos Estados membros e da CEDH⁹⁹⁸.

Naturalmente sem prejuízo da relevância destas decisões, um dos casos mais épicos nas referências diretas à tutela jurisdicional efetiva surgiu no âmbito do processo que opôs a UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES ao CONSELHO, o qual foi apreciado tanto pelo TPI como, em sede de recurso interposto contra a decisão deste, pelo TJ⁹⁹⁹. Em causa estava a admissibilidade de um recurso de anulação interposto por aquela associação contra um regulamento, ato de carácter geral e abstrato, no âmbito do quarto parágrafo do então artigo 173.º do TCE (hoje artigo 263.º do TFUE), tendo a recorrente invocado que o regime amplamente restritivo da possibilidade de os particulares interporem tal tipo de recurso contra normas constantes de regulamentos europeus implicava um "risco de não beneficiar de uma tutela jurisdicional efetiva", a qual traduz-se num direito fundamental reconhecido na ordem jurídica comunitária. Inexistindo qualquer via de direito interno que lhe permitisse questionar perante os tribunais nacionais a validade do regulamento, segundo a recorrente, o direito à tutela jurisdicional efetiva impunha que o recurso de anulação interposto por si devesse ser admitido.

O TPI reconheceu de alguma forma a acusação que lhe fora dirigida¹⁰⁰⁰, mas escudou-se, por um lado, no argumento de igualdade em que todos os sujeitos se encontram no acesso aos tribunais em que se subdivide a instituição jurisdicional da UE; por outro, invocou a responsabilidade que incumbe aos Estados membros para que a plenitude do sistema judicial e processual criado pelos Tratados seja uma realidade¹⁰⁰¹. Estes fundamentos não permitiam que ele se afastasse "do sistema de vias de recurso instaurado pelo artigo 173.º, quarto parágrafo, do Tratado, tal como foi explicitado pela jurisprudência, e [ultrapassasse] os limites da sua

⁹⁹⁸ Cfr. n.º 46. No mesmo sentido encontramos o acórdão SIPLES, já citado, n.º 17.

⁹⁹⁹ Tanto o despacho como o acórdão foram já citados.

¹⁰⁰⁰ No n.º 61 do despacho pode ler-se que "no que toca ao argumento tirado da falta de tutela jurisdicional efetiva, ele consiste em denunciar a ausência de vias de recurso internas que permitam, tal sendo o caso, um controlo de validade do regulamento impugnado pela via do reenvio prejudicial fundado no artigo 177.º do Tratado [CE (actual artigo 234.º CE)]".

¹⁰⁰¹ No n.º 62 do despacho, o TPI refere que "...deve sublinhar-se que o princípio da igualdade de todos os sujeitos de direito quanto às condições de acesso ao juiz comunitário pela via do recurso de anulação requer que essas condições não sejam função das circunstâncias próprias ao sistema judicial de cada Estado membro". Aludindo à necessidade de existirem vias processuais internas de recurso que permitam, quando necessário, o reenvio prejudicial sobre questões de validade dos atos comunitários, o TPI acrescentou: "A esse propósito, há, aliás, que salientar que, pela aplicação do princípio da cooperação leal enunciado no artigo 5.º do Tratado CE (actual artigo 10.º CE), os Estados-Membros são obrigados a contribuir para o carácter completo do sistema de vias de recurso e de processo criado pelo Tratado CE e destinado a confiar ao juiz comunitário o controlo da legalidade dos actos das instituições comunitárias".

competência estabelecidos por essa disposição"¹⁰⁰². O TPI declinava assim responsabilidades e redirecionava o cerne do problema para a necessidade de intervenção dos Estados membros, uma vez que as alterações ao sistema de controlo da legalidade dos atos europeus de alcance geral passariam pela revisão do TCE.

O TJ, por sua vez, recordou que a CE "*é uma comunidade de direito em que as suas instituições estão sujeitas à fiscalização da conformidade dos seus actos com o Tratado e com os princípios gerais do direito, onde se incluem os direitos fundamentais*"¹⁰⁰³. Por isso, "*os particulares devem poder beneficiar de uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos que retiram da ordem jurídica comunitária, sendo o direito a esta tutela parte dos princípios gerais de direito que resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros. Este direito foi igualmente consagrado nos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*"¹⁰⁰⁴.

No caso VERHOLEN o Tribunal acrescentou que muito embora compita, em princípio, ao direito nacional determinar a qualidade e interesse em agir judicialmente, o direito da UE "*exige, contudo, que a legislação nacional não afecte o direito de efetiva protecção jurisdicional*"¹⁰⁰⁵. Relacionando tal protecção com o princípio da efetividade, acrescentou que a aplicação da referida legislação "*não pode ter por efeito tornar praticamente inviável o exercício dos direitos atribuídos pela ordem jurídica europeia*".

Nos casos DORSCH CONSULT e KÖBLER o TJ depois de referir, a propósito do princípio da autonomia processual dos Estados membros, que na ausência de regulamentação comunitária sobre a matéria é sobre as ordens jurídicas internas que impende a designação dos órgãos jurisdicionais nacionais competentes, bem como a regulamentação das modalidades processuais, para apreciar as ações judiciais destinadas a assegurar a plena protecção dos direitos conferidos aos cidadãos pela ordem jurídica europeia, investiu os Estados membros no dever de assegurar, em todas as circunstâncias, a tutela jurisdicional efetiva dos direitos individuais derivados do referido ordenamento¹⁰⁰⁶.

No domínio específico das medidas provisórias de natureza cautelar, o Presidente do TJ, no despacho proferido no caso ANTONISSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, referiu-se à "*protecção jurisdicional completa e efectiva*" como um direito resultante da ordem jurídica europeia ao abrigo do qual os particulares podem solicitar, aos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE, o decretamento de providências cautelares antecipatórias vertidas no adiantamento de

¹⁰⁰² Cfr. n.º 63.

¹⁰⁰³ O TJ retomava assim a linha jurisprudencial iniciada no acórdão OS VERDES vs. PE, n.º 23.

¹⁰⁰⁴ Cfr. n.ºs 38 e 39.

¹⁰⁰⁵ Cfr. acórdão de 11 de julho de 1991, procs. apensos C-87/90, C-88/90 e C-89/90, Col. 1991, pp. I-3783 e ss, n.º 24.

¹⁰⁰⁶ Cfr. n.ºs 40 (do primeiro aresto), e 46 e 47 (do segundo).

parte da indemnização que lhes será devida caso vençam o processo principal relativo a uma ação de indemnização movida contra a UE¹⁰⁰⁷.

Uma referência também deve ser feita ao acórdão proferido no caso UNIBET, onde o TJ (re)afirmou que *"por força de jurisprudência assente, o princípio da protecção jurisdicional efectiva constitui um princípio geral do direito comunitário, que decorre das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, que foi consagrado pelos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais..."*. Depois de remeter para as decisões JOHNSTON e UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES, o Tribunal rematou que tal princípio *"foi igualmente reafirmado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de Dezembro de 2000, em Nice"*¹⁰⁰⁸. No mesmo aresto o TJ invocou a jurisprudência REWE II, SIMMENTHAL III e FACTORTAME, (re)investindo o seu homólogo nacional no dever de assegurar uma protecção jurisdicional dos direitos conferidos pelo direito da UE aos litigantes que pleiteiem perante si, o qual assenta no princípio da cooperação leal previsto no então artigo 10.º do TCE¹⁰⁰⁹. Tal dever é enformado pelo *princípio da autonomia processual* dos Estados membros, conjugado com os princípios da *equivalência* e da *efetividade*, pelo que muito embora, *"em princípio, caiba ao direito nacional determinar a qualidade e o interesse do litigante em agir judicialmente, o direito comunitário exige que a legislação nacional não afecte o direito a protecção jurisdicional efectiva. Com efeito, incumbe aos Estados-Membros prever um sistema de vias de recurso e procedimentos que permitam assegurar o respeito deste direito"*¹⁰¹⁰. Na decisão UNIBET o TJ concluiu que o princípio da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos aos particulares, pelo ordenamento da UE, não exige a existência, nas ordens jurídicas nacionais, de uma ação autónoma destinada a apreciar, a título principal, a conformidade de normas nacionais com as daquele ordenamento. Segundo o Tribunal, basta a existência das vias de recurso que essas ordens já prevejam, designadamente, que permitam proceder a esse controlo por via incidental, contando que as mesmas não sejam menos favoráveis do que as que regulem ações nacionais semelhantes, competindo ao juiz nacional sindicar a verificação desta condição¹⁰¹¹.

Recorde-se ainda, remetendo para os desenvolvimentos que nos mereceu, o legado trazido a lume nos celebres acórdãos proferidos no caso KADI.

¹⁰⁰⁷ Cfr. n.º 36.

¹⁰⁰⁸ Cfr. n.º 37.

¹⁰⁰⁹ Cfr. n.ºs 37 e 38.

¹⁰¹⁰ Cfr. n.º 42.

¹⁰¹¹ Cfr. n.ºs 47 e ss.

3.4. Balanço

Na evolução descrita vislumbra-se uma paulatina consolidação da orientação jurisprudencial que propala a proteção dos direitos fundamentais, na ordem jurídica europeia através de alusões às tradições constitucionais comuns aos Estados membros, às Constituições nacionais, e aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos, em especial a CEDH e respetivos Protocolos, os quais funcionam como elementos concretizadores e materializantes do conceito encontrado pelo TJ para alcançar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais: os *princípios gerais de direito comunitário* (hoje dir-se-á da União).

Nos referidos direitos destaca-se naturalmente a tutela jurisdicional efetiva enquanto direito fundamental, a qual surge consagrada naqueles instrumentos externos face à UE (v. g. artigos 6.º e 13.º da CEDH) mas acolhidos no seu ordenamento.

Também avulta a amplitude da tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais, uma vez que esta se estende ao ordenamento europeu em toda a sua extensão materialmente relevante, independentemente dos atos objeto de controlo serem da autoria das instituições europeias ou dos órgãos nacionais quando executem direito da União. Consequentemente, tal tutela é levada a cabo pelo TJ e pelos órgãos jurisdicionais nacionais quando atuem como tribunais comuns de aplicação do direito da União.

A construção dogmática protagonizada pelo TJ sobre a necessidade de proteção, controlada pelo referido Tribunal, dos direitos fundamentais na ordem comunitária contribuiu para a autonomização e emancipação de tais direitos face aos sistemas jurídicos de onde eram originários (ordens jurídicas nacionais e internacional regional), bem como para a sua integração no sistema jurídico da UE, assim se alcançando uma *comunitarização* dos mesmos. Consequentemente, não se afigura necessário encontrar um princípio ou um direito fundamental comum a todos os ordenamentos nacionais para que o mesmo possa relevar ao nível dos princípios gerais de direito comunitário; também não se exige a verificação de uma coincidência simétrica entre o nível, ou grau, de proteção jurisdicional conferido pelos sistemas jurídicos nacionais a determinado princípio ou direito fundamental e aquele que lhe é concedido pelo ordenamento europeu. Neste particular, cabe ao TJ (em cooperação com os órgãos jurisdicionais nacionais no âmbito do reenvio prejudicial) determinar no âmbito da UE, em função dos objetivos da integração e do espírito dos Tratados, que grau é esse¹⁰¹², o qual poderá coincidir, ser superior ou inferior face ao existente nas ordens nacionais.

¹⁰¹² Cfr. José Luís da CRUZ VILAÇA, *A proteção...*, cit., p. 67; Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, cit., p. 27.

Resulta daqui a necessidade de se alcançar uma interpretação relativa aos direitos fundamentais que não escamoteie o seu *núcleo mínimo de proteção* e que se harmonize com as competências funcionais das instituições, órgãos e organismos da UE e com as atribuições desta. Essa exegese poderá não coincidir com os resultados hermenêuticos alcançados pelos órgãos jurisdicionais dos Estados membros (quando se trate de direito fundamental provindo de uma ou de várias Constituições nacionais¹⁰¹³) ou pelo TEDH (caso o direito fundamental seja oriundo da CEDH).

A construção jurisprudencial do TJ contribuiu igualmente para o desvanecimento da *descrença axiológica* (também de origem pretoriana) que num primeiro estágio subestimou a função dos direitos fundamentais no quadro da integração europeia e para a sua substituição por um sentimento crescente de necessidade de proteção destes no referido quadro. Para isso contribuiu o conceito de **recepção material**¹⁰¹⁴, que permitiu a incorporação de preceitos consagradores de direitos fundamentais, constantes de normas constitucionais internas (principalmente dos que assentam em tradições comuns aos Estados membros) e de instrumentos internacionais de natureza convencional (*maxime* a CEDH¹⁰¹⁵), na ordem jurídica europeia enquanto *princípios gerais de direito da UE*¹⁰¹⁶. Tal também favoreceu o incremento e o reforço do bloco de legalidade europeia¹⁰¹⁷, que vincula tanto as instituições da União como os decisores nacionais quando atuem em matérias conexas com a integração europeia, cujo respeito é assegurado pelos órgãos integrados no TJUE e pelos tribunais nacionais enquanto aplicadores comuns do direito da União.

Os princípios gerais fazem parte do direito da UE, pelo que a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais importados dos ordenamentos estaduais e internacional ocorre segundo critérios próprios. Uma vez que tal importação não ocorre diretamente nem em bloco, compete à instituição jurisdicional da UE, *maxime* no que tange à CEDH, extrair casuisticamente das disposições relativas aos direitos fundamentais as necessárias ilações para elaborar os princípios gerais de direito a ter em conta.

¹⁰¹³ Neste âmbito, a revelação e a criação de direito da UE, pela via pretoriana, parece encontrar terreno propício, principalmente quando o direito fundamental provenha de uma tradição constitucional comum aos Estados membros. Na verdade, competirá ao TJ definir qual o conteúdo de tal direito e quais os respetivos núcleos, mínimo e essencial, de proteção, numa tarefa confederadora que convocará vários ordenamentos jurídicos internos.

¹⁰¹⁴ Aspeto trazido a lume, entre nós, por Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, cit., pp. 26 e 27, que o compara a uma ficção jurídica.

¹⁰¹⁵ Mas não só. Pense-se também, por exemplo, na Carta Social Europeia, de 18 de outubro de 1961 (à semelhança da CEDH, também de âmbito regional), ou no PIDCP, de 19 de dezembro de 1966 (este já de âmbito universal), ambos citados e aplicados na jurisprudência do TJUE a título de princípios gerais de direito comunitário.

¹⁰¹⁶ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito...*, cit., p. 738.

¹⁰¹⁷ Neste contexto, Maria Luísa DUARTE, *A liberdade...*, cit., p. 248, recorre ao conceito de "superlegalidade comunitária".

Em particular no que concerne à CEDH não serão de estranhar divergências interpretativas entre o TJ e o TEDH relativamente a determinados direitos fundamentais¹⁰¹⁸. Ainda a propósito daquele instrumento de direito internacional convirá salientar que, no âmbito da aplicação do direito da UE, os instrumentos de fiscalização jurisdicional do seu respeito não são os nele previstos (levados a cabo pelo TEDH) mas antes os constantes do TUE e do TFUE (a cargo, portanto, dos órgãos integrados no TJUE e sem possibilidade de serem interpostos recursos das decisões do TJ para o TEDH) o que implica algum défice de tutela jurisdicional para os particulares dadas as restrições com que os mesmos se deparam no acesso direto às jurisdições do TJUE e a inexistência de qualquer tipo de recurso das decisões do TJ para o Tribunal de Estrasburgo. Já quando a aplicação ou execução do direito da UE não prescindir da intermediação dos Estados membros, poderá o TEDH controlar o respeito da CEDH através dos atos destes.

A jurisprudência do TJ permitiu integrar a lacuna relativa ao imperativo de proteção dos direitos fundamentais que afetava a redação originária do Tratado de Roma, tendo sido mesmo formalmente consagrada no n.º 2, hoje correspondente ao n.º 3, do artigo 6.º (ex-artigo F) do TUE. Também é verdade, porém, que desde há muito se procurava na ordem jurídica europeia uma solução que conferisse um maior destaque a tais direitos. A adoção da CDFUE e a posterior atribuição à mesma de força jurídica vinculativa assinalaram dois marcos históricos na consolidação do ordenamento europeu no domínio dos direitos fundamentais¹⁰¹⁹; por outro lado, permanece atual a problemática da adesão da UE à CEDH.

¹⁰¹⁸ Assim José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção...*, cit., p. 69; também Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, cit., p. 28, nota de rodapé n.º 43, que relata um exemplo de ocorrência de tais divergências relativamente ao direito previsto no artigo 8.º da CEDH. Sobre as divergências interpretativas entre as jurisprudências do TJ e do TEDH relativamente a preceitos da CEDH ver, em especial, Dean SPIELMANN, *Human rights case law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: conflicts, inconsistencies and complementarities*, in Philip ALSTOM (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, pp. 757 e ss. Um exemplo de tais discrepâncias extrai-se da contraposição das decisões CHAPPEL (de 30 de março de 1989) ou NIEMIETZ (de 16 de dezembro de 1992), do TEDH, com os acórdãos HOECHST vs. COMISSÃO e SPUC/GROGAN (já citados), ambos do TJ, onde se constata que apesar da existência de semelhanças nos problemas levantados, a interpretação do direito fundamental em causa não foi idêntica. Se o TJ, nos respetivos arestos, entendeu que o direito à inviolabilidade do domicílio, previsto no artigo 8.º, n.º 1, da CEDH, apenas se refere ao domicílio *pessoal* das pessoas físicas, já o TEDH, nas suas decisões, considera que tal direito pode também integrar alguns estabelecimentos de prestação de serviços, comerciais e industriais.

¹⁰¹⁹ Cfr. A. GOUCHA SOARES, *A Carta...*, cit., p. 5, quando assinala que a CDFUE permitiu atenuar o défice de legitimidade que desde o Tratado de Maastricht caracterizou o processo europeu de integração.

4. Repercussões do ativismo do Tribunal de Justiça na integração da lacuna dos Tratados relativamente à proteção dos direitos fundamentais

Os Estados membros não ficaram insensíveis face à dogmática edificada pelo TJ a propósito da proteção dos direitos fundamentais no quadro da integração europeia.

Em sede de revisão dos Tratados, com a entrada em vigor do Ato Único Europeu (doravante AUE), em 1 de julho de 1987, o Tratado de Roma passou a conter uma "*fórmula genérica de fundamentalização de direitos*"¹⁰²⁰. No terceiro parágrafo do Preâmbulo do AUE os Estados membros formalizaram o compromisso de promoção conjunta da "*democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e legislações dos Estados membros, na Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social*". Esta assunção surgia reforçada no sexto parágrafo do mesmo texto, que exteriorizava uma consciência assumida por todos sobre a responsabilidade "*que cabe à Europa de (...) fazer valer muito especialmente os princípios da democracia e do respeito pelo direito e pelos direitos do homem*". Tratava-se, contudo, de uma fórmula que divergia da protagonizada pelo TJ; e muito embora a acutilância proclamatória, o certo é que a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, no âmbito da aplicação do direito comunitário, nenhuma referência mereceu no articulado do TCEE.

4.1. O Tratado de Maastricht e a cláusula geral de proteção dos direitos fundamentais desprovida de tutela jurisdicional

Foi necessário esperar pela entrada em vigor do Tratado de Maastricht para que o comprometimento de respeito pelos direitos fundamentais fosse elevado a categoria normativa, dotada de vinculatividade, embora com reduzida coercibilidade, no articulado dos tratados institutivos¹⁰²¹.

Com efeito, o n.º 2 do artigo F (posteriormente artigo 6.º) do TUE proclamou que "*A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados*

¹⁰²⁰ Assim Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, cit., p. 16.

¹⁰²¹ Na verdade, deve-se ao Tratado de Maastricht a criação da UE; simultaneamente, trata-se de um tratado reformador ou modificativo, porquanto reviu os Tratados das Comunidades Europeias.

membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário"¹⁰²². Mediante esta fórmula, correspondente à ideia de fundo construída pela jurisprudência do TJ, positivou-se o imperativo de salvaguarda dos direitos fundamentais no ordenamento da UE. Àquele normativo deve-se o mérito da primeira inserção nos tratados de uma *cláusula geral de tutela dos direitos fundamentais no quadro da União*.

Contudo, não menos certo é que esta disposição surgia excluída, provavelmente de forma deliberada, do artigo L (depois artigo 46.º, entretanto revogado pelo Tratado de Lisboa), relativo às competências (e respetivo exercício) do TJCE, do TUE, encontrando-se afastada do objeto de controlo levado a cabo pelos órgãos desta instituição, com nítido prejuízo para a tutela jurisdicional efetiva que, nesse âmbito, surgia descuidada.

Esgrimir-se-á que o TJ afirmara desde há muito o respeito pelos direitos fundamentais mesmo na ausência de disposição expressa, o que indiciava que continuaria a fazê-lo no contexto da redação originária do artigo L do TUE. O certo é que desde o Tratado de Maastricht e até à entrada em vigor do de Amesterdão, a afirmação da exigência de tutela dos direitos fundamentais, no âmbito do direito da UE positivo, surgia apenas de forma *proclamatória*, com a consequência de a sua vinculatividade se circunscrever ao plano político e se caracterizar pela ausência de possibilidade de aplicação de qualquer tipo de sanções. Ora, a proteção dos direitos fundamentais (aliás, das pretensões de natureza subjetiva em geral) não se basta com a vertente proclamatória; igualmente imprescindível afigura-se a faceta *garantística*, a qual só será possível se existir um tribunal, *in casu* o TJUE, dotado de uma competência imperativa que lhe permita garantir o respeito de tais direitos, o que pode passar pela aplicação de sanções (jurídicas ou materiais) em virtude da violação dos mesmos. Efetivamente, estes dois elementos - proclamatório e garantístico - correspondem a duas facetas que se interligam e complementam sem as quais a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais não poderá ser plena, ou seja, efetiva.

4.1.1. A ausência de tutela jurisdicional nos domínios PESC

Este cunho marcadamente político era visível num outro normativo, relativo ao segundo pilar: o artigo J.1 (posteriormente artigo 11.º), n.º 2, do TUE. Através de uma redação que o

¹⁰²² Esta norma corresponde hoje ao n.º 3 do mesmo artigo, o qual, embora apresentando uma redação não coincidente com a originária, manteve inalterada a ideia de fundo. A redação atual, introduzida pelo Tratado de Lisboa, é a seguinte: "*Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros*".

Tratado de Lisboa suprimiu, o quinto travessão da referida disposição estabelecia como objetivo da PESC e, portanto, da UE num quadro de cooperação entre os Governos dos Estados membros "o desenvolvimento e o reforço da democracia e do Estado de Direito, bem como o respeito dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais". Todavia, também esta disposição estava excluída, por força do referido artigo L, do quadro das jurisdições do TJCE, com a agravante de se tratar da fixação de um objetivo de cariz *programático*. Tal exclusão acarretava, por razões óbvias, repercussões diretas ao nível da tutela jurisdicional efetiva, que, em matéria de segundo pilar, era postergada. Não obstante, a agilização do segundo pilar assentava (e continua a assentar ainda que mitigadamente) numa lógica de cooperação intergovernamental (e não de integração supranacional), o que permitia alguma justificação face ao défice de tutela jurisdicional verificado em matéria de PESC.

4.1.2. A institucionalização da cidadania europeia. Propostas para o incremento da figura

Ainda no tocante à afirmação da necessidade de proteção dos direitos fundamentais nos domínios da UE, o Tratado de Maastricht deu outro salto qualitativo em resultado da consagração do estatuto de *cidadania europeia*¹⁰²³. Com ele reconhece-se à pessoa humana o *status* de cidadão, transcendendo a ótica inicial que a encarava, juntamente com as empresas, como mero agente económico ou mesmo fator de produção¹⁰²⁴.

Alterando qualitativamente o conceito das liberdades de circulação e de permanência de pessoas, desgarrando-o de uma perspetiva integracionista de natureza exclusivamente económica (*vide* artigo 21.º do TFUE - ex-artigo 18.º e ex-ex-artigo 8.º-A do TCE), o Tratado de Maastricht conferiu aos recém-reconhecidos cidadãos europeus determinados direitos decorrentes do prévio reconhecimento de um vínculo face à UE enquanto comunidade política organizada.

Alguns desses direitos traduzem-se em prerrogativas de *participação política*, duas das quais de *natureza eleitoral*, nomeadamente, os direitos de no Estado membro de residência (e não já obrigatoriamente, como até aí, no Estado membro de que se é nacional) eleger e ser eleito nas eleições autárquicas (*vide* alínea b) do n.º 2 do artigo 20.º e n.º 1 do artigo 22.º do TFUE - ex-n.º 1 do artigo 19.º e ex-ex-n.º 1 do artigo 8.º-B do TCE) e para o PE (*vide* n.º 2 do referido

¹⁰²³ Sobre ele *vide* Maria Luísa DUARTE, *A Cidadania...*, *cit.*, pp. 13 e ss; Nuno PIÇARRA, *Cidadania europeia, Direito Comunitário e Direito nacional*, in *O Direito*, 1994 (n.ºs 3 e 4), pp. 185 e ss. e 499 e ss; José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção...*, *cit.*, pp. 57 e ss; Rui MOURA RAMOS, *Maastricht...*, *cit.*, pp. 323 e ss; José BARROS MOURA, *Cidadania Europeia. Uma Construção Racional*, Lisboa, 1999, pp. 13 e ss; Jónatas MACHADO, *Direito Internacional...*, *cit.*, pp. 692, 693, 803 e 804; *Direito da União...*, *cit.*, pp. 241 e ss.

¹⁰²⁴ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, *cit.*, pp. 99 e 100.

artigo 22.º do TFUE); outras tantas de *controlo democrático*¹⁰²⁵ da *generalidade das instituições europeias*, a saber, o direito de petição ante o PE e o direito de recorrer ao Provedor de Justiça Europeu (*vide* alínea d) do n.º 2 do artigo 20.º e artigo 24.º do TFUE¹⁰²⁶ - ex-artigo 21.º e ex-ex-artigo 8.º-D do TCE)¹⁰²⁷.

A propósito deste último merece realce a circunstância de o Provedor de Justiça da UE permanecer desprovido da possibilidade de solicitar, em representação dos cidadãos europeus, a impugnação de atos das instituições, de órgãos ou organismos da União, continuando amputado de legitimidade processual ativa para instaurar recursos de anulação contra as referidas entidades. Em reforço da tutela jurisdicional efetiva, o referido órgão deveria adquirir essa competência, tanto mais que ele é designado pelo PE (artigo 228.º do TFUE - ex-artigo 195.º e ex-ex-artigo 138.º-E do TCE), que representa os cidadãos da União (n.º 2 do artigo 14.º do TUE).

Ainda em matéria de direitos de cidadania europeia também consideramos útil perspetivar a introdução de um instrumento processual com contornos semelhantes aos que existem em algumas ordens jurídicas internas (*v. g.* a portuguesa) que permita alargar a legitimidade para lançar mão de alguns dos mecanismos do tradicional contencioso da UE (*maxime* do recurso de anulação) com vista à proteção de interesses coletivos difusos. Referimo-nos à figura da *ação popular*, com a qual (*i*) não só atenuar-se-ia o défice que se verifica no acesso dos particulares à instituição jurisdicional da UE, (*ii*) como alargar-se-ia o campo dos direitos de cidadania à participação cívica na edificação do processo europeu de integração, (*iii*) como ainda permitir-se-ia o reforço do campo da democracia participativa¹⁰²⁸.

4.2. O Tratado de Amesterdão e as repercussões para a tutela jurisdicional efetiva decorrentes da comunitarização parcial do antigo terceiro pilar

O Tratado de Amesterdão, por sua vez, alargou o leque dos direitos fundamentais a matérias que até ele permaneceram inseridas na esfera competencial soberana dos Estados membros. No âmbito da estrutura de pilares criada pelo Tratado de Maastricht e na qual a UE se

¹⁰²⁵ Assim Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário...*, *cit.*, p. 466.

¹⁰²⁶ A conjugar, respetivamente, com os artigos 227.º (ex-artigo 194.º do TCE e ex-ex-artigo 138.º-D do TCEE) e 228.º (ex-artigo 195.º do TCE e ex-ex-artigo 138.º-E do TCEE) do TFUE.

¹⁰²⁷ A estas prerrogativas acresce o direito de proteção diplomática e consular pelas autoridades de qualquer Estado membro no território de países terceiros (*vide* alínea c) do n.º 2 do artigo 20.º e artigo 23.º do TFUE - ex-artigo 20.º e ex-ex-artigo 8.º-C do TCE).

¹⁰²⁸ A este propósito, embora sem grande relação com a tutela jurisdicional efetiva, refira-se que o Tratado de Lisboa introduziu no TUE um novo direito de cidadania apesar de situado fora do catálogo: o de os cidadãos europeus poderem solicitar à Comissão a apresentação de propostas de atos de direito derivado relativamente a matérias onde considerem necessária a emissão dos mesmos (n.º 4 do artigo 11.º do TUE).

baseou durante sensivelmente 16 anos, o Tratado de Amesterdão transferiu para o primeiro pilar (ou pilar comunitário, onde se situavam as matérias sujeitas à lógica da integração supranacional) os domínios mais diretamente conexos com o objetivo da liberdade de circulação de pessoas e que constavam do terceiro pilar, como as matérias que se prendiam com a passagem e controlo nas fronteiras internas e externas, com as políticas de vistos (artigo 77.º do TFUE, ex-artigo 62.º do TCE), asilo e imigração (artigos 78.º e 79.º do TFUE, ex-artigo 63.º do TCE), cooperação judiciária em matéria civil (artigo 81.º do TFUE, ex-65.º do TCE) e cooperação entre as administrações dos Estados membros nesses domínios (artigo 74.º do TFUE, ex-artigo 66.º do TCE), anteriormente previstas nos pontos 1, 2, 3 e 6 do artigo K.1 do TUE.

Dito de outro modo, o Tratado de Amesterdão promoveu a *comunitarização parcial do terceiro pilar*, passando as referidas matérias a encontrar o seu regime jurídico no ex-Título IV do TCE, hoje Título V do TFUE¹⁰²⁹. Tal comunitarização não foi total, o que significou que o âmbito do então novo terceiro pilar, tal como configurado no então renovado Título VI do TUE, passou a ser delimitado pelas matérias relativas à CPJMP, anteriormente previstas nos restantes pontos do referido artigo K.1 do TUE¹⁰³⁰.

Foi, aliás, com base nestes dois blocos normativos, renovados pelo quadro jurídico-institucional implantado pelo Tratado de Amesterdão (ou seja, o novo Título IV do TCE e novo Título VI do TUE), que os Estados membros visaram a evolução da Comunidade e da União Europeias com vista à criação progressiva de um *espaço de liberdade, segurança e justiça*¹⁰³¹.

A referida comunitarização também foi progressiva e não abrupta. Se uma lógica pura de integração supranacional implica a regulamentação das matérias inerentes decidida pelo Conselho (eventualmente em co-decisão com o PE), deliberando, em regra, por maioria qualificada, além do que só a Comissão detém direito de iniciativa, o certo é que a transferência das matérias atrás enunciadas do terceiro para o primeiro pilar caracterizou-se pela existência de determinadas particularidades de cariz institucional, constantes do então artigo 67.º, hoje revogado, do TCE, os quais mitigaram a anunciada comunitarização.

Não obstante e por outro lado, os atos adotados passaram a assumir a natureza de atos comunitários típicos (*maxime* regulamentos e diretivas), caracterizados pelos consequentes primado, aplicabilidade direta e efeito direto (a que acrescem os princípios da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da UE e da responsabilidade do Estados membros por violação deste), o que *per si* implicou um nítido reforço da tutela jurisdicional

¹⁰²⁹ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 207.

¹⁰³⁰ Desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa tais matérias encontram-se consagradas no TFUE.

¹⁰³¹ Cfr. Paulo de PITTA E CUNHA, *O Tratado de Amesterdão*, in De Maastricht a Amesterdão - Problemas da União Monetária Europeia, Coimbra, 1999, p. 138; José Luís da CRUZ VILAÇA, *A protecção...*, cit., p. 56; Carlos PROENÇA, *O princípio...*, cit., pp. 221 e ss, em especial pp. 238 e ss. Sobre este espaço, no âmbito da Constituição Europeia, ver Jónatas MACHADO, *Direito Internacional...*, cit., pp. 803 e 804.

efetiva. Com efeito, até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa a competência do TJCE no âmbito do primeiro pilar era a definida no TCE; no terceiro pilar era a resultante do ex-artigo 35.º do TUE. Ora, uma consequência diretamente relacionada com a tutela jurisdicional efetiva decorrente da passagem de matérias do terceiro para o primeiro pilar reside na sujeição da atuação das instituições europeias à jurisdição dos órgãos integrados no TJCE, nos termos previstos nos ex-artigos 220.º e seguintes do então TCE.

Contudo, não menos certo é que nos domínios do anterior Título IV do TCE vigoraram, no âmbito do instrumento das questões prejudiciais, algumas especificidades que se encontravam previstas no ex-artigo 68.º do TCE, entretanto revogado pelo Tratado de Lisboa. Através de um tipo especial de reenvio prejudicial, apanágio das matérias daquele título do Tratado de Roma, derogava-se parcialmente o ex-artigo 234.º do TCE (hoje artigo 267.º do TFUE)¹⁰³².

4.3. O Tratado de Lisboa, a eliminação da estrutura de pilares e o incremento dos direitos de cidadania europeia

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa foi eliminada, pelo menos sob o ponto vista *formal*, a peculiar estrutura de (três) pilares em que a UE assentou desde a sua constituição.

Recorde-se que foi com o início da vigência do Tratado de Maastricht que surgiu da UE, a qual abrangia a CECA, a CEE (por força do referido Tratado red denominada de CE) e a CEEA, as quais compunham o seu primeiro pilar; a PESC, que ocupava o segundo pilar; e a CJAI, que agregava o terceiro pilar. Também se deve ao TUE o aumento do léxico comunitário, que passou a contemplar, para além do tradicional termo "direito comunitário", os conceitos de "direito da

¹⁰³² O terceiro parágrafo do ex-artigo 234.º do TCE (hoje artigo 267.º do TFUE) consagrava o princípio elementar, em matéria de reenvio prejudicial, segundo o qual todos os órgãos jurisdicionais nacionais podem colocar questões ao TJ, mas aqueles cujas decisões não admitem recurso ordinário previsto no direito interno encontram-se obrigados a fazê-lo. Ora, o n.º 1 do artigo 68.º excecionava o princípio do livre acesso ao TJ, uma vez que somente quando as decisões judiciais nacionais não fossem suscetíveis de recurso é que os tribunais nacionais podiam colocar questões prejudiciais àquele. Tal equivale a dizer que nos domínios do antigo Título IV do TCE não eram todos os órgãos jurisdicionais nacionais que tinham acesso ao TJ: não tinham acesso os tribunais internos de cujas decisões cabia recurso.

Por outro lado, o n.º 3 do mesmo artigo 68.º do TCE previa outra exceção revolucionária ao seu homólogo do artigo 234.º do mesmo tratado. No âmbito desta disposição, o mecanismo das questões prejudiciais não se trata de um *processo de partes*, mas antes de um *processo de cooperação direta entre juízes*, uma vez que os intervenientes são dois tribunais: o órgão jurisdicional nacional ou juiz do reenvio e o TJ. Ora, segundo o n.º 3 do artigo 68.º, nas questões interpretativas (excluía-se, portanto, as relativas à validade dos atos das instituições), os interlocutores do processo de reenvio deixavam de ser apenas os tribunais para poderem ser, também, o Conselho e a Comissão, órgãos não jurisdicionais, e mesmo os próprios Estados membros ou melhor, os respetivos Governos.

Sobre estes aspetos, que não deixarão de ter um interesse histórico, *vide* Nuno PIÇARRA *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça*, in *Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2000 (n.º 1), p. 88; ver também a nossa dissertação de mestrado, *O princípio da flexibilidade...*, *cit.*, pp. 259 e ss.

UE *lato sensu*" e "direito da UE *stricto sensu*", não coincidentes entre si¹⁰³³. A UE foi instituída pelos mesmos doze Estados membros das três Comunidades Europeias e assentou num original sistema de pilares, cada um com os seus objetivos e instrumentos próprios; segundo o artigo A, posteriormente artigo 1.º, terceiro parágrafo, do TUE, esta fundava-se nas Comunidades, que formavam o pilar de integração (primeiro pilar ou pilar comunitário), completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo mesmo Tratado, as quais consistiam na PESC (segundo pilar) e na CJAI (terceiro pilar), posteriormente a CPJMP, os pilares intergovernamentais¹⁰³⁴.

Ora, uma das alterações operadas pelo Tratado de Lisboa consistiu na eliminação, embora formalmente apenas, da estrutura de pilares em que a UE se fundou durante sensivelmente 16 anos e que contribuiu para a sua caracterização como organização internacional *sui generis*¹⁰³⁵. Tal supressão (i) fortaleceu o papel das instituições europeias bem como o cariz da integração supraestadual baseado na partilha de soberania onde que a UE, através do pilar comunitário, já assentava; simultaneamente, (ii) enfraqueceu o método da cooperação intergovernamental, caracterizado pela ausência da transferência de competências soberanas dos Estados membros para a UE¹⁰³⁶. Nessa medida, a deslocação operada pelo Tratado de Lisboa das matérias que desde o Tratado de Amesterdão delimitavam o terceiro pilar (relativas à referida CPJMP), do Título VI do TUE para os Capítulos 4 e 5 do Título V do TFUE, completando a transferência para o Tratado de Roma¹⁰³⁷ do que restava da CJAI, comprova um desígnio de "neocomunitarização"¹⁰³⁸.

¹⁰³³ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 817.

¹⁰³⁴ Porque na mesma organização internacional se combinavam diferentes métodos de funcionamento, os quais variavam em função da matéria, a UE era e é, por alguns, designada de *objeto político indeterminado* (Jacques DELORS) ou *não identificado* (Jorge BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, Vol. II, cit., p. 1015); *associação de Estados sui generis* (J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República...*, cit., p. 243); *entidade embrionária e atípica* (Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., p. 30); *figura singular* (Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, cit., p. 92).

¹⁰³⁵ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2010, pp. 30 e ss; Ana Maria GUERRA MARTINS, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, in *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011, pp. 44 e ss; *A "despilarização" da União Europeia*, in *idem*, pp. 125 e ss; Cristina QUEIROZ, *Poder constituinte, democracia e direitos fundamentais. Uma via constitucional para a Europa?*, Coimbra, 2013, p. 85.

¹⁰³⁶ Cfr. Patrizia De PASQUALE, *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea tra buona fede e leale collaborazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009 (n.º 2), pp. 431 e 432. Ainda assim, também há (Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, cit., p. 14) quem vislumbre no método da integração supranacional um défice de legitimidade democrática suplantável ou pelo menos atenuável através da aprovação de uma Constituição Europeia.

¹⁰³⁷ "Comunitarização" era a expressão frequentemente utilizada e que bem traduzia o reforço do método de integração supranacional; atualmente corre o risco de ser considerada desatualizada devido à absorção da CE pela UE e à conseqüente supressão do adjetivo "comunitário" e suas derivações do texto dos Tratados.

¹⁰³⁸ Cfr. José Narciso da CUNHA RODRIGUES e António José ROBALO CORDEIRO, em comentário ao artigo 19.º do TUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 98.

4.3.1. Repercussões ao nível da tutela jurisdicional efetiva decorrentes da eliminação da estrutura de pilares

A eliminação da estrutura de pilares e o incremento do método comunitário de integração operados pelo Tratado de Lisboa também contribuíram para um reforço, ainda que a "termo suspensivo", da tutela jurisdicional efetiva.

Com efeito, a lógica comunitária, fundada na integração supranacional decorrente da partilha democrática de soberania¹⁰³⁹, assenta em três traves-mestras, a saber: (i) primado, aplicabilidade direta e efeito direto nas relações entre o direito da UE e os direitos nacionais; (ii) produção normativa, traduzida em atos jurídicos (alguns dos quais elevados a atos legislativos devido ao Tratado de Lisboa) típicos e de natureza vinculativa (*maxime* regulamentos e diretivas), a cargo das instituições europeias (Comissão, ao nível da iniciativa; PE e Conselho, ao nível decisório); e, com particular interesse para a tutela jurisdicional efetiva, (iii) competência obrigatória e exclusiva da instituição jurisdicional da União, o TJUE, no âmbito dos instrumentos processuais previstos no TFUE.

A "termo suspensivo" porque convirá ter presente, a propósito deste último elemento, que a transferência das matérias que previamente ao Tratado de Lisboa compunham o terceiro pilar para os domínios sujeitos à lógica da integração supranacional não foi imediatamente acompanhada da plenitude das competências do TJ e do TG. Referimo-nos ao Título VII do Protocolo n.º 36 anexo ao TUE, ao TFUE e ao TCEEA, relativo às Disposições Transitórias, que, sob a epígrafe "*Disposições transitórias relativas aos actos adoptados com base nos Títulos V e VI do Tratado da União Europeia antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa*", estabeleceu um período provisório de cinco anos, contados desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa¹⁰⁴⁰, durante o qual permanecem em vigor, para os atos aprovados pela UE nos domínios da CPJMP antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa¹⁰⁴¹, as competências dos órgãos integrados no TJUE tal como previstas no anterior artigo 35.º do TUE, ou seja, com a redação que este preceito apresentava até ao início da vigência daquele Tratado.

Ora, o artigo 10.º do aludido Protocolo determina que, no âmbito daqueles atos, as competências das instituições europeias sofrem, até ao dia 1 de dezembro de 2014, várias modelações. Por um lado, amputa-se à Comissão, nos domínios da CPJMP, a competência que

¹⁰³⁹ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Prefácio*, in Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, cit., p. 9.

¹⁰⁴⁰ Tendo este entrado em vigor a 1 de dezembro de 2009, o período de transição terminará a 1 de dezembro de 2014.

¹⁰⁴¹ O elenco desses atos, constando do n.º 2 do precedente artigo 34.º do TUE, distribuía-se entre posições comuns, decisões-quadro, decisões e convenções (todas adotadas pelo Conselho, que deliberava por unanimidade, mediante iniciativa da Comissão ou de qualquer Estado membro; sendo que quanto às decisões-quadro e decisões coartava-se expressamente a possibilidade de as mesmas produzirem efeito direto).

lhe permite reagir contra as situações de incumprimento de obrigações assumidas pelos Estados membros (isto porque o antigo terceiro pilar, no quadro jurídico-institucional que vigorou até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, caracterizou-se pela ausência de ações por incumprimento). Por outro lado, manter-se-á em vigor o anterior artigo 35.º do TUE, relativo ao contencioso em matéria de CPJMP, no âmbito do qual as competências dos órgãos jurisdicionais em que o TJUE se desdobra sofrem modelações no que concerne ao recurso de anulação e ao reenvio prejudicial¹⁰⁴².

Ainda relacionada com a eliminação da estrutura de pilares refira-se a supressão (sem regime transitório) do regime especial de reenvio previsto no ex-artigo 68.º do TCE e o consequente alastramento do regime geral de tal instrumento, hoje constante do artigo 267.º do TFUE, a todas as matérias previstas no Tratado de Roma operado pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o que também representou um reforço da tutela jurisdicional efetiva.

Por outro lado, a eliminação do sistema de pilares parece ter ocorrido sob o ponto de vista formal apenas¹⁰⁴³ uma vez que a PESC, contrariamente à CPJMP, não transitou para o TFUE, antes se mantendo no TUE, concretamente no Título V deste.

Muito embora a clivagem que ocorreu entre as lógicas de funcionamento do quadro jurídico-institucional da UE em função dos domínios estarem previstos no TUE (reservado para os pilares de cooperação intergovernamental) ou no TCE (adstrito ao pilar de integração supranacional) tenha sido atenuada com o Tratado de Lisboa, como bem o demonstra o novo *nomen iuris* encontrado para aquele - TFUE - o certo é que o artigo 24.º do TUE continua a evidenciar a predominância da lógica da cooperação entre governos de Estados (membros) soberanos nos domínios PESC.

A esse título lembremos designadamente (i) o protagonismo conferido ao Conselho Europeu e ao Conselho; (ii) a prevalência da regra da unanimidade¹⁰⁴⁴ na adoção dos atos; e (iii) a exclusão de atos legislativos. Tendo em conta as decorrências para a tutela jurisdicional efetiva, concretamente o seu abrandamento, destaca-se, porém, sobretudo (iv) a ausência de competências atribuídas à instituição jurisdicional da UE no que tange às disposições do Título V do TUE, com exceção de dois domínios específicos que o referido artigo 24.º ressalva¹⁰⁴⁵; e (v) a competência específica da Comissão (bem como do PE) nestes domínios, o que é sinónimo,

¹⁰⁴² Cfr. Maria Luísa DUARTE, *O Tratado de Lisboa e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais*, in Nuno PIÇARRA (coord.), *op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁴³ Assim também Maria Luísa DUARTE, nas suas *notas de apresentação*, in Maria Luísa DUARTE e Carlos Alberto LOPES, *op. cit.*, p. 6; Miguel de SERPA SOARES, em comentário ao artigo 40.º do TUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, pp. 154 e 155.

¹⁰⁴⁴ Cfr. a nossa entrada in Manuel de ALMEIDA RIBEIRO, Francisco PEREIRA COUTINHO e Isabel CABRITA (coord.), *op. cit.*, pp. 376 e 377.

¹⁰⁴⁵ Sobre este aspeto *vide supra* o n.º 2.6. do capítulo anterior.

sem embargo de outros aspetos, da impossibilidade de instauração de ações por incumprimento contra os Estados membros.

4.3.2. Um novo direito de cidadania europeia ainda que desprovido de tutela jurisdicional

O Tratado de Lisboa também incrementou o leque dos direitos de cidadania da União. Embora previsto "fora do catálogo" constante dos artigos 20.º a 25.º e apesar da menção subtil e indireta que lhe é feita no n.º 1 do artigo 24.º todos do TFUE, o novo n.º 4 do artigo 11.º do TUE prevê que os cidadãos europeus possam convidar a Comissão a apresentar, dentro do âmbito das suas competências, propostas de atos jurídicos de aplicação dos Tratados (em especial, de direito derivado, *maxime* regulamentos e diretivas cuja base jurídica conste do TFUE) relativamente a domínios onde os cidadãos considerem necessária a emissão dos referidos atos.

Para que tais convites possam ser formulados exige-se a participação de pelo menos um milhão de cidadãos, os quais devem ser nacionais de um número significativo de Estados membros. Trata-se de exigências, particularmente a primeira, (talvez exageradamente) elevadas, que poderão contribuir para que este mecanismo dificilmente consiga ser despoletado. Afigura-se incontornável o reforço operado a favor do *princípio democrático*¹⁰⁴⁶, *maxime* na vertente participativa do mesmo que até ao Tratado de Lisboa foi descurada. Todavia, não menos verdade é que, na esteira de Boaventura de SOUSA SANTOS¹⁰⁴⁷, encontramos aqui uma área onde se verifica uma rígida regulação da participação dos cidadãos no domínio político enquanto prática social setorial e especializada, a que acresce uma potencial limitação à capacidade emancipatória do ideal democrático no seio da UE¹⁰⁴⁸. Não se trata ainda de atribuir aos cidadãos da União um direito de iniciativa legislativa partilhado com a Comissão; todavia, um primeiro passo nesse sentido poderá ter sido dado, vislumbrando-se neste mecanismo pioneiro uma *ratio legis* de *democracia participativa*.

Uma repercussão direta ao nível da (falta de) tutela jurisdicional efetiva prende-se com a ausência de vinculação da Comissão a agir quando confrontada com um convite que lhe seja dirigido por um grupo de cidadãos, pelo que este *direito popular de iniciativa legislativa* surge desprovido de proteção garantística. Concretamente, não vislumbramos que possa haver aqui lugar à aplicação da figura da ação por omissão prevista no artigo 265.º do TFUE. Com efeito,

¹⁰⁴⁶ Aliás, o artigo 11.º do TUE, que consagra este instrumento, surge inserido precisamente nas "*Disposições relativas aos princípios democráticos*".

¹⁰⁴⁷ Cf. *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁴⁸ No mesmo sentido *vide* Paulo de PITTA E CUNHA, *O Tratado de Lisboa...*, *cit.*, p. 54.

uma das condições de propositura deste instrumento processual consiste na prática de uma violação dos Tratados, traduzida numa abstenção (*non facere*) ilegal, decorrente de a instituição demandada recusar a adoção de um ato que está obrigada a praticar. Ora, a ausência de obrigatoriedade da Comissão em dar seguimento a iniciativas populares impossibilita que os seus comportamentos omissivos, vertidos na não apresentação de propostas baseadas nos convites formulados por grupos de cidadãos, sejam subsumíveis aos pressupostos da instauração da ação por omissão.

4.4. Balanço

Com a entrada em vigor dos Tratados de Maastricht, de Amesterdão e de Lisboa aumentou a proliferação de normas do TUE e do TFUE relativas aos direitos fundamentais, com os direitos de cidadania da União a merecerem especial ênfase. Não obstante e como salienta Maria Luísa DUARTE¹⁰⁴⁹, é forçoso concluir pela manutenção da metodologia de proteção dos direitos fundamentais visível desde a entrada em vigor do Tratado de Roma. Continuámos a assistir à multiplicação de previsões normativas dispersas, casuísticas e avulsas.

Até à aprovação da CDFUE as Comunidades e a UE permaneceram desprovidas de um catálogo de direitos fundamentais, o qual formalizaria e materializaria, ainda na esteira daquela autora, um "*instrumento normativo paraconstitucional*"¹⁰⁵⁰. Tal ausência aumentou a importância conferida ao método jurisdicional de proteção dos direitos fundamentais, que também é uma manifestação da tutela jurisdicional efetiva, assim se assegurando um nível de salvaguarda exigível num ordenamento caracterizado pelo princípio do Estado de direito, hoje constante do artigo 2.º do TUE.

A tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva começa por pressupor a proclamação de direitos (civis, políticos, económicos, sociais), os quais não têm necessariamente de ter dignidade constitucional. A jusante exige-se a mobilização dos órgãos jurisdicionais em decorrência da vertente garantística de tais pretensões, pelo que a consagração, independentemente da fonte, de direitos subjetivos justifica a tutela jurisdicional efetiva dos mesmos.

Contudo, também nos parece que a tutela jurisdicional efetiva assumirá maior relevância se tiver em vista igualmente a salvaguarda de direitos fundamentais, caracterizados por uma

¹⁰⁴⁹ Cfr. *A União Europeia e os direitos...*, cit., p. 18.

¹⁰⁵⁰ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, cit., p. 18.

dignidade hierárquica superior¹⁰⁵¹ e preferentemente constantes de um catálogo de vocação constitucional e pautado por uma lógica de conjunto, do qual também deve constar tal tutela e suas decorrências enquanto direito fundamental e princípio geral de direito¹⁰⁵². Avultariam, entre outras, vantagens sistemáticas. Se tal cardápio constar de um texto com dignidade ou vocação constitucional tanto melhor. Daí resultaria o imperativo de todos os atos das instituições europeias bem como das autoridades nacionais aquando da aplicação ou execução do direito da União, deverem respeito a esses direitos.

5. O reforço da tutela jurisdicional e política dos direitos fundamentais operado pelos tratados subsequentes a Maastricht

A entrada em vigor do Tratado de Maastricht permitiu aos Estados membros o incremento do *animus* político do processo europeu de integração, nomeadamente, enfatizou a necessidade de proteção dos direitos fundamentais no quadro da União. Tal, aliás, corresponde ao sentimento surgido no período pós Segunda Guerra Mundial de dotar os projetos de unidade europeia de uma identidade axiológica baseada em princípios democráticos e no respeito dos direitos fundamentais. Nessa medida, a inclusão nos Tratados de uma disposição que vincula a UE ao respeito dos direitos fundamentais somente por ocasião do Tratado de Maastricht pecaria por tardia, não fosse o labor jurisprudencial do TJ relativamente ao imperativo de proteção desses direitos. É legítimo concluir, portanto, que os Estados membros sentiram necessidade de positivizar no articulado dos Tratados a exigência de salvaguarda dos direitos fundamentais como critério de conformação da atuação das instituições europeias e das autoridades nacionais aquando da aplicação ou execução do direito da União.

O TUE positivou, já o vimos, no n.º 2 (hoje n.º 3) do artigo F (posteriormente artigo 6.º), a obrigação de a UE respeitar os direitos fundamentais enquanto princípios gerais de direito. Inicialmente, porém, tratou-se de uma vinculação de natureza exclusivamente *política*, com implicações ao nível da tutela jurisdicional efetiva, como bem se demonstrava no artigo L (posteriormente artigo 46.º e hoje revogado) do referido Tratado, que excluía da competência do TJCE a possibilidade de sindicar o respeito dessa obrigação. Consequentemente, o seu eventual

¹⁰⁵¹ Cfr. Catarina SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais - Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Coimbra, 2010, p. 45.

¹⁰⁵² Cfr. Patrícia FRAGOSO MARTINS, *Da proclamação...*, cit., p. 17.

desrespeito surgia imbuído da ideia de ausência de coercibilidade o que relativizava o princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Na base desta solução terá estado, no essencial, a intenção de travar politicamente o fomento dos impulsos protagonizados sobretudo pelo TJ com vista ao aprofundamento do processo europeu de integração, ainda para mais no âmbito de uma matéria altamente suscetível de colidir com a esfera competencial soberana dos Estados membros. Acrescia que a norma que vinculava a UE ao respeito dos direitos fundamentais tal como garantidos pela CEDH e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, não se encontrava no articulado do TCE, baseado na integração supraestadual e na partilha democrática de soberania, mas no do TUE, marcado pela cooperação intergovernamental e pela pouca abertura à atuação do TJCE.

Não obstante, o n.º 2 do artigo F do TUE completava o método pretoriano até aí vigente, permitindo aos particulares a invocação, nos órgãos jurisdicionais nacionais¹⁰⁵³, de direitos fundamentais constantes de instrumentos de direito internacional e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, acolhidos pela ordem jurídica comunitária. Tal norma também advertia e refutava¹⁰⁵⁴ eventuais ímpetos que pretendessem qualificar de errática a ideia-matriz de uma orientação jurisprudencial consolidada e plasmada no TUE. Nela avultava, contudo, o latente esvaziamento inicial do princípio da tutela jurisdicional efetiva, o qual somente através do método pretoriano de proteção dos direitos fundamentais acabava por ser alcançado.

5.1. O Tratado de Amesterdão e o reforço do princípio do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais

O Tratado de Amesterdão alterou este cenário através de duas formas.

Por um lado, em reforço da tutela jurisdicional efetiva, a nova alínea d) do recém-renumerado artigo 46.º do TUE passou a abranger o n.º 2 do artigo 6.º do mesmo Tratado no âmbito da competência fiscalizadora do TJCE, na medida em que este fosse competente nos termos do TUE (*maxime* nos do artigo 35.º) e do TCE (nos artigos 220.º e seguintes)¹⁰⁵⁵ para controlar os atos das restantes instituições europeias. Ou seja, a referida alínea d) do renovado

¹⁰⁵³ Caso estes colocassem questões prejudiciais sobre a interpretação do referido preceito sujeitavam-se a não ser esclarecidos dada a ausência de competência do TJ.

¹⁰⁵⁴ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias*, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª Ed, Coimbra, 2008, p. 143.

¹⁰⁵⁵ José Luís da CRUZ VILAÇA, *A proteção...*, *cit.*, p. 72, refere, a este propósito, a integração de uma lacuna resultante do Tratado de Maastricht.

artigo 46.º permitiu estender o aspeto *garantístico* dos direitos fundamentais ao n.º 2 do artigo 6.º do TUE, que no quadro do precedente artigo L se quedava pelo elemento *proclamatório*, desde que conexo com a atuação legislativa e administrativa das instituições comunitárias. Destacava-se a competência do TJ para responder aos seus homólogos nacionais no âmbito dos reenvios prejudiciais, nos termos dos n.ºs 1 a 4 do artigo 35.º do TUE relativamente aos atos das instituições nos domínios do terceiro pilar, e do artigo 234.º, sem prejuízo do artigo 68.º, ambos do TCE, para os atos adotados nas matérias do primeiro pilar.

Por outro lado, o Tratado de Amesterdão também reforçou a vertente *proclamatória* dos direitos fundamentais ao acrescentar ao artigo 6.º do TUE um novo n.º 1 - que, com o Tratado de Lisboa, inspirou a redação do novo artigo 2.º daquele - segundo o qual "*A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados membros*". Este novo ímpeto, contudo, padecia da falha constante do artigo 46.º do TUE e que marcara o n.º 2 do artigo 6.º até ao início da vigência do Tratado de Amesterdão: ao TJCE coartava-se a possibilidade de exercer as suas competências (v. g. interpretativa e anulatória dos atos das instituições que encontrassem base jurídica nos Tratados) sobre a referida norma. Pleno de significado político, o novo n.º 1 do artigo 6.º do TUE manteve-se à margem do controlo jurisdicional desenvolvido pelo TJCE com manifesto desprezo pelo princípio da tutela jurisdicional efetiva. Igualmente aqui, terá sido a preocupação de travar os impulsos de aprofundamento do processo de integração europeia, de fonte pretoriana, a estar na base da solução encontrada pelos Estados membros, tanto mais numa matéria deveras interferente com a sua esfera soberana.

Ao invés, insistindo no trilho do controlo político, preterido o jurisdicional, com o Tratado de Amesterdão os Estados membros inseriram no TUE um novo artigo 7.º, o qual instituiu um processo de suspensão do exercício dos direitos dos Estados membros que, de forma grave e persistente, violassem os princípios enunciados no novo n.º 1 do artigo 6.º¹⁰⁵⁶. Tratou-se de um sistema inovador de fiscalização das ações dos Estados membros, que contempla a aplicação de sanções políticas, como a suspensão do direito de voto do representante do Governo desses Estados membros no Conselho, em caso de violações daquela natureza¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁶ Com o Tratado de Lisboa, o artigo 7.º do TUE refere-se aos valores referidos no artigo 2.º do mesmo Tratado.

¹⁰⁵⁷ O Tratado de Nice introduziu um novo n.º 1 ao artigo 7.º do TUE, com o qual o mecanismo de aplicação de sanções políticas aos Estados membros passou a conter um instrumento de natureza preventiva e dissuasora que visa evitar que iminentes violações graves dos princípios enunciados no n.º 1 do artigo 6.º evoluam de forma a tornarem-se efetivas violações graves.

5.2. O contributo do Tratado de Lisboa

Afiguram-se relevantes algumas alterações realizadas com o Tratado de Lisboa.

Os princípios anteriormente constantes do n.º 1 do artigo 6.º do TUE foram deslocados para o artigo 2.º do mesmo Tratado, onde foram elevados à categoria de *valores*¹⁰⁵⁸. Também se ampliou o elenco dos mesmos: aos da liberdade, democracia e do Estado de direito acrescentaram-se os valores da **dignidade humana**¹⁰⁵⁹ e da igualdade; no âmbito do valor do respeito pelos direitos do Homem enfatizou-se a proteção dos direitos das minorias. Na segunda parte do referido artigo 2.º lê-se que tais valores são comuns aos Estados membros, acrescentando-se que os mesmos vigoram numa sociedade plural, não discriminatória, tolerante, justa, solidária e baseada na igualdade entre homens e mulheres.

Tais valores vinculam o legislador da União, a administração pública europeia, bem como, em reforço da tutela jurisdicional efetiva e mediante a eliminação do ex-artigo 46.º do TUE operada pelo Tratado de Lisboa, o TJUE.

A revogação do ex-artigo 46.º do TUE não implicou uma supressão absoluta das soluções consagradas no mesmo. A tutela jurisdicional efetiva enquanto direito dos Estados membros nas relações estabelecidas com a União determinou que uma parte da atuação das instituições europeias levada a cabo no âmbito do artigo 7.º do TUE permanecesse sujeita a algum tipo de controlo do TJ ainda que longe de ser pleno. Na verdade, o novo artigo 269.º do TFUE, decalcado da alínea e) do ex-artigo 46.º do TUE, manteve a competência do referido órgão jurisdicional para se pronunciar sobre a "*observância das disposições processuais*" que constam do referido artigo 7.º pelo Conselho aquando da adoção de atos nos termos deste preceito.

A nova disposição, além disso, alargou a fiscalização do TJ a atos do Conselho Europeu sobre a mesma matéria; manteve, porém, as questões relacionadas com a legalidade *substancial* dos atos adotados, tanto pelo Conselho como pelo Conselho Europeu, excluídas da atuação do aludido Tribunal.

Destaca-se o aspeto de a atuação do TJ surgir limitada pelo objeto, podendo incidir apenas sobre a legalidade *formal* dos atos adotados, isto é, em que medida os procedimentos prescritos

¹⁰⁵⁸ Ainda que para alguma doutrina já se inserissem nesta categoria. É o caso de Bruno de WITTE, *Community Law and National Constitutional Values, in Legal Issues of European Integration*, 1991 (n.º 2), pp. 1 e ss.

¹⁰⁵⁹ Mais do que um princípio, a dignidade humana é reconhecida pela doutrina como sendo uma referência valorativa que está na base de todos os direitos fundamentais. Vide Jorge MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *cit.*, p. 180; Jorge REIS NOVAIS, *op. cit.*, pp. 51 e ss; Maria Luísa DUARTE, *União Europeia e Direitos...*, *cit.*, p. 19; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, *cit.*, pp. 198 a 201; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, *cit.*, p. 93; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Os fundamentos axiológicos da União...*, *cit.*, pp. 52 e ss; Jürgen HABERMAS, *Um ensaio...*, *cit.*, pp. 27 e ss. Nessa medida, a introdução do valor da dignidade humana apenas por ocasião do Tratado de Lisboa peca por tardia, apesar de se poder esgrimir que o mesmo já se encontrava subjacente aos princípios constantes do n.º 1 do artigo 6.º do TUE na redação que o mesmo apresentava antes daquele Tratado.

no artigo 7.º do TUE foram respeitados. O Tribunal não dispõe, portanto, de competência para se pronunciar sobre o *mérito (i)* das decisões do Conselho de constatação da existência de risco manifesto de violação grave ou do Conselho Europeu de verificação de violação grave e persistente dos valores referidos no artigo 2.º, nem *(ii)* das recomendações ou *(iii)* da decisão de suspensão de direitos, adoptadas pelo Conselho. Se no que tange às recomendações, o carácter não vinculativo das mesmas justifica a opção tomada pelos Estados membros, o mesmo não ocorre em relação aos outros atos, em especial os que impliquem a aplicação de sanções.

Apenas os Estados membros destinatários das constatações previstas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 7.º do TUE dispõem de legitimidade processual ativa para despoletar a atuação do TJ, o que se percebe já que são eles que surgem com interesse direto em agir¹⁰⁶⁰; a legitimidade passiva oscila entre aquelas duas instituições, naturalmente em função do critério da autoria do ato. Os Estados membros destinatários de tais constatações dispõem de um mês, contado a partir da adoção do ato, para impugná-lo, tendo o TJ igual prazo, contado a partir do pedido daqueles, para se pronunciar.

5.3. Balanço

É ponto assente que os Tratados de Amesterdão e de Nice reforçaram a necessidade de os Estados membros inscreverem no direito primário a exigência de proteção dos direitos fundamentais, iniciada pelo Tratado de Maastricht em complemento do método pretoriano, tanto através da proclamação do princípio do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, como mediante a introdução de dois instrumentos (um preventivo e outro sancionatório) de *controlo político* da atuação dos Estados membros nessa matéria. Todavia, não menos verdade é que ambos se situavam fora das competências do TJCE, assim se postergando a tutela jurisdicional efetiva, aspeto parcialmente corrigido com o Tratado de Lisboa.

No quadro atual, o TJ apenas pode controlar o cumprimento das exigências procedimentais previstas para o efeito no TUE; fora da alçada fiscalizadora do Tribunal permanecem as questões relacionadas com o mérito dos atos adotados e das medidas sancionatórias aplicadas, isto é, em que medida os mesmos coadunam-se com os Tratados. Esta questão surge com particular acuidade porquanto um dos problemas que certamente se levantará, aquando da colocação em marcha de qualquer um dos instrumentos de controlo político da atuação dos Estados membros, será o da compatibilidade entre as atuações do Conselho e/ou do Conselho Europeu e o

¹⁰⁶⁰ Não obstante, não seria de todo despropositado estender tal legitimidade à Comissão quando a proposta partisse de Estados membros e/ou aos Estados membros não subscritores da proposta, desde que concomitantemente, no seio do Conselho, votassem contra a adoção do ato.

comportamento do Estado membro alegadamente contrário aos valores referidos artigo 2.º do TUE, *maxime* no que concerne ao respeito do princípio da *proporcionalidade*. Se o TJ, tendo em conta as garantias de isenção, independência e objetividade, se apresenta como a única instituição apta a syndicar tal harmonização, não menos certo é que questões alusivas ao mérito daqueles atos continuam a furtar-se às exigências decorrentes do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Seja como for, é inquestionável o novo impulso para o mencionado princípio da tutela jurisdicional decorrente do desaparecimento, assinalado com o Tratado de Lisboa, do ex-artigo 46.º (ex-ex-artigo L) do TUE, no âmbito do qual as competências do então TJCE sofriam mais limitações do que as atualmente existentes, essencialmente impostas pela lógica de cooperação intergovernamental que marca o TUE¹⁰⁶¹.

6. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem

O modelo de proteção dos direitos fundamentais existente na UE caracteriza-se pela volatilidade. Com efeito, começando por pautar-se pela ausência de um conjunto suficiente de direitos, tal modelo evoluiu de forma a apresentar um leque satisfatório de direitos fundamentais embora carente e dependente de revelação e proteção jurisdicional de onde derivava o seu casuísmo e a sua erraticidade, culminando na fórmula proclamatória introduzida com o Tratado de Maastricht de respeito pelos direitos fundamentais tal como garantidos na CEDH e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros.

A fórmula de Maastricht consistiu na positivação no TUE do resultado de uma edificação dogmática desenvolvida pelo TJ. Tal fórmula apresentava-se, contudo, coartada de coercibilidade no que à atuação das instituições europeias dizia respeito, problema colmatado pelo Tratado de Amesterdão, com especial repercussão ao nível da tutela jurisdicional efetiva que deixou de se apresentar relativizada. O Tratado de Lisboa, mantendo o modelo de Maastricht (atualmente constante do n.º 3 do artigo 6.º do TUE), deu um novo fôlego ao princípio da tutela jurisdicional efetiva ao prever, no que corresponde a uma antiga aspiração, a adesão da UE à CEDH (n.º 2 do artigo 6.º do TUE).

¹⁰⁶¹ Destacando a eliminação da alínea d), relativa à matéria dos direitos fundamentais, *vide* Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, *cit.*, p. 93; Maria Luísa DUARTE, *O Tratado de Lisboa e o sistema...*, *cit.*, pp. 89 e ss.

Na verdade, os Estados membros da União são simultaneamente Altas Partes Contratantes da CEDH encontrando-se, por isso, sujeitos à jurisdição do TEDH. Tal texto inculca um **standard mínimo de tutela de direitos fundamentais** partilhado e reconhecido pelos Estados membros. A Convenção corresponde, portanto, a um *mínimo denominador comum* de salvaguarda dos direitos fundamentais nela previstos a cujo respeito estão vinculados todos os Estados membros da UE¹⁰⁶².

Acresce que o respeito pelos direitos fundamentais previstos na CEDH corresponde a um compromisso há muito assumido pela própria União, como revelado pela jurisprudência do TJ e positivado no direito primário. Desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht que a UE assumiu, expressa e formalmente, que no âmbito da respetiva ordem jurídica as instituições europeias devem respeitar os direitos fundamentais decorrentes da CEDH nos exatos termos em que os mesmos podem ser invocados contra as autoridades públicas nacionais no espaço representado pelo Conselho da Europa¹⁰⁶³. Acresce que a UE não exerce mais do que atribuições outrora pertencentes aos Estados membros, que decidiram transferir-lhas, justificando-se inteiramente que ela fique sujeita à mesma bitola que estes na área dos direitos fundamentais¹⁰⁶⁴.

Daí que uma solução há muito proposta para colmatar as insuficiências do modelo comunitário de salvaguarda dos direitos fundamentais consista na adesão formal da UE¹⁰⁶⁵ à CEDH, a qual permitiria substituir o método *remissivo* vigente. Trata-se de uma velha questão que suscita discussões complexas: desde o problema da possibilidade (e em caso afirmativo, o da conveniência ou oportunidade) da adesão, com particular importância para a tutela jurisdicional efetiva surge a questão das relações institucionais entre o TJ e o TEDH.

6.1. A problemática da adesão: o Parecer 2/94 do Tribunal de Justiça

Cumprе recordar que em 1994 o Conselho interpелou o TJ para que este, no âmbito da competência consultiva prevista no n.º 6 do artigo 228.º (posteriormente artigo 300.º) do TCE

¹⁰⁶² Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito Internacional*, cit., p. 738.

¹⁰⁶³ Assim Koen LENAERTS, *Fundamental rights in the European Union*, in *ELR*, 2000 (Vol. 25; n.º 6), p. 578; *Respect for fundamental rights as a constitutional principle of the European Union*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2000 (n.º 6), p. 2. Ver também Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, cit., p. 10.

¹⁰⁶⁴ Cfr. Bruno de WITTE, *The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*, in Phillip ALSTON (ed.), *The EU and the Human Rights*, Oxford, 1999, p. 890.

¹⁰⁶⁵ A qual surge, no atual quadro jurídico, indubitavelmente dotada de personalidade jurídica, requisito básico para que tal adesão possa ocorrer. Até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, esta questão não era pacífica a tal ponto de o problema da adesão à CEDH se centrar em torno da CE e não da UE.

(atual n.º 11 do artigo 218.º¹⁰⁶⁶ do TFUE), se pronunciasse sobre a compatibilidade do referido Tratado face a uma eventual adesão da CE à CEDH.

O Tribunal pronunciou-se no Parecer 2/94, de 28 de março de 1996¹⁰⁶⁷, estabelecendo que a Comunidade não dispunha de competência para aderir à Convenção porque nenhuma disposição do TCE conferia poderes às instituições para a adoção de regras em matéria de direitos do Homem ou para a celebração de convenções internacionais nesse domínio¹⁰⁶⁸. A adesão também não podia ter lugar pela via do artigo 235.º¹⁰⁶⁹ do TCE porquanto "*Uma tal alteração do regime de protecção dos direitos do Homem na Comunidade, cujas implicações institucionais seriam igualmente fundamentais tanto para a Comunidade como para os Estados-membros, teria relevância constitucional e ultrapassaria, pois, pela sua natureza, os limites do artigo 235.º*"¹⁰⁷⁰. O TJ concluiu que a adesão à CEDH implicava um salto qualitativo no processo europeu de integração, o qual apenas poderia ter lugar através da revisão dos Tratados; enquanto essa modificação não surgisse, a CE não detinha competência, expressa ou implícita, fixada nos Tratados, para a adesão.

O Tribunal, em suma, colocou os Tratados institutivos no cerne da questão, reinvestindo-os na sua função de legitimação, isto é, de fonte de determinação do trilha e da cadência da progressão do processo de integração europeia. Na verdade, a opção por uma forma de proteção dos direitos fundamentais na UE que assume contornos constitucionais não pode ser tomada à margem da vontade política soberana dos Estados membros enquanto autores dos Tratados.

A posição do TJ também demonstrava alguma apreensão decorrente das futuras relações institucionais entre o sistema da CEDH e a estrutura organizacional comunitária; no pensamento do Tribunal parecia estar, ainda que de forma não assumida, a problemática envolta das relações que teria que estabelecer com o TEDH, onde avulta o controlo a que passaria a estar sujeito¹⁰⁷¹, aspeto que colocou o TJ numa posição incómoda e sujeitou-o a acérrimas críticas¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁶ Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa a norma passou a prescrever que em caso de parecer negativo do TJ, o acordo projetado não poderá entrar em vigor, salvo alteração do mesmo ou revisão dos Tratados, vislumbrando-se um reforço da tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia.

¹⁰⁶⁷ Col. 1996, pp. I-1783 e ss.

¹⁰⁶⁸ Na verdade, no n.º 34 do parecer lê-se que "*Se o respeito dos direitos do Homem constitui (...) uma condição da legalidade dos actos comunitários, forçoso é constatar, porém, que a adesão à Convenção implicaria uma alteração substancial do regime comunitário actual de protecção dos direitos do Homem, na medida em que teria como resultado a inserção da Comunidade num sistema institucional internacional distinto, bem como a integração do conjunto das disposições da Convenção na ordem jurídica comunitária*".

¹⁰⁶⁹ Este normativo (posteriormente artigo 308.º do TCE) previa uma regra de atribuição de competências à CE para atuações consideradas necessárias tendo em vista a prossecução dos objetivos comunitários, nas situações em que as competências necessárias para esse efeito não se encontrassem expressamente previstas no Tratado. Atualmente, tal norma, entretanto adaptada à UE e aos objetivos previstos nos Tratados, encontra-se prevista no artigo 352.º do TFUE.

¹⁰⁷⁰ Cfr. n.ºs 35 e 64 do Parecer.

¹⁰⁷¹ Cfr. A. GOUCHA SOARES, *A Carta...*, cit., p. 29.

¹⁰⁷² Algumas delas podem ler-se em Michel WAELBROEK, *La Cour de justice et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in CDE, 1996 (n.ºs 5 e 6), pp. 549 e 550; Denys SIMON, *L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur*

6.2. Os contributos do Tratado Constitucional e do Tratado de Lisboa

Em ulteriores Tratados os Estados membros colmataram a lacuna denunciada pelo TJ no referido parecer, inserindo no TUE uma norma habilitadora da adesão da UE à CEDH. Goradas duas oportunidades que poderiam ter sido aproveitadas para o efeito (Tratados de Amesterdão e de Nice), o abandonado TeCE foi o primeiro a prever, no n.º 2 do artigo I-9.¹⁰⁷³, a adesão da UE à CEDH. Contudo, face à frustração e sucumbência do mesmo após um conturbadíssimo processo de ratificação, foi através do Tratado de Lisboa que os Estados membros, aproveitando *ipsis verbis* a redação daquele preceito, a qual surge repetida no n.º 2 do artigo 6.º do TUE, positivaram tal previsão¹⁰⁷⁴.

A adesão da UE à Convenção é objeto de desenvolvimento no Protocolo n.º 8, anexo ao TUE, ao TFUE e ao TCEEA, relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do TUE, o qual estabelece a necessidade de o acordo internacional inerente à adesão consagrar normas que assegurem as características próprias da UE e do respetivo direito, designadamente, no que tange (i) à eventual participação da União nas instâncias de controlo da CEDH (concretamente, a existência de um juiz no TEDH a nomear pela UE por força do artigo 20.º da CEDH; e a participação da União no Comité de Ministros do Conselho da Europa)¹⁰⁷⁵; e (ii) à existência de instrumentos que assegurem que ações movidas por particulares e Estados terceiros sejam devidamente instauradas contra os Estados membros da UE e/ou contra esta¹⁰⁷⁶. Igualmente se ressalva que tal acordo deve garantir (iii) que as atribuições da União bem como as competências das respetivas instituições permanecem inalteradas¹⁰⁷⁷ por força da referida adesão (em reforço da segunda parte do n.º 2 do artigo 6.º do TUE); e (iv) que nenhuma das suas normas afeta a situação dos

l'adhésion de la Communauté à la CEDH, in Europe, junho de 1996, pp. 1 e ss; José M. de AREILZA CARVAJAL, *O Parecer 2/94 do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ou como não abordar o espinhoso assunto das competências comunitárias*, in *Revista Jurídica (AAF DL)*, 1997 (n.º 21), pp. 317 e ss; Sandrine MATHIEU, *L'adhésion de la Communauté à la CEDH: un problème de compétence ou un problème de soumission?*, in *RMCUE*, n.º 414, janeiro de 1998, p. 31; Ángel SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 1999, pp. 263 e ss. Esta lista pode ser completada pela oferecida por Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e os direitos...*, *cit.*, p. 34, nota de rodapé n.º 57.

¹⁰⁷³ Nele é visível uma evolução face à tenção que esteve na sua base, na medida em que do n.º 2 do artigo 7.º do Projeto de TeCE lia-se que a União "procurará aderir" à CEDH.

¹⁰⁷⁴ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A União Europeia após...*, *cit.*, p. 105; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Introdução...*, *cit.*, pp. 230 e ss.

¹⁰⁷⁵ Cfr. Graça MONIZ, *Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total*, in *Debater a Europa*, 2013 (n.º 9), pp. 131 e ss.

¹⁰⁷⁶ Avulta aqui o chamado "mecanismo do co-demandado", configurado para as situações em que a UE seja demandada, no TEDH, conjuntamente com um ou vários Estados membros.

¹⁰⁷⁷ Em causa terá estado, em especial, o cuidado de não beliscar a competência, prevista na segunda parte do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, do TJUE de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados, leia-se, do direito da UE; igualmente, a competência exclusiva, não prevista nos Tratados, mas resultante de jurisprudência consolidada, da mesma instituição para declarar a invalidade dos atos das instituições da União.

Estados membros face à Convenção. De antemão se esclarece (v) que o acordo não interfere com o artigo 344.º do TFUE, que consagra a competência *imperativa* e *exclusiva* das jurisdições do TJUE (*maxime* do TJ).

A Declaração n.º 2 *ad* n.º 2 do artigo 6.º do TUE, anexa ao Tratado de Lisboa, também exprimiu o desejo manifestado pelos Estados membros, reunidos em sede de Conferência Intergovernamental, em que a UE adira à CEDH. No documento refere-se um diálogo regular entre os Tribunais do Luxemburgo e de Estrasburgo que tal adesão permitirá consolidar.

Por sua vez, o artigo 17.º do Protocolo Adicional n.º 14 da CEDH, cuja entrada em vigor ocorreu em 1 de junho de 2010, acrescentou um novo n.º 2 ao artigo 59.º desta, o qual permite de forma expressa a adesão da UE, entidade de natureza não estadual, à mesma¹⁰⁷⁸.

Em 2010 iniciou-se o processo destinado a permitir a adesão da UE à CEDH¹⁰⁷⁹, o qual terá de atravessar as seguintes principais etapas: (i) decisão unânime (já tomada) do Conselho destinada a iniciar as negociações (a conduzir pela Comissão) com o Conselho da Europa (n.ºs 2 e 8 do artigo 218.º do TFUE); (ii) aprovação, por unanimidade, pelo Conselho do resultado final dessas negociações, ou seja, do acordo de adesão^{1080/1081} (n.º 8 do artigo 218.º do TFUE); (iii) aprovação do acordo pelo PE (prevista na subalínea ii) da alínea a) do n.º 6 do artigo 218.º do TFUE); e (iv) ratificação do mesmo pelos 47 Estados parte do Conselho da Europa, dos quais 28 correspondem aos Estados membros da UE^{1082/1083}.

¹⁰⁷⁸ Cfr. Ireneu CABRAL BARRETO, *op. cit.*, p. 456; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Introdução...*, *cit.*, p. 231.

¹⁰⁷⁹ Neste *iter* destacam-se os seguintes documentos da União: (i) a *Nota da Presidência da UE*, de 17 de fevereiro de 2010, *sobre a adesão da União à CEDH*; (ii) a *Recomendação da Comissão*, de 17 de março de 2010, *dirigida ao Conselho para uma decisão deste autorizando aquela a negociar o acordo de adesão da UE à CEDH*; (iii) o *Documento de reflexão do TJUE*, de 5 de maio de 2010, *sobre determinados aspetos da adesão da UE à CEDH* (disponível in http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_pt.pdf); (iv) a *Resolução do PE*, de 10 de maio de 2010, *sobre os aspetos institucionais da adesão da UE à CEDH*; e (v) o *mandato conferido*, em 4 de junho de 2010, *pelo Conselho na sua formação Justiça e Assuntos Internos, à Comissão para a negociação da adesão da UE à CEDH*. Da parte do Conselho da Europa também se destacam vários documentos sobre a adesão da União à Convenção, cuja lista pode ver-se em Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Introdução...*, *cit.*, p. 239, nota de rodapé 473, destacando-se o *mandato conferido*, a 26 de maio de 2010, *pelo Comité de Ministros ao Comité Diretivo para os Direitos do Homem* com vista à elaboração, conjuntamente com os representantes designados pela UE, dos instrumentos jurídicos que estabeleçam as modalidades da referida adesão.

¹⁰⁸⁰ Em 14 de outubro de 2011 foi publicado, pelo Comité Principal para os Direitos Humanos, do Conselho da Europa, um projeto deste acordo, o qual contempla 12 artigos acompanhados de um preâmbulo explicativo. A eventualidade de a UE ou um Estado membro surgirem num processo como co-demandados (artigo 3.º, respetivamente, n.º 2 e n.º 3), a nomeação de um juiz pela UE no TEDH (artigo 6.º); a participação da União no Comité de Ministros (artigo 7.º) são aspetos consagrados.

¹⁰⁸¹ Antes desta aprovação, se existir solicitação nesse sentido, deverá haver lugar ao parecer consultivo do TJ, ao abrigo da competência prevista no n.º 11 do artigo 218.º do TFUE, sobre a conformidade do projeto de acordo de adesão com os Tratados.

¹⁰⁸² Esta ratificação, ato final que antecede a entrada em vigor do acordo, não se confunde com a prévia aprovação, também pelos Estados membros e de acordo com as respetivas normas constitucionais, da decisão do Conselho de celebração do acordo internacional que formalize a adesão da UE à Convenção, prevista no artigo 218.º, n.º 8, *in fine*, do TFUE.

¹⁰⁸³ Cfr. Jean Paul JACQUÉ, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *CMLR*, 2011 (Vol. 48; n.º 4), pp. 995 e ss.

6.3. Vantagens da adesão

Como principais vantagens da adesão da UE à CEDH vislumbram-se, por um lado, a sujeição do sistema comunitário de direitos fundamentais, auto-regulador e assente no método pretoriano, a um *controlo externo* levado a cabo pelo TEDH¹⁰⁸⁴. Nessa medida, a tutela jurisdicional efetiva, expressamente prevista nos artigos 6.º e 13.º da CEDH, sairá reforçada em virtude da ampliação do seu objecto através do acervo de direitos fundamentais constante da Convenção.

Por outro lado, destaca-se a sujeição do TJ à *fiscalização externa* do TEDH, órgão que representa no contexto regional europeu, inclusivamente na própria UE (ainda que por ora informalmente apenas), o "final da linha" em matéria de proteção jurisdicional dos direitos humanos ou fundamentais¹⁰⁸⁵. Mas aqui surge uma das primordiais dificuldades suscitadas pela adesão: a árdua e complexa articulação entre as jurisdições do TJ e do TEDH.

Por outro lado ainda, merece realce o facto de o sistema jurisdicional de proteção da CEDH, tal como existente desde a entrada em vigor do Protocolo Adicional n.º 11 ocorrida a 1 de novembro de 1998, assentar num órgão jurisdicional de jurisdição permanente e dotado de competência obrigatória, acessível a todos os petionantes - com especial destaque, naturalmente, para os *particulares* - e não apenas, como até ao início de vigência daquele Protocolo, aos Estados¹⁰⁸⁶.

A possibilidade de o TEDH sindicar as decisões do TJ, independentemente do modelo de articulação de competências que venha a ser adoptado, representará um nítido reforço da tutela jurisdicional efetiva¹⁰⁸⁷. Na verdade, muito embora exista já algum controlo do primeiro sobre as decisões do segundo, o mesmo tem sido desenvolvido informalmente e à margem de vias institucionalizadas em textos vinculativos, aspeto que tem favorecido a tomada de decisões pelo Tribunal do Luxemburgo tranquilamente e fora do espetro de eventuais impugnações das mesmas ante o Tribunal de Estrasburgo.

¹⁰⁸⁴ Cfr. VITAL MOREIRA, *A tutela...*, cit., pp. 80 e 81.

¹⁰⁸⁵ Assim Steven GREER, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006, p. 7; Luzius WILDHABER, *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Journal*, 2002 (Vol. 23), pp. 162 e 163; Maria Luísa DUARTE, *União Europeia e Direitos...*, cit., pp. 405 e ss.

¹⁰⁸⁶ Cfr. Nicola ROWE e Volker SCHLETTE, *The protection of human rights in Europe after the Eleventh Protocol to the ECHR*, in *ELR*, 1998 (Vol. 23), Human Rights Survey, 1998, pp. 5 e ss; Andrew DRZEMCZEWSKI, *The European Human Rights Convention: Protocol No. 11 - Entry into Force and First Year of Application*, in DDC (n.ºs 79/80) 1999, p. 224.

¹⁰⁸⁷ Cfr. VITAL MOREIRA, *A tutela...*, cit., p. 81.

Nesta medida, a institucionalização de uma via de acesso à jurisdição do TEDH com o objetivo de sindicar as decisões do TJ contribuirá para a consolidação da tutela jurisdicional efetiva. Inaugurar-se-á, a partir daí, uma interação dialética entre tribunais nacionais, TJ e TEDH, que contribuirá para o alargamento do **transjudicialismo**, entendido enquanto fenómeno que pretende traduzir uma "*comunidade global de tribunais*"¹⁰⁸⁸, e da **interjurisdicionalidade**, que enfoca as relações entre órgãos jurisdicionais nacionais e os dois tribunais europeus (o da UE e o do Conselho da Europa). Afinal, todos terão em comum a tarefa de aplicação do direito da UE relativo aos direitos fundamentais, onde se incluem os previstos nas Constituições nacionais e na CEDH.

O Protocolo Adicional n.º 11 permitirá aos cidadãos europeus, nos termos dos artigos 34.º e seguintes da CEDH, a interposição de recursos individuais, mediante petição ou queixa, junto do TEDH, com o objetivo de obterem deste o reconhecimento do direito a uma *reparação razoável*¹⁰⁸⁹ devido a violações da Convenção e dos seus protocolos adicionais pela UE, contando que o direito desta não permita, senão imperfeitamente¹⁰⁹⁰, obviar às consequências de tais infrações. Assim resulta da conjugação dos artigos 34.º e 41.º da CEDH.

Enfim, a adesão da UE à CEDH permitirá ao Tribunal de Estrasburgo exercer uma competência de controlo *direto* de *todo* o direito da UE à luz da referida Convenção¹⁰⁹¹ e não apenas, como no quadro vigente¹⁰⁹², uma fiscalização *reflexa* através dos atos nacionais de

¹⁰⁸⁸ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito Internacional...*, cit., pp. 624 e 625.

¹⁰⁸⁹ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito Internacional...*, cit., pp. 388 e 389; Maria Luísa DUARTE, *O Direito da União Europeia e o Direito...*, cit., p. 206; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 514; Patrícia FRAGOSO MARTINS, *Um "Supremo Tribunal"...*, cit., pp. 135 e ss.

¹⁰⁹⁰ E, de facto, parece que não será difícil tendo em conta as condições apertadas, que retomaremos no Capítulo IV da Parte III, que devem estar reunidas para que sobre a UE incida o dever de indemnizar.

¹⁰⁹¹ Cfr. Graça MONIZ, *op. cit.*, pp. 134 e 135.

¹⁰⁹² Ainda assim, remonta somente à década de 90 do século passado a possibilidade de o TEDH controlar o direito da UE. Cfr. Ángel SANCHO, *op. cit.*, p. 243. Inicialmente, o Tribunal de Estrasburgo afirmou que a obediência dos Estados membros das Comunidades Europeias à CEDH não poderia ser violada pelas instituições comunitárias, ou seja, a adesão às Comunidades (e, com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, à UE) não poderia implicar um abrandamento da vinculação dos Estados membros à Convenção, não sendo legítimo àqueles que se tentassem furtar à jurisdição do TEDH invocando a pertença a uma organização internacional distinta daquela onde este se insere (*in casu* a UE), o que se traduziu num *princípio de responsabilidade coletiva dos Estados membros pelas infrações aos direitos previstos na CEDH*; o referido órgão admitiu, contudo, a existência de um nível *equivalente* entre o sistema comunitário de proteção jurisdicional de direitos fundamentais e o sistema de salvaguarda jurisdicional dos direitos humanos decorrente da Convenção. Se primeiramente o controlo se cingiu ao direito derivado, no final do século XX, a partir da decisão proferida no caso *MATTHEWS vs. REINO UNIDO*, de 18 de fevereiro de 1999, o TEDH assume a sua competência para controlar também o direito primário (concretamente, uma decisão datada de 1976 do Conselho que determinou a exclusão de Gibraltar, enquanto colónia autónoma, da participação nas eleições europeias) à luz do artigo 3.º do Protocolo n.º 1 anexo à CEDH, consolidando o referido *princípio da responsabilidade coletiva dos Estados membros da UE*. Cfr. Maria Luísa DUARTE, *União Europeia e Direitos...*, cit., pp. 407 e ss; Patrícia FRAGOSO MARTINS, *Um "Supremo Tribunal"...*, cit., p. 140. Em ambos os períodos, trata-se, porém, de um controlo *indireto*, isto é, que não incide sobre os atos da UE enquanto tais, dado esta não ser parte contratante da CEDH, mas antes sobre os atos nacionais de aplicação daqueles.

transposição ou de execução daquele¹⁰⁹³. Recorde-se que relativamente ao direito primário o TJ detém "apenas" uma competência interpretativa¹⁰⁹⁴.

6.4. Um problema resultante da adesão: divergências jurisprudenciais na interpretação do conteúdo dos direitos fundamentais

Uma característica das normas do direito da UE, ou da ampla legalidade europeia, consiste na *maleabilidade*, o que ocorre muito por força de boa parte delas ter por objeto relações económicas. Tal característica confere às entidades encarregues da sua aplicação e execução ampla liberdade decisória e discricionarieidade¹⁰⁹⁵. Aliás, mesmo a montante, as normas europeias sobre matéria económica estão em constante evolução de forma a adaptarem-se a

¹⁰⁹³ Com efeito, no mencionado acórdão BOSPHORUS AIRWAYS (*Hava Yollari Turizm Ve Tikaret Anonym Şirketi*) vs. IRLANDA, o TEDH (re)afirmou a sua competência para syndicar indiretamente os atos da UE (no caso um regulamento comunitário), ou seja, através dos atos nacionais de execução, e reforçou o princípio da responsabilidade coletiva dos Estados membros da UE (ou outra organização internacional) por atos das instituições contrários à CEDH. Ainda assim, o Tribunal de Estrasburgo, naquele que viria a ficar conhecido como "o teste *Bósforo*" (*Bosphorus test*), (re)assumiu que o nível de salvaguarda jurisdicional de direitos fundamentais que existe na UE é *equiparado* ao existente no quadro do Conselho da Europa, não se justificando a sua intervenção enquanto essa equiparação se mantiver. Cfr. Maria Luísa DUARTE, *União Europeia e Direitos...*, cit., p. 410; Christina ECKES, *op. cit.*, p. 51; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 50.

No entanto, na sujeição ao teste *Bósforo*, o referido nível de proteção equivalente não deixará de sofrer algum abrandamento nas matérias onde a jurisdição do TJUE se depara com limitações de competência. É o que ocorre nomeada e principalmente nos domínios PESC. Na verdade, a equivalência dos níveis de salvaguarda de direitos fundamentais inexistirá sempre que a referida instituição se depare com limitações à respetiva competência de controlo da legalidade dos atos da UE, o que poderá legitimar a intervenção do TEDH no sentido de fiscalizar a compatibilidade dos atos dos Estados membros que apliquem ou executem aqueles com os direitos previstos na CEDH e apurar a eventual responsabilidade coletiva que sobre eles incida. Assim Koen LENAERTS, *Fundamental rights in the European...*, cit., p. 585.

¹⁰⁹⁴ Nesta matéria, o TJ, no supra referido documento, de 5 de maio de 2010, de *reflexão sobre determinados aspetos da adesão da UE à CEDH*, teve o cuidado de ressaltar que o princípio da *subsidiariedade* inerente ao sistema jurisdicional de garantia da CEDH exige que o TEDH não possa pronunciar-se sobre a compatibilidade de um ato da UE com a Convenção sem que previamente os órgãos inseridos no TJUE se pronunciem sobre a validade do mesmo, em virtude da sua compatibilidade com os direitos fundamentais, ainda que previstos na referida Convenção (cfr. ponto 9). O TJ reclamou, assim, a existência de um instrumento processual (ainda que sem especificá-lo) suscetível de garantir que a sua pronúncia sobre a validade de um ato das instituições europeias ocorre antes do juízo do TEDH sobre a compatibilidade do mesmo com a CEDH, dessa forma mantendo-se a competência exclusiva do primeiro para apreciar a validade dos atos da UE.

Numa comunicação conjunta, realizada no dia 24 de janeiro de 2011, dos Presidentes do TEDH e do TJ foi esclarecido que o reenvio prejudicial não deve ser encarado como uma *conditio sine qua non*, no sentido de esgotamento das vias jurisdicionais internas (*vide* artigo 35.º da CEDH), do recurso ao TEDH. No entanto, e sem embargo de tal entendimento, é indiscutível a idoneidade de tal instrumento processual para alcançar aquele desiderato, tendo inclusivamente sido proposto para o efeito pela França. Apesar disso, o projeto de acordo de adesão da UE à CEDH, de 14 de outubro de 2011, optou por uma solução distinta, a qual apenas prevê a participação prévia do TJ quando a UE seja co-demandada e num quadro de reenvio despoletado pelos órgãos jurisdicionais nacionais num processo onde os particulares impugnem medidas nacionais de aplicação do direito da UE (*vide* artigo 3.º, n.º 6).

¹⁰⁹⁵ Quanto maior for a margem de discricionarieidade de que dispõem as instituições da União menor será a amplitude da fiscalização realizada pelos órgãos jurisdicionais que integram o TJUE, os quais limitar-se-ão a verificar o cumprimento de regras procedimentais, de fundamentação, a exatidão dos factos em que assenta a decisão, a ausência de erro manifesto de apreciação de factos e o desvio de poder.

conjunturas imprevisíveis, o que inclusivamente legitima a problematização da compatibilidade entre alguma mutabilidade e as exigências decorrentes do *princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica dos particulares*, principalmente quando alterações de disposições normativas aniquilam efeitos jurídicos já constituídos e favoráveis àqueles (principalmente às empresas que atuam no mercado concorrencial da UE).

A referida maleabilidade implica que o grau de vinculação e liberdade das instituições europeias seja objeto de revelação pelos órgãos integrados no TJUE, fazendo com que a ampla legalidade europeia seja também de criação jurisprudencial. Quer dizer, perante a ausência de normas claras e precisas, plenas de conceitos determinados e inequívocos, têm sido as jurisdições do TJ e do TG a alcançar níveis adequados em termos de vinculação da atividade administrativa, o que fazem recorrendo a *princípios gerais de direito* casuisticamente aplicáveis. A legalidade europeia trata-se, portanto, de uma legalidade "princípial" e de formação jurisprudencial que avança à medida da identificação e concretização dos princípios gerais aplicáveis. O recurso aos princípios gerais de direito pelos órgãos integrados no TJUE (mas também pela Comissão e até pelas administrações nacionais quando aplicam ou executam direito da UE), como critério de densificação normativa, afigura-se imprescindível não somente para enformar a aplicação do direito da UE, como também para potenciar o controlo jurisdicional da liberdade conferida aos aplicadores de normas europeias.

Na interpretação do Tratado de Roma e no preenchimento dos seus conceitos abertos, gerais e indeterminados, o TJ e o TG orientam-se por critérios *funcionais* que confirmam fluidez às relações económicas estabelecidas no seio das Comunidades e da União Europeias, sobretudo tendo por escopo a proteção da concorrência entre os agentes económicos que atuam no mercado interno. Ora, a permanente evolução e adaptação normativas a que alguns domínios europeus, como o económico, estão sujeitos pode colocar em causa situações individuais nascidas e até consolidadas ao abrigo de um contexto legislativo anterior, sem que tal cause grande arrepio à instituição jurisdicional da UE. Já o TEDH tenderá a questionar a compatibilidade de permanentes readaptações e conseqüente instabilidade nas relações comerciais face às exigências do princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica, concretamente no seu corolário de não retroatividade de lei.

Igualmente, os direitos fundamentais previstos na CEDH constituem um objeto gerador de divergências interpretativas entre as jurisdições do Luxemburgo e de Estrasburgo, fruto de a primeira pender a considerar justificadas certas limitações e restrições aos referidos direitos

fundadas numa melhor prossecução das atribuições da UE e a segunda inclinar-se a maximizar o conteúdo dos direitos previstos na Convenção¹⁰⁹⁶.

Também a tutela jurisdicional efetiva, enquanto princípio geral de direito e como direito fundamental, se caracteriza pela elasticidade, despoletando divergências interpretativas entre TJ e TEDH sobre o respetivo conteúdo¹⁰⁹⁷. O primeiro tenderá a conferir à tutela jurisdicional efetiva um escopo que não interfira (pelo menos excessivamente) com as exigências da integração (*maxime* económica), dando prevalência às competências das instituições europeias (principalmente da Comissão) sobre os direitos e interesses dos visados dos atos daquelas¹⁰⁹⁸. Certamente, não se trata de mera coincidência o facto de boa parte das ações por incumprimento apreciadas pelo TJ ser julgada procedente; tal como um número considerável de recursos de anulação e de ações por omissão e de indemnização é julgado improcedente e frequentemente declarado inadmissível. Já o TEDH propenderá a otimizar mais garantisticamente os direitos subjetivos e os interesses legítimos de sujeitos (dos particulares e até dos próprios Estados membros) vulneráveis face à acutilância das instituições (*maxime* da Comissão) da UE¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁶ Cfr. Dord OLIVIER, *Systèmes juridiques nationaux et cour européennes: de l'affrontement à la complémentarité?*, in *Pouvoirs - Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques*, 2001 (n.º 96), Les cours européennes Luxembourg et Strasbourg, p. 15.

¹⁰⁹⁷ Cfr. Dord OLIVIER, *op. cit.*, p. 15; Denys SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: "Je t'aime, mais non plus"?*, in *Pouvoirs - Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques*, 2001 (n.º 96), Les cours européennes Luxembourg et Strasbourg, p. 31.

¹⁰⁹⁸ Um caso ilustrativo desta afirmação esteve na origem de duas decisões (uma do TPI, tomada no mencionado caso PHILIP MORRIS e o. vs. COMISSÃO; outra do TJ, em sede de recurso daquela, proferida no citado caso REYNOLDS TOBACCO e o. vs. COMISSÃO) e envolveu três grandes tabaqueiras (duas norte-americanas, a *Philip Morris* e a *Reynolds Tobacco*, e uma japonesa, a *Japan Tobacco*) num recurso de anulação instaurado contra a decisão da Comissão propor contra elas, nos tribunais federais norte-americanos, ações cíveis por envolvimento das mesmas num sistema de contrabando de tabaco que visava a introdução deste produto no espaço comunitário à margem das obrigações fiscais a que o mesmo se encontra sujeito. O mérito do recurso de anulação não foi sequer apreciado, tendo o mesmo sido julgado, em ambos os processos jurisdicionais, manifestamente inadmissível.

Também demonstrativa desta observação, já com apreciação parcial do mérito da causa no sentido da improcedência do recurso de anulação instaurado, é a decisão do TPI, proferida no caso FFSA e o. vs. COMISSÃO, de 27 de fevereiro de 1997, proc. T-106/95, Col. 1997, pp. II-233 e ss, n.º 101, na qual o referido órgão jurisdicional, a propósito de um dos fundamentos julgado inadmissível, referiu que "*resulta da jurisprudência que, no quadro de um recurso de anulação, ao Tribunal incumbe apenas verificar se a decisão impugnada está ferida de uma das causas de ilegalidade que o artigo 173.º do Tratado prevê, não podendo substituir a sua apreciação quanto aos factos, nomeadamente no plano económico, à efetuada pelo autor da decisão. Daqui resulta que a fiscalização que o Tribunal é chamado a exercer, no caso concreto, sobre a apreciação da Comissão se deve limitar à verificação da correção material dos factos e da ausência de erro manifesto de apreciação*".

¹⁰⁹⁹ No domínio das infrações de natureza económica, mais concretamente, em matéria do direito da concorrência, praticadas pelas empresas que operam no mercado único, o TJ pronunciou-se no sentido de que do artigo 6.º da CEDH não decorre, naquele domínio, nem um *direito ao silêncio* nem um *direito à não auto-incriminação* (acórdão ORKEM vs. COMISSÃO, de 18 de outubro de 1989, proc. 374/87, Col. 1989, pp. 3343 e ss, n.ºs 18 e ss). Ao invés, o TEDH entendeu que tais direitos resultam do referido preceito e do mais genérico direito de defesa abrangido pelo direito sancionatório (acórdão FUNKE vs. FRANÇA, de 25 de fevereiro de 1993, *Recueil des arrêts et décisions* 1993, série A, n.º 256-A).

7. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Outra proposta destinada a completar o modelo de tutela de direitos fundamentais da UE consistiu na aprovação de um catálogo de direitos e liberdades fundamentais¹¹⁰⁰, que permitiria a evolução de um sistema pretoriano e autorregulador para um modelo de proclamação positiva dos direitos fundamentais, onde os órgãos do TJUE participariam como aplicadores e não já como criadores deles. Assim, no Conselho Europeu de Colónia, de 3 e 4 de junho de 1999, os Estados membros tomaram a decisão de elaborar uma *Carta de Direitos Fundamentais* para a UE a qual, além de constituir o fundamento do espaço de liberdade, segurança e justiça¹¹⁰¹, deveria enfatizar a importância primordial de tais direitos e do seu alcance para os cidadãos europeus.

O conteúdo da Carta deveria refletir o *acquis communautaire* em matéria de direitos fundamentais, contemplando três espécies dos mesmos: direitos relativos à liberdade e à igualdade, completados por garantias processuais fundamentais (aqui sob a égide da tutela jurisdicional efetiva), previstos na CEDH ou decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros; direitos associados ao estatuto de cidadania da União reservados aos cidadãos europeus; e direitos de natureza económica e social resultantes das *Carta Social Europeia* e da *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*.

O projeto final do texto, debatido e elaborado através do original método de Convenção¹¹⁰² (ou método Herzog), foi submetido à apreciação dos Estados-membros no Conselho Europeu de Nice, de 7 e 8 de dezembro de 2000, e aí foi assinada e proclamada como CDFUE pelos Presidentes do PE, do Conselho e da Comissão. A questão nuclear relativa à sua *natureza jurídica* ou *estatuto legal* (força ou valor jurídico e forma de incorporação no direito primário) foi remetida para uma fase ulterior.

¹¹⁰⁰ Cfr. Koen LENAERTS, *Fundamental rights to be included in a Community Catalogue*, in *ELR*, 1991 (Vol. 16; n.º 5), pp. 367 e ss; *Fundamental rights in the European...*, cit., p. 599.

¹¹⁰¹ Assim António VITORINO, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Cascais, 2002, pp. 14, 23 e 24; *A Carta dos Direitos Fundamentais, fundamento do Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça*, in *Europa Novas Fronteiras*, 2000, pp. 66 a 74.

¹¹⁰² Sobre o método inovador e sem precedentes que levou a elaboração da CDFUE e que viria a repetir-se aquando da elaboração do Projeto de TeCE vide A. GOUCHA SOARES, *A Carta...*, cit., pp. 36 a 38; António VITORINO, *La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000 (n.º 3), pp. 499 e ss; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?*, in *RMCUE* (n.º 443), Décembre 2000, pp. 674 e ss; *La Convention sur la Charte des Droits Fondamentaux et le processus de construction européenne*, in *RMCUE* (n.º 437), Avril 2000, pp. 223 e ss; Gráinne DE BÚRCA, *The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *ELR*, 2001 (Vol. 26; n.º 2), pp. 131 e ss; Juan SALCEDO, *Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales*, in *RDCE*, 2001 (Ano 5; n.º 9), pp. 8 e ss. Sobre este método na elaboração do Projeto de Tratado da Constituição Europeia ver Jónatas MACHADO, *Direito Internacional*, cit., pp. 801 e 802; Paulo de PITTA E CUNHA, *A Convenção Europeia*, in *A integração europeia no dobrar do século*, Coimbra, 2003, pp. 115 e ss.

Em 2004 a CDFUE foi inserida na Parte II do articulado do TeCE, de onde decorreria inquestionavelmente o seu valor jurídico vinculativo. Porém, o abandono do referido Tratado, na sequência do fracassado processo de ratificação, determinou que o subsequente Tratado de Lisboa, assinado em 2007, fosse mais prudente: remetendo para a CDFUE e atribuindo-lhe "*o mesmo valor jurídico que os Tratados*", ou seja, força jurídica vinculante, manteve-a fora dos Tratados. O valor juridicamente vinculativo da Carta é enfatizado na Declaração n.º 1, anexa ao Tratado de Lisboa, relativa à CDFUE. Também em 2007, em Estrasburgo, foram-lhe introduzidas ligeiras adaptações, tendo o novo texto entrado em vigor juntamente com o Tratado de Lisboa.

Antecedida de um Preâmbulo e composta por cinquenta e quatro artigos, a CDFUE divide-se em sete títulos (inicialmente capítulos), respetivamente: Dignidade; Liberdades; Igualdade; Solidariedade; Cidadania; Justiça; e Disposições gerais que regem a sua interpretação e aplicação (primitivamente só Disposições gerais).

Na CDFUE encontramos vários aspetos relacionados com a tutela jurisdicional efetiva. Sem menosprezo pelo Preâmbulo¹¹⁰³, destacam-se os artigos 47.º a 50.º¹¹⁰⁴, nos quais se desdobra o Título VI epigrafado de "*Justiça*". Por outro lado, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa a Carta passou a ter um valor jurídico vinculante, encontrando-se repleta de normas e princípios que aos tribunais - integrados no TJUE e órgãos jurisdicionais nacionais - compete salvaguardar.

7.1. Uma Carta para a União Europeia e para os Estados membros

O âmbito pessoal passivo de aplicação da CDFUE consta do seu artigo 51.º. Nele determina-se que a Carta se destina às instituições, órgãos e organismos da União. Assumindo-se esta como uma *União de direito* impõe-se sujeitar à CDFUE todas as atuações daqueles entes, incluindo as que relevem no âmbito da PESC¹¹⁰⁵. Com efeito, a Carta sempre se inseriu no

¹¹⁰³ Com efeito, na última frase do seu antepenúltimo parágrafo lê-se: "... a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados membros...".

¹¹⁰⁴ No primeiro destes artigos encontramos, como vimos, a tutela jurisdicional efetiva consagrada como direito fundamental; nos restantes vislumbramos algumas garantias processuais, suas decorrências. Cfr. Ricardo ALONSO GARCIA, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *ELJ*, 2002 (Vol. 8; n.º 4), pp. 492 e ss.

¹¹⁰⁵ Cfr. Deirdre CURTIN e Ronald VAN OOIK, *The Sting is always in the Tail. The personal scope of application of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *MJ*, 2001 (Vol. 8; n.º 1), p. 105.

direito da UE e não apenas no direito comunitário, relevando em sede de ordem jurídica da União e não só no âmbito do ordenamento comunitário¹¹⁰⁶.

Nos termos daquele preceito, a CDFUE também se aplica aos Estados membros quando apliquem o direito da União¹¹⁰⁷, isto é, aos atos nacionais praticados em execução ou aplicação disposições deste ordenamento. Tendo os Estados membros a seu cargo importantes funções na implementação do direito da União, a Carta estabelece que eles também são destinatários das suas disposições quando apliquem tal direito¹¹⁰⁸. *A contrario*, a CDFUE já não se aplicará às atuações dos Estados membros em domínios que não apresentem qualquer conexão com o direito da União¹¹⁰⁹.

7.2. A natureza jurídica da Carta e a tutela jurisdicional efetiva

Uma das questões que mais tinta fez correr e que maiores repercussões tem ao nível da tutela jurisdicional efetiva¹¹¹⁰ prende-se com a natureza jurídica da CDFUE. Em abstrato, confrontaram-se duas respostas: a Carta ser qualificada como um ato de direito da União juridicamente vinculativo, beneficiando por isso de proteção jurisdicional; ou como uma mera declaração ou proclamação política de direitos sem valor jurídico vinculativo, logo destituída de tutela jurisdicional. A opção tomada influencia o âmbito de aplicação do princípio da tutela jurisdicional efetiva, melhor atendido com a primeira alternativa. Naturalmente, a CDFUE enquanto ato jurídico vinculante traduz uma maior aptidão para poder ser invocada em juízo

¹¹⁰⁶ Cfr. Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *La Charte...*, cit., p. 678; Deirdre CURTIN e Ronald VAN OOIK, *op. cit.*, pp. 105 e ss; António VITORINO, *La Charte...*, cit., p. 504; A. GOUCHA SOARES, *A Carta...*, cit., p. 45; Rui MEDEIROS, *op. cit.*, pp. 244 e 245.

¹¹⁰⁷ Cfr. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e as Constituições Nacionais*, in AA. VV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, p. 84; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *La Charte...*, cit., p. 678; *Droits de l'Homme. La Charte de Droits Fondamentaux et au delà*, *The Jean Monnet Program, Working Paper* n.º 10/01, Paris, 2001, p. 9; Melchior WATHELET, *La Charte des Droits Fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue*, in *CDE*, 2000 (n.ºs 5 e 6), p. 589; Leonard BESSELINK, *The Member States, the National Constitutions and the scope of the Charter*, in *MJ*, 2001 (Vol. 8; n.º 1), pp. 76 e ss; Agustín MENÉNDEZ, *Chartering Europe: the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, *Working Paper* (Francisco Lucas Pires e Constitucionalismo Europeu) n.º 2001/03, p. 15; Deirdre CURTIN e Ronald VAN OOIK, *op. cit.*, pp. 108 e 109; António VITORINO, *La Charte...*, cit., p. 504.

¹¹⁰⁸ Recorde-se que da jurisprudência do TJ, nomeadamente, dos pré-citados arestos CINÈTHEQUE, WACHAUF e ETR, já resultava a obrigação de os Estados membros respeitarem os direitos fundamentais definidos no quadro comunitário aquando da aplicação do inerente direito. Naqueles acórdãos o Tribunal interpretou amplamente o conceito de "*aplicação do direito comunitário*", de modo a justificar a sua competência de fiscalização dos atos legislativos e regulamentares dos Estados membros que estabeleçam derrogações às liberdades comunitárias fundamentais, pelo que também esses atos estão sujeitos ao controlo exercido pelo TJ relativamente ao respeito dos direitos fundamentais. Assim Rui MEDEIROS, *op. cit.*, pp. 249 e ss; A. GOUCHA SOARES, *A Carta...*, cit., pp. 15 e 46; Leonard BESSELINK, *op. cit.*, pp. 76 e ss. Contra Bruno de WITTE, *The legal status of the Charter: vital question or non-issue?*, in *MJ*, 2001 (Vol. 8; n.º 1), p. 86; Leonard BESSELINK, *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁰⁹ Cfr. A. GOUCHA SOARES, *A Carta...*, cit., p. 15 e 46; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *La Charte...*, cit., p. 678.

¹¹¹⁰ Sobre a questão *vide* Bruno de WITTE, *The legal status...*, cit., pp. 81 e ss.

(perante os órgãos em que se desdobra o TJUE e nas jurisdições nacionais quando apliquem direito da União) pelos particulares, algo que teria consequências imediatas, desde logo, em matéria de interpretação do direito nacional que execute direito da UE - e do próprio direito da UE (originário e derivado) - em conformidade com a Carta. E de facto, a doutrina transpareceu a mensagem de que a CDFUE deveria ter um valor jurídico vinculativo de forma a poder beneficiar de proteção jurisdicional¹¹¹¹.

Contudo, apesar de o projeto da Carta ter sido elaborado, pela Convenção, de forma a que a mesma fosse integrada no articulado do TUE^{1112/1113}, a verdade é que o Conselho Europeu de Nice optou por não inseri-la no referido texto; nem tão-pouco a aprovou através de um protocolo anexo. Tal traduziu uma manifestação de vontade dos Estados membros em não atribuir valor jurídico vinculativo à Carta, a qual durante alguns anos subsistiu como uma simples declaração (política ou proclamatória) de direitos¹¹¹⁴. Ainda assim, a CDFUE não deixou de se assumir, desde cedo, como critério orientador da atividade hermenêutica do TJCE a propósito da proteção dos direitos fundamentais¹¹¹⁵, *maxime* densificando o então n.º 2 do artigo 6.º do TUE.

A atitude manifestada, em 2000, pelo Conselho Europeu de Nice, pensamos, não deveria ser entendida como acolhedora de uma vontade da UE em não se querer vincular a um catálogo de direitos fundamentais; antes refletia o realismo de ainda não estar preparada para o fazer¹¹¹⁶. Conscientes desse *handicap*, os Estados membros optaram pela implementação da CDFUE em *two steps*: num primeiro, como não obrigatória; e num segundo, como vinculativa, a ter lugar

¹¹¹¹ Foi esta a posição manifestada pela Escola de Coimbra num parecer conjunto de vários dos seus professores. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Compreensão...*, cit., p. 13; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *A evolução...*, cit., p. 21; Rui MOURA RAMOS *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Alguns aspectos*, in AA. VV., *Carta de Direitos Fundamentais...*, cit., p. 53. Idêntica posição foi defendida pela Escola de Lisboa. Cfr. Jorge MIRANDA, *Sobre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Parecer Breve*, in AA. VV., *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - A participação da Assembleia da República*, Lisboa, 2001, pp. 69 e ss; Maria Luísa DUARTE, *Direito da União...*, cit., p. 66. Veja-se ainda o que escreveram Maria Eduarda GONÇALVES, Pedro SIMÃO JOSÉ e João SALIS GOMES, *op. cit.*, p. 26.

¹¹¹² Como refere J. J. GOMES CANOTILHO, *Compreensão...*, cit., p. 13, com a elaboração da CDFUE, pretendeu-se positivar os direitos conferindo-lhes um valor de *Fundamental Rights* e atribuindo-lhes uma hierarquia materialmente superior no quadro das fontes do direito da UE.

¹¹¹³ Veja-se, a este propósito, as "Disposições gerais que regem a interpretação e a aplicação da Carta" - artigos 51.º a 54.º - as quais só fazem sentido num documento juridicamente vinculativo. Cfr. Rui MEDEIROS, *op. cit.*, p. 242; A. GOUCHA SOARES, *A Carta...*, cit., p. 42; Bruno de WITTE, *The legal status...*, cit., p. 81; Juan SALCEDO, *op. cit.*, p. 14.

¹¹¹⁴ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito Internacional*, cit., p. 741; Bruno de WITTE, *The legal status...*, cit., pp. 82 e 83; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droits de l'Homme...*, cit., p. 3; Jean-Marc FAVRE, *Le Traité de Nice: vers un affaiblissement de la capacité d'action de l'Union?*, in *RTDE*, 2001 (n.º 2), p. 296; Melchior WATHELET, *op. cit.*, pp. 589 e 590; António VITORINO, *La Charte...*, cit., pp. 505 e 507. Em especial ver Juan SALCEDO, *op. cit.*, pp. 12 e ss.

¹¹¹⁵ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Why Europe...*, cit., p. 22. Vide os mencionados acórdãos UNIBET, n.º 37; ou KADI, n.º 335; bem como os citados arestos do TPI, proferidos nos casos JÉGO-QUÉRÉ vs. COMISSÃO, n.º 42; ou PHILIP MORRIS e o. vs. COMISSÃO, n.º 122. Indireta ou mediatamente, a Carta, enquanto conjunto de princípios, foi adquirindo valor jurídico, muito por força das referências feitas pelos órgãos integrados no TJUE.

¹¹¹⁶ Recorde-se a antipatia manifestada pelo Reino Unido em relação à inclusão na Carta de direitos sociais; ou o espetro federalista que a elaboração da mesma levantou, nomeadamente, quanto à especulação de a Carta poder dar origem à primeira parte de uma futura Constituição Europeia, confirmada, aliás, pela parte II do TeCE.

mais tarde, sabe-se agora, na sequência do abandono do TeCE, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa¹¹¹⁷. A atualidade confirma que a opção escolhida em Nice traduziu uma solução de compromisso entre os Estados membros: um documento consensual e alargado de direitos fundamentais em troca de uma restrição na produção de efeitos jurídicos vinculativos imediatos.

7.3. O contributo do Tratado de Lisboa e a posição do Reino Unido e da Polónia (extensível à República Checa)

Apesar de permanecer fora do articulado dos Tratados, o atual n.º 1 do artigo 6.º do TUE remete para a Carta e determina que "*a União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo*". Frustrada uma primeira tentativa de atribuir à Carta valor juridicamente vinculativo, ocorrida com o TeCE (o qual pretendia ainda introduzi-la no respetivo articulado), foi com o Tratado de Lisboa que os Estados membros, enfim, lhe atribuíram tal força jurídica¹¹¹⁸, reforçada pelo facto de, não obstante continuar fora do TUE, deter o "*... o mesmo valor jurídico que os Tratados*" como se pode ler no referido preceito, *in fine*.

Tal implica que os órgãos jurisdicionais integrados no TJUE (bem como os nacionais na medida em que a Carta se aplique aos Estados membros) passaram a poder (e a ter o dever de) controlar o respeito dos direitos fundamentais previstos na CDFUE, o que adquire particular importância nas atuações da UE (e dos Estados membros quando apliquem ou executem o direito da União) mais suscetíveis de colidir com os referidos direitos como sejam as matérias da PESC e da CPJMP¹¹¹⁹.

Não obstante, o Reino Unido e a Polónia negociaram, através de Protocolo (n.º 30) Anexo aos Tratados, um *opting out*, obtendo uma autorização para permanecerem sujeitos à CDFUE enquanto ato não vinculativo¹¹²⁰. Composto por dois preceitos, do artigo 1.º de tal Protocolo decorrem particulares incidências para a tutela jurisdicional efetiva ainda que restritas àqueles Estados membros.

¹¹¹⁷ Cfr. A. GOUCHA SOARES, *A Carta...*, cit., p. 42; Jónatas MACHADO, *Direito Internacional*, cit., p. 803.

¹¹¹⁸ Cfr. Jean-Luc SAURON, *Comprendre...*, cit., p. 39. Este reconhecimento foi recentemente enfatizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 21 de março de 2013, proc. 15/12.6YFLSB, disponível no sítio www.dgsi.pt, n.º II do sumário.

¹¹¹⁹ Cfr. Estella BAKER e Christopher HARDING, *From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the Third Pillar*, in *ELR*, 2009 (Vol. 34; n.º 1), pp. 44 e ss.

¹¹²⁰ As razões que levaram estes Estados membros a negociar os referidos *opting outs* podem ver-se em Nuno PIÇARRA, *O Tratado de Lisboa...*, cit., p. 28, nota de rodapé 24.

No n.º 1 esclarece-se que a Carta não alarga a faculdade da jurisdição da UE, nem de qualquer tribunal polaco e britânico, considerar que os atos normativos (legislativos e regulamentares) ou as disposições, práticas ou ações administrativas nacionais são incompatíveis com os direitos, liberdades e princípios fundamentais nela previstos. Tal possibilidade mantém-se, portanto, na exata medida em que existiu no período em que a CDFUE não tinha força jurídica obrigatória; no fundo, no Reino Unido e na Polónia tudo se passa como se a Carta permanecesse sem vinculatividade, ou seja, como mera proclamação política de direitos.

O n.º 2, por sua vez, apanágio dos direitos sociais¹¹²¹, estabelece perentoriamente, inclusive sob a locução "...para evitar dúvidas", que "*nada no Título IV da Carta cria direitos susceptíveis de serem invocados perante os tribunais e que se apliquem à Polónia ou ao Reino Unido...*". Assim sendo, o mesmo revela-se bem elucidativo relativamente (i) à não produção de efeito direto, no que tange àqueles direitos, nesses dois Estados membros, bem como e consequentemente, (ii) à relativização que a tutela jurisdicional efetiva encontra neles, os quais, em suma, não poderão ser invocados pelos particulares nos tribunais nacionais daqueles países. A válvula de escape que se abre ocorrerá na medida em que e apenas quando tais direitos se encontrem previstos nas legislações nacionais desses Estados membros.

As reservas manifestadas pelo Reino Unido e pela Polónia relativamente à CDFUE dotada de valor jurídico vinculativo foram, a dois passos, partilhadas pela República Checa. A posição deste Estado face a uma Carta juridicamente vinculante começou por ser exteriorizada na *Declaração n.º 53 relativa à Declaração da República Checa sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* e culminou, em 2009, com o *Protocolo relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, por força do qual o referido Estado membro também beneficiará do aludido *opting out*¹¹²².

7.4. A cláusula de não retrocesso e o nível de proteção mais elevado

Afigura-se relevante fazer uma referência à cláusula de *não retrocesso*, prevista no artigo 53.º, no plano das relações horizontais da CDFUE (i) com o próprio direito da União relativo à proteção dos direitos fundamentais (v. g. o resultante dos métodos pretoriano e político, com particular destaque para o constante dos Tratados), (ii) com instrumentos internacionais sobre a mesma matéria, *maxime* a CEDH que inclusivamente é objeto de menção expressa na referida

¹¹²¹ Aqueles que, recorde-se, aquando da elaboração da Carta, já se tinham confrontado com a forte oposição do Reino Unido no respeitante à sua inclusão na mesma.

¹¹²² Cfr. Nuno PIÇARRA, *O Tratado de Lisboa...*, cit., p. 28; Maria Luísa DUARTE, *O Tratado de Lisboa e o sistema...*, cit., pp. 93 e ss.

norma, e (iii) com as Constituições nacionais nos segmentos igualmente respeitantes à proteção dos direitos fundamentais¹¹²³.

O artigo 53.º da CDFUE visa preservar o nível de proteção conferido aos direitos fundamentais tanto pelo direito da União, como pelo direito internacional regional europeu, e ainda pelas Constituições dos Estados membros, nos respetivos âmbitos de aplicação, isto é, no escopo de cada uma das três ordens jurídicas envolvidas (a da UE, a internacional regional europeia e as nacionais)¹¹²⁴. Trata-se de um aspeto relevante para a tutela jurisdicional efetiva, uma vez que o mesmo mobiliza três distintos tipos de órgãos jurisdicionais (os integrados no TJUE, o TEDH e os nacionais quando apliquem direito da União) enquanto garantes da proteção dos direitos, liberdades e princípios fundamentais previstos na CDFUE. Em especial, avulta o desenvolvimento da cooperação *interjurisdicional* entre os órgãos incluídos no TJUE e o TEDH.

A referência ao direito da UE relativo à proteção dos direitos fundamentais afigura-se evidente. Naturalmente, não poderia ser pela via da Carta que o nível de proteção de tais direitos atingido a montante dela poderia ser prejudicado, restringido ou lesado. A CDFUE assume-se como um *plus* e não como um *minus* na salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Tratando-se de uma Carta para a UE e não para os Estados, salvo quando apliquem direito da União, percebe-se a menção à CEDH. Em caso algum o nível de proteção dos direitos fundamentais conferido pela CDFUE poderá ser inferior ao nível garantido pela Convenção, o que implica a não permissão de ofensa do nível de proteção dos direitos fundamentais alcançado pela CEDH através do regime de restrições que a Carta prevê (v. g. n.º 1 do artigo 52.º). Por outro lado, na relação com a Convenção, a CDFUE não só reconhece o grau de proteção alcançado por aquela, o que favorece a própria adesão da UE à CEDH¹¹²⁵, como garante um nível de proteção mais elevado (n.º 3 do artigo 52.º)¹¹²⁶.

Tal ideia é extensível às relações da Carta com as Constituições nacionais, como o próprio artigo 53.º refere. É que muito embora a CDFUE seja uma Carta para a União e não para os Estados membros, ela também se aplica a estes sempre que apliquem direito da UE. Ora, também

¹¹²³ Cfr. *Anotações do Praesidium* à CDFUE, disponíveis, por exemplo, in Maria Luísa DUARTE e Carlos Alberto LOPES, *op. cit.*, pp. 285 e ss, concretamente p. 319. Especificamente sobre o tema vide Mariana Rodrigues CONOTILHO, *O princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de direitos fundamentais*, Coimbra, 2008; da mesma autora ver a anotação ao referido artigo 53.º da Carta in Alessandra SILVEIRA e Mariana CANOTILHO, *o. cit.*, pp. 606 e ss. Em geral vide Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 262.

¹¹²⁴ Cfr. Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droits de l'Homme...*, *cit.*, pp. 15 e 16; Ricardo ALONSO GARCÍA, *Le clause orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in RIDPC, 2002 (Vol. 12; n.º 1), p. 20.

¹¹²⁵ Cfr. Luzius WILDHABER, *op. cit.*, p. 165; VITAL MOREIRA, *A Carta e a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, in AA. VV, *Carta de Direitos Fundamentais...*, *cit.*, p. 95.

¹¹²⁶ Cfr. Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional...*, *cit.*, p. 319; Mariana CANOTILHO, em anotação ao artigo 53.º da Carta, *cit.*, p. 608.

nesse caso o nível de proteção dos direitos fundamentais conferido pela Carta não poderá ser inferior ao nível garantido pelas referidas Constituições; também aqui o nível de restrições aos direitos fundamentais previsto na Carta não poderá pretender diminuir o nível de salvaguarda estipulado pelos textos constitucionais dos Estados¹¹²⁷. Nas palavras de Jürgen HABERMAS, "o grau de liberdades civis garantidas pelo Estado a nível nacional deve servir com padrão a cumprir pelo direito europeu, antes de este ser implementado a nível nacional"¹¹²⁸.

Se por ventura a CEDH e/ou as Constituições nacionais forem mais longe na proteção conferida aos direitos fundamentais, ao abrigo de uma ideia de *favor libertatis* ou do princípio do nível de proteção mais elevado, a Carta deverá ceder para dar lugar à aplicação daqueles textos¹¹²⁹, mesmo quando se trate de aplicação do direito da UE pelos Estados membros¹¹³⁰.

Em suma, o artigo 53.º da CDFUE constitui uma norma cujo desígnio é assegurar que o nível de proteção de direitos e liberdades fundamentais protegidos pela CDFUE se trata de um *standard* mínimo de salvaguarda e não máximo¹¹³¹. Aos tribunais compete a fiscalização do respeito e do cumprimento desse objetivo. Naturalmente, dada a ausência de coincidência total ou absoluta entre os direitos previstos na Carta e os constantes da CEDH não será de excluir, também por esta via, a existência de divergências interpretativas entre o TJUE e o TEDH sobre o sentido e o alcance das normas de ambos os textos¹¹³².

7.5. Um recurso jurisdicional direto dos particulares destinado à salvaguarda de direitos fundamentais ofendidos ou ameaçados pelos poderes públicos da União Europeia?

Chegados aqui, é legítimo questionar se é expectável, ou no mínimo defensável, a introdução no ordenamento jurídico da União de uma ação especial de defesa *autónoma* dos

¹¹²⁷ Cfr. Leonard BESSELINK, *op. cit.*, pp. 72 e ss.

¹¹²⁸ *Vide Um ensaio...*, *cit.*, p. 101.

¹¹²⁹ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *União Europeia e direitos...*, *cit.*, pp. 286 e ss.

¹¹³⁰ Assumindo uma posição bastante cética em relação à cláusula de não retrocesso, bem como ao preceituado no artigo 52.º da Carta, no que toca à compatibilização desta com a CEDH e com as Constituições nacionais, *vide* Rui MEDEIROS, *op. cit.*, pp. 263 e ss. O autor, na p. 280, refere que mesmo com a CDFUE não é certo o desaparecimento das resistências dos tribunais constitucionais dos Estados membros à afirmação do primado do direito da UE sobre as Constituições nacionais. *Vide* também Jonas LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law?* The Jean Monnet Program, Working Paper 4/01, pp. 45 e ss.

¹¹³¹ Como refere Jonas LIISBERG, *op. cit.*, p. 1, "the aim of a provision of this kind, found in many human rights instrument, is normally to ensure that the rights and freedoms protected by the instrument are applied as minimum standards and not seen as a ceiling of protection". *Vide* Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *La Charte...*, *cit.*, pp. 678 e 679; Leonard BESSELINK, *op. cit.*, p. 73; Mariana CANOTILHO, em anotação ao artigo 53.º da Carta, *cit.*, p. 607.

¹¹³² Cfr. Patrícia FRAGOSO MARTINS, *Um "Supremo Tribunal"...*, *cit.*, p. 148.

direitos fundamentais, da espécie *recurso de amparo* espanhol¹¹³³ ou *Verfassungsbeschwerde* (queixa constitucional) germânica¹¹³⁴, destinada a obter proteção jurisdicional, pelo TJ, dos referidos direitos contra os poderes públicos da UE (entre eles, o próprio poder judicial) que os menosprezem ou ameacem¹¹³⁵. No fundo, fazer do TJ também uma *jurisdição das liberdades*¹¹³⁶ contra intervenções ablativas de direitos fundamentais dos cidadãos europeus provocadas por decisões (administrativas e judiciais) ou atos normativos.

Em causa estará, portanto, o eventual acesso *direto* dos particulares à jurisdição do TJ com vista à salvaguarda de direitos fundamentais proclamados na ordem jurídica europeia e objeto de ofensa ou em risco, tanto por ação como por omissão, pelas instituições europeias, incluindo os próprios órgãos jurisdicionais integrados no TJUE. Convirá lembrar que no quadro jurídico-institucional vigente os particulares apenas têm acesso direto ao TG, e ainda assim em condições amplamente restritivas definidas no quadro do contencioso da legalidade - *maxime* do recurso de anulação - e da ação de indemnização movidos contra a UE. Destrate, não se afigura imperativo que a competência para a apreciação de ações daquele tipo recaia sobre um tribunal com funções constitucionais nem tão-pouco sobre o supremo tribunal do ordenamento jurídico em causa, *in casu* o TJ¹¹³⁷.

Um problema conexo suscitar-se-á quando os autores dos comportamentos contrários aos direitos fundamentais proclamados pelo ordenamento europeu sejam os Estados membros na medida em que apliquem direito da UE; quer dizer, quando as autoridades nacionais atuem como extensão da administração europeia, executando direito da União, uma vez que essa atuação também se encontra sujeita à CDFUE; ou quando os tribunais nacionais violem o dever de reenvio. Naturalmente, aqui uma eventual ação autónoma de proteção dos direitos fundamentais proclamados pelo direito da UE terá de ser configurada no âmbito de um acesso direto às *jurisdições nacionais*, constitucionais¹¹³⁸ ou superiores comuns¹¹³⁹, uma vez que tal ação não

¹¹³³ Cfr. José L. CASCAJO CASTRO e Vicente GIMENO SENDRA, *El recurso de amparo*, in *Temas clave de la Constitución Española*, Madrid, 1984.

¹¹³⁴ Cfr. Herbert POSSER, *Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde*, in *Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft*, Bd. 77, Berlim, 1993.

¹¹³⁵ E existe doutrina que a defende. É o caso de Bruno de WITTE, *The Past and Future...*, *cit.*, pp. 893 e 894. Tal posição parece ser protagonizada também por Paul CASSIA, *op. cit.*, p. 836, que inclusivamente suscita a possibilidade de introdução de uma queixa dirigida ao TJ que permita a este sindicar a licitude dos comportamentos dos órgãos jurisdicionais nacionais de não submeterem questões prejudiciais àquele.

¹¹³⁶ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, p. 886.

¹¹³⁷ Designadamente, em alguns ordenamentos sul-americanos onde a figura do amparo surge bastante divulgada (v. g. México ou Argentina), os tribunais comuns são competentes para apreciar algumas ações de amparo caracterizadas pela preferência, sumariedade e urgência, cabendo depois recurso para o supremo tribunal.

¹¹³⁸ Tribunais constitucionais ou supremos tribunais que desempenhem funções constitucionais.

¹¹³⁹ Supremos tribunais no âmbito de uma competência judicial - e não constitucional - específica no quadro jurídico do amparo.

tem necessariamente de ser apanágio das primeiras, já que o amparo pode ser *constitucional* ou *judicial*¹¹⁴⁰, ou inclusivamente *misto* como sucede em Espanha¹¹⁴¹.

A questão ora colocada merece novo impulso devido à aprovação da CDFUE e à recente aquisição por ela, em virtude da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, não somente de força juridicamente vinculativa, como de um valor jurídico igual ao dos tratados, passando a pertencer inquestionavelmente ao bloco de legalidade europeu formado pelo direito primário.

Muito embora seja incontestável o contributo oferecido à tutela jurisdicional efetiva pela eventual introdução de uma figura do género, visível antes de mais no acesso direto dos particulares, *ratione materiae*, às jurisdições do TJ ou dos tribunais nacionais, eventualmente constitucionais (ou supremos tribunais com funções constitucionais) como sucede em Espanha ou na Alemanha, bem como no carácter *sumário* e *urgente* (o que pressupõe a sua *preferência* sobre outros processos que não assumam natureza idêntica) com que aquele tipo de ações deve ser tramitado, não menos certo é que a questão suscita problemas delicados, desde logo, o quase total desconhecimento de tais figuras na cultura jurídica europeia¹¹⁴². Na verdade, a figura do *amparo* prolifera nos ordenamentos sul americanos¹¹⁴³ mas apresenta-se pouco difundida no continente europeu; ademais, poder-se-á questionar se fará sentido introduzir no direito da União uma figura de feição constitucional inexistindo uma Constituição (pelo menos formal) europeia.

Conjeturando-se uma possível introdução de instrumentos processuais do género, um primeiro problema consistirá em determinar quais os direitos fundamentais que beneficiariam de tal proteção. Todo e qualquer direito previsto na CDFUE, a qual também contempla direitos de natureza económica e social (artigos 27.º a 38.º)? Apenas as liberdades constantes dos artigos 6.º a 19.º? Também os direitos de natureza civil, previstos nos artigos 1.º a 5.º; 20.º a 26.º; e 47.º a 50.º, e política, consagrados nos artigos 39.º a 46.º? E os direitos fundamentais constantes dos Tratados mas ausentes da Carta, como os inerentes aos artigos 101.º e 102.º ou 268.º e 340.º do TFUE? E os direitos materialmente fundamentais constantes do direito derivado?

¹¹⁴⁰ Sobre a distinção entre amparo constitucional e amparo judicial *vide* Catarina SANTOS BOTELHO, *Haja uma nova jurisdição constitucional - Pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional*, in ROA, 2010 (Ano 70; Jan-Dez), pp. 595 e 596.

¹¹⁴¹ O artigo 53.º, n.º 2, da Constituição Espanhola estabelece dois tipos de amparos: um *extraordinário*, a interpor perante o Tribunal Constitucional; e outro *ordinário* ou *judicial*, a requerer nas jurisdições ordinárias.

¹¹⁴² Ainda assim, ultimamente, ela tem vindo a ser implementada em alguns países da Europa central e oriental. Em Portugal ocorreram já duas tentativas de introdução da figura na CRP, por ocasião da segunda (1989) e quarta (1997) revisões constitucionais, cujos contornos e objeções às respetivas propostas podem ver-se em Catarina SANTOS BOTELHO, *Haja uma nova jurisdição constitucional...*, *cit.*, pp. 604 e ss.

¹¹⁴³ Cfr. artigos 27.º, 43.º e 107.º, respetivamente, das Constituições da Venezuela, Argentina e do México, só para fornecermos alguns exemplos, ainda que os respetivos ordenamentos não coincidam na arquitetura institucional relativa à jurisdição competente para a apreciação do amparo; na Venezuela, a seção do Supremo Tribunal com funções constitucionais, depois de esgotados os meios ordinários existentes (ou seja, tratando-se de um amparo constitucional); nos outros dois países, a jurisdição comum, podendo haver recurso para o Supremo Tribunal dessa jurisdição, no âmbito de uma competência judicial específica de apreciação de amparos (consistindo, portanto, num amparo judicial).

Um segundo problema, relacionado com o anterior, será o de saber quais os atos dos poderes públicos suscetíveis de constituir objeto de controlo? para além dos legislativos e administrativos (pressupondo que não se levantam querelas em relação a estes), também os jurisdicionais e os políticos? Um problema também relacionado, portanto, com o aspeto da legitimidade processual passiva.

Uma terceira questão reside no facto de as figuras em questão (*amparo* espanhol; *Verfassungsbeschwerde* alemã, *Staatsrechtliche Beschwerde* austríaca), já o dissemos, serem desconhecidas na maioria dos ordenamentos nacionais europeus. Não se trata, portanto, de institutos partilhados pelos vários (ou sequer por um amplo número) sistemas jurídicos dos Estados membros, o que não deixará de constituir um entrave à sua introdução no quadro jurídico-institucional da UE. Naturalmente, os Estados membros, em sede de revisão dos Tratados, assumirão reservas relativamente à consagração de instrumentos processuais de mobilização do TJ (com tudo o que isso pode acarretar) cujo alcance e contornos desconhecem e principalmente não dominam.

Outro problema consistirá numa natural sobrecarga do fluxo e da pendência judicial a cargo do TJ causada pela introdução de uma figura do tipo. Fora dos quadros jurídicos, amplamente restritivos, do recurso de anulação e das ações por omissão e de indemnização, a jurisdição daquele órgão nunca se assumiu como um foro onde os particulares pudessem litigar ainda que contra os poderes públicos. Tal problema, porém, poderia ser mitigado através da previsão de esquemas de restrição de legitimidade processual ativa, vocacionando a instauração deste tipo de instrumentos por exemplo, para o Provedor de Justiça Europeu ou associações de defesa de interesses coletivos difusos quando o direito fundamental postergado ou ameaçado aí se inserisse. Por outro lado, uma eventual consagração da figura do *amparo* ou da *queixa* constitucional não se eximiria de revestir uma natureza *extraordinária*, uma vez que tal mecanismo não se encontra perspetivado como uma via normal (ainda que complementar) de salvaguarda dos direitos fundamentais que recaiam no respetivo âmbito normativo¹¹⁴⁴.

Mas as dificuldades não se quedam por aqui. Outro problema radicaria na necessidade de concretização do eventual carácter *subsidiário* que faz parte do regime do recurso de *amparo* ou da *queixa* constitucional. Isto é, o estabelecimento das condições em que os particulares poderiam lançar mão deste instrumento por não disporem de nenhuma outra via ordinária de salvaguarda dos respetivos direitos fundamentais, nomeadamente, por terem esgotado os demais instrumentos jurisdicionais que o contencioso da UE *stricto sensu* coloca ao seu dispor (v. g. recurso de anulação; ações por omissão e de indemnização, com acórdão transitado em julgado

¹¹⁴⁴ Cfr. Gerhard DANNEMANN, *Constitutional Complaints: the European Perspective*, in *ICLQ*, 1994 (Vol. 43; n.º 1), p. 142.

proferido pelo TG ou eventualmente pelo próprio TJ em sede de recurso interposto da decisão daquele¹¹⁴⁵).

Uma sexta questão prende-se com os efeitos que uma decisão favorável ao particular deva produzir: a mera anulação da decisão/ato impugnado e causador da lesão ao direito fundamental do particular (como sucede na Alemanha)? ou a combinação daquela consequência com a necessidade de reintegração do particular na situação subjetiva em que se encontrava antes de ocorrer a lesão, com a adoção de medidas adequadas, como por exemplo, a atribuição de indemnização ou o reconhecimento do direito fundamental violado (como ocorre em Espanha)?

Não obstante as várias dificuldades supra expostas, a maior celeuma que a eventual introdução de uma figura do género de amparo ou queixa constitucional provavelmente provocaria, pensamos, seria uma precipitada identificação do TJ com um tribunal constitucional da UE. É inquestionável que o TJ já exerce funções semelhantes às dos tribunais constitucionais, quando, nomeadamente, no âmbito do reenvio prejudicial, auxilia os órgãos jurisdicionais nacionais na interpretação das disposições do ordenamento europeu, bem como quando, no quadro da mesma figura e no do recurso de anulação, se pronuncia sobre a validade do direito derivado em virtude da sua conformidade face ao originário. Todavia, a consagração de um instrumento processual da espécie recurso de amparo ou queixa constitucional desencadearia novas comparações do género, (re)introdutoras do espectro do federalismo europeu, desta vez com especulações atinentes a eventuais novas sujeições das jurisdições do tribunais constitucionais nacionais à jurisdição do TJ.

Este panorama reservado, contudo, não deverá coincidir com o que tiver em consideração os ordenamentos nacionais que já contemplam vias processuais de acesso direto dos particulares às jurisdições constitucionais como forma autónoma de proteção dos direitos fundamentais lesados ou ameaçados pelos poderes públicos.

Com efeito, dentro das condições estabelecidas para a satisfação de pretensões idênticas mas fundadas exclusivamente no direito interno, já que o princípio da equivalência assim o impõe, nada deverá obstar a que os particulares pretendam lançar mão do recurso de amparo (Espanha), da *Verfassungsbeschwerde* (Alemanha) ou da *Staatsrechtliche Beschwerde* (Áustria) como forma de reação contra atos ou omissões dos poderes públicos nacionais que violem ou

¹¹⁴⁵ Nas jurisdições nacionais que contemplam tribunal constitucional (v. g. Espanha; Alemanha) percebe-se que este órgão possa ser mobilizado para apreciar recursos de amparo ou queixas constitucionais motivados por decisões de outros tribunais, mesmo superiores. No entanto, nas jurisdições do TJUE gerar-se-ia uma certa "esquizofrenia" se o TJ fosse confrontado, no âmbito do amparo ou da queixa, com a necessidade de apreciar decisões suas proferidas no quadro dos outros instrumentos contenciosos; tal situação poderia ser desvanecida pela eventual criação de um órgão jurisdicional (ou de uma formação específica e necessariamente abrangente do TJ) com competência específica para apreciar os "amparos ou as queixas constitucionais".

coloquem em risco os direitos fundamentais resultantes do direito da UE¹¹⁴⁶. Assim o exige o princípio da efetividade do direito da União. Uma questão, porém, carece de ser colocada: quais os direitos fundamentais relevantes para este efeito? A resposta deverá ser dada pelos tribunais constitucionais nacionais competentes, sugerindo-se que os mesmos estabeleçam um *paralelismo* entre os direitos constitucionalmente previstos para esse efeito no plano interno e os análogos que resultem do direito da UE (da CDFUE, dos Tratados ou até de outro texto, ainda que de direito derivado, desde que assumam dignidade fundamental).

¹¹⁴⁶ Retomaremos esta questão no Capítulo III da Parte seguinte, no âmbito do instrumento processual do reenvio, a propósito da violação do dever de colocar questões prejudiciais por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais.

Parte II

A tutela jurisdicional efetiva no âmbito das medidas provisórias de natureza cautelar previstas no direito da União Europeia

1. Razão de ordem

A tutela jurisdicional efetiva exige que dentro de determinado circunstancialismo, assente em certos pressupostos, possam ser decretadas medidas provisórias¹¹⁴⁷ justificadas por imperativos cautelares, as quais coexistindo com os instrumentos processuais principais (v. g. ações e recursos) servem para os complementar salvaguardando a eficácia das decisões de mérito que serão tomadas no âmbito dos mesmos¹¹⁴⁸. Daí que uma componente da tutela jurisdicional efetiva compreenda as tradicionalmente designadas **providências cautelares**, isto é, medidas com uma eficácia necessariamente provisória, decretadas pelos tribunais no âmbito dos classicamente denominados processos (ou procedimentos) cautelares instaurados previamente ou na pendência de um mecanismo processual principal.

Na verdade, o objetivo dos processos jurisdicionais de adoção de medidas provisórias, tanto no âmbito das ordens jurídicas internas como no quadro do ordenamento europeu, consiste em garantir a plena eficácia da futura decisão definitiva, isto é, da sentença relativa ao fundo da questão (a qual, por resolver o litígio inerente, se chama decisão de mérito) que será proferida no processo principal¹¹⁴⁹; como ensina José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, os procedimentos cautelares visam "*assegurar a utilidade da lide, isto é, de um processo que normalmente é mais*

¹¹⁴⁷ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 425; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 541, fundamenta a tutela provisória de índole cautelar não somente no princípio da tutela jurisdicional efetiva, como também nos princípios da legalidade e da efetividade da função jurisdicional. Sobre este matéria *vide* Jöel CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelas, 1995; José Luís da CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, in *Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini*, Vol. II: Diritto dell'Unione Europea, Milão, 1998, pp. 257-306; Giuseppe TARZIA, *Providências cautelares atípicas (uma análise comparativa)*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra*, 1999, n.º 112, pp. 241 a 260; Luís Duarte d'ALMEIDA, *A Tutela de Direitos Subjetivos Derivados do Direito Comunitário: Medidas Provisórias nos Tribunais Nacionais*, Lisboa, 2000; Mariana de SOUSA e ALVIM, *A Tutela Judicial Provisória dos Particulares no âmbito do Direito Comunitário*, Estoril, 2008.

¹¹⁴⁸ Subjacente à temática encontra-se a clássica e tradicional, ainda que não isenta de críticas, distinção doutrinária, da autoria de um dos mais eminentes processualistas de sempre, Piero CALAMANDREI, entre processos *principais* e processos *cautelares*, visível na obra *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*, Pádua, 1936, tradução em Espanhol da Argentina (da autoria de Santiago Sentis Melendo) disponível sob o título *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Buenos Aires, 1997. Tal, na medida em que hodiernamente talvez faça mais sentido uma distinção entre processos de natureza *urgente* (principais e definitivos por lado; cautelares, acessórios e provisórios por outro) e processos de natureza *não urgente*, havendo inclusive, entre aqueles que propalam esta nova classificação, quem fale no "erro de Calamandrei". Ainda que breve *vide* a nota de Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 588.

¹¹⁴⁹ Cfr. José María FERNANDEZ MARTÍN, *op. cit.*, p. 861; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, Lisboa, 2002, p. 521; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 474.

ou menos longo, porque implica uma cognição plena"¹¹⁵⁰. Nesta medida, tais processos afiguram-se também como um instrumento imprescindível da tutela jurisdicional efetiva, uma vez que a referida decisão jurisdicional definitiva, quando na inerente ação se discutem pretensões resultantes do direito da UE, terá em vista salvaguardar direitos subjetivos reconhecidos pela ordem jurídica da União (Tratados e direito derivado).

Para que tal ocorra é necessário que os referidos processos sejam (i) *urgentes* (ou seja, tenham prioridade sobre aqueles que não revistam essa natureza), (ii) tramitados com menor delonga do que os processos principais (o que implica uma agilização marcada por um menor número de atos e, bem assim, prazos mais curtos para a sua prática), e ainda (iii) que o seu decurso normal não se suspenda nas férias judiciais. Mas não só. Também se exige, sob pena de total inutilidade, (iv) que a apreciação, o decretamento e a produção de efeitos das medidas cautelares ocorram anteriormente à tomada da decisão relativa ao processo principal. Apenas mediante a combinação destes fatores se alcançará a finalidade última dos processos de tutela jurisdicional cautelar: evitar que a pretensão subjetiva do requerente sofra um prejuízo grave e irreparável.

Das duas ordens jurídicas atrás referidas apenas a da UE ocupará, naturalmente, um papel central nesta tese, em virtude de as medidas cautelares decretadas se destinarem a salvaguardar direitos e interesses previstos no ordenamento europeu. Porém, o mesmo não sucede relativamente aos tribunais, ou seja, aos órgãos que numa União e nos Estados (membros) de direito têm a seu cargo o desempenho das funções que competem ao poder judicial. Com efeito, a tutela jurisdicional provisória existente no âmbito da ordem jurídica europeia abrange (i) tanto os mecanismos processuais que o tradicional contencioso da UE prevê para esse efeito, (ii) como, em expressão do princípio da autonomia processual dos Estados membros, os instrumentos adjetivos que proliferam nos ordenamentos jurídicos destes, os quais também visam acautelar a proteção de situações jurídicas e de direitos subjetivos cujo fundamento se encontra no direito da UE. Nesta medida, as normas processuais nacionais ocupam um papel imprescindível, tanto mais se recordarmos que as mesmas devem atender aos princípios da efetividade e da equivalência do direito da UE.

Por outro lado, se desde 1957 os preceitos do Tratado de Roma que se ocupam do contencioso (na altura comunitário) da UE¹¹⁵¹ sempre contemplaram os dois tipos de providências cautelares cujo decretamento pode ser requerido aos órgãos que integram o TJUE, o mesmo já não ocorre em relação à possibilidade (ou obrigação¹¹⁵²) que a ordem jurídica da

¹¹⁵⁰ Cfr. *A Justiça Administrativa*, 9.ª Ed, Coimbra, 2007, p. 335.

¹¹⁵¹ Cfr. artigos 251.º a 281.º do TFUE (ex-artigos 220.º a 245.º do TCE; ex-ex-artigos 164.º a 188.º do TCEE). Hoje, fruto da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, àqueles acresce ainda o 19.º do TUE.

¹¹⁵² Assim FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 264.

União confere aos órgãos jurisdicionais nacionais de, mediante solicitação das partes do processo, concederem proteção cautelar com vista à tutela de situações jurídicas e de direitos subjetivos reconhecidos aos particulares pelo direito da UE. Nesta matéria, o Tratado de Roma (bem como o direito derivado) sempre foi omissivo, tendo sido a jurisprudência - ou o ativismo - do TJUE, também neste âmbito, a dar um contributo decisivo para o esclarecimento da mesma.

Daí que, igualmente neste domínio, seja em várias decisões judiciais que consolidam uma orientação dos órgãos inseridos no TJUE e reforçam o método do *case law*, que encontramos a possibilidade de os tribunais dos Estados membros decretarem providências cautelares para protegerem direitos subjetivos e situações jurídicas fundadas na ordem jurídica europeia. Tal possibilidade reporta, naturalmente, ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, nesta área particularmente evidenciado através do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE.

Também nesta vertente da proteção jurisdicional, ligada ao aprofundamento da integração europeia, se visa, *prima facie*, garantir a eficácia e a vigência plenas do direito da UE espaço dos Estados membros; mas igualmente e em última instância, através da interpretação uniforme e aplicação correta deste direito e conseqüente tutela efetiva dos direitos subjetivos que o mesmo confere aos particulares, contribuir para o aprofundamento da UE enquanto *União de direito*.

Numa matéria vasta, complexa e onde avulta a repartição de competências entre os órgãos que integram o TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais enquanto tribunais comuns de aplicação do direito da União, começaremos por ver a suspensão da execução dos atos da UE e o decretamento de outras medidas provisórias de natureza cautelar pelos primeiros, após o que passaremos para a competência dos órgãos jurisdicionais nacionais de ordenarem medidas da mesma índole fundadas no direito da UE. Concluiremos com a análise de dois outros aspetos relevantes da temática: os requisitos do decretamento e as características das providências cautelares.

2. O decretamento de providências cautelares pelos órgãos integrantes do Tribunal de Justiça da União Europeia e a tutela jurisdicional efetiva

Os artigos 278.º e 279.º do TFUE preveem a possibilidade de os órgãos que compõem o TJUE decretarem medidas provisórias de natureza cautelar. O primeiro trata de uma medida especificada que visa sustar a produção de efeitos jurídicos de determinado ato das instituições, órgãos ou organismos da UE; já o segundo, cuidando de medidas não especificadas, confere aos

mesmos órgãos jurisdicionais a faculdade de ordenarem as providências necessárias à satisfação das exigências cautelares de determinado processo.

Comum ao regime de ambas apresentam-se os pressupostos processuais de admissão dos pedidos cautelares¹¹⁵³, pelo que analisá-los-emos depois de nos debruçarmos sobre os aspetos específicos que cada um dos instrumentos processuais apresenta.

2.1. A suspensão da execução de atos da União Europeia

A primeira parte do artigo 278.º do TFUE (ex-artigo 242.º do TCE e ex-ex-artigo 185.º do TCEE) estabelece que os recursos (*maxime* de anulação) interpostos para o TJUE não produzem efeito suspensivo¹¹⁵⁴, admitindo no segmento seguinte a possibilidade de a referida instituição jurisdicional ordenar a suspensão da execução do ato impugnado se considerar que as circunstâncias do caso o exigem¹¹⁵⁵. Referindo-se a disposição à instituição jurisdicional da UE, extrai-se que a mesma está pensada para os três órgãos que a integram, ou seja, TJ, TG e tribunais especializados (atualmente o TFP apenas)¹¹⁵⁶.

Em causa está uma providência cautelar que se reconduz à suspensão da eficácia do ato administrativo oriunda do sistema jurídico-administrativo de tipo francês, o qual também vigorou em Portugal até à reforma da justiça administrativa portuguesa ocorrida entre 2002 e

¹¹⁵³ Como bem observa Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 479, a distinção entre aqueles dois preceitos do TFUE, apesar do seu sentido e alcance não coincidir, afigura-se mais formal do que material. Com efeito, se o primeiro prevê uma medida tipificada, o segundo contém uma autorização genérica para a adoção de medidas provisórias que se afigurem necessárias a assegurar as exigências cautelares do processo. Porém, os requisitos de fundo do decretamento coincidem e mesmo nos aspetos formais acaba por haver bastante similitude.

¹¹⁵⁴ Regime semelhante ao que vigora nas ordens jurídico-administrativas internas que se caracterizam pelo *sistema de administração executiva*, como por exemplo na portuguesa (artigo 50.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, doravante CPTA), porquanto uma das características desse sistema consiste no poder conferido à Administração Pública de nas áreas da sua atividade tomar decisões suscetíveis de se projetarem na esfera jurídica de terceiros sem prévia validação de um tribunal. Cfr. João CAUPERS, *op. cit.*, p. 45.

Contudo, tal não significa que a regra da não suspensão da eficácia do ato em caso de recurso contencioso contra ele interposto vigore em todos os Estados membros que se pautem pelo sistema de administração executiva. Com efeito, no contencioso administrativo da ordem jurídica alemã, onde também vigora o referido sistema, vigora, enquanto concretização da *tutela jurisdicional efetiva*, a regra do efeito suspensivo automático dos atos administrativos, nos recursos de anulação que contra eles sejam interpostos (artigo 80.º, n.º 1, da Lei Orgânica dos Tribunais Administrativos).

¹¹⁵⁵ Igualmente se deve ter em conta o regime que consta da articulação dos artigos 280.º (ex-artigo 244.º do TCE e ex-ex-artigo 187.º do TCEE) e 299.º (ex-artigo 256.º do TCE e ex-ex-artigo 192.º do TCEE), quarto parágrafo, do TFUE, com os artigos 165.º do novo RPTJ e 110.º do RPTG, relativamente à suspensão da execução das decisões do TJ e do TG.

¹¹⁵⁶ É visível no atual regime uma diferença de redação face ao anterior, o qual falava, não em TJUE nem em TJCE, mas em TJ. Ainda assim, não se questionava a sujeição ao regime do artigo 242.º do TCE dos recursos de atos das instituições da UE que fossem interpostos para o TPI, nos termos do preceituado no último parágrafo do artigo 224.º do TCE (ex-artigo 168.º do TCEE e hoje artigo 254.º do TFUE) na redação que ao mesmo foi dada pelo Tratado de Nice. Até à entrada em vigor deste Tratado, a referida regra constava da segunda parte do n.º 2 do artigo 225.º (ex-artigo 168.º-A) do TCE.

2004¹¹⁵⁷. Não obstante, com uma assinalável diferença: enquanto o objeto da providência cautelar de suspensão da eficácia do ato administrativo, prevista na legislação administrativa interna, se restringia aos atos administrativos positivos, excluindo-se portanto os atos normativos¹¹⁵⁸, o mesmo não acontece com a sua homóloga prevista no TFUE. Com efeito, muito embora aqui permaneçam grandes limitações à legitimidade processual ativa dos particulares para a impugnação dos regulamentos da UE, permite-se-lhes que requeiram a suspensão da sua eficácia nos exatos termos em que possam impugná-los através do recurso de anulação¹¹⁵⁹. Trata-se, por conseguinte, de um mecanismo processual que tem a natureza de *injunção com conteúdo negativo*¹¹⁶⁰, na medida em que a tutela judicial cautelar é concedida através da imposição da paralisação (inicial ou subsequente) da produção de efeitos a um ato da União que, se não fosse o decretamento da providência, produziria normalmente a sua eficácia até ficar plenamente consolidado na ordem jurídica europeia.

2.1.1. Natureza do ato impugnado

Um requisito específico¹¹⁶¹ da admissibilidade do pedido de suspensão da eficácia¹¹⁶² dos atos da UE é o que se prende com a natureza do ato impugnado. Com este requisito está em causa a determinação dos atos da União cuja suspensão da execução pode ser requerida aos

¹¹⁵⁷ Com a referida reforma o nosso sistema de justiça administrativa alterou-se para o modelo alemão, de jurisdição plena, e não já limitada, onde se entende que o poder judicial que controla a Administração tem a plenitude dos poderes dos tribunais, ou seja, como que se verifica uma equivalência de poderes entre a jurisdição judicial e a jurisdição administrativa, apesar de se tratar de jurisdições separadas.

¹¹⁵⁸ Refira-se que em virtude da reforma do contencioso administrativo de 2002 e 2004, o CPTA (na alínea a) do n.º 2 do artigo 112.º conjugada com o artigo 130.º) também passou a prever a suspensão da eficácia de normas regulamentares.

¹¹⁵⁹ Sobre a questão contrapor José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 334, a João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 527.

¹¹⁶⁰ Assim Georges VANDERSANDEN e Ami BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelas, 1977, p. 428.

¹¹⁶¹ Na verdade, já o dissemos, os pressupostos processuais de admissão do pedido cautelar são comuns à presente providência cautelar e às previstas no artigo 279.º do TFUE; por sua vez, os requisitos de fundo que o tribunal deve ponderar para que possa decretar uma providência também devem ser apreciados no âmbito dos requerimentos de medidas provisórias cautelares instaurados, com base no direito da UE, perante os tribunais nacionais quando apliquem tal direito.

¹¹⁶² Não resistimos a recorrer novamente aqui a uma terminologia que durante muito tempo vigorou com grande protagonismo no contencioso administrativo português, dado tratar-se da única providência cautelar que o mesmo contemplava, constando dos artigos 76.º a 81.º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (doravante LPTA), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de julho, e revogada pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, que aprovou o CPTA. Este Código, constante do regime anexo àquela lei, alterou radicalmente aquele panorama, dado que prevê a providência cautelar de suspensão da eficácia do ato administrativo ao lado de outras que se espalham pelas restantes alíneas, na alínea a) do n.º 2 do artigo 112.º, primeiro artigo do seu Título V, epígrafado de "*Dos processos cautelares*". Tal providência está sujeita ao regime comum daqueles processos (constante dos artigos 112.º a 127.º), bem como aos artigos 128.º e 129.º (disposições específicas da providência cautelar de suspensão da eficácia do ato).

órgãos jurisdicionais que integram o TJUE, ou seja, atos cuja executoriedade pode ser objeto de um pedido de suspensão.

O artigo 278.º do TFUE prevê a injunção da "*suspensão da execução do acto impugnado*". O n.º 1 do artigo 160.º do novo RPTJ, por sua vez, estabelece que o pedido de suspensão da execução de atos de uma instituição será admissível se o requerente tiver impugnado o ato perante o Tribunal; redação idêntica apresentam o n.º 1 do artigo 104.º do RPTG¹¹⁶³ e o n.º 1 do artigo 102.º do RPTFP.

Não obstante os dois referidos normativos dos regulamentos de processo refiram que o pedido de suspensão possa incidir apenas sobre a execução de decisões das instituições da UE, deve entender-se que também estão sujeitos a tal contingência os atos dos órgãos e organismos da União¹¹⁶⁴, resultado que se extrai mediante uma interpretação sistemática entre os artigos 278.º e 263.º do TFUE e melhor compaginável com a tutela jurisdicional efetiva. Assim, pode constituir objeto de um pedido de suspensão da execução ou da eficácia qualquer ato típico, ou seja, regulamentos, diretivas ou decisões, mas também atos atípicos, independentemente da sua designação, desde que produzam efeitos jurídicos vinculativos.

Porém, no que tange à decisão, parece-nos ser de oferecer o seguinte esclarecimento: não deverá ser de admitir, por falta de interesse em agir do requerente, um pedido de suspensão da execução de uma decisão *negativa*, ou seja, uma decisão que negue uma pretensão a alguém (particular ou Estado membro), na medida em que o decretamento da suspensão não poderá ter o efeito de modificar a situação do requerente, o qual apenas pode ocorrer mediante decisão positiva da instituição, órgão ou organismo competente¹¹⁶⁵.

De fora desta providência cautelar ficam os atos de direito nacional mesmo que apresentem conexão com o direito da UE, isto é, atos da autoria das autoridades administrativas dos Estados membros adotados em execução ou aplicação do direito da UE, já que apenas os atos da União podem constituir objeto do mecanismo processual aqui em análise. Naturalmente, a impugnação desses atos nacionais não pode estar excluída do controlo judicial, sob pena de grave ofensa da

¹¹⁶³ Idêntica, mas não igual, na medida em que este normativo, por contraposição ao seu homólogo relativo ao TJ, refere "*... nos termos do segundo parágrafo do artigo 278.º do TFUE...*". Ora, na medida em que o artigo 278.º do TFUE tem apenas um parágrafo, ainda que dividido em duas partes ou períodos, de duas uma: ou o artigo 104.º do RPTG teve a pretensão, talvez desnecessária, de ser mais preciso que o artigo 83.º do velho RPTJ (a que corresponde o atual artigo 160.º do novo RPTJ), querendo referir-se, portanto, à segunda parte do artigo 278.º do TFUE; ou, então, a referência que aí é feita ao segundo parágrafo do artigo 278.º apenas se poderá justificar por evidente lapso de escrita.

¹¹⁶⁴ A tutela jurisdicional efetiva exige, inclusivamente, que o interessado possa requerer a suspensão da execução de uma decisão de um órgão integrado no TJUE, incluindo o TJ. Tal possibilidade surge demonstrada pela conjugação dos artigos 165.º do novo RPTJ (110.º do RPTG no que tange a este Tribunal), 280.º e 299.º, quarto parágrafo (aos quais temos de acrescentar o artigo 254.º, sexto parágrafo, no caso do TG), do TFUE.

¹¹⁶⁵ Cfr. despacho do Presidente da Segunda Secção do TJ, de 31 de julho de 1989, caso *S. vs. COMISSÃO*, já citado, n.ºs 14 e 15. Ver Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 480 e 481.

tutela jurisdicional efetiva, mas o mesmo insere-se na competência dos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto tribunais comuns do ordenamento da UE.

Por outro lado, torna-se necessário que o ato da UE objeto do pedido de suspensão da execução seja também objeto de impugnação (pendente ou iminente) contenciosa no âmbito de um processo principal, o que decorre da acessoriedade e da provisoriedade de qualquer medida cautelar decretada. O que se deve entender por tal condição? No elenco dos mecanismos principais ou autónomos do contencioso da UE em sentido restrito¹¹⁶⁶ afigura-se paradigmático para este efeito, por apresentar melhor aptidão para se relacionar com o pedido de suspensão da eficácia, o recurso de anulação previsto no artigo 263.º do TFUE. Portanto, poderá ser objeto de um pedido de suspensão da execução o ato que tenha sido, ou venha a ser, objeto de impugnação (principal) através de um recurso de anulação. Mas não só.

Na esteira de FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, idêntica idoneidade apresentam os atos que possam ser discutidos no âmbito de um processo principal ocorrido no seio do contencioso da função pública da União, matéria prevista no artigo 270.º do TFUE¹¹⁶⁷.

Agora com João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS¹¹⁶⁸, outra possibilidade de ocorrer um pedido de suspensão da execução ocorre no âmbito de uma ação por incumprimento, na qual o Estado membro demandado tenha, por via da exceção de ilegalidade, atacado a validade de um regulamento de cujo desrespeito seja acusado pela Comissão ou por outro Estado membro. Poderá aquele requerer a suspensão da execução do referido regulamento. Contudo, os mesmos autores já não admitem um pedido de suspensão da eficácia do mesmo tipo de atos da UE no âmbito da exceção de ilegalidade enxertada numa ação de responsabilidade civil extracontratual instaurada contra a União.

Quanto a nós, parece-nos que, para além dos atos impugnados ou pela via do recurso de anulação ou no âmbito de um processo principal ocorrido no âmbito do contencioso da função pública europeia, também a impugnação dos atos de alcance geral, nomeadamente, de regulamentos ou de outros atos que produzam efeitos análogos¹¹⁶⁹, pode ter como meio acessório

¹¹⁶⁶ São eles (i) a ação por incumprimento, (ii) o recurso de anulação, (iii) a ação por omissão, e (iv) a ação de responsabilidade civil extracontratual da UE. De fora fica a exceção de ilegalidade dada a sua natureza incidental e não autónoma, o que implica que a sua utilização ocorra juntamente com um dos meios processuais principais, aliás, semelhantemente ao que ocorre precisamente com as medidas provisórias de natureza cautelar.

¹¹⁶⁷ Cfr. *Contencioso Comunitário*, cit., p. 254. Segundo estes autores, o objeto do pedido de suspensão da executoriedade esgotar-se-á naqueles dois tipos de atos. Trata-se de uma posição que se apoia na doutrina alemã, nomeadamente no comentário que Eberhard GRABITZ e Meinhard HILF dedicam ao artigo 242.º do TCE (hoje 278.º do TFUE). Ver *Kommentar zur Europäischen Union*, Munique, 2001. Ver também Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 481.

¹¹⁶⁸ Cfr. *Contencioso...*, cit., p. 524.

¹¹⁶⁹ Já não de uma diretiva ou de uma decisão, atos excluídos do mecanismo da exceção de ilegalidade e, portanto, sujeitos à contingência de terem de ser objeto de impugnação contenciosa direta no âmbito da via anulatória.

um pedido de suspensão da eficácia. Mas, diferentemente dos últimos autores referidos, tal surgirá no âmbito de um instrumento incidental e desprovido de autonomia do contencioso da UE que pode ser emancipado para este efeito: a exceção de ilegalidade.

Como veremos, tal via pode articular-se com vários mecanismos processuais principais¹¹⁷⁰ do referido contencioso e não necessariamente com a ação por incumprimento¹¹⁷¹. Pense-se, por exemplo, no cenário de se lançar mão da exceção de ilegalidade contra um ato de alcance geral no âmbito de uma ação de responsabilidade civil aquiliana movida contra a UE por danos sofridos em consequência da invalidade do ato adotado. Não vislumbramos qualquer obstáculo à formulação de um pedido de suspensão da eficácia do ato normativo impugnado por via de exceção¹¹⁷², da mesma maneira que tal pode ocorrer no âmbito de uma ação por incumprimento. Desta forma, sairá melhor assegurada a tutela jurisdicional efetiva tanto da objetiva legalidade europeia (na ação por incumprimento) como dos direitos e interesses subjetivos (em ambas as ações referidas).

Aliás, o mecanismo processual incidental aqui subjacente está pensado sobretudo como paliativo não só do prazo (muito) curto estipulado no artigo 263.º do TFUE para a impugnação direta dos atos que constituem objeto do recurso de anulação, bem como do acesso (amplamente) restrito dos particulares aos órgãos jurisdicionais que integram o TJUE no âmbito do referido recurso. Logo, a existir íntima (ou pelo menos, direta) ligação entre a exceção de ilegalidade e algum outro instrumento processual do tradicional contencioso da UE, será naturalmente com o recurso de anulação. Não vislumbramos, pois, nenhuma conexão particular entre a exceção de ilegalidade e a ação por incumprimento, pelo menos diferentemente da que ocorrerá com a ação de responsabilidade civil extracontratual.

2.1.2. Referência breve aos atos das autoridades europeias que imponham uma obrigação pecuniária a pessoas que não sejam Estados

Embora o primeiro e o quarto parágrafos do artigo 299.º do TFUE (ex-artigo 256.º do TCE e ex-ex-artigo 192.º do TCEE) autonomizem a suspensão judicial da eficácia das decisões do Conselho, da Comissão ou do BCE que constituam título executivo por imporem uma obrigação pecuniária a pessoas físicas ou coletivas (nestas, que não sejam Estados membros), tal suspensão

¹¹⁷⁰ Todos, exceto com o processo das questões prejudiciais e com o processo consultivo sobre a compatibilidade de projetos de acordos internacionais com os Tratados.

¹¹⁷¹ Sobre a ligação da exceção de ilegalidade com os outros mecanismos do contencioso da UE ver FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., pp. 180 e ss; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., pp. 425 e ss.

¹¹⁷² Contra João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 524.

traduz-se igualmente numa medida provisória de natureza cautelar e rege-se pelo regime jurídico da suspensão da execução, o que resulta dos artigos 165.º do novo RPTJ e 110.º do RPTG. Ao mesmo regime sujeitam-se, ainda, os pedidos de suspensão de execução das decisões dos órgãos jurisdicionais que integram o TJUE, como decorre das normas referidas conjugadas com o artigo 280.º do TFUE (ex-artigo 244.º do TCE e ex-ex-artigo 187.º do TCEE).

2.2. O decretamento de outras medidas cautelares

O artigo 279.º do TFUE (ex-artigo 243.º do TCE e ex-ex-artigo 186.º do TCEE) determina que "*o Tribunal de Justiça da União Europeia, nas causas submetidas à sua apreciação, pode ordenar as medidas provisórias necessárias*". Em causa estão, portanto, as competências do TJ, do TG e do TFP enquanto tribunal especializado, pelo que também aqui a referida disposição do Tratado de Roma deve ser articulada, respetivamente e em virtude de o órgão jurisdicional idóneo para apreciar o pedido relativo a outras medidas provisórias ser um daqueles três, com os artigos 160.º a 165.º do novo RPTJ, 104.º a 110.º do RPTG ou 102.º a 108.º do RPTFP.

Havendo identidade de regimes processuais face ao pedido de suspensão da execução de atos das instituições europeias importará frisar aqui apenas os pontos em que o regime do pedido de decretamento de outras medidas cautelares apresenta, em razão da sua natureza própria, especificidades.

A disposição do TFUE permite aos órgãos jurisdicionais que integram o TJUE a adoção de todo o tipo de providências cautelares e urgentes que se imponham num determinado caso concreto¹¹⁷³. A esse leque deve, naturalmente, ser amputada a providência de suspensão da

¹¹⁷³ Esta amplitude tem levado os requerentes particulares a solicitarem aos órgãos jurisdicionais que integram o TJUE o decretamento de medidas que em muito ultrapassam a esfera competencial das instituições europeias requeridas, o que acaba por conduzir a um julgamento de inadmissibilidade ou de indeferimento das mesmas.

Por exemplo, no âmbito do caso que deu origem ao despacho *PANTOCHIM vs. COMISSÃO*, de 21 de outubro de 1996, proc. T-107/96 R, Col. 1996, pp. II-1361 e ss, pela demandante foi requerido ao TPI que ordenasse à Comissão que impusesse, a título provisório, à França, no âmbito do procedimento hoje previsto no primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 108.º do TFUE que atribuisse à referida demandante a quantidade solicitada de biodiesel que pudesse beneficiar da isenção do imposto especial sobre o consumo aplicável, medida que viria a ser indeferida pelo Presidente do TPI, porquanto a mesma situava-se para além das competências da Comissão no âmbito do referido procedimento. No caso *A. DORY*, que originou o despacho do Presidente do TJ, de 24 de outubro de 2001, proc. C-186/01 R, Col. 2001, pp. I-7825 e ss, o demandante solicitou ao TJ o decretamento de um despacho ordenando à República Federal da Alemanha que suspendesse, até prolação do acórdão que pusesse termo ao processo de questões prejudiciais, a execução da decisão administrativa no sentido de o convocar para prestar serviço militar a partir de 5 de novembro de 2001.

Mais conscientes daquilo que pode ser requerido e objeto de deferimento pelos órgãos integrantes do TJUE apresentam-se os requerentes privilegiados, nomeadamente, as instituições europeias.

Por exemplo, no âmbito do processo por incumprimento que originou o caso *COMISSÃO vs. REINO UNIDO*, motivado pelos factos que estiveram na base do pleito *FACTORTAME* e que culminou com o pré-citado acórdão, de 4 de outubro de 1991, declarativo da violação de obrigações decorrentes do TCEE por parte daquele Estado membro, a Comissão solicitou, provisoriamente e a título cautelar, ao TJ, tendo este deferido, a suspensão da

eficácia de atos da UE, dada a sua autonomização sistemática das restantes em normativo (logicamente, o artigo 278.º) separado do referido Tratado.

Confere-se assim aos tribunais da UE em sentido estrito ou orgânico uma vasta amplitude na adoção de medidas provisórias com fundamento no direito da UE com visível abono da tutela jurisdicional efetiva. No dizer de João MOTA DE CAMPOS, é conferida ao Tribunal "*grande liberdade de impedir que o alcance, utilidade ou eficácia da decisão final a proferir quanto ao fundo da questão subjudice possam ser prejudicados pela inevitável demora da decisão final e pela execução, que entretanto poderia ter lugar, dos actos comunitários impugnados ou das medidas nacionais cuja desconformidade à ordem jurídica comunitária é objecto de apreciação pelo Tribunal de Justiça...*"¹¹⁷⁴. Com efeito, encontram-se abrangidas no artigo 279.º do TFUE todas e quaisquer medidas provisórias que se afigurem necessárias a salvaguardar as exigências cautelares do processo¹¹⁷⁵, as quais assumem a natureza de providências *não especificadas* ou *inominadas*¹¹⁷⁶. Mais do que a tipificação, releva a aptidão da providência ou medida urgente e provisória para conferir tutela cautelar a qualquer tipo de situações jurídicas, já existentes ou a constituir, que se encontrem ameaçadas¹¹⁷⁷. Consequentemente, se a suspensão da execução de atos da UE tem um conteúdo negativo, estas providências têm natureza oposta, ou seja, trata-se de *injunções* ou *intimações de natureza positiva*¹¹⁷⁸.

Tratando-se de providências cautelares não especificadas, as mesmas poderão ser requeridas e decretadas acessoriamente a qualquer processo principal¹¹⁷⁹, ressalvado o reenvio prejudicial, dependendo das circunstâncias de cada situação jurídica concreta e real de vida. Não obstante, da mesma forma que se afigura íntima, em razão da coincidência de objetos, a ligação da suspensão da execução de atos da UE face ao recurso de anulação desses mesmos atos ou com o contencioso da função pública europeia idóneo a despoletar um processo principal, também as providências cautelares não tipificadas (ou as "*medidas provisórias necessárias*" se usarmos a

aplicação das condições de nacionalidade britânica previstas nos artigos 13.º e 14.º do *Merchant Shipping Act* de 1988 relativamente aos nacionais de outros Estados membros no que se refere aos navios de pesca que, até 31 de março de 1989, exerciam uma atividade de pesca sob bandeira e com uma licença de pesca britânicas. Cfr. despacho do Presidente TJ, de 10 de outubro de 1989, proc. C- 246/89 R, Col. 1989, pp. 3125 e ss.

¹¹⁷⁴ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 425.

¹¹⁷⁵ O regime de providências cautelares previsto no direito da UE, caracterizado por uma grande abertura à concessão das mesmas, pode apresentar abissais diferenças face aos regimes internos de alguns Estados membros, muito mais restritivos quanto à possibilidade do seu decretamento, *maxime* pelos tribunais administrativos. Esta conclusão é de resto comprovada pelo regime relativo ao contencioso administrativo português que até à reforma de 2002 e 2004 apenas previa uma providência cautelar: a de suspensão da eficácia do ato administrativo, a qual ainda assim dependia de vários e apertados requisitos cumulativos (*vide* o artigo 76.º da LPTA).

¹¹⁷⁶ Assim FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário, cit.*, p. 261.

¹¹⁷⁷ Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 17 de janeiro de 1980, caso PARDINI vs. COMISSÃO, proc. 809/79 R, Rec. 1980, pp. 139 e ss; acórdão CMC vs. COMISSÃO, de 10 de julho de 1985, proc. 118/83 R, Rec. 1985, pp. 2584 e ss.

¹¹⁷⁸ Neste sentido Georges VANDERSANDEN e Ami BARAV, *op. cit.*, p. 428.

¹¹⁷⁹ Assim João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, *cit.*, p. 559; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário, cit.*, p. 262; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 480.

linguagem do artigo 279.º do Tratado de Roma) foram concebidas, sobretudo, para serem conjugadas com três instrumentos contenciosos principais, a saber: (i) a ação por omissão prevista no artigo 265.^{o1180}; (ii) as ações por incumprimento consagradas no segundo parágrafo do artigo 258.^{o1181} e no segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 260.^{o1182}; (iii) e a ação de responsabilidade civil extracontratual da UE regulada no segundo parágrafo do artigo 340.^{o1183}, todos do TFUE.

Designadamente, se a Comissão demandar, no TJ, um Estado membro por uma alegada violação de obrigações constantes dos Tratados em virtude de este ter aprovado na sua ordem jurídica legislação interna contrária ao direito da UE, poderá a Comissão solicitar ao Tribunal que, a título cautelar, imponha ao Estado membro a suspensão da vigência da legislação nacional alegadamente incompatível com o direito da UE¹¹⁸⁴. Com efeito, em reforço da tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia, cada vez mais a Comissão tem recorrido a este instrumento processual acessoriamente a ações por incumprimento numa tentativa de impedir que na pendência de um litígio principal cujo julgamento pode demorar alguns anos se mantenha a situação de incumprimento do direito da UE pelo Estado infrator, isto é, um menosprezo persistente dos interesses jurídicos que possam ser afetados por esse incumprimento.

A finalidade prosseguida com o decretamento, pelos órgãos jurisdicionais que integram o TJUE, de providências provisórias que se revelem necessárias a salvaguardar as necessidades cautelares de um processo é *preventiva*, ou seja, visa-se acautelar a efetividade da proteção judicial na medida em que até à tomada da decisão final sobre o mérito da causa no processo principal ficarão salvaguardados tanto direitos subjetivos ou interesses legítimos como a estrita legalidade europeia, que, na ausência dessas medidas, correriam riscos de sair irremediavelmente prejudicados.

Dito de outra forma, a tutela provisória e urgente que advém da concessão jurisdicional de medidas cautelares adequadas prende-se com a exigência de assegurar a *plena eficácia da decisão final no processo principal*, ou seja, a necessidade de manter inalterada uma determinada

¹¹⁸⁰ Assim FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 262.

¹¹⁸¹ Quanto a esta, dado a sua natureza meramente declarativa, em tempos suscitou-se a dúvida sobre a sua compatibilidade com o processo de providências cautelares aqui em análise. O TJ, sem contemplações, admitiu claramente essa possibilidade. Ver o despacho do Presidente do TJ, de 21 de maio de 1977, caso COMISSÃO vs. REINO UNIDO, procs. apensos 31/77 R e 53/77 R, Rec. 1977, pp. 921 e ss, n.ºs 19 a 21; e o despacho do TJ, de 12 de junho de 1990, caso COMISSÃO vs. ALEMANHA, já citado. Sobre a questão ver Jean BOULOUIS e Roger-Michel CHEVALIER, *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Tomo I, 6.ª Ed, Paris, 1994, pp. 212 e ss; entre nós vide João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 538 e 539.

¹¹⁸² Quanto à especial instrumentalidade com esta via do contencioso da UE ver o despacho do Presidente do TJ, de 7 de junho de 1985, caso COMISSÃO vs. ITÁLIA, proc. 154/85 R, Rec. 1985, pp. 1753 e ss.

¹¹⁸³ Neste sentido Eberhard GRABITZ e Meinhard HILF (eds.), *Kommentar...*, cit., na anotação ao artigo 243.º do TCE.

¹¹⁸⁴ Assim sucedeu no caso COMISSÃO vs. ALEMANHA, que originou o despacho do TJ, de 12 de junho de 1990, já citado.

situação jurídica até à decisão de mérito definitiva¹¹⁸⁵. Reflexo desta ideia é a grande liberdade conferida sobretudo ao TJ e ao TG para apreciarem as circunstâncias do caso concreto e o tipo de providência que lhes pareça mais adequada à proteção dos interesses (tanto objetivos relacionados com a estrita legalidade, como subjetivos emergentes de direitos) que, na ausência de proteção cautelar, poderão sair irremediavelmente prejudicados.

É, pois, indiscutível a sua importância para se assegurar a tutela jurisdicional efetiva tanto da objetiva legalidade europeia, como de pretensões subjetivas decorrentes do direito da União sobretudo para os particulares mas também para os Estados membros.

2.3. Pressupostos processuais de admissão dos pedidos de medidas provisórias de natureza cautelar

Referimos já que os pressupostos processuais da admissibilidade dos pedidos cautelares que se inserem na competência dos órgãos jurisdicionais que se integram no TJUE afiguram-se comuns aos pedidos de suspensão da execução de atos da UE e aos requerimentos de outras medidas provisórias. Isto é, para que qualquer pedido de medidas provisórias de natureza cautelar possa ser apreciado pelos referidos tribunais é necessário verificar-se o preenchimento de sete pressupostos processuais¹¹⁸⁶. Alguns constam dos regulamentos de processo; outros resultam da jurisprudência do TJ. Vejamos quais são.

2.3.1. Competência do tribunal

Antes de mais, o órgão jurisdicional a que se requer a suspensão da execução dos atos da UE ou o decretamento de outras medidas cautelares deve de ter competência para apreciar o pedido principal¹¹⁸⁷. Assim, em abstrato, poderá ser competente qualquer um dos três órgãos que integram o TJUE, a relembrar: TJ, TG e TFP. A determinação, em concreto, dessa competência é simples, já que a mesma ocorre por inerência, isto é, será competente para apreciar o pedido de

¹¹⁸⁵ Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 12 de dezembro de 1968, caso *RENKENS vs. COMISSÃO*, proc. 27/68 R, Col. 1968, pp. 274 e ss.

¹¹⁸⁶ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 541.

¹¹⁸⁷ Tal também resulta das disposições constantes do n.º 2 do artigo 160.º do novo RPTJ e do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 104.º do RPTG, ao estabelecerem que um pedido de medidas provisórias "*só é admissível se for formulado por pessoa que seja parte num processo pendente no Tribunal e se se referir a esse processo*". De acordo com a jurisprudência do TJUE, esta regra não se trata de uma simples formalidade; pressupõe que o recurso principal, no qual se insere o pedido de medidas provisórias, se inscreve efetivamente na competência do Tribunal. Cfr. despacho do Presidente do TPI, de 28 de abril de 1999, caso *VAN PARYS e o. vs. COMISSÃO*, proc. T-11/99 R, Col. 1999, pp. II-1357 e ss, n.º 49.

medidas provisórias de natureza cautelar o mesmo tribunal que for competente para apreciar o processo principal¹¹⁸⁸.

2.3.2. Idoneidade do meio principal

O meio principal utilizado pelo requerente da providência cautelar deve ser adequado à impugnação do ato. Trata-se de um requisito construído pela jurisprudência do TJ¹¹⁸⁹ e configurado sobretudo para os pedidos de suspensão da execução de atos da UE, como se extrai dos n.ºs 1 dos artigos 160.º do novo RPTJ, 104.º do RPTG e 102.º do RPTFP, os quais exigem a impugnação do ato, pelo requerente, a título principal e perante o Tribunal.

Já acima focámos este aspeto, tendo aí concluído pela idoneidade do recurso de anulação, da exceção de ilegalidade (sem embargo da ausência de autonomia e da restrição do seu objeto à suspensão dos efeitos dos atos de alcance geral, designadamente, regulamentos ou outros de efeito equivalente) e dos processos principais instaurados no âmbito do contencioso da função pública da UE.

Não obstante, o requisito relativo à idoneidade do meio principal não deixa de estar presente nos pedidos de outras medidas provisórias, o que se retira dos segundos parágrafos daqueles normativos, onde também se exige a existência de um processo principal pendente no tribunal no âmbito do qual o requerente lança mão do pedido de medidas cautelares.

Porque se trata da competência dos órgãos integrados no TJUE para o decretamento de medidas cautelares, não satisfaz esta condição um pedido de suspensão da eficácia ou de outras medidas cautelares formulado no âmbito de um processo de questões prejudiciais¹¹⁹⁰. Com efeito, nos termos dos artigos 278.º e 279.º do TFUE, 160.º do novo RPTJ, 104.º do RPTG e

¹¹⁸⁸ Muito sumariamente e a título de exemplo, partindo da base para o vértice superior da pirâmide que representa a organização hierárquica dos três tribunais que integram o TJUE, podemos dizer que os pedidos de suspensão da eficácia do ato que tenham lugar no âmbito do contencioso da função pública serão da competência do TFP, como decorre do artigo 1.º do Anexo ao Estatuto do TJUE. A competência do TG, já o vimos, encontra-se prevista no n.º 1 do artigo 256.º do TFUE, o qual deve ser conjugado com o artigo 51.º do Estatuto do TJUE, que reserva determinadas competências para o TJ. Nomeadamente, são da competência do TG os pedidos de suspensão da execução de atos impugnados pela via do recurso de anulação instaurado tanto pelos particulares, como pelos órgãos e organismos da UE. Já os recursos de anulação interpostos pelos Estados membros contra atos do Conselho, do PE e da Comissão, bem como pelas instituições da UE contra atos do Conselho, do PE, da Comissão ou do BCE são, nos termos das alíneas a) e b) daquele normativo do Estatuto, da competência do TJ, de onde qual se extrai a competência deste órgão para apreciar, também, os inerentes requerimentos de suspensão da eficácia que os referidos recorrentes apresentem.

¹¹⁸⁹ Cfr. Despacho do Presidente do TJ, proferido no caso *SOCIÉTÉ D'INITIATIVES ET DE COOPÉRATION AGRICOLE vs. COMISSÃO*, de 17 de julho de 1984, proc. 114/83, Rec. 1984, pp. 2315 e ss, n.º 8.

¹¹⁹⁰ Ao invés, quando se trate da competência dos tribunais nacionais, enquanto órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da UE, para o decretamento de providências cautelares fundadas neste direito, o reenvio de questões prejudiciais ao TJ é requisito do exercício de tal competência. Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 588.

102.º do RPTFP, estes órgãos jurisdicionais são competentes para, no âmbito de requerimentos de medidas provisórias, conhecer de pedidos de suspensão da execução de atos impugnados através de ações e recursos interpostos perante si¹¹⁹¹, bem como de outras medidas cautelares solicitadas por uma parte no quadro de um processo principal que lhe tenha sido submetido e que digam respeito ao mencionado processo¹¹⁹². Estes pedidos não visam os processos de questões prejudiciais, fundados numa clara separação de competências entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o TJ, no âmbito dos quais este apenas dispõe de competência para se pronunciar sobre a interpretação ou validade de normas europeias cuja aplicação esteja em causa num pleito pendente perante aqueles, os quais dispõem de exclusiva competência para a sua resolução¹¹⁹³.

Na verdade, o mecanismo das questões prejudiciais prevê uma cooperação direta entre o TJ e os tribunais nacionais sendo tramitado por via incidental no âmbito de um processo que, em rigor, não é contencioso. Tal incidente é suscitado no desenvolvimento de um processo principal pendente num tribunal nacional, o qual inclusivamente acaba por ser alheio à iniciativa das partes¹¹⁹⁴. Assim, dada a diferença entre os processos de natureza contenciosa e o processo (não contencioso) das questões prejudiciais, não é possível estender a este regras previstas apenas para aqueles, nomeadamente, os já referidos artigos 278.º e 279.º do TFUE e também os artigos 160.º do novo RPTJ, 104.º do RPTG e 102.º do RPTFP¹¹⁹⁵. Relativamente ao TG e ao TFP esgrimir-se-á ainda que eles nem sequer conhecem de processos de questões prejudiciais.

Não obstante, não menos certo é que a tutela jurisdicional efetiva poderá exigir a adoção de medidas provisórias de natureza cautelar no âmbito dos processos nacionais onde foram suscitadas incidentalmente as questões prejudiciais, *maxime* no âmbito de reenvios de apreciação de validade. Ora, nesses casos competirá ao juiz nacional a adoção de tais medidas. Nomeadamente, deparando-se com dúvidas sobre a validade de um ato adotado por uma instituição, órgão ou organismo da UE, no qual se fundamenta um ato interno de

¹¹⁹¹ Cfr. artigos 278.º do TFUE; 160.º, n.º 1, do novo RPTJ; 104.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do RPTG; e 102.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do RPTFP.

¹¹⁹² Cfr. artigos 279.º do TFUE; 160.º, n.º 2, do novo RPTJ; 104.º, n.º 1, segundo parágrafo, do RPTG; e 102.º, n.º 1, segundo parágrafo, do RPTFP.

¹¹⁹³ Assim foi esclarecido no acórdão DENKAVIT FUTTEMITEL, de 15 de novembro de 1979, proc. 36/79, Rec. 1979, pp. 3439 e ss, n.º 12, segundo o qual, nos termos dos artigos 278.º e 279.º do TFUE, bem como dos artigos 160.º e 104.º dos Regulamentos de Processo, o TJ e o TG (bem como o TFP) são competentes para "*no quadro de um pedido de medidas provisórias, conhecerem, por um lado, pedidos de suspensão de execução de um acto impugnado por via de recurso interposto perante si e, por outro, medidas provisórias requeridas por uma parte num processo que lhe tenha sido submetido e que digam respeito ao referido processo. Estas disposições não visam o processo prejudicial, que se baseia numa nítida separação de funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, o qual é competente apenas para se pronunciar sobre a interpretação ou a validade de disposições comunitárias cuja aplicação esteja em causa num litígio pendente num órgão jurisdicional nacional, sendo a resolução desse litígio da exclusiva competência deste último*". No mesmo sentido, aresto IRISH CREAMERY MILK SUPPLIERS ASSOCIATION e o, de 10 de março de 1981, procs. apensos 36/80 e 71/80, Rec. 1981, p. 735, n.ºs 5 e 7.

¹¹⁹⁴ Assim foi aclarado no acórdãos SINGER, de 9 de dezembro de 1965, proc. 44/65, Col. 1965-1968, pp. 251 e ss; BOLLMANN; e PALMISANI, já citados.

¹¹⁹⁵ Cfr. o citado despacho do Presidente do TJ, caso A. DORY, n.ºs 6 a 8.

transposição¹¹⁹⁶, aplicação ou execução, poderá o referido juiz suspender temporariamente a aplicação deste último ou adotar, a esse respeito, outra medida provisória que se afigure adequada a prevenir prejuízos graves e de difícil reparação¹¹⁹⁷.

Com efeito, resulta da jurisprudência do TJ que, nos termos do direito da UE, o órgão jurisdicional nacional deve ter a possibilidade de decretar medidas provisórias quando lhe são submetidos pedidos baseados no ordenamento da União e que a tutela provisória assegurada aos particulares perante os órgãos jurisdicionais nacionais não pode variar em virtude de se discutir a compatibilidade de disposições do direito nacional com o direito da UE ou a validade de atos de direito derivado da União¹¹⁹⁸.

Nomeadamente, no caso FACTORTAME o Advogado-geral G. TESAURO assinalou, nas suas conclusões, que o reenvio prejudicial se trata de um mecanismo processual que consubstancia um controlo de legalidade ou de compatibilidade das normas nacionais relativamente às disposições europeias, uma vez que o juiz nacional é competente para declarar a título definitivo a incompatibilidade das primeiras em relação às segundas. Sobre o juiz nacional incide um dever funcional (ou seja, um poder-dever) de recusar a título cautelar a aplicação da disposição nacional contrária à norma da União dotada de efeito direto, quando a incompatibilidade não seja ainda certa nem tenha sido determinada mas eventualmente exija uma interpretação prejudicial pelo TJ¹¹⁹⁹.

2.3.3. Subordinação do pedido cautelar a processo principal pendente no Tribunal

O requisito da subordinação do pedido cautelar a processo pendente no TJUE resulta dos n.ºs 1 dos artigos 160.º do novo RPTJ, 104.º do RPTG e 102.º do RPTFP. Com efeito, o pedido de suspensão da execução de um ato da UE "*só é admissível se o requerente tiver impugnado o acto perante o Tribunal*"; o requerimento relativo a uma das outras medidas provisórias "*só é*

¹¹⁹⁶ Quanto a estes, naturalmente que se afigura particularmente delicada a questão do decretamento de medidas cautelares que incidam sobre atos nacionais de transposição de diretivas da UE, na medida em que se trata de atos legislativos. Entre nós, tal decorre do n.º 8 do artigo 112.º da CRP. Não obstante, a tutela jurisdicional efetiva de direitos conferidos pelo direito da UE e da própria legalidade europeia exige que os juízes nacionais possam, cautelar e provisoriamente, suspender a aplicação dos mesmos, tal como reclama que o Tribunal Constitucional possa suspender a sua vigência.

¹¹⁹⁷ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, pp. 507 e 508. No n.º 22 do aresto FACTORTAME o TJ referiu que o efeito útil do processo de questões prejudiciais seria prejudicado se o órgão jurisdicional nacional que suspende a instância até que aquele responda às questões colocadas não pudesse decretar medidas cautelares até que seja pronunciada a sua decisão na sequência da resposta do TJ.

¹¹⁹⁸ Cfr. acórdão ZUCKERFABRIK, já citado, n.ºs 19 e 20.

¹¹⁹⁹ Cfr. n.º 24 das referidas conclusões.

admissível se for formulado por pessoa que seja parte no processo pendente no Tribunal e se refira a esse processo".

Se na suspensão da execução de atos das instituições se impõe que o requerente tenha impugnado o ato cujos efeitos pretende ver paralisados, nas outras providências cautelares, como inexistente ato impugnado, exige-se que a providência requerida se refira ao processo principal. Assim, tal como sucede com a suspensão da execução de atos da União, também as providências cautelares não especificadas apenas poderão ser requeridas na constância de um processo principal. No fundo, nos pedidos de outras medidas provisórias, a exigência prende-se com a conexão entre o pedido de concessão da providência urgente e o processo principal, no sentido de que aquele pedido deve ser formulado de forma instrumental a este processo. Por outras palavras, deverá existir uma clara relação entre o pedido de medidas provisórias e o objeto do pleito principal. Consequentemente, encontra-se excluída a possibilidade de serem solicitadas e decretadas providências cautelares fora do âmbito de qualquer processo principal em curso.

Por outro lado, apesar de o juiz das medidas provisórias não estar habilitado a pronunciar-se definitivamente sobre a admissibilidade do processo principal, em determinados casos pode incumbir-lhe verificar que, pelo menos, os requerentes estabeleceram a existência de certos elementos que permitam ao tribunal considerar que o recurso no processo principal é efetivamente admissível¹²⁰⁰.

A letra dos normativos referidos poderá, à primeira vista, induzir o intérprete em erro levando-o a concluir que o pedido cautelar (tanto o relativo à suspensão da eficácia dos atos da UE como o alusivo a outras medidas provisórias) apenas poderá ser apresentado depois da propositura do processo principal. Todavia, assim não deverá ser, já que nada obsta à apreciação daquele se apresentado em simultâneo com este¹²⁰¹. Excluída está, porém, sem que se vislumbrem razões plausíveis que o justifiquem e contrariando até as exigências da tutela jurisdicional efetiva, a possibilidade de o pedido de medidas cautelares ser deduzido previamente à apresentação do instrumento principal, o que poderia ser motivado na especial urgência. Apresentado em simultâneo com o processo principal ou já na pendência deste, o pedido de medidas provisórias é enxertado naquele.

¹²⁰⁰ Cfr. despacho do Presidente do TPI, caso VAN PARYS e o. vs. COMISSÃO, já citado, n.º 52.

¹²⁰¹ Assim João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 526. Contra FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 256.

2.3.4. Legitimidade do requerente

A legitimidade do requerente para solicitar a suspensão da execução de um ato da UE também advém dos primeiros parágrafos dos n.ºs 1 dos artigos 160.º do novo RPTJ, 104.º do RPTG e 102.º do RPTFP, apenas dispondo dela quem tiver impugnado ou venha a impugnar tal ato a título principal (ou incidentalmente mediante a exceção de ilegalidade suscitada num processo principal). À semelhança da competência do tribunal, também a legitimidade processual é aferida por inerência. Em causa poderá estar a tutela jurisdicional efetiva tanto de direitos subjetivos como da objetiva legalidade, consoante o requerente do pedido de suspensão da execução seja um particular ou uma instituição europeia. No caso dos Estados membros poderá estar em causa a tutela tanto dos seus interesses, como da estrita legalidade europeia.

Esta reserva de legitimidade é temperada por uma válvula de escape, já aflorada, na medida em que tanto os Estados membros, como as instituições europeias, podem intervir nos processos de suspensão da eficácia do atos da União, embora limitando-se a sustentar as conclusões de uma das partes principais. De igual modo, os órgãos e organismos da UE e qualquer pessoa que demonstrem ter interesse na resolução da causa submetida ao TJ poderão intervir no processo¹²⁰². Tal decorre do artigo 40.º do Estatuto do TJUE.

No que aos pedidos de outras medidas provisórias diz respeito, rezam os segundos parágrafos dos normativos dos três regulamentos de processo que os mesmos apenas são admissíveis se forem formulados "*por pessoa que seja parte no processo pendente no Tribunal e se refira a esse processo*". Tal significa que os pedidos destas providências cautelares podem ser apresentados por qualquer pessoa, desde que seja parte (demandante ou demandada) num processo principal que se encontre pendente num dos tribunais da UE em sentido orgânico, isto é, integrante do TJUE.

Portanto, tem legitimidade para requerer uma providência cautelar *inominada* ou *não tipificada* qualquer pessoa que seja parte num processo principal, prescindindo-se aqui obviamente da contingência de essa pessoa ter impugnado um ato da UE. Trata-se de uma consequência que resulta do facto de estas providências terem sido concebidas mormente para instrumentos contenciosos principais nos quais inexistem atos impugnados ou impugnáveis, havendo, ao invés, direitos ou interesses a reconhecer ou a definir. Em causa estará sobretudo a tutela jurisdicional efetiva de direitos subjetivos dos particulares ou dos interesses dos Estados membros.

¹²⁰² Neste sentido João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 527.

2.3.5. Especificação do objeto do litígio

O n.º 3 do artigo 160.º do novo RPTJ e os n.ºs 2 dos artigos 104.º do RPTG e 102.º do RPTFP estabelecem a obrigação de os requerimentos cautelares especificarem o objeto do litígio, semelhantemente, aliás, ao que ocorre com a petição inicial dos processos principais¹²⁰³.

O objeto do litígio cautelar é, porém, substancialmente diverso daquele que se verifica no processo principal, por exemplo relativo à impugnação de um ato da UE. Neste, tratando-se de recurso de anulação, visa-se a obtenção de uma declaração judicial de nulidade do ato impugnado, ou, no quadro da exceção de ilegalidade, de uma declaração da sua inaplicabilidade ao caso concreto. Ao invés, naquele, por ventura traduzido num pedido de suspensão da execução, pretende-se apenas que a eficácia do mesmo ato seja paralisada.

Contudo, apesar da diversidade entre os objetos dos dois litígios, residindo a finalidade das medidas provisórias em acautelar o efeito útil da decisão favorável que eventualmente será adotada no processo principal, não deixará de existir uma íntima ligação entre os pedidos principal e cautelar, no sentido de os mesmos se encontrarem conexos por uma relação de causa-efeito a ponto de o objeto do pedido de suspensão da eficácia emergir como consequência lógica e irrefutável do objeto do pedido de impugnação do ato, ou seja, o primeiro deve decorrer direta e necessariamente do objeto do segundo¹²⁰⁴.

Esta conexão necessária, porém, não pode ser encarada como sinónimo de identidade de pedidos, sob pena de ocorrer litispendência com prejuízo para o pedido de suspensão da execução de atos da UE ou de outras medidas provisórias¹²⁰⁵. Da referida ligação também decorre a inadmissibilidade de apreciação do pedido cautelar, que se apresenta subordinado do processo principal, se a decisão favorável neste não implicar o reconhecimento ou a manutenção da suspensão da eficácia do ato ou da medida provisória requerida¹²⁰⁶.

2.3.6. Apresentação do pedido de medidas cautelares em separado

Referimos já que o pedido de suspensão da execução de atos da UE apenas será admitido se o requerente, em simultâneo, tiver impugnado os referidos atos por via principal no âmbito do

¹²⁰³ Cfr. alíneas c) do artigo 120.º do novo RPTJ e do n.º 1 do artigo 44.º do RPTG; e alínea d) do n.º 1 do artigo 35.º do RPTFP.

¹²⁰⁴ Neste sentido Georges VANDERSANDEN e Ami BARAV, *op. cit.*, p. 435. Ver também o despacho do Presidente do TJ, 16 de dezembro de 1980, caso METALLURGIA RUMI SPA vs. COMISSÃO, proc. 258/80 R, Rec. 1980, pp. 3878 e ss, n.º 16.

¹²⁰⁵ Assim João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso..., cit.*, p. 528.

¹²⁰⁶ Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 22 de outubro de 1975, caso NATIONAL CARBONIZING COMPAGNY LIMITED vs. COMISSÃO, proc. 109/75 R, Rec. 1975, pp. 1193 e ss.

recurso de anulação, ou por via incidental no quadro da exceção de ilegalidade; bem assim, o pedido relativo a outras medidas provisórias apenas será admitido se o requerente for parte no processo principal e se se referir a este, o qual pode ser qualquer um dos instrumentos principais do tradicional contencioso - com ressalva do processo de reenvio prejudicial - da UE.

Seja como for, também se exige que o pedido cautelar e subordinado do principal seja formulado em requerimento separado¹²⁰⁷. A propósito do pressuposto anterior enfatizamos a diferença substantiva entre o objeto da lide principal e o objeto do pleito acessório. Acrescentamos agora que tais demandas também não se confundem sob o ponto de vista formal, o que se extrai deste requisito.

A exigência de apresentação do pedido de medidas provisórias de natureza cautelar em petitório distinto apresenta-se evidente quando tal pedido é apresentado na pendência do processo principal, pelo que a mesma estará pensada, sobretudo, para a contingência de ambos os processos serem apresentados em simultâneo. Seja como for, não parecem levantar-se dúvidas relativamente à inadmissibilidade do pedido de medidas de natureza cautelar deduzido no articulado (petição inicial) com que se dá início ao processo principal. Por exemplo, será inadmissível um pedido de suspensão da execução de um ato de uma instituição deduzido na petição inicial do recurso de anulação de impugnação do mesmo ato¹²⁰⁸.

Não obstante subordinado a um processo principal, o pedido de medidas provisórias de índole cautelar é objeto de um processo separado, que contempla objeto, fundamentação e tramitação autónomos. O expoente máximo desta afirmação encontra-se na orientação jurisprudencial do TJ segundo a qual o pedido cautelar deve ser julgado de acordo com os seus próprios méritos, a ponto de a sua admissibilidade não depender da admissibilidade do processo principal¹²⁰⁹, aspeto que melhor favorece a tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, o TJ, através de jurisprudência constante, não deixa de enfatizar que o problema da admissibilidade do recurso no processo principal não deve, em princípio, ser examinado no quadro de um processo de medidas provisórias sob pena de se pré-julgar a questão de fundo do processo. Pode, contudo, mostrar-se necessário, quando, em determinados casos, "*é a inadmissibilidade manifesta do*

¹²⁰⁷ Cfr. n.º 4 do artigo 160.º do novo RPTJ e n.º 3 do artigo 104.º do RPTG.

¹²⁰⁸ Cfr. acórdão MERLINI vs. ALTA AUTORIDADE, de 21 de janeiro de 1965, proc. 108/63, Col. 1965, pp. 1 e ss.

O TJ admite, contudo, uma exceção a esta regra, se o requerimento de suspensão da execução, não obstante conste da petição inicial do processo principal, se encontrar em condições de ser desanexado desta e de ser processado separadamente, o que ocorre quando o requerimento de suspensão apresente autonomia física e jurídica relativamente ao processo principal. Assim foi determinado no acórdão ITÁLIA vs. COMISSÃO, de 17 de junho de 1965, proc. 32/64, Col. 1965, pp. 111 e ss.

¹²⁰⁹ Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 30 de novembro de 1972, caso PERINCILO vs. CONSELHO, proc. 75/72 R, Rec. 1972, pp. 1201 e ss, n.º 7: "*qu'en appréciant la recevabilité d'une demande de sursis, le juge du référé ne saurait préjuger des questions relatives à la recevabilité du recours principal, que relèvent de la compétence du juge du fond*".

recurso principal em que se insere o pedido de medidas provisórias que é suscitada, demonstrar a existência de certos elementos que permitam concluir, perfunctoriamente, pela admissibilidade de tal recurso"¹²¹⁰.

Todavia, talvez o TJ tenha sido demasiado ambicioso ao colocar a questão nos termos expostos. Com efeito, se um dos requisitos da instauração da providência cautelar de suspensão da execução é a impugnação, por via principal (ou incidental no âmbito da exceção de ilegalidade), do ato da UE, o qual, portanto, concomitantemente constitui objeto do instrumento processual de tutela provisória, que, não obstante autónomo, é subordinado da impugnação a título principal, não conseguimos vislumbrar o cenário de o requerimento da medida cautelar ser admitido se a petição inicial do recurso de anulação não o for¹²¹¹. Tanto mais que para decidir o pedido de suspensão da eficácia o tribunal tem de ter em conta a prova relativa ao *fumus boni iuris* e esta pode aconselhar a observação do processo principal. Na verdade, o juiz não deverá prescindir dos elementos que constem deste processo, idóneos a consolidar o julgamento provisório que lhe compete realizar. Na síntese de João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, diremos que "*o pedido da medida cautelar de suspensão deve ser julgado segundo o seu próprio mérito; mas parece também claro que não poderá ser-lhe atribuído mérito suficiente para merecer um julgamento favorável se, no momento em que dever ser apreciado, for já possível verificar que o pedido principal nem sequer é admissível*"¹²¹².

2.3.7. Oportunidade de apresentação do pedido

Resta-nos indagar sobre em que momento, ou até quando, o requerente pode deduzir o pedido de suspensão da execução do ato da UE ou relativo a uma das outras medidas provisórias? Nem o TFUE nem os regulamentos de processo fixam prazo para o efeito.

Constituindo uma condição da apresentação dos pedidos de medidas cautelares a sua propositura concomitante com o processo principal ou a preexistência deste no tribunal, não poderão aqueles ser deduzidos previamente à propositura dos instrumentos principais. Assim, configuram-se dois possíveis cenários: o pedido de medidas provisórias é deduzido ou em simultâneo com o processo principal ou posteriormente a este, de acordo com os critérios de

¹²¹⁰ Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 13 de julho de 1988, caso FÉDÉRATION EUROPÉENNE DE LA SANTÉ ANIMALE e o. vs. CONSELHO, proc. 160/88 R, Col. 1988, pp. 4121 e ss, n.º 22; despacho do Presidente do TPI, caso VAN PARYS e o. vs. COMISSÃO, já citado, n.º 50.

¹²¹¹ Neste sentido também João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 529, os quais referem que "*...a inadmissibilidade da petição no processo principal prejudica inexoravelmente a pretensão deduzida no processo subordinado*".

¹²¹² *Ibidem*.

conveniência do requerente dado ser ele o interessado na urgência da medida. Cremos que neste aspeto a tutela jurisdicional efetiva seria melhor assegurada se o pedido de medidas provisórias também pudesse ser apresentado previa ou preliminarmente ao processo principal, desde que este devesse ser instaurado dentro de um determinado prazo a contar da propositura daquele. Casos haverá em que a urgência em obter proteção cautelar nem sempre se compaginará com a propositura simultânea do instrumento principal, na medida em que esta exigirá o carreamento para o processo de um maior número de elementos de facto, de prova e de direito.

Parece evidente que os pedidos de medidas provisórias de natureza cautelar serão extemporâneos se forem deduzidos depois de os processos principais já terem sido julgados¹²¹³. Igual vício caracterizará os pedidos apresentados depois de finda a fase escrita do processo e após o encerramento da discussão oral do mérito dos processos principais, ou seja, no momento em que o tribunal tenha já iniciado as deliberações sobre a decisão final a proferir¹²¹⁴; tal ilação extrai-se de decisões cautelares que, não somente, ver-se-iam coartadas de efeito prático ou útil, como poderiam ser interpretadas como uma antecipação das decisões do tribunal sobre o mérito dos processos principais.

3. O decretamento de providências cautelares fundadas no direito da União Europeia pelos órgãos jurisdicionais nacionais e a tutela jurisdicional efetiva

Cumpra agora abordar a competência das jurisdições nacionais, cujos tribunais além de aplicarem o respetivo direito interno se afiguram como órgãos comuns de aplicação do direito da UE, para a concessão de proteção judicial provisória de natureza cautelar com vista à salvaguarda de pretensões de índole subjetiva reconhecidas neste ordenamento. A relevância da temática para a tutela jurisdicional efetiva de situações jurídicas subjetivas (direitos e interesses) é evidente. Normalmente, a proteção provisória de natureza cautelar que se encontra a cargo dos órgãos inseridos naquelas jurisdições consiste na suspensão de medidas nacionais de execução do direito da UE, a qual pode ter na base dois cenários: por um lado, pode o ato de direito da União que lhes serve de base ser inválido¹²¹⁵; por outro, podem tais medidas ser inválidas a luz da correta interpretação do direito da UE¹²¹⁶.

¹²¹³ Assim Eberhard GRABITZ e Meinhard HILF (eds.), *Kommentar...*, cit., na anotação ao artigo 243.º do TCE.

¹²¹⁴ Neste sentido João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 530.

¹²¹⁵ Note-se que aqui também acaba por se verificar a suspensão, a título cautelar, da própria norma da UE, uma vez que a respetiva aplicação cabe às autoridades nacionais e o controlo jurisdicional dessa aplicação compete aos tribunais nacionais. Nestes casos, exigir-se-á do órgão jurisdicional nacional a colocação da inerente questão

3.1. A problemática em torno da competência dos tribunais dos Estados membros no decretamento de medidas cautelares baseadas no direito da União

Vimos já que o reenvio prejudicial, instrumento de cooperação entre o TJ¹²¹⁷ e os órgãos jurisdicionais nacionais com vista a assegurar a correta aplicação e a interpretação uniforme do direito da UE, encontra-se desprovido de aptidão para que no seu âmbito sejam decretadas as medidas cautelares previstas nos artigos 278.º e 279.º do TFUE. Com efeito, estes normativos não visam o processo das questões prejudiciais, atualmente previsto no artigo 267.º do mesmo Tratado, o qual se funda numa nítida separação de funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o TJ e onde este apenas dispõe de competência para se pronunciar, em termos que retomaremos, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade das normas europeias de direito derivado. Não obstante e por outro lado, o reenvio prejudicial apresenta-se como um instrumento imprescindível no quadro do decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar fundadas no direito da UE pelos tribunais nacionais¹²¹⁸.

Subjacente ao processo das questões prejudiciais está um outro processo que se encontra a ser tramitado num órgão jurisdicional nacional e no qual está em causa a aplicação de normas da UE¹²¹⁹; não se tratando o primeiro de um processo contencioso devido a ausência de litígio, ele encontra-se subjacente ao processo pendente no tribunal nacional do reenvio, sendo a resolução do mesmo da competência exclusiva deste. Daqui decorre que os processos judiciais nacionais onde se discuta a aplicação do direito da UE não se afiguram adequados à aplicação das medidas provisórias de natureza cautelar previstas no TFUE, antes de mais, porque tais processos são tramitados e julgados nos tribunais internos e a concessão daquelas providências insere-se na competência dos órgãos jurisdicionais que integram o TJUE.

Contudo, tal não significa, sob pena de violenta desconsideração das exigências decorrentes da tutela jurisdicional efetiva, que esses processos estejam excluídos de proteção

prejudicial de validade ao TJ. Até à resposta que este der, a eficácia da norma europeia fica, no caso concreto *sub judice*, suspensa.

¹²¹⁶ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 588; também Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 479, nota de rodapé 1259; cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, pp. 939 e 940.

¹²¹⁷ Muito embora o artigo 267.º do TFUE se refira ao TJUE, a verdade é que o TG, não obstante a redação do n.º 3 do artigo 256.º do TFUE, continua, por ausência de disposição de concretização desta constante do Estatuto do TJUE, desprovido desta competência; o TFP pura e simplesmente não dispõe de poderes para este tipo de processo.

¹²¹⁸ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 588.

¹²¹⁹ Portanto, no fundo são as suas normas, em abstrato constantes das mais variadas fontes (desde o direito primário ao secundário, passando pela jurisprudência), de direito substantivo que fornecerão o critério material de resolução do litígio *sub judice* no tribunal nacional.

jurisdicional provisória fundada no direito da União¹²²⁰. Simplesmente, sendo os tribunais nacionais os *órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da UE* e dispondo eles de uma competência exclusiva para a resolução dos litígios subjacentes aos mesmos, também serão eles os únicos entes jurisdicionais com competência (igualmente reservada, portanto) para a aplicação de medidas provisórias baseadas na ordem jurídica da União¹²²¹.

Na verdade, no que respeita às medidas provisórias de natureza cautelar, o TJ já por diversas ocasiões declarou, em expresse ainda que implícito apelo à tutela jurisdicional efetiva, que compete aos órgãos jurisdicionais nacionais garantir, em homenagem e em cumprimento do princípio da cooperação leal (ou da lealdade comunitária)¹²²² hoje consagrado no n.º 3 do artigo 4.º do TUE, a proteção jurídica decorrente para os particulares do efeito direto das disposições do direito da UE¹²²³. Em especial, resulta de jurisprudência firmada do TJ que do direito da União decorre a possibilidade de **os tribunais nacionais concederem providências cautelares fundamentadas naquele direito quando lhes sejam submetidos pedidos dessa natureza**.

Esta possibilidade pode gerar um problema interessante na medida em que as ordens jurídicas internas podem desconhecer ou não prever determinados instrumentos contenciosos de tutela provisória e cautelar que existem na ordem jurídica da UE¹²²⁴ contemplados pelo artigo 279.º do TFUE, apesar de este último, à primeira vista, se encontrar configurado para o decretamento de medidas cautelares pelas jurisdições do TJUE e não pelas jurisdições nacionais. Trata-se de uma questão que se suscita com particular acuidade nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros (como a França) onde, devido (i) à predominância da ideia de "privilégio de interesse público" e (ii) à matriz objetivista do respetivo contencioso administrativo baseado na tutela da legalidade, tiveram de ocorrer alterações verdadeiramente estruturantes de forma a alcançar-se uma compatibilidade do respetivo sistema administrativo com as exigências da tutela jurisdicional efetiva decorrentes do ordenamento jurídico administrativo da UE¹²²⁵.

Pense-se, também, na situação do contencioso administrativo português tal como existiu até ao início da vigência do CPTA de 2002. Na verdade, durante esse período a tutela jurisdicional efetiva, perspetivada apenas para a proteção de direitos e interesses que a ordem

¹²²⁰ Portanto, da mesma forma que os tribunais nacionais podem ser convocados para o decretamento de medidas cautelares fundadas no respetivo direito interno (entre nós *vide* os artigos 362.º a 409.º do novo CPC e os artigos 112.º a 134.º do CPTA), também poderão ser mobilizados para decretar providências com a mesma natureza mas baseadas no direito da UE.

¹²²¹ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 693.

¹²²² O qual, genericamente, vincula os Estados membros a absterem-se da adoção de comportamentos que sejam suscetíveis de comprometer a realização dos objetivos previstos nos Tratados.

¹²²³ Cfr. os já citados acórdãos FACTORTAME, n.º 19; KOFISA ITALIA, n.º 47; e SIPLES, n.º 18. Este elenco pode ser completado pelos arestos referidos nos mencionados números daqueles.

¹²²⁴ Cfr. Patrícia FRAGOSO MARTINS, *Da Proclamação...*, *cit.*, pp. 181 e 182.

¹²²⁵ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA, *La Justicia...*, *cit.*, pp. 362 e ss; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, pp. 690 e 691; Miguel PRATA ROQUE, *op. cit.*, pp. 954 e 955.

jurídica interna atribuía aos particulares perante a administração - desconsiderando, portanto, as pretensões de natureza subjetiva atribuídas aos referidos sujeitos pela ordem jurídica comunitária - deixava muito a desejar, ilação que se extraía especialmente do regime jurídico relativo à tutela jurisdicional provisória. Isto porque, no regime que vigorou no quadro da LPTA de 1985 não se previa a possibilidade de os particulares requererem aos tribunais administrativos o decretamento de outras providências cautelares para além da suspensão provisória da eficácia dos atos administrativos, instrumento processual que ainda assim surgia num capítulo¹²²⁶ onde, sob a epígrafe "*meios processuais acessórios*", se enfatizava não a sua natureza cautelar, mas antes a respetiva dependência face a um meio processual principal (*in casu*, o recurso contencioso interposto contra o ato).

Apesar de a doutrina¹²²⁷ atribuir a natureza de providência cautelar à "*suspensão da eficácia dos atos*" prevista nos artigos 76.º a 81.º da LPTA, o certo é que, ressalvada essa exceção, era praticamente inexistente a possibilidade de se requerer aos tribunais administrativos o decretamento de tal tipo de providências. Tal aspeto em muito contrasta com o atual regime, eloquentemente previsto na alínea m) do n.º 2 do artigo 2.º do CPTA, cuja epígrafe é "*tutela jurisdicional efetiva*", onde se prevê a possibilidade de se obter dos tribunais administrativos as "*providências cautelares adequadas para assegurar o efeito útil da decisão*"¹²²⁸. Em tal matéria, objeto de densificação nos artigos 112.º e seguintes do CPTA, é pois visível uma aproximação ou convergência do direito administrativo português face ao direito da UE e vislumbra-se uma europeização do regime nacional.

Se é certo que o panorama do contencioso administrativo que vigorou em Portugal até à entrada em vigor do CPTA tem um interesse sobretudo histórico, não menos certo é que o problema permanece atual relativamente ao Tribunal Constitucional português. Conhecidas que são as limitações com que os particulares se confrontam no acesso à jurisdição deste, circunscrito ao contexto do controlo sucessivo, concreto e difuso da constitucionalidade das normas previsto no artigo 280.º da CRP, pode-se colocar a questão atinente à possibilidade de um particular requerer, a título cautelar, ao Tribunal Constitucional português a suspensão provisória da vigência de um ato legislativo interno que se afigure contrário ao direito da UE¹²²⁹. Este problema é particularmente sensível em Estados membros (como o Reino Unido; ou até 2008 a França) onde as respetivas ordens jurídicas internas não reconhecem aos juízes o poder de

¹²²⁶ O qual contemplava ainda dois processos de intimação e um outro de produção antecipada de prova.

¹²²⁷ Cfr. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, Vol. IV, Lisboa, 1988, p. 305; João CAUPERS e João RAPOSO, *Contencioso Administrativo anotado e comentado*, Lisboa, 1996, p. 176.

¹²²⁸ Cfr. Mário AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª Ed, Coimbra, 2004, pp. 16 e 288 e ss.

¹²²⁹ Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 939.

acederem diretamente à Constituição quando pretendam recusar a aplicação de atos legislativos que a contrariem.

De igual forma e por maioria de razão, poderão os tribunais comuns (administrativos e judiciais) ser confrontados com pedidos de suspensão provisória, a título cautelar, da *aplicação* de atos regulamentares¹²³⁰ e/ou legislativos¹²³¹ aplicáveis aos pleitos *sub judice* por serem contrários ao direito da UE¹²³².

Em suma, poder-se-ão levantar vários problemas resultantes de os ordenamentos jurídicos processuais nacionais não preverem a possibilidade de decretamento, ora pelos tribunais comuns ora pelos tribunais constitucionais, de medidas de tutela jurisdicional provisória e cautelar com vista à salvaguarda de direitos e interesses conferidos aos particulares pelas normas dos respetivos direitos internos. O cerne da questão reside em saber como devem tais órgãos decidir os pedidos de decretamento de medidas cautelares que, não se encontrando consagrados no direito interno, existem apenas na ordem jurídica europeia. Sucedendo, porém, que o particular faz uso desses pedidos com vista a proteger pretensões de natureza subjetiva previstas em normas de direito da União.

Ora, como resolver situações deste tipo? Deverão os tribunais nacionais decretar providências cautelares previstas apenas no ordenamento da União, isto é, não previstas no direito processual interno, com o objetivo de proteger os direitos e interesses conferidos aos particulares pela ordem jurídica europeia? Ou, ao invés, não deverão os órgãos jurisdicionais nacionais decretar tais medidas cautelares, uma vez que as respetivas normas adjetivas nacionais não preveem tal possibilidade, ou seja, regendo-se relativamente aos direitos e interesses conferidos pela ordem jurídica da UE pela mesma bitola pela qual se pautam no que concerne aos direitos e interesses que lhes são atribuídos pela ordem nacional?

A primeira possibilidade não deixará de colocar os órgãos jurisdicionais nacionais, com especial destaque para os que se inserem nas jurisdições constitucionais, na situação incómoda decorrente de os direitos e interesses atribuídos aos particulares pela ordem jurídica da UE gozarem de mais tutela jurisdicional comparativamente àquela que é conferida aos direitos e

¹²³⁰ Quando a estes, o artigo 130.º do CPTA prevê expressamente a suspensão, circunscrita ao caso concreto, da eficácia de normas com efeitos imediatos e sem dependência de atos administrativos ou judiciais de aplicação.

¹²³¹ Relativamente a estes, a tutela jurisdicional efetiva do direito da UE exige uma resposta afirmativa, devendo o juiz nacional suspender a *aplicação* (não a vigência, cuja suspensão se encontra reservada para o Tribunal Constitucional) de uma norma legislativa interna, contrária ao direito da União, com efeitos circunscritos ao caso concreto. O procedimento cautelar adequado para a obtenção de tal tipo de decisão será o *comum* regulado nos artigos 362.º a 376.º do novo CPC.

¹²³² Assim sucedeu no âmbito do caso FACTORTAME, no qual a *Divisional Court* (tribunal de primeira instância do Reino Unido) da *Queen's Bench Division* suspendeu a instância e submeteu ao TJ um pedido prejudicial, ordenando a título cautelar a suspensão da aplicação da Parte II do *Merchant Shipping Act*, de 1988, aos armadores demandantes na ação instaurada no tribunal britânico do reenvio.

interesses atribuídos aos mesmos sujeitos pelo direito interno¹²³³. Na verdade, com o objetivo de tutelar situações jurídicas reguladas por normas europeias, os tribunais nacionais lançarão mão de medidas cautelares oriundas da ordem jurídica da União, sendo que os mesmos órgãos jurisdicionais já não se poderão socorrer de tais medidas com o objetivo de salvaguardar situações jurídicas disciplinadas exclusivamente pelo direito nacional uma vez que este não as prevê. Seja como for, é inquestionável que a tutela jurisdicional efetiva do direito da UE é incomensuravelmente melhor prosseguida com este cenário¹²³⁴.

Acresce que os tribunais nacionais foram investidos neste poder pelo TJ que mais não fez do que retirar tal prerrogativa do espírito do Tratado de Roma, pelo que é este (portanto, os próprios Estados membros) quem legitima e obriga os órgãos jurisdicionais estaduais a esse tipo de atuação. Seria contrário ao princípio da cooperação leal e até aberrante estender às pretensões que decorrem do direito da União os défices de tutela jurisdicional que por ventura existam no estrito âmbito dos ordenamentos internos pelo facto de os tribunais nacionais serem os aplicadores do direito da UE no espaço dos Estados membros o que fazem mediante os instrumentos adjetivos previstos nos ordenamentos internos¹²³⁵. Com Jónatas MACHADO, diremos que "*os tribunais nacionais devem ser razoavelmente criativos na falta de legislação adequada. O princípio da protecção jurisdicional efectiva perderia uma boa parte de conteúdo útil se os tribunais nacionais tivessem que ficar à espera da aprovação da necessária legislação nacional*"¹²³⁶.

Esgrimir-se-á que o princípio da autonomia processual dos Estados membros poderia obstaculizar uma solução *dualista* daquele tipo. O argumento não colhe uma vez que, como vimos, o referido princípio é enquadrado pelos princípios da efetividade e da equivalência. Ora, do primeiro decorre o dever de o direito adjetivo interno garantir aos particulares a presença de instrumentos processuais adequados a salvaguardar os direitos e interesses que lhes foram conferidos pelo ordenamento jurídico da União; o segundo proíbe o direito adjetivo interno de ser menos eficaz no que tange à salvaguarda jurisdicional de direitos e interesses conferidos aos particulares pelo direito da UE do que em relação à proteção de posições subjetivas radicadas no direito interno, sem, contudo, se opor a que o direito da UE vá mais além do que as ordens jurídicas internas na tutela jurisdicional de situações que se fundam naquele ordenamento¹²³⁷.

¹²³³ Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, pp. 939 e 940.

¹²³⁴ Assim também Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 918, invocando o princípio geral do direito da UE relativo à tutela jurisdicional efetiva. Em sentido idêntico, Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 473, apelando àquele e também ao princípio da cooperação leal.

¹²³⁵ No mesmo sentido Maciej TABOROWSKI, *op. cit.*, p. 628.

¹²³⁶ Cfr. *Direito da União...*, *cit.*, p. 473.

¹²³⁷ Cfr. Paul CRAIG e Gráinne DE BÚRCA, *EU Law...*, *cit.*, p. 236.

Da eventual prevalência do segundo cenário adviriam evidentes e sérios prejuízos para a tutela jurisdicional efetiva decorrente do direito da UE.

Acresce que a duplicidade de instrumentos processuais de proteção judicial provisória a decretar pelos tribunais nacionais, bem como das próprias medidas desta natureza, variando em função de a situação jurídica merecedora de tutela cautelar se fundar no direito da UE ou no direito nacional, poderá ter ainda o mérito de impulsionar os legisladores nacionais a modelarem os respetivos ordenamentos internos à imagem da ordem jurídica da UE, mais garantística, operando uma europeização daqueles, dessa forma se incrementando a tutela jurisdicional efetiva no âmbito do próprio direito interno¹²³⁸.

Já na parte anterior deste trabalho tivemos ocasião de referir que os órgãos jurisdicionais nacionais, quando intervêm enquanto tribunais da União, não dispõem necessariamente dos mesmos poderes que detêm quando atuam na qualidade de órgãos de aplicação dos respetivos direitos internos¹²³⁹. O domínio das providências cautelares é um dos que melhor evidencia este aspeto. Em rigor, da jurisprudência SIMMENTHAL III já resultava, ainda que implicitamente, que os tribunais nacionais, como órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da UE, podem, para além de desaplicarem normas nacionais contrárias a este, suspender cautelar e provisoriamente a aplicação de atos ou normas¹²⁴⁰ de direito interno aos litígios que têm o dever de dirimir por aparentemente se afigurarem contrários ao referido ordenamento. Só assim as disposições europeias poderão produzir a plenitude dos seus efeitos nas ordens jurídicas dos Estados membros desde o momento em que entram em vigor e até cessarem vigência, nomeadamente, como fonte imediata de direitos e obrigações tanto para esses Estados como para os particulares no âmbito de relações jurídicas regidas pelo direito da União. O dever dos juízes nacionais desaplicarem as normas nacionais contrárias ao direito da UE, enunciado no aresto referido, tendo em vista a aplicação integral deste, bem como a proteção dos direitos que o mesmo confere aos particulares, existindo no âmbito da apreciação e julgamento de processos principais e a título definitivo, por maioria de razão também poderá ocorrer provisoriamente e no âmbito do decretamento de medidas cautelares.

Este entendimento sai reforçado pela posição vertida pelo TJ no caso UNIBET, em cujo aresto referiu que *"o princípio da protecção jurisdicional efectiva dos direitos conferidos aos litigantes pelo direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que, em caso de dúvida*

¹²³⁸ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., pp. 26 e ss. Não será de excluir o surgimento de obstáculos oriundos do direito interno a este tipo de atuação dos tribunais nacionais. Por exemplo, em França, até à revisão constitucional de 2008, negava-se qualquer competência aos tribunais para recusarem a aplicação de leis nacionais, enquanto expressão máxima da soberania, mesmo que as considerassem contrárias à Constituição; o mesmo sucede ainda na Suécia e na Holanda.

¹²³⁹ Cfr. Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁴⁰ Chamemos as coisas pelos nomes: uma lei soberana aprovada por um parlamento democraticamente eleito, logo devidamente legitimado!

sobre a conformidade de disposições nacionais com o direito comunitário, a eventual concessão de medidas provisórias para suspender a aplicação das referidas disposições até que o órgão jurisdicional competente se pronuncie sobre a conformidade destas com o direito comunitário é regulada por critérios fixados pelo direito nacional aplicável nesse órgão jurisdicional, desde que esses critérios não sejam menos favoráveis do que os relativos a pedidos similares de natureza interna nem tornem impossível ou excessivamente difícil, na prática, a protecção jurisdicional provisória desses direitos"¹²⁴¹. Ou seja, ainda que remetendo para os critérios previstos no direito nacional, o Tribunal não deixou de prever a possibilidade de os órgãos jurisdicionais nacionais suspenderem a aplicação de normas nacionais contrárias às disposições do direito da UE.

3.2. A consagração do papel dos tribunais nacionais para o decretamento de providências cautelares fundadas no direito da União (a jurisprudência *Factortame*)

As doutrinas do primado, do efeito direto e da aplicabilidade direta do direito da UE deslocaram para a esfera interna dos Estados membros a necessidade sentida pelos destinatários daquele direito (*maxime* pelos particulares) de solicitar às jurisdições nacionais as providências cautelares adequadas e necessárias para assegurar a plena eficácia (ou o efeito útil), nas ordens jurídicas internas, das suas normas, requerendo nomeadamente a suspensão da *aplicação*¹²⁴² de um ato administrativo ou legislativo interno contrário ao direito da União¹²⁴³. Como já referimos inúmeras vezes, de acordo com a jurisprudência do TJ, é aos tribunais nacionais que compete garantir a protecção jurisdicional dos direitos que, por força daqueles princípios, decorrem para os particulares e das situações jurídicas reguladas pelo direito da UE.

A possibilidade de decretamento de providências cautelares pelos tribunais nacionais com fundamento no direito da UE encontra consagração expressa na pioneira jurisprudência

¹²⁴¹ Cfr. n.º 83.

¹²⁴² Menos líquida se afigura a possibilidade de se requerer a suspensão da vigência ante o Tribunal Constitucional português.

¹²⁴³ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 426.

FACTORTAME¹²⁴⁴, proferida no âmbito de uma questão prejudicial colocada ao TJ pela câmara alta do Parlamento britânico, a Câmara dos Lordes¹²⁴⁵.

Em causa estava a compatibilidade com o direito da UE de um ato legislativo interno - o *Merchant Shipping Act* - aprovado em 1988 que alterando um ato da mesma natureza de 1894, passou a exigir como condição para a obtenção de licença de navegação sob pavilhão britânico a nacionalidade bretã, tanto do proprietário, como do afretador, armador ou explorador dos navios de pesca¹²⁴⁶. Por força dessa modificação legislativa, a sociedade *Factortame Ltd.* e outras empresas suas associadas (cujo conjunto detinha 95 embarcações) ver-se-iam forçadas a deixar de pescar sob bandeira britânica em virtude de não reunirem aquele requisito, uma vez que se tratava de sociedades que muito embora estivessem sedeadas no Reino Unido, eram detidas por pessoas de nacionalidade espanhola.

A *Factortame Ltd.* e as suas associadas solicitaram à *Divisional Court* da *Queen's Bench Division*, por um lado, a declaração de incompatibilidade do *Merchant Shipping Act* de 1988 com o direito da UE, em especial, com o princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade, previsto no artigo 18.º do TFUE (ex-artigo 12.º do TCE e ex-ex-artigo 6.º do TCEE); por outro lado, requereram o decretamento da providência cautelar de suspensão temporária da aplicação daquele ato legislativo a si, até que fosse proferida a decisão final no processo principal, em virtude do sofrimento de um prejuízo irreparável caso esta medida não fosse ordenada. Tendo este pedido sido deferido pelo referido tribunal do Reino Unido, da decisão foi interposto recurso para a *Court of Appeal*, que considerou que nos termos do direito interno britânico os órgãos jurisdicionais não tinham o poder de suspender provisoriamente a aplicação das leis, anulando por isso a decisão da *Divisional Court*. Chegado novo recurso à mais alta instância jurisdicional do Reino Unido, a *House of Lords*, esta deparou-se com o seguinte dilema: de um lado, a procedência dos argumentos usados pela *Factortame* e suas associadas, que tinham demonstrado que sofreriam um dano irreparável caso a providência

¹²⁴⁴ Sobre ela vide Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, *La Sentencia Factortame (19 de Junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1990 (n.º 67), pp. 401 a 422. Ver também FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 693.

¹²⁴⁵ Com efeito, esta Câmara (através de parte dos seus membros: os *Law Lords*) atua, também (no âmbito do *Appellate Committee*), como Supremo Tribunal Britânico, funcionando como a última instância judicial do Reino Unido.

¹²⁴⁶ A nova lei nacional britânica sobre a navegação mercante criou um novo registo onde deveriam estar inscritas todas as embarcações de pesca do Reino Unido, incluindo as que já se encontravam matriculadas ao abrigo da anterior lei de 1894. Contudo, apenas as embarcações que obedecessem às condições previstas no artigo 14.º da lei de 1988 poderiam ser matriculadas no novo registo. Tal artigo exigia (i) que o proprietário do navio fosse britânico, (ii) que tal navio fosse explorado a partir do Reino Unido e a sua utilização dirigida e controlada a partir do mesmo território; e (iii) que o afretador, armador ou explorador fosse uma pessoa qualificada (por esta se entendendo um cidadão britânico, com residência e domicílio no Reino Unido) ou uma sociedade qualificada (isto é, constituída no Reino Unido, aí tendo a sua sede, sendo 75% do seu capital social detido por uma ou mais pessoas ou sociedades qualificadas e sendo pelo menos 75% dos administradores pessoas qualificadas).

cautelar não fosse concedida; do outro, a imposição do direito interno britânico de não conceder a medida cautelar requerida em homenagem a uma velha máxima que proibia a adoção de providências cautelares contra a Coroa, ou seja, contra o Governo, conjugada com a presunção de que as leis nacionais se encontram em conformidade com o direito da UE enquanto a incompatibilidade não tiver sido declarada. Daí que a Câmara dos Lordes tenha suspenso a instância para colocar ao TJ duas questões prejudiciais; a primeira foi relativa a saber se os tribunais britânicos, no âmbito dos litígios cuja resolução passe pela aplicação do direito da União, detinham o poder de decretar providências cautelares com fundamento no referido ordenamento contra a Coroa britânica, em especial existindo uma norma de direito nacional que se opunha a esse decretamento.

Inspirando-se no aresto SIMMENTHAL III, o TJ começou por recordar que "*seria incompatível com as exigências inerentes à própria natureza do direito comunitário qualquer disposição de uma ordem jurídica nacional ou qualquer prática legislativa, administrativa ou judicial, que tivesse como efeito diminuir a eficácia do direito comunitário por recusar ao juiz competente para aplicar esse direito o poder de fazer, no momento exacto dessa aplicação, tudo o que fosse necessário para afastar as disposições legislativas nacionais susceptíveis de obstar, ainda que temporariamente, à plena eficácia das normas comunitárias*"¹²⁴⁷. Seguidamente, inovando em relação àquela decisão, deu início à sua jurisprudência, hoje constante, relativa ao decretamento de providências cautelares pelos órgãos jurisdicionais nacionais no quadro dos litígios sujeitos à sua apreciação e nos quais está em causa a aplicação de disposições do direito da UE. Assim, acrescentou que "*a plena eficácia do direito comunitário seria igualmente afectada se uma regra de direito nacional pudesse impedir o juiz a que é submetido um litígio regulado pelo direito comunitário de conceder medidas provisórias para garantir a plena eficácia da decisão jurisdicional a tomar sobre a existência dos direitos invocados com base no direito comunitário. Daqui resulta que o juiz que, nessas circunstâncias, concederia providências cautelares se não encontrasse como obstáculo uma norma do direito nacional é obrigado a não aplicar essa norma*"¹²⁴⁸.

Aderindo às conclusões do Advogado-geral G. TESAURO, que invocou precisamente a tutela jurisdicional efetiva¹²⁴⁹, o TJ respondeu à questão prejudicial dizendo que a plena eficácia

¹²⁴⁷ Cfr. n.º 20 do acórdão. Nas suas conclusões, o Advogado-geral do processo, Giuseppe TESAURO, apelava ao efeito direto do direito da UE, que implica que as normas da União devem produzir todos os seus efeitos, de maneira uniforme, em todos os Estados membros, a partir da sua entrada em vigor e durante todo o período de vigência, bem como o inerente dever que o juiz nacional, enquanto juiz comum do direito da UE, tem de proteger os direitos subjetivos atribuídos aos particulares pelo direito da União (cfr. n.º 13).

¹²⁴⁸ Cfr. n.º 21. No mesmo sentido acórdão KOFISA ITALIA, já citado, n.º 49; SIPLES, também já citado, n.º 19.

¹²⁴⁹ Nas suas conclusões (n.º 15) o advogado-geral invocou, mais concretamente, o conceito de "*tutela jurisdicional completa e efetiva*" dos direitos subjetivos que se fundam no direito da UE, no sentido que a plena

das disposições de direito da UE no ordenamento jurídico interno obriga a que os tribunais nacionais ordenem providências cautelares sempre que tal se mostre necessário para prevenir lesões irreparáveis ou de difícil reparação de direitos subjetivos dos particulares que encontram fundamento no ordenamento da União, ainda que tal decretamento implique o afastamento de qualquer norma do direito nacional que obste ou dificulte esse decretamento¹²⁵⁰.

Segundo o Advogado-geral, a tutela cautelar tem precisamente por objetivo "*fazer com que o tempo necessário à determinação do direito não acabe por irreversivelmente esvaziar de conteúdo o próprio direito, tornando vãs as possibilidades de o exercer, em suma, de realizar o objectivo fundamental de qualquer ordem jurídica que é a efectividade da tutela jurisdicional*"¹²⁵¹. Ainda conforme G. TESAURO, "*na medida em que o juiz inglês (...) pode e deve dar, após a determinação, prevalência à norma comunitária «certa» e com efeito directo, em virtude do controlo de compatibilidade com o direito comunitário que é possível efectuar relativamente à lei britânica, deve igualmente poder garantir, em presença dos pressupostos necessários, a tutela cautelar dos direitos invocados com base em normas comunitárias «incertas» e negadas pela disposição nacional*"¹²⁵². Na justificação da resposta afirmativa à primeira questão prejudicial Giuseppe TESAURO sugeriu ao TJ que baseasse "*expressamente esse poder-dever do juiz nacional na exigência de tutela jurisdicional efectiva que se impõe tanto relativamente às normas comunitárias como às normas nacionais*".

Por outro lado, outra questão interessante que esta problemática suscita, igualmente relacionada com a tutela jurisdicional efetiva e que também foi objeto de discussão no âmbito daquele aresto, prende-se com os instrumentos processuais mediante os quais o juiz nacional deve atuar no sentido que lhe foi determinado pelo TJ.

Assim, importa acrescentar que, em homenagem ao *princípio da autonomia processual dos Estados membros*, quando um tribunal interno, atuando como órgão jurisdicional comum do ordenamento da UE, tenha o dever de conceder medidas provisórias de natureza cautelar necessárias a garantir a eficácia interna das normas europeias, é na ordem jurídica nacional - e não no ordenamento da União - que terá de encontrar as vias processuais adequadas à tutela

eficácia das disposições europeias que conferem tais direitos aos particulares passa pela possibilidade de decretamento, por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais, de providências cautelares adequadas à salvaguarda desses direitos de forma a assegurar a plena eficácia da futura decisão definitiva que os referidos órgãos venham a proferir.

¹²⁵⁰ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., p. 32; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, cit., p. 452; *Manual...*, cit., p. 533. De acordo com o advogado-geral, uma diferente solução implicaria uma traição a um princípio, há muito tempo consagrado pela teoria geral do direito: o princípio segundo o qual "*a necessidade de utilizar o processo para obter justiça não deve voltar-se contra quem tem razão*" (cfr. n.º 18).

¹²⁵¹ Cfr. n.º 18 das conclusões.

¹²⁵² Cfr. n.º 25 das conclusões, do qual também se extrai que privilegiar a lei nacional em detrimento da norma da UE apenas porque ainda não foi proferida a decisão definitiva sobre a sua incompatibilidade face a esta, pode equivaler a privar a norma europeia da tutela jurisdicional efetiva que ela deve ter durante todo o período em que se encontra em vigor.

jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos dos particulares consagrados em disposições europeias com efeito direto¹²⁵³. Neste âmbito, o direito da UE, em tributo ao *princípio da efetividade*, exige apenas que os instrumentos processuais existentes no direito nacional não sejam amputados de eficácia a ponto de inexistir qualquer mecanismo processual idóneo a assegurar aos particulares uma proteção jurisdicional efetiva¹²⁵⁴ e, como estabelecido no aresto SIMMENTHAL III, a garantir a plena eficácia do direito da UE nas ordens jurídicas internas.

Por outro lado, especificamente a propósito do processo de reenvio prejudicial, no acórdão FOTO-FROST, depois de alertar para a obrigatoriedade de qualquer órgão jurisdicional nacional¹²⁵⁵ submeter-lhe questões prejudiciais relativas à validade de disposições adotadas pelas instituições europeias, isto é, após esclarecer que a competência para declarar a invalidade das normas do direito da União é exclusivamente sua, o TJ também referiu que o juiz nacional dispõe de competência para adotar medidas provisórias¹²⁵⁶, *maxime* no quadro do reenvio de apreciação da validade. Nomeadamente, quando se confronte com dúvidas sobre a validade de um ato adotado por uma instituição europeia no qual se fundamenta um ato interno, pode o referido juiz nacional, excecional e temporariamente, suspender a aplicação do ato interno ou adotar outra medida provisória que lhe pareça adequada¹²⁵⁷.

Nesta medida, também será de conceber que o Tribunal Constitucional português, marcado por um acesso amplamente restrito para efeitos de obtenção de decisões que declarem com força obrigatória geral¹²⁵⁸ a inconstitucionalidade de normas jurídicas, seja confrontado com pedidos cautelares de suspensão provisória da *vigência* (e não somente da mera aplicabilidade a casos concretos) de atos legislativos internos alegadamente contrários ao direito da UE¹²⁵⁹ e desde que formulados pelas entidades que, nos termos do n.º 2 do artigo 281.º da CRP, disponham de legitimidade processual ativa para lhe requerer uma decisão daquele tipo¹²⁶⁰.

¹²⁵³ Cfr. acórdão REWE/HAUPTZOLLAMT KIEL (REWE IV), de 7 de julho de 1981, proc. 158/80, Rec. 1981, pp. 1805 e ss, n.º 44, no qual o TJ esclareceu que o então TCEE não criou novos mecanismos ou instrumentos processuais para utilizar no quadro da atuação dos tribunais nacionais destinada à proteção do direito comunitário, diferentes dos já existentes no direito interno de cada Estado membro. Ver também os n.ºs 13 e 30 das conclusões do advogado-geral Giuseppe TESAURO no caso FACTORTAME.

¹²⁵⁴ Ver as conclusões do Advogado-geral TESAURO formuladas no âmbito do já referido acórdão FACTORTAME.

¹²⁵⁵ Ou seja, contrariamente ao que decorre do teor literal do terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE, incluindo aqueles cujas decisões possam ser objeto de recurso previsto no direito interno.

¹²⁵⁶ Aliás, em sintonia com o esclarecimento do n.º 22 da jurisprudência FACTORTAME.

¹²⁵⁷ Ainda que, se o fizer, deva colocar a questão prejudicial de validade ao TJ, indicando os motivos pelos quais considera o ato da UE inválido. O tribunal nacional, porém, já dispõe de competência para rejeitar os fundamentos da invalidade que perante si sejam invocados.

¹²⁵⁸ Portanto, com efeitos *erga omnes*, no quadro do controlo sucessivo abstrato.

¹²⁵⁹ Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 939.

¹²⁶⁰ No plano puramente interno português J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, pp. 1007 e 1008, observa pertinentemente que inexistente cobertura constitucional para legitimar o Tribunal Constitucional português a "*adotar providências cautelares de suspensão provisória da eficácia de actos legislativos*", sugerindo a possibilidade daquele órgão recorrer à figura das providências cautelares para decretar a "*suspensão provisória com eficácia erga omnes*" das leis imediatamente exequíveis ou em que a execução surja

Por maioria de razão, poderá o mesmo Tribunal confrontar-se, no âmbito do processo de fiscalização da constitucionalidade previsto no artigo 280.º da CRP¹²⁶¹, com recursos de decisões dos tribunais comuns relativas a incidentes de inconstitucionalidade, interpostos por uma das partes dos inerentes processos principais, nos quais as questões incidentais apreciadas por aqueles órgãos jurisdicionais e objeto de recurso até ao Tribunal Constitucional consistam na suspensão da *aplicação*, a título provisório e cautelar, de normas nacionais a casos concretos e reais de vida por alegadamente se afigurarem contrárias ao direito da UE. Neste quadrante, não poderão os particulares pretender a suspensão da *vigência* de disposições nacionais que violem o direito da UE, uma vez que também não o podem requerer no contexto de um problema doméstico de alegada inconstitucionalidade, pois o acesso ao Tribunal Constitucional terá de respeitar os instrumentos previstos na CRP, em decorrência do princípio da *autonomia processual*; concomitantemente, os princípios da *equivalência* e da *efetividade* ficam salvaguardados através da primeira possibilidade e não saem molestados pela ausência da segunda.

Sem embargo da prudência que deve presidir ao exercício das funções de controlo da conformidade do direito interno face ao direito da UE, esta posição, imposta pela efetividade deste ordenamento, questiona o entendimento tradicional segundo o qual o Tribunal Constitucional português não fiscaliza inconstitucionalidades indiretas¹²⁶², isto é, violações mediatas à CRP por desrespeito imediato e direto de normas europeias (e internacionais), dado o primado destas em relação àquela.

Importa enfatizar ainda que no âmbito da tutela provisória de natureza cautelar os tribunais nacionais não dispõem de competência para suspender a vigência ou a aplicação dos atos da União (ou das instituições europeias); podem sim suspender as medidas nacionais que os

como possível, desde que as mesmas, além de auto-aplicativas, fossem objeto de impugnação por inconstitucionalidade. Ora, sendo certo que tal possibilidade não encontra previsão no sistema jurídico-constitucional português, não menos verdade é que existe margem para que o referido Tribunal suspenda a vigência de atos legislativos nacionais por se afigurarem contrários ao direito da UE. Apesar de não existir uma norma interna a prevê-lo (v. g. na CRP), tal possibilidade resulta da jurisprudência do TJ.

Em Itália, por exemplo, também não se reconhece expressamente aos juízes (dos tribunais judiciais, administrativos ou do Tribunal Constitucional) a faculdade de, a título cautelar, suspender a aplicação ou a vigência das leis. Aliás, como no sistema italiano, diferentemente do que sucede no português, não se reconhece competência ao juiz ordinário (judicial ou administrativo) para julgar inconstitucionais normas constantes de atos legislativos, o qual, por isso, deve remeter sempre a questão para a *Corte Costituzionale*, tanto a doutrina como a jurisprudência (incluindo a daquela *Corte*) maioritárias consideram possível, por um imperativo de tutela jurisdicional efetiva, a suspensão provisória (portanto, a título cautelar) da aplicação de leis alegadamente inconstitucionais a determinado caso concreto até à decisão do Tribunal Constitucional. Diferentemente, na Alemanha, o juiz constitucional pode, no contexto da *verfassungsbeschwerde* prevista no artigo 93.º I § (n.ºs 4a. e 4b.) da *GG*, suspender a título cautelar a aplicação da lei; idêntica competência dispõe o juiz ordinário, se bem que com o dever de remeter a questão para o Tribunal Constitucional (artigo 100.º, I § da *GG*). Vide Alejandro SAIZ ARNAIZ, *Constitutional Jurisdiction in Europe: Between Law and Politics*, in *MJ*, 1999 (Vol. 6; n.º 2), pp. 116 e 117.

¹²⁶¹ Ou seja, no âmbito do controlo sucessivo concreto, onde os efeitos das decisões positivas são *inter partes*.

¹²⁶² Assim Jorge MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *cit.*, p. 26.

executam ou aplicam. Naturalmente, uma medida cautelar decretada por determinado órgão jurisdicional nacional produzirá efeitos apenas no território do respetivo Estado, obrigando o particular a propor tantos procedimentos cautelares - acrescidos das inerentes ações principais - quantos os Estados membros onde pretenda ver a medida provisória decretada. Neste particular, não será de excluir que determinada medida provisória seja decretada em determinado Estado membro e noutro não¹²⁶³, o que pode comprometer a tutela jurisdicional efetiva tanto da objetiva legalidade europeia como, e sobretudo, dos direitos e interesses subjetivos dos particulares.

Por isso, deverão os Estados membros estudar a possibilidade de medidas cautelares ordenadas por tribunais domésticos mas fundadas no direito da UE valerem no espaço de toda a União, tendo em mente as matérias do mandado de detenção europeu, do título executivo europeu ou da desnecessidade de revisão e confirmação de sentenças sobre matéria civil como exemplos de sucesso de decisões judiciais proferidas num determinado Estado membro mas que, ao abrigo da cooperação judiciária na UE, extravasam as fronteiras do mesmo. A este propósito refira-se que se encontra em estudo uma iniciativa da Comissão no contexto da qual esta instituição propôs um regulamento da UE que prevê um procedimento, alternativo aos processos nacionais, com vista à obtenção de uma decisão europeia de arresto europeu de contas bancárias a fim de facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos nas matérias civil e comercial¹²⁶⁴.

3.3. A consolidação da competência dos tribunais nacionais para o decretamento de providências cautelares fundadas no direito da União (a jurisprudência *Zuckerfabrik*, *Atlanta* e *Unibet*)

A corrente jurisprudencial iniciada com o aresto FACTORTAME foi objeto de desenvolvimento e consolidação nos acórdãos ZUCKERFABRIK e ATLANTA¹²⁶⁵.

¹²⁶³ Nesta medida, a ausência de multiterritorialidade das decisões judiciais revela-se um fator que atenua as possibilidades de existência de uma *sociedade de risco*. Cfr. Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (tradução catelhana do original *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, de Jorge Navarro *et al.*), Barcelona, 2002, p. 52, para quem a multiterritorialidade crescente das decisões (não necessariamente judiciais), resultante da crescente sociedade mundial, contribui para aquele tipo de sociedade.

¹²⁶⁴ Cfr. COM (2011) 445 final. Na proposta prevê-se a possibilidade de um credor detentor de um direito de crédito que apresente uma dimensão transfronteiriça, isto é, cujos elementos pessoais ou patrimoniais se situem em mais de um Estado membro, obter a chamada "*DEAC (decisão europeia de arresto de contas)*" com vista a impedir o levantamento ou a transferência de fundos que o devedor detenha numa conta bancária no território da UE (cfr. n.º 1 do artigo 1.º). O Reino Unido e a Dinamarca negociaram um *opting out*, pelo que, caso tal regime venha a ser aprovado, manter-se-ão à margem de tal regime, dando o mesmo origem a uma cooperação reforçada entre os demais Estados membros.

¹²⁶⁵ Acórdão de 9 de novembro de 1995, proc. C-465/93, Col. 1995, pp. I-3781 e ss.

O citado acórdão ZUCKERFABRIK¹²⁶⁶ foi igualmente proferido na sequência de dois processos de questões prejudiciais submetidos ao TJ por dois órgãos jurisdicionais alemães¹²⁶⁷. Nas instâncias nacionais onde os reenvios foram despoletados as demandantes requereram a título cautelar e acessoriamente ao pedido principal de impugnação dos atos das autoridades alfandegárias alemãs que as afetavam, a suspensão provisória desses mesmos atos¹²⁶⁸. Os pedidos cautelares foram deferidos e, em consequência, foi ordenada a suspensão da eficácia dos atos administrativos impugnados. Nos processos principais, os tribunais alemães, confrontados com dúvidas relativamente à validade do regulamento comunitário que serviu de base jurídica para a adoção daqueles atos, colocaram, entre outras, as seguintes questões prejudiciais ao TJ: (i) a aplicabilidade direta dos regulamentos nos Estados membros, decorrente do segundo parágrafo do artigo 189.º do TCEE (posteriormente artigo 249.º do TCE e hoje artigo 288.º do TFUE), não exclui a possibilidade de os tribunais nacionais suspenderem, a título de tutela cautelar dos direitos dos particulares, a aplicação de atos administrativos internos que apliquem tais regulamentos até ser proferida decisão no processo principal? (ii) Em caso de resposta afirmativa, em que condições podem os tribunais nacionais garantir uma tutela provisória dos direitos dos particulares até ser proferida a decisão de mérito no processo principal? Essas condições ou critérios resultam do direito interno ou do direito comunitário?

Seguindo as conclusões do Advogado-geral LENZ, TJ respondeu perentóriamente à primeira questão esclarecendo que a aplicabilidade direta dos regulamentos europeus não é incompatível com o poder de os tribunais nacionais suspenderem a aplicação ou a execução de atos administrativos nacionais de aplicação dos mesmos¹²⁶⁹, contando que tal medida se mostra necessária para a proteção provisória dos direitos dos particulares. Compreende-se a resposta dada aos tribunais alemães do reenvio, uma vez que um entendimento diferente equivaleria à recusa de concessão de proteção provisória eficaz, incompatível com o artigo 19.º IV § da GG,

¹²⁶⁶ Sobre ele *vide* Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, *Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho Comunitario; la sentencia Zuckerfabrik del TJ de las CE de 21-2-1991*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1991 (n.º 72), pp. 538 e ss.

¹²⁶⁷ Em causa estava a apreciação da validade do Regulamento (CEE) n.º 1914/87, de 2 de julho, aprovado pelo Conselho, com base jurídica no então artigo 73.º do TCEE, cuja vigência caducou em 1 de janeiro de 1994 tendo sido revogado (à semelhança, aliás, dos então artigos 67 a 72.º do Tratado de Roma, os quais em conjunto com aquela integravam o Capítulo do TCEE respeitante aos capitais e aos pagamentos) pelo Tratado de Amesterdão. O referido Regulamento previa a constituição de quotas destinadas a reabsorver as perdas sofridas pela CEE no setor do açúcar durante o período de comercialização de 1986 e 1987. Em resultado da aplicação desse regulamento as autoridades alfandegárias germânicas exigiram a duas empresas alemãs produtoras de açúcar, a *Zuckerfabrik Süderdithmarchen* e a *Zuckerfabrik Soest*, o pagamento de avultadas quantias a pretexto daquela quotização. Tais empresas impugnaram contenciosamente, nos tribunais alemães competentes (respetivamente, Tribunal Financeiro de Hamburgo e o seu homólogo de Dusseldórfia), a validade dos atos administrativos de aplicação do referido regulamento, alegando a invalidade deste.

¹²⁶⁸ Isto porque, muito embora no direito administrativo alemão vigore o princípio geral segundo o qual o recurso contencioso de anulação produz efeito suspensivo sobre os atos administrativos impugnados, tal não se aplicava no caso em apreço.

¹²⁶⁹ Cfr. n.º 21 e resposta à primeira questão prejudicial colocada pelo *Finanzgericht Hamburg*.

que o direito constitucional germânico prevê no âmbito do ordenamento interno. Nas palavras do TJ, que implicitamente invocou o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o disposto no segundo parágrafo do atual artigo 288.º do TFUE "*não pode obstar à existência da tutela judicial a que as pessoas têm direito ao abrigo do direito comunitário. Quando a execução administrativa de regulamentos comunitários incumbe às instâncias nacionais, a tutela judicial garantida pelo direito comunitário comporta o direito de as pessoas contestarem, de forma incidental, a legalidade desses regulamentos perante o juiz nacional e de levar este a submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça*"¹²⁷⁰. Ainda segundo o Tribunal, no quadro do recurso de anulação, o artigo 278.º do TFUE confere ao recorrente a faculdade de pedir a suspensão da execução do ato impugnado e ao TJ a competência para decretá-la; pelo que a "*coerência do sistema de tutela provisória exige, portanto, que o juiz nacional possa igualmente decretar a suspensão da execução de um acto administrativo nacional baseado num regulamento comunitário cuja legalidade é posta em causa*"¹²⁷¹.

Consolidando a jurisprudência FACTORTAME, o Tribunal também enfatizou que o efeito útil do processo de reenvio prejudicial, hoje previsto no artigo 267.º do TFUE, implica que o órgão jurisdicional nacional que lhe submete questões prejudiciais de interpretação para poder decidir a questão da compatibilidade de uma lei nacional com o direito da UE, deve ter a possibilidade de decretar medidas provisórias e de suspender a aplicação da lei nacional em causa até que o TJ lhe responda às questões colocadas¹²⁷².

Numa lógica de *paralelismo* entre a tutela jurisdicional provisória decretada pelos órgãos que integram o TJUE e a tutela jurisdicional provisória ordenada pelos órgãos jurisdicionais nacionais quando aplicam direito da UE aos pleitos submetidos às suas jurisdições, referiu ainda que a tutela provisória assegurada por estes com base no ordenamento da União "*não pode variar consoante se discuta a compatibilidade de disposições do direito nacional com o direito comunitário ou a validade de actos comunitários de direito derivado, desde que, em ambos os casos, a impugnação se baseie no próprio direito comunitário*"¹²⁷³. Mais: a eventual impossibilidade de suspensão dos atos administrativos nacionais baseados em regulamentos europeus em virtude do surgimento de dúvidas sobre a validade destes seria violadora do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico da UE.

Daí que, em resposta à segunda questão prejudicial, o TJ tenha referido que a tutela cautelar decretada pelos órgãos jurisdicionais nacionais com base no direito da UE se funda no

¹²⁷⁰ Cfr. n.º 16.

¹²⁷¹ Cfr. n.º 18.

¹²⁷² Cfr. n.º 19, apoiado no n.º 22 do acórdão FACTORTAME.

¹²⁷³ Cfr. n.º 20.

próprio ordenamento da União (e não no direito nacional), dele constando os critérios pelos quais aqueles órgãos se regem na concessão de medidas provisórias de natureza cautelar.

Assim, pela primeira vez, o TJ enumerou dois requisitos cumulativos dos quais depende a concessão de tutela judicial provisória a decretar pelos tribunais nacionais com base no direito da UE, ou seja, como órgãos jurisdicionais comuns deste ordenamento, o mesmo é dizer como tribunais da UE em sentido funcional, nomeadamente, para suspenderem a eficácia ou a execução de atos administrativos nacionais impugnados cuja base jurídica residu num regulamento europeu.

Em primeiro, é necessário que os órgãos jurisdicionais nacionais se deparem com "*sérias dúvidas*" sobre a validade dos regulamentos que serviram de base à adoção dos atos nacionais de execução impugnados e objeto da medida cautelar de suspensão de eficácia¹²⁷⁴. Este requisito, no fundo, prende-se com a observância do pressuposto adjetivo geral da decretação das providências cautelares designado de *fumus boni iuris*, isto é, a aparência do bom direito. Nessa medida, aqueles órgãos deverão suscitar o incidente das questões prejudiciais nos próprios processos cautelares, caso não o tenham já feito nos processos principais, questionando o TJ sobre a validade dos referidos regulamentos. Em segundo lugar, os órgãos jurisdicionais nacionais apenas podem decretar, a título cautelar, medidas que sejam provisórias, o que só ocorre quando o TJ ainda não se pronunciou, numa competência que é exclusivamente sua, sobre validade dos ditos regulamentos¹²⁷⁵.

Quanto aos demais requisitos o TJ remeteu para as regras processuais estabelecidas nos direitos nacionais, em claro reconhecimento do princípio da autonomia processual. Não obstante, antevedendo variações entre os vários regimes internos, suscetíveis de comprometer a aplicação uniforme do direito da União, o Tribunal ressaltou que a uniformidade aplicativa é uma exigência fundamental da ordem jurídica europeia, pelo que, podendo existir regimes distintos em matéria de apresentação e instrução dos pedidos de medidas provisórias, os requisitos de concessão devem ser idênticos¹²⁷⁶.

Procedendo a um novo paralelismo entre a suspensão da execução dos atos da UE impugnados prevista no artigo 278.º do TFUE, conjugada com o recurso de anulação constante

¹²⁷⁴ De acordo com o TJ, "*uma medida de suspensão da execução de um ato impugnado só pode ser tomada se as circunstâncias de facto e de direito invocadas pelos requerentes criarem no órgão jurisdicional nacional a convicção de que existem sérias dúvidas acerca da validade do regulamento comunitário em que se baseia o acto administrativo impugnado. Só a possibilidade de uma declaração de invalidade, reservada ao Tribunal de Justiça, pode, efectivamente, justificar a concessão da suspensão*" (n.º 23).

¹²⁷⁵ Segundo as palavras empregues "*a suspensão da execução deve manter carácter provisório. O órgão jurisdicional nacional, quando decide em processos de medidas provisórias, só pode, portanto, decretar a suspensão desde que o Tribunal de Justiça ainda não se tenha pronunciado sobre a questão da validade. Assim, incumbe-lhe remeter essa questão a este Tribunal, expondo os fundamentos de invalidade que lhe parece deverem ser acolhidos, excepto se ao Tribunal já tiver sido submetida a mesma questão*" (cfr. n.º 24).

¹²⁷⁶ Cfr. n.ºs 25 e 26.

do artigo 263.º do mesmo Tratado, e a suspensão da execução de atos administrativos nacionais de aplicação de regulamentos europeus cuja validade é questionada, o TJ referiu também que os órgãos jurisdicionais nacionais apenas devem decretar a suspensão destes nas condições que estão estabelecidas para o TJ no que tange aos processos de medidas provisórias.

Desta forma, exigiu que se verificasse também o requisito relativo ao *periculum in mora*, isto é, à urgência na concessão de medidas provisórias de natureza cautelar, nomeadamente, na suspensão da execução dos atos administrativos nacionais que apliquem regulamentos da UE cuja validade foi colocada em causa, no sentido de que apenas mediante as mesmas, *in casu* a suspensão da execução ou da eficácia, se consegue evitar que o requerente sofra um prejuízo grave e irreparável; tal implica que tais medidas apenas podem ser decretadas antes da decisão de mérito relativa ao processo principal¹²⁷⁷.

Finalmente, impõe-se ainda uma ponderação adequada dos interesses que a UE veja afetados pelo decretamento da medida urgente solicitada¹²⁷⁸.

Em síntese, o TJ respondeu à segunda questão prejudicial da seguinte forma: "*A suspensão da execução de um acto nacional adoptado em execução de um acto comunitario só pode ser concedida por um órgão jurisdicional nacional se esse órgão tiver sérias dúvidas quanto à validade do acto comunitário e se, no caso de a questão da validade do acto impugnado não ter sido ainda submetida à apreciação do Tribunal de Justiça, esse mesmo órgão lha reenviar, se houver urgência, se o requerente correr o risco de sofrer um prejuízo grave e irreparável e se esse órgão jurisdicional tomar em devida conta o interesse da Comunidade*".

Com uma jurisprudência desta craveira não deixará de existir alguma ironia no facto de o TJ ter respondido à questão central, relativa à invalidade do Regulamento (CEE) n.º 1914/87, no sentido de não vislumbrar quaisquer razões para que a validade do mesmo fosse questionada.

Valioso contributo para este ponto foi ainda o oferecido pelo aludido aresto ATLANTA, igualmente proferido num processo de respostas do TJ a questões prejudiciais colocadas por um tribunal administrativo alemão, suscitado em torno da validade do Regulamento (CEE) n.º 404/93, do Conselho, de 13 de fevereiro de 1993. Este ato normativo teve por objeto a organização comunitária do mercado no setor das bananas produzidas em países terceiros, criando um regime comum de importação que uniformizou os diferentes regimes nacionais que

¹²⁷⁷ Cfr. n.ºs 27 e 28.

¹²⁷⁸ A este propósito o TJ investiu os órgãos jurisdicionais nacionais no dever de assegurar a plena eficácia das normas do direito da União, pelo que em caso de dúvidas sobre a validade dos regulamentos europeus devem aqueles tomar em conta o interesse que a UE tem em que esses atos normativos não sejam afastados sem garantias prévias; nomeadamente, os juízes nacionais devem verificar se com a suspensão da eficácia dos atos nacionais de execução os regulamentos desprovidos de aplicação imediata não ficam privados de qualquer efeito útil; por outro lado, quando a suspensão da eficácia dos atos nacionais for suscetível de causar risco financeiro para a UE podem os tribunais nacionais exigir dos requerentes da medida provisória a prestação de garantias suficientes, como a caução (vide n.ºs 30 a 32).

proliferaram até aí. Dos atos administrativos nacionais de aplicação do regulamento à *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* e a dezassete empresas do mesmo grupo decorria uma redução significativa das respetivas quotas de importação, razão pela qual a sociedade *Atlanta* impugnou-os contenciosamente, requerendo ao Tribunal Administrativo de Francoforte a declaração de nulidade dos mesmos devido a uma alegada invalidade do regulamento comunitário que lhes deu base. Simultaneamente e a título cautelar, a *Atlanta* peticionou ao mesmo órgão jurisdicional nacional que ordenasse à autoridade administrativa recorrida a emissão provisória das licenças de importação.

No que tange ao processo principal, o *Verwaltungsgericht Frankfurt* colocou ao TJ a questão prejudicial relativa à validade do regulamento europeu em apreço.

Já no que respeita ao procedimento cautelar, o tribunal nacional alemão, invocando o IV § do artigo 19.º da *GG*, que prevê o princípio da tutela jurisdicional, decretou a medida urgente requerida¹²⁷⁹, muito embora também neste processo tenha submetido à apreciação do TJ outras questões prejudiciais, nomeadamente, a de saber se os tribunais nacionais, para acautelar a proteção de direitos subjetivos atribuídos pelo direito da UE e molestados por atos administrativos internos, têm competência para ordenar providências cautelares de natureza **positiva** que tornem provisoriamente inaplicável o regulamento europeu que serviu de base àqueles atos¹²⁸⁰. Mais concretamente: "*um tribunal nacional que tem grandes dúvidas sobre a validade de determinado regulamento (...) tendo (...) submetido a questão ao Tribunal de Justiça (...) para decisão a título prejudicial, pode em medida cautelar relativa a acto administrativo de autoridade nacional, praticado com base no regulamento que foi objecto do pedido prejudicial, regular ou dar uma determinada conformação provisória às situações ou relações jurídicas em causa, até que o Tribunal de Justiça se tenha pronunciado sobre o pedido que lhe foi submetido?*".

Em caso afirmativo, em que condições pode o tribunal nacional adotar medidas cautelares fundadas no direito da União? Acrescentando ainda "*será necessário, ao ponderar as referidas condições, distinguir entre medidas cautelares destinadas a assegurar uma situação jurídica já existente e destinadas a criar uma nova situação jurídica?*". Portanto, de alguma forma, o tribunal alemão questionava se o âmbito das medidas cautelares fundadas no direito da UE se

¹²⁷⁹ Note-se que o tribunal do reenvio acaba por fundamentar a medida cautelar decretada, não no direito da UE, mas no direito interno alemão, mais concretamente, na própria Lei Fundamental de Bona. Segundo ele, caso não lhe fosse reconhecida competência para ordenar a referida medida, a qual visava proteger os particulares de atos administrativos nacionais fundados no direito da União, ver-se-ia forçado a submeter ao *BVerfG* a questão da compatibilidade da lei nacional de aprovação do TCEE com o 4 § do artigo 19.º da *GG*.

¹²⁸⁰ Atente-se que por contraposição ao caso *ZUCKERFABRIK*, onde estava em causa a suspensão da eficácia de atos administrativos internos que executam ou aplicam regulamentos da UE cuja validade é questionada, ou seja, uma injunção de natureza negativa, de alguma forma inspirada no artigo 278.º do TFUE, neste estava, em causa medidas provisórias traduzidas em injunções de índole positiva, em certa medida baseada no normativo seguinte.

estendia às providências *antecipatórias* ou se apenas abrangia as medidas *conservatórias*. Naturalmente, a tutela jurisdicional efetiva é melhor garantida quanto maiores forem tanto a abrangência das situações suscetíveis de beneficiar de tutela cautelar como o âmbito deste tipo de proteção jurisdicional.

No acórdão, o TJ começou por relembrar as suas anteriores decisões sobre a matéria, sobretudo o acórdão ZUCKERFABRIK, reiterando que quando a execução de regulamentos europeus compete aos órgãos das administrações nacionais, a tutela jurisdicional conferida pelo direito da UE abrange o direito de os particulares impugnarem, incidentalmente, a legalidade daqueles atos perante os tribunais nacionais e de levar estes órgãos a colocarem questões prejudiciais ao TJ. Tal direito ficaria comprometido se os particulares não pudessem, reunidos certos pressupostos, obter uma decisão de suspensão, no que a esses particulares concerne, dos efeitos do regulamento em causa, equiparada, aliás, à constante do artigo 278.º do TFUE¹²⁸¹.

Seguidamente e inovando, trouxe à colação um **princípio de paralelismo** entre a proteção cautelar que o próprio TJ tem competência para conceder ao abrigo do atual artigo 279.º do TFUE e a tutela do mesmo género que os órgãos jurisdicionais nacionais estão autorizados a conferir a direitos subjetivos provenientes ou reconhecidos pelo ordenamento da UE. Desta forma, na exata medida em que aquele dispositivo habilita os órgãos integrantes do TJUE a conceder todas "*as medidas provisórias necessárias*", também os tribunais nacionais dispõem de competência para ordenar quaisquer providências cautelares exigíveis¹²⁸² a acautelar direitos subjetivos e situações jurídicas decorrentes do direito da UE¹²⁸³. Segundo o TJ, a tutela provisória resultante do direito da UE que os tribunais nacionais devem garantir aos particulares não pode variar em virtude de se tratar da suspensão da execução de um ato administrativo nacional de execução de um regulamento europeu ou da concessão de outras medidas provisórias de natureza cautelar destinadas a corrigir ou a regulamentar em benefício dos particulares situações ou relações jurídicas controvertidas¹²⁸⁴.

¹²⁸¹ Cfr. n.ºs 20 a 22.

¹²⁸² O que é aferido através do preenchimento das condições estabelecidas no acórdão ZUCKERFABRIK.

¹²⁸³ É interessante assinalar que por força desta jurisprudência alguns órgãos jurisdicionais nacionais como os tribunais administrativos portugueses passaram a dispor, no quadro da proteção provisória de direitos subjetivos fundados no direito da UE, de uma competência cautelar que se caracterizou por ser bem mais abrangente e garantística do que a sua homóloga existente no direito administrativo interno para a salvaguarda de direitos subjetivos resultantes da ordem jurídica nacional. Com efeito, recorde-se que até à entrada em vigor do CPTA, ou seja, durante a vigência da LPTA, a única providência cautelar que existia no nosso direito administrativo consistia na *suspensão da eficácia do ato administrativo*.

A este propósito, FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., pp. 48 e 49, aponta a ocorrência de situações de *discriminação* negativa dos titulares de direitos subjetivos que têm a sua fonte no direito interno bem como de uma cisão no seio do direito administrativo português em dois blocos, consoante se tratasse de aplicação do direito interno ou do direito da UE.

¹²⁸⁴ Cfr. n.º 28.

Quanto à segunda questão, relativa às condições de decretamento pelos órgãos jurisdicionais nacionais de medidas cautelares fundadas no direito da UE, o TJ remeteu para a resposta dada no acórdão ZUCKERFABRIK¹²⁸⁵, aproveitando no entanto a oportunidade para oferecer alguns esclarecimentos adicionais em relação a alguns aspetos.

Assim, relativamente ao requisito traduzido na necessidade de existência de *sérias dúvidas* relativamente à validade do regulamento que está a ser executado pelo ato nacional impugnado, acrescentou que o órgão jurisdicional nacional não pode limitar-se a submeter ao TJ um reenvio prejudicial para apreciação de validade do ato de alcance geral da UE, devendo indicar também, no momento de decretar a medida provisória (suspensão de execução ou outra), as razões porque considera que o TJ será levado a declarar a invalidade do regulamento.

Relativamente ao pressuposto relativo à *ponderação dos interesses em presença*, mais referiu que compete aos tribunais nacionais tomar em consideração o efeito cumulativo provocado no caso de um grande número de órgãos jurisdicionais decretarem medidas provisórias com base em fundamentos análogos e a especificidade da situação do requerente que o distingue face aos outros operadores económicos; acrescentou ainda o dever, resultante do princípio da cooperação leal, de o órgão jurisdicional nacional respeitar as decisões do TJ ou do TG sobre a legalidade do regulamento ou os despachos proferidos em processos de medidas provisórias destinadas à concessão, a nível europeu, de medidas provisórias semelhantes¹²⁸⁶.

Enfim, uma referência deve ser feita também ao aresto UNIBET, no qual o TJ enquadrou a possibilidade de decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar pelos juízes nacionais precisamente no escopo do princípio da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento da UE aos litigantes, referindo que tal princípio "*deve ser interpretado no sentido de que exige que na ordem jurídica de um Estado-Membro possam ser concedidas medidas provisórias até que o órgão jurisdicional competente se pronuncie sobre a conformidade das disposições nacionais com o direito comunitário, quando a concessão de tais medidas seja necessária para garantir a plena eficácia da decisão jurisdicional a tomar quanto à existência de tais direitos*"¹²⁸⁷.

¹²⁸⁵ Cfr. n.ºs 32 e 33.

¹²⁸⁶ Cfr. n.ºs 46 a 50.

¹²⁸⁷ Cfr. n.º 77.

3.4. A mais-valia da jurisprudência *Antonissen*: a extensão da tutela jurisdicional cautelar decretada pelos tribunais nacionais a medidas de natureza antecipatória

Vejamos, finalmente, o contributo oferecido à temática pela jurisprudência ANTONISSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, a qual divide-se em dois momentos antagónicos traduzidos noutras tantas decisões judiciais¹²⁸⁸. Neste caso, diferentemente do que ocorreu nas situações anteriores, estava em causa não o decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar pelos órgãos jurisdicionais nacionais, mas sim pelos órgãos que integram o TJUE ao abrigo do regime constante no artigo 279.º do TFUE. Encontrava-se em discussão o requerimento de uma providência cautelar antecipatória¹²⁸⁹, concretamente um pedido de pagamento de uma caução, deduzido instrumentalmente no âmbito de uma ação de responsabilidade civil aquiliana instaurada pelo senhor *Antonissen* contra a CE. Sucedeu que o requerente da medida provisória e demandante no processo principal estava em vias de ser declarado insolvente, ocorrendo sérios riscos de o eventual decretamento da providência cautelar implicar a perda da quantia que ele viesse a receber, tanto mais que não era linear que ele ganharia o processo principal e a improcedência deste aumentaria a probabilidade de ocorrer a referida insolvência.

Essencialmente com base nesta última contingência o Presidente do TPI enfatizou que a finalidade das medidas previstas nos artigos 278.º e 279.º do TFUE consiste na salvaguarda, durante a pendência do processo no TJ ou no TG, dos "*interesses de uma das partes no litígio, a fim de não tornar ilusório o acórdão no processo principal, privando-o do seu efeito útil*"¹²⁹⁰, e julgou improcedente o pedido de tutela cautelar apresentado pelo senhor *Antonissen* uma vez que o montante pretendido nesse âmbito por ele constituía uma indemnização antecipada de um prejuízo futuro e incerto. Segundo o Presidente do Tribunal, as medidas provisórias requeridas prejudicariam a decisão relativa ao mérito do processo principal, uma vez que o juiz encarregado de conhecer dos pedidos daquelas medidas seria chamado, no seio da apreciação do *fumus boni juris*, a pronunciar-se, *prima facie*, sobre a responsabilidade extracontratual da então CE e, em seguida, a conceder uma parte das medidas solicitadas no processo principal sem que o mérito dessa ação, na perspetiva do segundo parágrafo do artigo 340.º do TFUE, fosse examinado¹²⁹¹.

¹²⁸⁸ Cfr. despacho do Presidente do TPI, de 29 de novembro de 1996, proc. T-179/96 R, Col. 1996, pp. II-1643 e ss; e subsequente despacho do Presidente do TJ, já citado.

¹²⁸⁹ Note-se que nos três casos anteriores - FACTORTAME, ZUCKERFABRIK, e mesmo ATLANTA, embora neste de forma mais discutível - estavam em causa providências cautelares *conservatórias*. No nosso panorama doutrinário, Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 480, destaca precisamente o caráter conservatório das medidas provisórias. A doutrina emergente da jurisprudência ANTONISSEN representou um *plus* ao *status quo* de então, pois passou-se a admitir que tais medidas pudessem ter, também, alcance *antecipatório*. Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., pp. 694 e 695.

¹²⁹⁰ Cfr. n.º 29.

¹²⁹¹ Cfr. n.º 30. Ainda segundo o Presidente do TPI, a verificação da existência de responsabilidade por parte da CE e dos seus efeitos não pode basear-se numa aparência de razão, mas antes numa apreciação definitiva dos factos

Desta decisão foi interposto o competente recurso para o TJ, tendo o respetivo Presidente discordado dela na medida em que no seu entender nem o requisito do *fumus boni iuris* nem a urgência invocada tinham sido devidamente atendidos e substituindo-a por outra diferente que motivou no "*direito a uma tutela jurisdicional completa e efetiva*" previsto no ordenamento jurídico da UE.

Recorrendo aos corolários do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o Presidente do TJ esgrimiou que numa ação de responsabilidade civil extracontratual movida por um particular contra a CE (hoje absorvida pela UE) não se pode excluir, antecipadamente, de forma geral e abstrata, que possa ser concedida, cautelar e provisoriamente, o adiantamento de uma parte da indemnização peticionada no processo principal, que vise proteger os interesses do requerente, até à data em que no âmbito deste seja proferido o respetivo acórdão¹²⁹². Esta exigência verifica-se ainda que ocorra o risco de a quantia adiantada se perder em razão da insolvência do requerente caso este não vença o processo principal, contando que o requisito do *fumus boni iuris* se apresenta sólido e a urgência das medidas requeridas seja incontestável, tanto mais que o juiz das medidas provisórias tem sempre a possibilidade de fazer depender a concessão das mesmas do oferecimento de garantias por parte do requerente; quanto a este particular, o Presidente do TJ referiu ainda que é ao juiz das medidas provisórias que compete ponderar, por um lado, a necessidade do requerente receber uma quantia destinada a prevenir a degradação da sua situação financeira, e, por outro, o risco de os montantes atribuídos correrem o risco de não serem recuperados caso o processo principal seja julgado improcedente¹²⁹³.

Ora, é certo que esta jurisprudência não foi proferida no âmbito da esfera competencial dos tribunais nacionais para concederem providências cautelares destinadas a salvaguardar de forma provisória e urgente os direitos subjetivos dos particulares decorrentes do ordenamento da UE. No entanto, não podemos deixar de a trazer a lume essencialmente devido ao mencionado *princípio do paralelismo* declarado na jurisprudência ATLANTA e segundo o qual os órgãos jurisdicionais nacionais estão habilitados a ordenar medidas provisórias de natureza cautelar de acordo com os mesmos critérios que regem o decretamento de tal tipo de medidas por parte dos órgãos que integram o TJUE ao abrigo do artigo 279.º do TFUE.

Na esteira do raciocínio *supra* aludido e por força do princípio da cooperação leal, não poderão os Tribunais Administrativos nacionais (por exemplo, os portugueses) deixar de conceder **providências cautelares antecipatórias**, nos exatos termos em que uma medida desta índole foi ordenada no caso *Antonissen*. Ou seja, deverá haver lugar ao adiantamento de

e dos fundamentos alegados, pelo que o decretamento da providência requerida podia ferir irremediavelmente a garantia processual relativa ao respeito dos direitos de defesa, a qual deve ser garantida a todas as partes.

¹²⁹² Cfr. n.ºs 35 a 37.

¹²⁹³ Cfr. n.ºs 40 e 41.

determinadas quantias pecuniárias, ainda que condicionado à prestação de garantias, se tal medida for pressuposto de uma tutela jurisdicional completa e efetiva de direitos subjetivos ou de situações jurídicas fundadas no ordenamento da UE. Com efeito, a isso obrigará a jurisprudência do TJ enquanto fonte do direito da União.

Sendo assim, o ordenamento jurídico português afigura-se como uma das ordens nacionais onde tal possibilidade encontra propícias condições de exequibilidade. Para tal contribuiu não somente a quarta revisão constitucional, ocorrida em 1997, e com ela o novo n.º 4 do artigo 268.º da CRP¹²⁹⁴, como a reforma do contencioso administrativo, repartida entre 2002 e 2004, e com ela o novo CPTA e a revogação da LPTA. Com efeito, de um *contencioso administrativo de jurisdição limitada* que admitia apenas a decretação de uma única providência cautelar¹²⁹⁵, sendo por isso caracterizado por José Carlos VIEIRA DE ANDRADE¹²⁹⁶ de "*catastrófico*", passámos para uma *justiça administrativa* que se situa nos antípodas daquele cenário, como bem se demonstra no artigo 112.º do referido CPTA, cujo n.º 1 autoriza o particular a solicitar aos Tribunais Administrativos a concessão de *qualquer* providência cautelar, antecipatória¹²⁹⁷ ou conservatória¹²⁹⁸, que considere adequada a "*assegurar a utilidade da sentença a proferir*" no processo principal¹²⁹⁹. Acresce o facto de o n.º 2 do mesmo preceito enumerar, de forma meramente indicativa, alguns exemplos de providências cautelares.

3.5. Razão de ser e conteúdo da competência dos tribunais nacionais para o ordenamento de providências cautelares fundadas no direito da União

Contrariamente ao que sucede em relação à competência dos órgãos integrantes do TJUE ordenarem providências cautelares, a qual surge prevista nos artigos 278.º e 279.º do TFUE, a possibilidade de os tribunais nacionais decretarem medidas provisórias de natureza cautelar destinadas a salvaguardar direitos subjetivos consagrados pelo ordenamento da União não

¹²⁹⁴ Tendo em conta a natureza deste trabalho, reproduzimos aqui apenas os excertos que mais nos interessam da norma: "*É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo (...) e a adopção de medidas cautelares adequadas*". Os destaques são nossos.

¹²⁹⁵ A já referida suspensão da eficácia do ato administrativo impugnado no âmbito do recurso contencioso de anulação.

¹²⁹⁶ Cfr. *A Justiça...*, cit., pp. 333 e 334.

¹²⁹⁷ Quanto a estas, antes da reforma, pura e simplesmente não eram admitidas.

¹²⁹⁸ Sobre as diferenças entre elas *vide* José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 337, nota de rodapé n.º 779.

¹²⁹⁹ Assim se falando em *universalidade* das providências cautelares. Sobre a universalidade e a plenitude da proteção cautelar na justiça administrativa portuguesa ver José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pp. 336 e ss.

encontra qualquer consagração expressa nos Tratados. Tal prerrogativa foi, como vimos, revelada através de uma jurisprudência constante.

A competência dos órgãos jurisdicionais dos Estados membros para o decretamento de medidas urgentes que visam salvaguardar provisoriamente direitos subjetivos ou situações jurídicas decorrentes do direito da UE decorre tanto do *princípio da efetividade*, como e sobretudo¹³⁰⁰ do princípio da *tutela jurisdicional efetiva* na ordem jurídica europeia¹³⁰¹, a qual deve ser plena e eficaz. Este último, nesta matéria, caracteriza-se por uma evolução paulatina, progressiva e anti reacionária. Com efeito, no seu aperfeiçoamento, o TJ começou por proclamar que a plena eficácia do direito da UE implica o reconhecimento à função jurisdicional interna do poder de concessão de medidas urgentes e provisórias idóneas a assegurar uma garantia plena e eficaz da decisão judicial a tomar relativa à existência de pretensões invocadas com base no ordenamento da União, prosseguindo no sentido de enunciar quais os pressupostos de que depende a decretação de tais medidas e culminando na formulação de um princípio de *paralelismo de competências nacional e da União* segundo o qual os órgãos jurisdicionais nacionais têm o dever de conceder tutela jurisdicional cautelar a direitos subjetivos e a situações jurídicas fundadas na ordem jurídica europeia nos mesmos termos que os órgãos integrantes do TJUE o fazem à luz do artigo 279.º do TFUE, ou seja, segundo critérios estabelecidos pelo direito da UE.

Surge assim, nesta fase do processo europeu de integração, na expressão feliz de FAUSTO DE QUADROS, a "*plenitude da competência do juiz nacional na sua qualidade de juiz comunitário*"¹³⁰², a qual apenas é alcançável com o reconhecimento ao juiz nacional do poder de conceder tutela judicial definitiva e proteção jurisdicional provisória e cautelar, como um todo unitário ou enquanto duas faces da mesma moeda, a direitos subjetivos reconhecidos pelo ordenamento jurídico da UE. À luz desta orientação os tribunais estaduais são obrigados a decretar quaisquer medidas provisórias, **conservatórias ou antecipatórias**, adequadas às exigências cautelares de cada caso, bastando para isso que tal se mostre ajustado a assegurar a utilidade da decisão judicial a tomar no final do processo principal; e isto **inclusivamente quando se trate de providências cautelares que vão contra o direito nacional**¹³⁰³. Tal trata-se de um *plus* relativamente ao relacionamento entre as ordens jurídicas internas e da União, o qual

¹³⁰⁰ Mas não exclusivamente, pois na *ratio essendi* de tal competência dos tribunais nacionais encontramos ainda o princípio do primado e alguns dos seus corolários, como o efeito direto, a uniformidade do direito da UE e a exigência de interpretação do direito nacional em conformidade com o da União. Destes, Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 588, enfatiza o último.

¹³⁰¹ Assim FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 264. Ver também Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, cit., pp. 450 a 452; *Manual...*, cit., 533 e 534.

¹³⁰² Cfr. *A nova dimensão...*, cit., p. 43.

¹³⁰³ Cfr. Walter VAN GERVEN, *Bridging the Gap between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the field of Legal Remedies?*, in *CMLR*, 1995 (Vol 32; n.º 3), pp. 679 e ss; Roberto CARANTA, *op. cit.*, pp. 703 e ss.

até à construção jurisprudencial aqui analisada se caracterizava essencialmente pela primazia da segunda sobre as primeiras, pelo efeito direto das disposições europeias que clara e incondicionalmente conferem direitos aos particulares ou impõem obrigações aos Estados membros e pela aplicabilidade direta enquanto vigência imediata ou automática do direito da União nas ordens jurídicas dos Estados membros sem necessidade de interposição de qualquer ato interno (legislativo, regulamentar ou administrativo) de receção ou transformação e sem perder a sua qualidade de direito da UE.

4. Requisitos de fundo a considerar pelos tribunais no decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar fundadas no direito da União Europeia

Independentemente de serem colocadas à apreciação dos órgãos que integram o TJUE ou dos órgãos jurisdicionais nacionais quando atuem como tribunais comuns do direito da UE, o decretamento das medidas provisórias de natureza cautelar depende da verificação cumulativa de determinados requisitos de fundo, comuns a todos os instrumentos processuais daquele tipo de tutela jurisdicional e que o órgão competente deve ponderar previamente a tal decretamento.

Resulta de jurisprudência constante que aquele género de medidas encontra-se associado a alguns pressupostos sem os quais a sua ordenação não poderá ter lugar. Na verdade, elas "*ne sauraient être prises en considération que si les circonstances de fait et de droit invoquées pour les obtenir, justifient, à première vue, leur octroi. Il faut, en outre, qu'elles soient urgentes en ce sens qu'il est nécessaire qu'elles soient édictées et sortent leurs effets dès avant la décision du juge sur le fond pour éviter que la partie qui les sollicite ne subisse un préjudice grave et irréparable. Il faut enfin qu'elles soient provisoires en ce sens qu'elles ne préjugent pas de la décision au fond*"¹³⁰⁴. Portanto, a concessão de providências cautelares, tanto pelos tribunais organicamente da UE nos termos dos artigos 278.º e 279.º do TFUE como pelos órgãos jurisdicionais nacionais quando atuem como tribunais da União em sentido funcional e fundamentando as medidas decretadas no direito da UE, depende da demonstração, à primeira vista, de um circunstancialismo que determine que essa concessão *se justifica de facto e de direito*, bem como que as mesmas se afiguram *urgentes*, isto é, necessárias para evitar que os interesses do requerente sofram um prejuízo grave e irreparável; por fim, é ainda necessário que

¹³⁰⁴ Despacho do Presidente do TJ, proferido no caso SOCIÉTÉ D'INITIATIVES ET DE COOPÉRATION AGRICOLE vs. COMISSÃO, de 17 de julho de 1984, já citado, n.º 2.

o competente tribunal proceda a uma *ponderação dos interesses em presença*, ou seja, invocados pelas partes em litígio¹³⁰⁵.

Vislumbram-se assim três requisitos¹³⁰⁶ - *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e ponderação dos interesses em presença - que no que respeita à competência dos órgãos integrantes do TJUE resultam do n.º 3 do artigo 160.º do novo RPTJ e do n.º 2 do artigo 104.º do RPTG (e ainda do n.º 2 do artigo 102.º do RPTFP); por seu turno, na citada jurisprudência ZUCKERFABRIK foram enunciados, pela primeira vez, os pressupostos dos quais depende o decretamento de medidas cautelares fundadas no direito da UE pelos tribunais nacionais quando atuem como aplicadores comuns deste direito. Nos termos daquelas disposições, o requerente de medidas provisórias de índole cautelar deve especificar (leia-se alegar e provar) "*as razões da urgência, bem como os fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista, justificam a adopção da medida provisória requerida*". No referido acórdão ficou plasmado ser necessário, para que os tribunais estaduais decretem a providência, que os mesmos se deparem com "*sérias dúvidas acerca da validade do ato comunitário*", hoje dir-se-á da União, exigindo-se ainda "*urgência*" na concessão da medida provisória, uma vez que na sua ausência o requerente sofrerá "*um prejuízo grave e irreparável*", bem como uma ponderação adequada "*do interesse que a Comunidade*", entretanto absorvida pela UE, vê afetado com o decretamento da medida.

Quanto ao ordenamento jurídico português e concretamente no que concerne à jurisdição administrativa, não poderá deixar de ser apontado, com alguma ironia à mistura, que antes da reforma de 2002/2004 sobre os Tribunais Administrativos já recaía o dever de analisar os requisitos do *fumus boni iuris* e da ponderação dos interesses em discussão previamente ao decretamento de medidas cautelares fundadas no direito da UE, os quais no entanto eram desconsiderados, com exceção de casos pontuais, na concessão de medidas daquela natureza (ou melhor, na única providência desse género que se admitia¹³⁰⁷) fundadas no direito interno¹³⁰⁸.

¹³⁰⁵ Cfr. despachos do Presidente do TJ, caso ANTONISSEN, já citado, n.º 29; de 21 de março de 1997, caso PAÍSES BAIXOS vs. CONSELHO, proc. C-110/97 R, Col. 1997, pp. I-1795 e ss, n.º 24; de 29 de junho de 1999, caso ITÁLIA vs. COMISSÃO, proc. C-107/99 R, Col. 1999, pp. I-4011 e ss, n.º 59; despacho do Presidente do TPI, de 21 de julho de 1999, caso DSR-SENATOR LINES vs. COMISSÃO, proc. T-191/98, Col. 1999, pp. II-2531 e ss, n.º 20.

¹³⁰⁶ Segundo João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 426, dois apenas, desconsiderando a necessidade de ponderação dos interesses em jogo; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 588 e 589, destaca cinco, acrescentando àqueles três (i) a necessidade eventual do requerente prestar garantias suficientes quando a medida implique risco; e (ii) a atendibilidade de outras decisões dos órgãos integrantes do TJUE sobre questões semelhantes. Ver também Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, pp. 481 e 482, que destaca os seguintes três: urgência (onde engloba a ponderação dos interesses envolvidos), *fumus bonus iuri* e provisoriedade dos efeitos da providência.

¹³⁰⁷ Referimo-nos, obviamente, à suspensão da eficácia do ato administrativo.

¹³⁰⁸ Cfr. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, *cit.*, pp. 334 e 335, que fala na existência de uma "*conspiração*" entre a doutrina e a jurisprudência, iniciada com a segunda revisão constitucional, com vista a minorar as deficiências legais do regime do contencioso administrativo que vigorou até à reforma de 2002/2004. Os comas são nossos.

Trata-se, em qualquer dos casos, de requisitos *cumulativos*, o que significa que a ausência de um deles basta para que a medida provisória não possa ser concedida¹³⁰⁹, sem que o juiz tenha de apreciar a existência dos restantes. Nomeadamente, constatando a falta de *urgência* na concessão da providência cautelar requerida o juiz já não terá de analisar se existe ou não *aparência do bom direito*¹³¹⁰ e vice-versa¹³¹¹.

Por outro lado, a jurisprudência ANTONISSEN também consolidou uma ideia iniciada no aresto COMISSÃO vs. ATLANTIC CONTAINER LINE, segundo a qual a apreciação dos requisitos de que depende a concessão das providências cautelares não está sujeita a qualquer ordem nem a critérios predefinidos, ou seja, o tribunal encarregue de conhecer dos pedidos de medidas provisórias dispõe de um amplo poder de apreciação sobre o modo como os mesmos se devem considerar verificados, sendo as circunstâncias próprias de cada caso concreto que preside ao modo como esse poder é exercido¹³¹².

Vejamos mais pormenorizadamente os referidos requisitos.

4.1. O *fumus boni iuris*

Os artigos 160.º do novo RPTJ e 104.º do RPTG (e 102.º do RPTFP) exigem que o requerente da providência cautelar especifique "*o objecto do litígio, (...) bem como os fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista, justificam a adopção da medida provisória requerida*", fazendo incidir sobre o peticionante, portanto, os ónus da alegação e da prova relativamente aos motivos, de facto e de direito, que justificam o decretamento da mesma¹³¹³.

¹³⁰⁹ Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 14 de outubro de 1996, caso SCK e FNK vs. COMISSÃO, já citado, n.º 30. Vide também despacho do Presidente do TPI, de 30 de junho de 1999, caso ALPHARMA vs. CONSELHO, proc. T-70/99 R, Col. 1999, pp. II-2027 e ss, n.º 42; de 9 de julho de 1999, caso HBF vs. COMISSÃO, proc. T-9/99 R, Col. 1999, pp. II-2429 e ss, n.º 13; e de 21 de julho de 1999, caso DSR-SENATOR LINES vs. COMISSÃO, supra citado, n.º 21.

¹³¹⁰ Ver despachos do Presidente do TJ, de 9 de julho de 1986, caso ESPANHA vs. COMISSÃO e CONSELHO, proc. 119/86 R, Col. 1986, pp. 2241 e ss, n.º 31; de 23 de maio de 1990, caso COMOS-TANK e o. vs. COMISSÃO, procs. apensos C-51/90 R e C-59/90 R, Col. 1990, pp. I-2167 e ss, n.º 32; de 14 de outubro de 1996, caso SCK e FNK vs. COMISSÃO, já citado.

¹³¹¹ Porém, por vezes, os órgãos jurisdicionais que integram o TJUE referem que mesmo quando não se verifique o requisito do *fumus boni iuris*, poderá haver necessidade de, ainda assim, examinar tanto a urgência invocada, como a ponderação dos interesses em jogo, nomeadamente nas situações em que os argumentos invocados pelo requerente das medidas cautelares não pareçam desprovidos de qualquer fundamento. Nestes casos, normalmente, o tribunal também conclui pela falha do requisito da urgência reforçando a sua decisão de indeferimento da providência. Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 11 de abril de 2001, caso COMISSÃO vs. ROUSSEL, proc. C-478/00 P (R), Col. 2001, pp. I-3082 e ss, n.º 93.

¹³¹² Cfr. despacho do Presidente do TJ, caso COMISSÃO vs. ATLANTIC CONTAINER LINE e o., já citado, n.º 23; e despacho do TJ, de 12 de julho de 1996, caso REINO UNIDO vs. COMISSÃO, proc. C-180/96 R, Col. 1996, pp. I-3906 e ss, n.º 45.

¹³¹³ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 424.

Tratando-se da concessão, pelos tribunais nacionais, da providência cautelar, fundada no direito da UE, de suspensão da eficácia de um ato administrativo interno que aplique um regulamento europeu, deverá o requerente, nas razões que leva à apreciação do órgão jurisdicional, incutir no seu espírito sérias dúvidas sobre a validade do ato normativo da União.

O requerente da medida provisória tem assim de demonstrar, antes de mais (*prima facie*, segundo a terminologia que se vulgarizou nos órgãos integrantes do TJUE), que a pretensão por si deduzida no processo principal não é manifestamente improcedente, isto para que o tribunal, ao examinar de forma superficial as razões apresentadas por ele, possa conceber o cenário de procedência do referido processo¹³¹⁴, bem como a necessidade de prevenir, mediante tutela jurisdicional cautelar, os prejuízos que, na ausência desta, o requerente sofreria até à tomada da decisão de mérito¹³¹⁵.

Este requisito da concessão de tutela cautelar - *fumus boni iuris* - consiste na chamada aparência do bom direito¹³¹⁶, a qual impõe ao requerente das medidas a demonstração sumária de que o instrumento processual principal é admissível e suscetível de ser julgado procedente¹³¹⁷. Dito de outro modo, o órgão jurisdicional competente para decidir o processo cautelar tem de ficar convencido da necessidade de adoção da medida provisória e urgente, antes de mais, porque o pedido principal é *verosímil*. Seguindo a lição de José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, o juiz terá de, "*ainda que em termos sumários, avaliar a probabilidade da procedência da ação principal, isto é, em regra, de avaliar a existência do direito invocado pelo particular ou da ilegalidade que ele diz existir...*"¹³¹⁸.

¹³¹⁴ Com efeito, o TJ enfatiza que os processos de medidas provisórias não podem servir para os requerentes obterem benefícios a que não teriam direito caso o seu recurso seja julgado inadmissível pelo Tribunal aquando da apreciação da questão de mérito. Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 27 de janeiro de 1988, caso *DISTRIVET vs. CONSELHO*, proc. 376/87 R, Col. 1988, pp. 209 e ss, n.º 22.

¹³¹⁵ Por exemplo, no caso *FEDERACIÓN DE COFRADÍAS DE PESCADORES DE GUIPÚZCOA vs. CONSELHO*, proc. T-54/00 R, Col. 2000, pp. II-2875 e ss, o Presidente do TPI, através de despacho proferido em 10 de junho de 2000, indeferiu, por inadmissibilidade, um pedido de medidas provisórias (tanto de suspensão da execução do regulamento impugnado, como de outras medidas julgadas adequadas), tendo em conta o caráter manifestamente inadmissível do recurso principal, um recurso de anulação interposto por particulares no âmbito do quarto parágrafo do artigo 230.º do TCE sem que os recorrentes preenchessem as condições de admissibilidade do recurso que aí se previam. Segundo o TPI, o problema da admissibilidade do recurso de anulação, condicionando a tomada da sua decisão de mérito, não deve, em princípio, ser examinado no quadro de um processo de medidas provisórias, sob pena de se julgar antecipadamente a causa no processo a título principal. Contudo, quando seja suscitada a questão da inadmissibilidade manifesta do recurso no processo principal, no qual se enxerta o pedido de medidas provisórias, pode ser necessário demonstrar a existência de certos elementos que permitam concluir, à primeira vista, pela admissibilidade de tal recurso. Tal decisão foi confirmada pelo Presidente TJ, de 12 de outubro de 2000, no âmbito do recurso interposto contra a decisão do Presidente do TPI (mesmo caso, já citado, n.º 34).

No mesmo sentido ver o despacho do Presidente do TJ, de 18 de novembro de 1999, proferido no caso *PFIZER ANIMAL HEALTH vs. CONSELHO*, proc. C-329/99 P (R), Col. 1999, pp. I-8343 e ss, n.º 89.

¹³¹⁶ Também designado de "*juridicidade material*". Assim José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pp. 341 e ss.

¹³¹⁷ Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 26 de junho de 1959, caso *ACCIAIERIA vs. ALTA AUTORIDADE*, proc. 31/59, Rec. 1959, pp. 209 e ss.

¹³¹⁸ Ver *A Justiça...*, cit., pp. 341 e 342.

Nas referidas normas dos regulamentos de processo pode ler-se "...à primeira vista...". Tal expressão inculca um juízo de verosimilhança ou de probabilidade, coadunando-se perfeitamente com a natureza e finalidade dos processos de medidas provisórias: precaver os efeitos indesejados da natural delonga dos processos principais tendo em conta a pendência do número de processos desta natureza, as várias fases processuais que os mesmos contemplam, os inerentes prazos para a prática dos atos, etc. Nessa medida, no âmbito dos processos de providências cautelares, a análise que incumbe ao órgão judicial deve circunscrever-se à constatação de "*uma razoável aparência de razão que só os debates no processo principal poderão vir, ou não, a confirmar*"¹³¹⁹.

O requisito da aparência do bom direito significa ainda que não compete ao tribunal da providência cautelar pronunciar-se a título definitivo relativamente à interpretação das normas jurídicas aplicáveis ao litígio¹³²⁰ e implica também que a questão da procedência do pedido formulado no processo principal não deva ser examinada no quadro do processo de medidas cautelares, sob pena de o mesmo ser objeto de um julgamento antecipado e sumário¹³²¹.

4.2. O *periculum in mora*

Um traço marcante do regime jurídico das medidas provisórias de natureza cautelar e uma especificidade destas prende-se com a *urgência* no seu decretamento. A este propósito, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE ensina que "*o próprio conceito de providência cautelar, ao visar a garantia da utilidade da sentença, pressupõe a existência de um perigo de inutilidade, total ou parcial, resultante do decurso do tempo...*"¹³²². Resulta da jurisprudência do TJ que o caráter urgente de uma medida provisória deve ser apreciado em função da necessidade de decidir provisoriamente a fim de evitar um prejuízo grave e irreparável que resultaria da aplicação imediata da medida que é objeto do processo principal¹³²³.

¹³¹⁹ Assim João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 533.

¹³²⁰ Cfr. despacho do Presidente do TJ, caso COMISSÃO vs. ROUSSEL, já citado, n.º 76.

¹³²¹ Tal não significa que o juiz das providências cautelares não possa recorrer a elementos constantes do processo principal. Aliás, em determinados casos, a prova do *fumus boni iuris* pode mesmo aconselhar a consulta do processo principal, nomeadamente, naqueles em que se levanta a questão da inadmissibilidade do processo principal. Com efeito, e porque esta inadmissibilidade prejudica inabalavelmente a pretensão deduzida no procedimento cautelar, já que este é subordinado daquele (ou nele surge enxertado), o tribunal das medidas provisórias não poderá prescindir dos elementos de informação constantes do processo principal (v.g. a contestação apresentada pela autoridade recorrida) e que sejam idóneos a consolidar a sua convicção de deferir (se previamente concluir, *prima facie*, pela admissibilidade do processo principal) ou de indeferir (se previamente concluiu, à primeira vista, pelo juízo oposto) a providência cautelar requerida.

¹³²² Cfr. *A Justiça...*, cit., p. 339.

¹³²³ Cfr. despacho do TJ, de 12 de junho de 1990, caso COMISSÃO vs. ALEMANHA, já citado, n.º 31.

Assim, concessão de uma providência cautelar depende, igualmente, da existência de urgência no seu decretamento, ou seja, ela deve ser necessária para se evitar que o respetivo requerente sofra prejuízos graves e irreparáveis que advirão da sua ausência¹³²⁴. Por outras palavras, se o peticionante da uma medida provisória não correr o risco de sofrer imediatamente danos daquele tipo, decorrentes da ausência de tal medida, não haverá utilidade na decisão judicial que a defira, tanto mais que ela é tomada com base num juízo de verosimilhança a que acresce que a mesma deve ter lugar antes da decisão final ou de mérito que terá lugar no processo principal e que decidirá o fundo da questão.

Esta exigência também se justifica porque da imposição jurisdicional da medida cautelar advirão, na ótica da autoridade requerida, prejuízos, designadamente, para os interesses que essa autoridade pretendeu salvaguardar com a adoção do ato.

Do n.º 3 do artigo 160.º do novo RPTJ e do n.º 2 do artigo 104.º do RPTG (bem como do n.º 2 do artigo 102.º do RPTFP) também resulta, portanto, a obrigatoriedade para o requerente de medidas provisórias de especificar no requerimento cautelar, respetivamente perante o TJ ou o TG (ou TFP), "*as razões da urgência*".

Da mesma forma, no aresto ZUCKERFABRIK ficou plasmada, no que tange às providências cautelares fundadas no direito da UE a decretar pelos tribunais estaduais, a necessidade de se verificar uma situação de urgência na concessão de tutela jurisdicional provisória no sentido de que apenas mediante tais medidas é possível evitar que o direito do requerente sofra uma ofensa irreversível¹³²⁵. Neste âmbito, o prejuízo invocado pelo requerente da providência deve ser suscetível de concretização antes de o TJ se poder pronunciar sobre a validade do ato da UE impugnado. O órgão jurisdicional nacional deverá apreciar os elementos que lhe permitam determinar se a execução imediata do ato que é objeto do pedido de suspensão é suscetível de provocar ao requerente prejuízos irreversíveis e impossíveis de ser reparados no cenário de o ato impugnado ser declarado inválido¹³²⁶.

¹³²⁴ Vide despachos do Presidente do TJ, de 31 de agosto de 1962, caso PLAUMANN vs. COMISSÃO, proc. 25/62 R, Rec. 1962, pp. 6 e ss; e de 7 de julho de 1981, caso IBM vs. COMISSÃO, procs. apensos 60/81 e 190/81 R, Col. 1981, pp. 1857 e ss; e de 9 de julho de 1986, caso ESPANHA vs. COMISSÃO e CONSELHO, já citado, n.º 15. Todos proferidos em sede da medida provisória e urgente de suspensão da execução do ato comunitário impugnado.

¹³²⁵ Entre nós, temos o artigo 120.º do CPTA, sobre o qual podem ler-se as lições de José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 340. Segundo o Autor, o juiz deve fazer um juízo de *prognose*, colocando-se na situação futura de uma sentença de provimento, para concluir se há, ou não, razões para recear que tal sentença venha a ser inútil, por entretanto se ter consumado uma situação de facto incompatível com ela, ou por se terem produzido prejuízos de difícil reparação para quem dela deva beneficiar, que obstam à reintegração específica da sua esfera jurídica. No âmbito da jurisdição judicial, encontramos os n.ºs 1 dos artigos 362.º, 365.º e 368.º do novo CPC, que exigem o perigo de lesão, grave e dificilmente reparável, para o direito do requerente da providência cautelar.

¹³²⁶ Cfr. os já citados acórdãos ZUCKERFABRIK, n.º 29; ATLANTA, n.º 41.

O requerente de providências cautelares baseadas no direito da UE deve assim demonstrar, no respetivo articulado, que a ausência de tais medidas provoca na sua esfera jurídica prejuízo que apenas uma decisão judicial provisória e urgente permitirá evitar ou prevenir.

Como a natureza urgente de um pedido de medidas provisórias deve ser analisada em função da necessidade que existe no caso concreto de decidir provisoriamente a fim de se evitar a produção de um prejuízo grave e irreparável na esfera jurídica do requerente, é sobre este que incide o ónus da prova da impossibilidade de aguardar pelo desfecho do processo principal sem que lhe advenha um prejuízo daquela natureza¹³²⁷. Dito de outro modo, também é o requerente da medida cautelar que tem de comprovar a urgência da mesma, isto é, que a sua imposição antes da decisão final do processo principal se afigura necessária para obstar ao surgimento de danos graves e irreparáveis dos seus direitos ou interesses.

Segundo o TJ, não é exigível que o requerente das medidas provisórias demonstre a ocorrência de tais prejuízos com um grau de certeza absoluta; basta que este seja previsível com um grau de probabilidade suficiente ou séria, especialmente quando a ocorrência do dano depende da verificação de um conjunto de fatores¹³²⁸, o que aliás se coaduna com o facto de o seu decretamento passar por um juízo de verosimilhança da razão que assiste ao requerente. Porém, já se afigura insuficiente o prejuízo cuja verificação se situa num nível de mera hipoteticidade baseado em probabilidades aleatórias de surgimento de acontecimentos futuros incertos¹³²⁹.

O que se deve entender por *prejuízo grave e irreparável*¹³³⁰? Tal conceito, sendo geral e indeterminado, suscita em primeiro lugar o problema da intensidade do dano, competindo ao Tribunal apreciar discricionariamente, em função das circunstâncias do caso concreto, o preenchimento daqueles requisitos¹³³¹.

Prejuízo grave é aquele que assume determinada relevância, devendo superar os inconvenientes que a concessão da providência cautelar necessariamente implicará para a autoridade administrativa (da UE ou nacional) ou, em geral, para o requerido.

¹³²⁷ Cfr. despachos do Presidente do TJ, de 21 de março de 1997, caso PAÍSES BAIXOS vs. CONSELHO, já citado; de 14 de dezembro de 1999, caso HFB e o. vs. COMISSÃO, proc. C-335/99 P (R), Col. 1999, pp. I-8705 e ss, n.º 67; e de 12 de outubro de 2000, caso GRÉCIA vs. COMISSÃO, proc. C-278/00 R, Col. 2000, pp. I-8787 e ss, n.ºs 14 e 15. Ver também despacho do Presidente do TPI, de 2 de dezembro de 1994, caso UNION CARBIDE vs. COMISSÃO, proc. T-322/94 R, Col. 1994, pp. II-1159 e ss, n.º 30.

¹³²⁸ Despachos do Presidente do TJ, de 29 de junho de 1993, caso ALEMANHA vs. CONSELHO, proc. C-280/93 R, Col. 1993, pp. I-3667 e ss, n.ºs 22 e 34; caso HFB vs. COMISSÃO, já citado, n.º 67.

¹³²⁹ Cfr. despacho do Presidente do TPI, caso UNION CARBIDE vs. COMISSÃO, já citado, n.º 31.

¹³³⁰ A gravidade e a irreparabilidade do prejuízo consistem na última fórmula fixada pelo TJ para determinar o grau de prejuízo que o requerente possa sofrer em termos de o mesmo atingir relevância para justificar a adoção de providências cautelares. Antes dessa fórmula, o TJ baseou-se noutras, como seja a relativa à seriedade e irremediabilidade do prejuízo. Sobre a evolução desta questão ver João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., pp. 537 e 538.

¹³³¹ Vide despacho do Presidente do TJ, de 3 de julho de 1984, caso DE COMPTE vs. PE, proc. 141/84 R, Rec. 1984, pp. 2575 e ss, n.º 4.

Prejuízo irreparável, na aceção do TJ, é aquele que se revela insuscetível de reparação mediante indemnização. Ou seja, se o prejuízo for de natureza financeira não deverá, salvo circunstâncias excepcionais, assumir o carácter de irreparável na medida em que é passível de compensação económica subsequente¹³³². Assim e em regra, um prejuízo de ordem financeira só poderá ser considerado irreparável se não for suscetível de inteira compensação configurando o cenário de o demandante conseguir vencer no processo principal¹³³³.

Seja como for, há que atender à impossibilidade de "*preservar retroactivamente a situação do requerente na hipótese de obter ganho de causa no processo principal, destinando-se o pedido de medidas provisórias a evitar que a decisão no processo principal perca o seu sentido com o decorrer do tempo, e a impedir que haja um dano irreversível*"¹³³⁴. Não preenche tal critério o prejuízo que se traduz num mero incómodo ou transtorno, ou numa simples dificuldade.

Existem, no entanto, autores¹³³⁵ que sufragam o entendimento, a que o próprio TJ tem conferido abertura, segundo o qual é suficiente que o prejuízo seja de *difícil* reparação.

Por outro lado, o prejuízo (grave e irreparável, ou no mínimo de difícil reparação) pode ser de natureza *material* ou *moral*¹³³⁶.

Imprescindível é que o prejuízo que se pretende evitar ou prevenir com a concessão da medida provisória surja na esfera jurídica do requerente, tendo em conta que são os interesses deste (e não de terceiros) que se visam salvaguardar. Também por isso, é o requerente da providência cautelar que tem de provar a urgência, isto é, que não poderá aguardar o desfecho do processo principal sem se confrontar com um prejuízo grave e irreparável que surgirá com a ausência da medida.

Não obstante, deve-se ter presente que a finalidade dos processos de providências cautelares não é assegurar a *reparação* dos prejuízos já sofridos, mas antes garantir a plena eficácia da decisão a tomar, quanto ao mérito, no final do processo principal¹³³⁷. Assim, as medidas cautelares são urgentes não para garantir a reparação dos danos já provocados, mas

¹³³² Cfr. despachos do Presidente do TJ, de 21 de agosto de 1980, caso REICHARDT, proc. 174/80, Rec. 1980, pp. 2665 e ss; de 12 de junho de 1990, caso COMISSÃO vs. ALEMANHA, já citado, n.º 38; de 18 de outubro de 1991, caso ABERTAL e o. vs. COMISSÃO, proc. C-213/91 R, Col. 1991, pp. I-5109 e ss, n.º 24. Cfr. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 341.

¹³³³ Cfr. despacho do Presidente do TJ, caso DE COMPTE vs. PE, já citado, n.º 4.

¹³³⁴ Ver despacho do Presidente TJ de 5 de outubro de 1969, caso ALEMANHA vs. COMISSÃO, proc. 50/69 R, Rec. 1969, pp. 449 e ss.

¹³³⁵ Cfr. Eberhard GRABITZ e Meinhard HILF (eds.), *Kommentar...*, cit., em anotação ao artigo 242.º do TCE; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 256.

¹³³⁶ Assim FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 256; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 537, com apoio jurisprudencial aí mencionado.

¹³³⁷ Assim despachos do Presidente do TJ, caso ANTONISSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, já citado, n.º 27; caso WILLEME vs. COMISSÃO, já citado, n.º 62.

antes para *prevenir* aqueles que o requerente das mesmas sofrerá na sua ausência. Daí a exigência das medidas serem decretadas e produzirem os seus efeitos antes da decisão sobre o fundo da questão no processo principal¹³³⁸, porquanto só assim se evita a ocorrência de prejuízo grave e irreparável dos interesses do requerente e, em consequência disso, a inutilidade da decisão que será tomada no desfecho daquele processo.

4.3. A ponderação dos interesses em presença

A concessão de providências cautelares está, enfim, dependente de uma adequada ponderação dos interesses da UE em relação ao interesse do requerente das medidas, fruto de a tutela jurisdicional efetiva se encontrar ao serviço de ambas as partes e não apenas do requerente. Trata-se, pois, da observância do *princípio da proporcionalidade* na decisão de aplicação de medidas provisórias de natureza cautelar¹³³⁹. Com vista a determinar qual o interesse preponderante pretende-se aqui comparar as vantagens que advirão para o requerente em consequência da adoção da providência com as desvantagens que podem resultar para os interesses da UE¹³⁴⁰.

Por exemplo, nessa ponderação dos interesses em presença é visível, designadamente, uma maior valoração atribuída às exigências de proteção da saúde pública do que às preocupações de cariz económico¹³⁴¹.

Na verdade, na apreciação dos prejuízos demonstrados pelos requerentes nem os juízes dos órgãos integrantes do TJUE nem os juízes dos órgãos jurisdicionais nacionais quando aplicam direito da União poderão deixar de considerar também os interesses que a imposição de medidas provisórias afetará, sejam os da administração europeia direta ou propriamente dita (tratando-se das medidas cautelares previstas no TFUE), trate-se dos interesses das administrações estaduais enquanto extensão da administração da União ou administração indireta (no caso de providências cautelares fundadas no direito da UE), em virtude de os seus modos de funcionamento poderem ser afetados pela adoção de tais medidas. Assim sendo, o pedido de uma providência cautelar

¹³³⁸ Cfr. despacho do Presidente do TJ, caso ANTONISSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, já citado, n.º 29.

¹³³⁹ Cfr. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pp. 345 e ss; ver também Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 588, que alude às várias dimensões do princípio (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, além da garantia do conteúdo essencial dos direitos e interesses).

¹³⁴⁰ Ver acórdão COMPAGNIA ITALIANA ALCOOL, de 19 de dezembro de 1990, proc. C-358/90 R, Col. 1990, pp. I-4887 e ss, n.º 29.

¹³⁴¹ Cfr. acórdão AFFISH, de 17 de julho de 1997, proc. C-183/95, Col. 1997, pp. I-4362 e ss, n.º 43; despachos do Presidente do TPI, de 30 de junho de 1999, caso PFIZER vs. COMISSÃO e CONSELHO, proc. T-13/99 R, Col. 1999, pp. II-1961 e ss, n.º 171; e caso ALPHARMA vs. COMISSÃO e CONSELHO, já citado, n.º 152.

deverá improceder se da sua concessão advierem prejuízos mais graves e irreparáveis (ou de mais difícil reparação) do que os demonstrados pelo requerente¹³⁴².

A ponderação dos interesses em presença deve passar por uma dupla análise: por um lado, o juiz deve indagar se a eventual procedência do pedido deduzido no âmbito do processo principal permite alterar a situação provocada pela não decretação da providência cautelar; por outro lado, deve determinar se a concessão da providência pode impedir a eficácia plena da situação jurídica que adviria no cenário do pedido deduzido no processo principal decair. No dizer do TJ, é necessário "*ponderar, por um lado, o interesse do requerente em evitar a continuação dos processos controvertidos até uma fase irreversível e, por outro lado, o interesse da requerida de que esses processos se desenrolem o mais rapidamente possível*", e bem assim, apurar se a "*eventual anulação das decisões impugnadas pelo juiz do processo principal permitiria a inversão da situação e, por outro lado, em que medida cada uma das diferentes medidas provisórias possíveis seria susceptível de constituir um obstáculo aos objectivos prosseguidos pelas decisões controvertidas no caso de ser negado provimento ao recurso no processo principal*"¹³⁴³.

Em suma, não bastará a demonstração, por parte do requerente da medida provisória, do sofrimento de prejuízos graves e irreparáveis decorrentes da ausência de concessão da medida, já que *conditio sine qua non* do seu decretamento é, ainda, a ponderação do interesse público ligado ao cenário de manutenção da situação jurídica que se verificará em caso de não decretamento da mesma, podendo ainda acrescer a ponderação dos interesses de terceiros que sejam diretamente afetados por uma hipotética imposição de tal medida¹³⁴⁴.

Ao abrigo desta exigência será perfeitamente plausível, por um lado, que os tribunais embora decretando a medida cautelar requerida, não o façam de forma plena, mas antes limitadamente. Assim o exige a tutela jurisdicional efetiva.

Igualmente por um imperativo de tutela jurisdicional efetiva deveria ser permitido que os tribunais decretassem não necessariamente as providências cautelares requeridas, mas outras que satisfizessem adequadamente os interesses do requerente e fossem menos gravosas para os interesses da parte contrária. Esta possibilidade encontra-se prevista, nomeadamente, no âmbito do direito interno e no quadro da competência dos tribunais portugueses¹³⁴⁵. Porém, a

¹³⁴² Cfr. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pp. 345 e 346.

¹³⁴³ Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 24 de setembro de 1996, caso REINO UNIDO vs. COMISSÃO, procs. apensos C-239/96 R e C-240/96 R, Col. 1996, pp. I-4475 e ss, n.º 72.

¹³⁴⁴ Entre nós, no âmbito da jurisdição administrativa, veja-se o n.º 2 do artigo 120.º do CPTA.

¹³⁴⁵ Cfr. artigos 376.º, n.º 3, do novo CPC; e 120.º, n.º 3, do CPTA. No que tange a este cenário, e em especial no que respeita à possibilidade de ocorrência do mesmo por decisão dos tribunais administrativos portugueses, o qual se encontra expressamente previsto no n.º 3 do artigo 120.º do CPTA, ver José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 349, autor que inclusivamente configura o cenário dos tribunais, em cumulação com a concessão

possibilidade de os órgãos integrantes do TJUE decretarem medidas provisórias diferentes das expressamente solicitadas pelos requerentes tem sido negada com base no argumento segundo o qual não pode ser exigido ao juiz encarregado pelo decretamento de tais medidas que responda expressamente a todas as questões de facto ou de direito que tenham sido discutidas no decurso do processo de medidas provisórias¹³⁴⁶. Logo e por maioria de razão, o mesmo sucede no que tange a medidas provisórias que não foram identificadas no quadro de um pedido relativo a essas medidas¹³⁴⁷. Não deixa de merecer um apontamento a falta de coincidência de competências, entre os órgãos jurisdicionais nacionais e os órgãos integrantes do TJUE, neste caso com o favorecimento da tutela jurisdicional efetiva a pender para o âmbito competencial dos primeiros.

5. Características dos instrumentos processuais de tutela cautelar

Uma análise minimamente cuidada das medidas provisórias de natureza cautelar não ficaria completa se não identificássemos as respetivas características, as quais acabam por estar ligadas aos pressupostos de fundo da sua concessão; são elas: (i) a sumariedade, (ii) a provisoriedade, e (iii) a instrumentalidade¹³⁴⁸.

5.1. A sumariedade

A primeira característica que se pode apontar às medidas provisórias de natureza cautelar prende-se com a sumariedade já que subjacente às mesmas encontram-se processos judiciais de cognição *sumária* (seja da situação de facto, seja do direito aplicável) e *não plena*, o que é bem evidenciado, nomeadamente, através de um dos requisitos de que depende a sua concessão: o *fumus boni iuris*¹³⁴⁹.

A cognição plena das questões de facto e de direito que se levantam no pleito será objeto de análise no processo principal, o qual também por isso será bem mais moroso.

da providência cautelar requerida, decretarem contra-providências que diminuam o prejuízo para os interesses da parte requerida.

¹³⁴⁶ Despacho do Presidente do TJ proferido no mencionado caso COMISSÃO vs. ATLANTIC CONTAINER LINE e o, n.º 58.

¹³⁴⁷ Despacho do Presidente do TJ, caso ANTONISSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, já citado, n.º 25.

¹³⁴⁸ Sobre elas *vide* as sínteses de ANTUNES VARELA, J. Miguel BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *op. cit.*, pp. 22 e ss; e de José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, *cit.*, p. 336.

¹³⁴⁹ Aquilo a que José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, *cit.*, p. 353, chama de sumariedade cognitiva.

O caráter sumário justifica-se com a natureza urgente¹³⁵⁰ dos processos cautelares, bem espelhada no requisito de fundo relativo ao *periculum in mora*, que impõe a concessão das medidas antes das decisões finais atinentes aos processos principais na medida em que tais medidas se afiguram necessárias à prevenção do sofrimento de prejuízos graves e irreparáveis pelos requerentes das mesmas. Tal característica também encontra motivação na finalidade prosseguida através das medidas provisórias: acautelar a utilidade da decisão de mérito que será tomada no final do processo principal¹³⁵¹ ou, dito de outro modo, obviar às consequências da demora decorrente da articulação, instrução e julgamento da questão de fundo desse processo.

Subjacente às medidas provisórias encontra-se, portanto, a ideia de tramitação célere.

Recorde-se o n.º 7 do artigo 160.º do novo RPTJ e o segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 105.º do RPTG (bem assim o n.º 3 do artigo 104.º do RPTFP), nos quais se prevê o decretamento de providências cautelares antes de a parte contrária se ter pronunciado¹³⁵². Não deixará de se tratar de um decretamento meramente provisório após o qual, na subsequente tramitação processual, o contraditório afigura-se de observância obrigatória.

No mesmo sentido apontam o n.º 5 do artigo 160.º do novo RPTJ e o n.º 1 do artigo 105.º do RPTG (bem assim o n.º 1 do artigo 104.º do RPTFP), ao estatuírem que o Presidente do Tribunal "*fixa um prazo curto*" para a parte contrária se pronunciar; e o n.º 6 do artigo 160.º do novo RPTJ, bem como o primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 105.º do RPTG (e o n.º 2 do artigo 104.º do RPTFP), ao determinarem o caráter facultativo da instrução, cuja realização depende de decisão do presidente. Igualmente, o artigo 161.º do novo RPTJ¹³⁵³ incumbe o presidente e o TJ de decidirem os pedidos cautelares "*sem demora*", o qual também deve ser aplicável aos processos de medidas provisórias da competência do TG (e do TFP) dada a omissão de um preceito semelhante no respetivo regulamento de processo.

¹³⁵⁰ Recorde-se, igualmente nesta sede, o ónus que incide sobre o requerente de, no pedido, especificar as razões da *urgência*.

¹³⁵¹ Cfr. Blanca PASTOR BORGONÓN e Eric VAN GINDERACHTER, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Cuadernos de Estudios Europeos*, Civitas, Madrid, 1993, p. 28.

¹³⁵² Cenário que no nosso CPTA surge no artigo 131.º, embora de forma bem mais circunscrita, já que tal possibilidade apenas tem lugar na providência cautelar destinada a tutelar direitos, liberdades e garantias. O n.º 1 do artigo 366.º do novo CPC prevê igualmente a ordenação de medidas cautelares *inaudita parte* quando a audiência do requerido colocar em risco sério a finalidade ou a eficácia da providência.

Sendo esta possibilidade (muito) limitada em razão da matéria, alguns autores, nomeadamente, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, *cit.*, pp. 353 e 354, defendem a aplicação excepcional do artigo 385.º, n.º 1, do Código do Processo Civil, na jurisdição administrativa interna, norma que atribui ao juiz o poder-dever de decretar uma providência cautelar *inaudita parte*, quando a audiência colocar em crise séria a finalidade ou a eficácia da providência.

¹³⁵³ Inspirado no artigo 85.º, n.º 3, do velho RPTJ, que priorizava os processos cautelares sobre os demais.

5.2. A provisoriedade

A tutela cautelar, constitui, na expressão de José Carlos VIEIRA DE ANDRADE¹³⁵⁴, "*por definição, uma regulamentação provisória de interesses*", seja no que respeita à duração da decisão, seja no que tange ao seu conteúdo. Daí o carácter precário das decisões jurisdicionais que decidam pedidos de medidas provisórias, resultante *expressis verbis* de várias disposições dos regulamentos de processo dos tribunais da UE em sentido orgânico e do Estatuto do TJUE.

Antes de mais, no n.º 7 do artigo 160.º do novo RPTJ e no segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 105.º do RPTG (e no n.º 3 do artigo 104.º do RPTFP) prevê-se a alteração ou revogação, eventualmente a título oficioso, do despacho judicial que concedeu uma providência cautelar antes da parte contrária se ter pronunciado. Depois, o n.º 4 do artigo 162.º do novo RPTJ (em sentido idêntico o n.º 4 do artigo 105.º do RPTFP) prescreve que "*o despacho tem carácter meramente provisório e em nada prejudica a decisão que o Tribunal venha a proferir no processo principal*"¹³⁵⁵. No mesmo sentido, encontramos o terceiro parágrafo do artigo 39.º do Estatuto do TJUE.

Por outro lado, segundo o TJ, as medidas cautelares, sendo provisórias, "*cessam, em princípio, os seus efeitos logo que seja proferido o acórdão que põe termo ao processo principal*"¹³⁵⁶. Da jurisprudência daquele resulta igualmente que as decisões jurisdicionais relativas às medidas cautelares são provisórias pois não constituem um juízo antecipado nem definitivo sobre as questões de direito ou de facto em discussão nem neutralizam antecipadamente as consequências da decisão a proferir posteriormente no processo principal. Ainda de acordo com o TJ, do carácter provisório resulta que o decretamento de tais medidas não deve "*prejudicar a decisão em sede de mérito, ou seja, não devem ainda decidir quais as consequências da decisão a proferir ulteriormente em sede de mérito*"¹³⁵⁷, legitimando a conclusão de FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, no sentido de que as providências cautelares não poderão "*pré-julgar a questão de fundo, ou seja, o mérito da causa, que se discute no processo principal*"¹³⁵⁸.

¹³⁵⁴ Cfr. *A Justiça...*, cit., p. 351.

¹³⁵⁵ Redação idêntica apresenta o n.º 4 do artigo 107.º do RPTG. Cfr. despacho do Presidente do TPI, de 3 de junho de 1996, caso BAYER vs. COMISSÃO, proc. T-41/96 R, Col. 1996, pp. II-381 e ss, n.º 13.

¹³⁵⁶ Cfr. despacho do Presidente do TJ, de 17 de maio de 1991, caso CIRFS e o. vs. COMISSÃO, proc. C-313/90 R, Col.1991, pp. I-2557 e ss, n.ºs 23 e 24.

¹³⁵⁷ Cfr. despachos do Presidente do TJ, de 20 de julho de 1981, caso ALVAREZ vs. PE, proc. 206/81 R, Rec. 1991, p. 2187, n.º 6; caso ANTONISSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, já citado, n.º 29; despacho do Presidente do TPI, de 10 de maio de 1994, caso SCPAEMC vs. COMISSÃO, proc. T-88/94 R, Col. 1994, pp. II-263 e ss.

¹³⁵⁸ Ver *Contencioso Comunitário*, cit., p. 255.

Não podendo prejudicar nem inutilizar de antemão os efeitos do acórdão que será preferido no processo principal¹³⁵⁹, as medidas provisórias também não podem constituir uma situação de facto irreversível. Sob pena de inexistir provisoriedade, não é admissível a concessão de providências cautelares que possam implicar consequências definitivas¹³⁶⁰.

Também dos artigos 163.º do novo RPTJ e 108.º do RPTG (e 106.º do RPTFP) se retira o carácter provisório das decisões que incidam sobre requerimentos de medidas provisórias de natureza cautelar, ao prever-se a possibilidade de o despacho que tenha deferido (ou indeferido) as inerentes providências ser, a todo o momento e a pedido de qualquer das partes, alterado ou revogado em consequência de uma modificação das circunstâncias¹³⁶¹. Os artigos 164.º do novo RPTJ e 109.º do RPTG, ao preverem a apresentação de outro pedido de medidas cautelares fundado em factos novos formulado pela parte que viu indeferido um pedido anterior, também refletem a provisoriedade.

Desta característica, igualmente ilustrada na condição de fundo relativa ao *fumus boni iuris* porquanto se trata de uma decorrência necessária de uma verificação de razoável aparência de razão a confirmar no final do litígio principal, decorre ainda que as medidas provisórias e cautelares apenas vigoram enquanto não se decidir definitivamente a questão de fundo do pleito. Com efeito, as medidas cautelares caducam no momento em que seja proferida a decisão de mérito do processo principal, qualquer que seja o seu sentido¹³⁶². Assim, se porventura o processo principal for julgado improcedente a medida cautelar decretada na sua pendência, previamente à tomada da respetiva decisão de mérito, terá de expirar, aqui se incluindo os casos em que essa decisão é da autoria do TG ou do TFP e dela seja interposto o competente recurso, respetivamente, para o TJ ou para o TG¹³⁶³. Caso aquele processo mereça provimento, o acórdão confirmará a medida cautelar, substituindo-a totalmente.

Também aqui está em causa a natureza de um pedido de providências urgentes, na medida em que a sua apreciação gira em torno da exigência de o mesmo ser decidido provisoriamente,

¹³⁵⁹ Cfr. despachos do Presidente do TJ proferidos nos casos COMISSÃO vs. ATLANTIC CONTAINER LINE; e REINO UNIDO vs. COMISSÃO (proc. C-180/96 R), ambos já citados.

¹³⁶⁰ Ver despacho do Presidente do TJ, de 28 de maio de 1975, caso KÖNECKE vs. COMISSÃO, proc. 44/75 R, Rec. 1975, pp. 637 e ss, n.º 4, no qual a medida cautelar requerida foi julgada inadmissível por se encontrar desprovida de provisoriedade, sendo antes irrevogável, o que implicava o investimento do juiz encarregado das medidas provisórias no decretamento de uma situação jurídica irreversível.

¹³⁶¹ Idêntica possibilidade, mas relativamente à competência dos Tribunais Administrativos portugueses, está prevista no n.º 1 do artigo 124.º do CPTA, embora aqui tal contingência também possa ter lugar oficiosamente, enquanto em cima tal cenário parece só poder ocorrer a pedido de uma das partes. O novo CPC, por sua vez, para além de prever o levantamento ou a redução da providência decretada (alínea b) do n.º 1 e n.º 3 do artigo 372.º) prevê que uma providência decretada possa, a pedido do requerido e ouvido o requerente, ser substituída por caução adequada se esta se mostrar suficiente para prevenir ou reparar integralmente a lesão (n.º 3 do artigo 368.º).

¹³⁶² Podendo inclusivamente caducar mais cedo (sem prejuízo de poderem ser prorrogadas se se mantiverem as razões que justificaram a sua adoção) se tiverem sido decretadas por um determinado lapso de tempo que fique aquém da decisão final do processo (n.ºs 3 dos artigos 162.º do novo RPTJ e 107.º do RPTG).

¹³⁶³ O artigo 60.º do Estatuto do TJUE prevê, porém, que o tribunal *ad quem* possa decretar medidas provisórias que vigorarão na pendência do recurso, o qual, na ausência de tal decretamento, não tem efeito suspensivo.

com o objetivo de se prevenir a produção de lesões graves e irreparáveis na esfera jurídica do sujeito que requer a tutela jurisdicional provisória.

A provisoriedade dos efeitos das medidas cautelares cujo decretamento compete aos órgãos jurisdicionais nacionais consta, entre nós, dos n.ºs 2 e 3 do artigo 122.º e do n.º 1 do artigo 123.º do CPTA, no que aos tribunais administrativos diz respeito, bem como do artigo 373.º do novo CPC, no que tange aos tribunais judiciais. Atento o princípio da autonomia processual, tais disposições também relevam e são aplicáveis quando se trate de providências cautelares, decididas por aqueles órgãos, fundadas no direito da UE. Por outro lado, tendo em conta a forma como a referida característica se manifesta, merece-nos reservas a possibilidade de aplicação da recém criada figura da *inversão do contencioso*, prevista nos artigos 369.º e 371.º do novo CPC, às medidas provisórias de índole cautelar baseadas no ordenamento da União cujo decretamento compita à jurisdição judicial portuguesa. Com efeito, através dessa figura permite-se que no processo cautelar as providências ordenadas se consolidem no tempo e se transformem em medidas definitivas, dessa forma perdendo a provisoriedade que normalmente as caracteriza.

5.3. A instrumentalidade

As medidas provisórias de natureza cautelar, em regra, também se caracterizam pela instrumentalidade¹³⁶⁴, no sentido em que são *acessórias*¹³⁶⁵ e estão direta e intimamente dependentes de um processo (ação ou recurso) principal. Na expressão que ficou célebre de CALAMANDREI¹³⁶⁶, que *a priori* até aparenta um pleonasma, as medidas cautelares consubstanciam um instrumento do próprio instrumento, que é o processo¹³⁶⁷.

Tal resulta claramente dos artigos 278.º e 279.º do TFUE. No que tange ao primeiro normativo, o Tratado admite a suspensão da execução do ato da UE que tenha sido impugnado. Portanto, *conditio sine qua non* do pedido de suspensão é a prévia ou concomitante impugnação do ato litigioso, tanto no âmbito de um recurso de anulação como no quadro de um processo principal nascido do contencioso da função pública da UE, o qual constitui simultaneamente o objeto do processo cautelar e da ação principal. Relativamente ao segundo preceito, em sede de medidas provisórias não especificadas, o Tratado de Roma é indubitável ao prever que os órgãos integrantes do TJUE apenas poderão ordenar as providências necessárias nas causas (leia-se nos processos principais) submetidas à sua apreciação. No mesmo sentido, de prévio ou

¹³⁶⁴ Não é assim no modelo francês do *référé*.

¹³⁶⁵ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 480.

¹³⁶⁶ Cfr. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 22.

¹³⁶⁷ Em sentido idêntico vide Gustav RADBRUCH, *op. cit.*, p. 343.

concomitante lançamento do respetivo processo principal, apontam os n.ºs 1 dos artigos 160.º do novo RPTJ e 104.º¹³⁶⁸ do RPTG (e 102.º do RPTFP). Com o caráter instrumental das providências cautelares também se delimita o âmbito e o alcance dos respetivos litígios principais, já que se exclui a possibilidade de os tribunais organicamente da UE extravasarem, mediante modificação ou descaracterização, o objeto do processo principal. Por outro lado, as medidas provisórias devem ser instrumentalmente necessárias para conservar o objeto desse processo.

Tal contingência, que é apelidada tanto pela doutrina¹³⁶⁹ como pelo TJ¹³⁷⁰ de *conexão com processo principal*, implica que as providências cautelares não possam ser requeridas depois de o processo principal já estar decidido, na medida em que, nesse momento, tais medidas surgiriam desprovidas de qualquer sentido¹³⁷¹. Efetivamente, a função que a tutela jurisdicional atribui às medidas provisórias de índole cautelar está sempre conexa com um processo principal, onde o requerente pretende salvaguardar definitivamente um direito que naquele deseja acautelar (conservando-o ou antecipando-o) provisoriamente, mediante a instauração de um pedido de decretamento das referidas medidas, até ser proferida a decisão final no âmbito daquele processo. Desta forma, também se exige que o requerente das medidas cautelares seja o mesmo demandante que propõe o processo principal¹³⁷² e que esse sujeito tenha um interesse processual específico, traduzido numa utilidade efetiva, na aplicação dessas medidas¹³⁷³.

Esta característica acarreta, ainda, que as medidas provisórias não poderão situar-se fora do âmbito da decisão final suscetível de ser tomada pelo juiz no processo principal¹³⁷⁴. Convirá ter presente que a acessoriedade das providências cautelares face aos processos principais decorre do facto de estes serem naturalmente longos, na medida em que a sua resolução definitiva exige tempo; as medidas cautelares, sendo urgentes, são acessórias também desse tempo de que a justiça carece¹³⁷⁵. Também aqui releva, portanto, a finalidade prosseguida pelos processos cautelares: precaver a efetividade da decisão de mérito que será tomada no final do litígio

¹³⁶⁸ Quanto ao alcance do primeiro parágrafo desta disposição pode ver-se o despacho do Presidente do TPI, de 21 de setembro de 2004, caso KREUZER MEDIEN vs. PE e CONSELHO, proc. T-310/03 R, Col. 2004, pp. II-3243 e ss.

¹³⁶⁹ Assim Eberhard GRABITZ e Meinhard HILF (eds.), *Kommentar...*, cit., em anotação ao artigo 242.º; PAOLO BIAVATI e FEDERICO CARPI, *Diritto Processuale Comunitario*, Giuffrè Editore, 2000, p. 288; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 255.

¹³⁷⁰ Ver despacho do Presidente do TJ, de 14 de julho de 1981, caso SUSS vs. COMISSÃO, proc. 186/80 R, Col. 1981, pp. 3501 e ss.

¹³⁷¹ Cfr. despacho do Presidente TJ, de 9 de junho de 1980, caso B. vs. PE, proc. 123/80 R, Rec. 1980, pp. 1793 e ss, n.º 2.

¹³⁷² Cfr. despacho do Presidente do TPI, caso VAN PARYS e o. vs. COMISSÃO, já citado, n.º 49.

¹³⁷³ Cfr. despacho do Presidente do TPI, de 17 de dezembro de 1996, caso MOCCIA IRME e o. vs. COMISSÃO, proc. T-164/96 R, Col. 1996, pp. II-2261 e ss, n.º 26.

¹³⁷⁴ Vide despacho do Presidente do TJ, de 11 de fevereiro de 1999, caso GOLDSTEIN vs. COMISSÃO, proc. C-4/99 P (R), não publicado, que confirmou o sentido da decisão do TPI de 28 de outubro de 1998, proc. T-100/98, Col. 1998, pp. II-4065 e ss.

¹³⁷⁵ Cfr. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 336.

principal. Não será despiciendo relembrar também nesta sede a sua provisoriedade, já que as providências cautelares apenas vigoram enquanto não se decide a questão principal.

No que tange às providências cautelares fundadas no direito da UE a decretar pelos tribunais portugueses, a primeira parte do artigo 113.º do CPTA, bem assim os artigos 364.º e 373.º do novo CPC estabelecem a característica da instrumentalidade ou da acessoriedade dos procedimentos cautelares face aos processos principais, não se levantando dúvidas quanto a este aspeto. No entanto, no âmbito do novo CPC, a referida figura da *inversão do contencioso*, ainda que enformada por apertados requisitos¹³⁷⁶, não deixará de constituir um categórico desvio a esta ordem de ideias¹³⁷⁷, pelo que, também por este motivo, a sua eventual aplicação às medidas provisórias de natureza cautelar fundadas no direito da UE, cujo decretamento compita aos tribunais judiciais portugueses, merece-nos as maiores reservas, precisamente por contrariar, além da provisoriedade, a característica elementar da instrumentalidade.

Uma vez que ambos os diplomas admitem a instauração do processo cautelar como preliminar do instrumento principal respetivo, uma questão que podemos levantar é a de saber se poderá ter lugar a apresentação, perante um tribunal português, de um requerimento de concessão de uma providência cautelar fundada no direito da UE previamente à instauração do processo principal do qual irá depender, contrariamente ao que sucede com os requerimentos apresentados ante os tribunais da UE em sentido orgânico.

O mencionado aresto ATLANTA estabeleceu o importantíssimo *princípio do paralelismo* entre a proteção cautelar que os órgãos jurisdicionais que integram o TJUE estão habilitados a conceder à luz do artigo 279.º do TFUE e aquela que os órgãos jurisdicionais internos podem decretar para tutela de direitos subjetivos que se fundamentam no direito da UE, ao abrigo do qual os tribunais nacionais poderão adotar as providências cautelares que julguem adequadas e necessárias para cada situação¹³⁷⁸, à semelhança da prerrogativa que aquela disposição do Tratado confere ao TJ e ao TG (e ao TFP).

O citado acórdão ZUCKERFABRIK, por sua vez, estabeleceu que os critérios jurídicos à face dos quais os tribunais internos devem conceder proteção cautelar devem ser extraídos do

¹³⁷⁶ Além de requerimento (necessariamente motivado) formulado nesse sentido, o juiz da providência cautelar deve, com base nos elementos que constem do processo, ficar seguramente convencido ("*convicção segura*" são os termos da lei) "*acerca da existência do direito acautelado*", além do que a natureza da providência decretada deve ser "*adequada a realizar a composição definitiva do litígio*". Ora, num processo caracterizado pela sumariedade (e inerente urgência) não é expectável que a figura da inversão do contencioso venha a merecer grande adesão por parte dos magistrados; estes devem olhar para ela com parcimónia, uma vez que não deverá ser através do regime dos procedimentos cautelares que as partes de um litígio, em princípio demandantes, alcancem uma subversão das regras adjetivas relativas ao impulso processual inicial.

¹³⁷⁷ Cfr. Jorge Augusto PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, 11.ª Ed, Coimbra, 2013, pp. 38 e ss.

¹³⁷⁸ Legitimando mesmo, no quadro normativo das providências cautelares a decretar pelos tribunais nacionais para tutela de direitos subjetivos dos particulares que decorrem do direito da UE, o uso da expressão "*universalidade de providências*", cenário que se antecipou àquele que no direito administrativo português apenas surgiria com a reforma do seu bloco contencioso ou da parcela relativa à sua justiça, ocorrida entre 2002 e 2004.

direito da UE (e não do direito interno), já que é neste ordenamento jurídico que tal tutela se funda. Uma vez que tais critérios prendem-se com o tipo de medidas e com os requisitos do decretamento e não com a oportunidade da sua apresentação, parece-nos que inexistente colisão com a possibilidade de instauração, num tribunal português, de um processo cautelar para tutela de direitos subjetivos fundados no direito da UE previamente (ou como preliminar, na expressão do CPTA e do novo CPC) à proposição do competente meio principal, já que a prévia ou simultânea instauração do processo principal não se trata de um critério do regime normativo da proteção cautelar plasmado no direito da União.

Numa frase, entendemos que a possibilidade admitida no artigo 113.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 114.º do CPTA e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 364.º do novo CPC de serem intentados processos cautelares antes da instauração dos respetivos processos principais também se aplica para as providências que se fundem no direito da UE, da mesma forma que tal é possível relativamente àquelas que se fundamentam no direito nacional¹³⁷⁹.

¹³⁷⁹ Neste sentido FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão...*, cit., pp. 48 e 49.

Parte III

Corolários da tutela jurisdicional efetiva nos instrumentos processuais da União Europeia *stricto sensu* a cargo da respetiva instituição jurisdicional

Capítulo I

A tutela jurisdicional efetiva no mecanismo contencioso de declaração e repressão de comportamentos dos Estados membros contrários às obrigações decorrentes dos Tratados

1. Razão de ordem

Uma das principais competências do TJUE - ou melhor, do TJ, já que os demais órgãos jurisdicionais que integram a referida instituição não dispõem de competência para o efeito¹³⁸⁰ - inseridas no contencioso da UE tradicional ou *stricto sensu* é a que tem em vista, primeiramente, a declaração e, seguidamente, a repressão de incumprimentos, imputáveis aos Estados membros, de obrigações por estes assumidas no quadro dos Tratados, *maxime* do TFUE. O controlo do respeito dessas obrigações pelos Estados membros é levado a cabo através de um original¹³⁸¹ instrumento processual que, muito embora surja referido de recurso tanto pelas pertinentes normas do Tratado de Roma como pela terminologia utilizada na jurisprudência do TJ, é geralmente denominado de ação por incumprimento^{1382/1383}.

Inspirado na *Feststellungsklage* do sistema alemão, na referida ação por incumprimento a competência do TJ assume-se de *plena jurisdição* e visa-se salvaguardar o direito da UE

¹³⁸⁰ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 489.

¹³⁸¹ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 504 e 505, onde enuncia algumas das razões justificativas desta originalidade.

¹³⁸² Vide a crítica de Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 506. Não obstante, "processo por infração" também se apresenta como uma designação de uso corrente, principalmente pela Comissão, para designar a fase pré-contenciosa que a ação por incumprimento comporta. Ver também Georges VANDERSANDEN e Ami BARAV, *op. cit.*, pp. 97 e ss.

¹³⁸³ Sobre este instrumento vide Ercüment TEZCAN, *Les sanctions prévues par l'article 171, alinéa 2 du Traité CE en cas de non-exécution d'un arrêt de la Cour de Justice par un État membre et les développements récents à ce propos*, in *Revue Européen de Droit Public*, 1998 (Vol. 10; n.º 1), pp. 39 e ss; Carlos JIMÉNEZ PIERNAS, *El incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros cuando median actos de los particulares: una aportación al debate sobre la interdependencia entre Derecho comunitario y Derecho internacional*, in *RDCE*, 2000 (Ano 4; n.º 7), pp. 15 e ss; María BLÁZQUEZ PEINADO, *El procedimiento contra los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario*, Castelló de la Plana, 2001; Anne BONNIE, *The Evolving Role of the European Commission in the Enforcement of Community Law: From Negotiating Compliance to Prosecuting Member States?*, in *Journal of Contemporary European Research*, 2005 (Vol. 1; n.º 2), pp. 39 e ss.

originário e derivado. Hoje previsto nos artigos 258.º a 260.º do TFUE (ex-artigos 226.º a 228.º do TCE e ex-ex-artigos 169.º a 171.º do TCEE), nos quais se fala no não cumprimento, pelos Estados membros, "*das obrigações que lhes incumbem por força dos Tratados*", este mecanismo contencioso tem por objeto o controlo do (des)respeito por parte dos Estados membros da legalidade que lhes é imposta pela ordem jurídica europeia¹³⁸⁴.

A ação por incumprimento também surge frequentemente designada de "*ação por violação dos Tratados*"¹³⁸⁵, muito por força da locução empregue no artigo 258.º do TFUE. Este *nomen iuris*, porém, deve ser interpretado em termos amplos sob pena de o mesmo se afigurar redutor, uma vez que apesar de as obrigações, decorrentes do direito da UE e a cujo cumprimento os Estados membros se encontram adstritos, se poderem reconduzir aos Tratados, estes propriamente ditos formam "apenas" uma parcela do objeto material que a ordem jurídica da União impõe aos Estados membros e que estes podem violar¹³⁸⁶.

Um dos principais traços específicos da ação por incumprimento (ou melhor, das duas ações por incumprimento que se podem suceder¹³⁸⁷) reside na sua estrutura processual (na tramitação, se se preferir) atendendo a que a mesma se divide em duas fases distintas: uma administrativa ou pré-contenciosa, marcada pelos poderes discricionários da Comissão que, regra geral, surge como *dominus* da mesma; outra jurisdicional ou contenciosa, caracterizada pela intervenção do TJ a quem compete dirimir o conflito de interesses existente entre a Comissão (ou um Estado membro) e um Estado membro. Assim sendo, a problemática da tutela jurisdicional efetiva surge praticamente confinada à segunda fase. Não obstante, a primeira fase não deixa de colocar alguns problemas relacionados com a temática, como o relativo ao quase total afastamento dos particulares da mesma. Aliás, a ausência da participação dos particulares no desenvolvimento procedimental de toda a ação por incumprimento é um dos aspetos que mais pertinentemente coloca uma questão de harmonização com os cânones da tutela jurisdicional efetiva.

¹³⁸⁴ Cfr. João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 213; Pal WENNERÁS, *A new dawn for Commission enforcement under Articles 226 and 228 EC: General and persistent (gap) infringements, lump sums and penalty payments*, in *CMLR*, 2006 (Vol. 43; n.º 1), pp. 31 e ss.

¹³⁸⁵ Assim Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 920.

¹³⁸⁶ Com efeito, os atos de direito derivado (regulamentos, diretivas e decisões) também impõem obrigações aos Estados membros. Pense-se, por exemplo, na obrigação de transposição, para a ordem jurídica nacional, de determinada diretiva em prazo que a mesma estipula; configure-se o dever de executar ou aplicar nas ordens internas um regulamento europeu.

Por outro lado, o direito da UE também assenta em princípios gerais, alguns deles não positivados em preceitos normativos (nomeadamente, os do primado e do efeito direto), dos quais também decorrem obrigações suscetíveis de violação pelos Estados membros.

¹³⁸⁷ Usamos esta terminologia para abranger, também, a ação por incumprimento prevista no n.º 2 do artigo 260.º, a qual pressupõe a ação previamente instaurada ao abrigo dos artigos 258.º ou 259.º, onde foi, pelo TJ, declarado o incumprimento, sendo que o Estado membro incumpridor, alegadamente, não executou devidamente o acórdão, arriscando-se, por isso, ao abrigo da segunda ação por incumprimento, a ser sancionado pecuniária ou financeiramente.

Por outro lado, este é um dos mecanismos processuais que melhor traduz uma ideia que já adiantámos: a de que a tutela jurisdicional efetiva, no direito da UE - organização internacional de cariz *sui generis*, sem embargo da prevalência da lógica da integração supranacional - também se estende aos Estados membros, não sendo portanto um atributo exclusivo dos seus principais destinatários: os particulares. Com efeito, no âmbito de um instrumento processual onde um dos protagonistas é certamente pelo menos um Estado membro arguido, acresce que na ação por incumprimento o TJ funciona como uma verdadeira *jurisdição internacional*¹³⁸⁸.

Outro aspeto que aqui se destaca reside no facto de, após o incumprimento estar já judicialmente declarado, o sancionamento do Estado membro incumpridor em princípio depende da instauração de uma nova ação, a segunda ação por incumprimento¹³⁸⁹ ou ação por incumprimento "*em segundo grau*"¹³⁹⁰, prevista no n.º 2 do artigo 260.º do TFUE, na qual também se vislumbra, recorde-se, um *processo especial de execução* próprio do direito da União. Tal *modus faciendi* nem sempre se afigura necessário na medida em que uma novidade introduzida neste domínio pelo Tratado de Lisboa consiste na possibilidade de num determinado âmbito específico, o qual se prende com o incumprimento da obrigação de comunicação das medidas de transposição de diretivas adotadas de acordo com um processo legislativo, na mesma ação por incumprimento instaurada pela Comissão ao abrigo do artigo 258.º, a violação da referida obrigação ser objeto de declaração judicial e de sancionamento pecuniário.

A ação por incumprimento trata-se ainda de um meio processual que visa salvaguardar sobretudo a objetiva legalidade europeia, o que ocorre de forma bastante abrangente e plena. Na verdade, não só se contemplam violações dos Tratados, do direito derivado, de princípios do direito da UE e de acórdãos do TJ declarativos de situações de incumprimento, como o incumprimento em que os Estados membros incorrem é **objetivo**, no sentido em que tanto a sua prévia declaração como o seu posterior sancionamento prescinde de culpa e da existência de prejuízos¹³⁹¹. Sobressai assim, neste instrumento contencioso, a tutela jurisdicional efetiva da estrita legalidade. Como ensina Jónatas MACHADO, ele visa acima de tudo "*uma função jurídico-objectiva de salvaguarda da legalidade no seio da UE*"¹³⁹².

¹³⁸⁸ Cfr. Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, cit., p. 4.

¹³⁸⁹ Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., pp. 58 e 65, refere-se a esta ação motivada pela inexecução do acórdão declarativo do incumprimento, como "*contencioso sobre actos de conteúdo sancionatório*".

¹³⁹⁰ Assim Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., p. 188. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, cit., p. 256, por sua vez, apelidam-na de "*ação por incumprimento de uma obrigação muito específica: a não execução de um acórdão do TJ proferido numa ação por incumprimento*".

¹³⁹¹ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 484.

¹³⁹² Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 506, referindo ainda que os direitos subjetivos também acabam por ser tutelados, embora indiretamente.

2. Tutela jurisdicional efetiva e âmbitos objetivo e subjetivo das duas espécies de ações por incumprimento

2.1. Objeto e finalidade de ambos os tipos de ações

É um dado que na ação por incumprimento quer os sujeitos processuais intervenientes, tanto do lado ativo como do lado passivo, quer o TJ debruçam a sua análise sobre condutas positivas (traduzidas em ações) ou negativas (concretizadas em omissões ou abstenções de agir) dos Estados membros nela demandados, as quais alegadamente são incompatíveis com as obrigações prescritas nos Tratados e nas disposições adotadas pelas instituições por força destes^{1393/1394}. Com efeito, o alegado desrespeito das imposições decorrentes da ordem jurídica europeia pode ocorrer por ação, concretizado designadamente na aprovação de legislação interna contrária à juridicidade europeia ou na existência de práticas administrativas¹³⁹⁵ ou judiciais nacionais cujo efeito consista na diminuição da eficácia do direito da UE nas ordens jurídicas nacionais¹³⁹⁶, ou por omissão, materializado nomeadamente na não transposição de diretivas para as ordens internas delas destinatárias, na recusa de revogação de normas nacionais contrárias ao direito da UE¹³⁹⁷ ou ainda, como teremos oportunidade de retomar, na não execução dos acórdãos do TJ que no quadro das ações por incumprimento lhes sejam dirigidos.

Imprescindível é que o comportamento infrator seja da autoria dos Estados membros¹³⁹⁸ uma vez que com esta via processual visa-se, num primeiro momento, a obtenção de uma

¹³⁹³ No acórdão ALFONS LÜTTICKE vs. COMISSÃO (LÜTTICKE II), de 01 de março de 1966, proc. 48/65, Col. 1965, pp. 306 e ss, o TJ esclareceu que o objeto destas ações consiste em impedir os incumprimentos pelos Estados membros de obrigações que lhes incumbem por força do então TCEE. Reportando-se ao atual artigo 258.º do TFUE mais esclareceu que "o referido artigo habilita a Comissão a dar início a um processo que, para fazer verificar um tal incumprimento, pode solicitar a intervenção do Tribunal de Justiça, ficando então o Estado membro em causa obrigado, nos termos do artigo 171.º do Tratado," (hoje artigo 260.º do TFUE) "... a tomar as medidas adequadas à execução do acórdão do Tribunal".

¹³⁹⁴ Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 506, pertinentemente, reporta o mecanismo aos princípios *pacta sunt servanda* e da União de direito; em sentido idêntico, Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 483, interliga-o ao princípio da cooperação leal, hoje constante do n.º 3 do artigo 4.º do TUE; no mesmo sentido, María BLÁZQUEZ PEINADO, *op. cit.*, p. 121.

¹³⁹⁵ No acórdão COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 27 de abril de 2006, proc. C-441/02, Col. 2006, pp. I-3449 e ss, n.º 47, lembrou-se que "mesmo que a legislação nacional aplicável seja, em si mesma, compatível com o direito comunitário, o incumprimento pode decorrer da existência de uma prática administrativa que viola esse direito". Não obstante, também se exige que essa prática apresente um certo grau de constância e de generalidade (n.º 50 do mesmo acórdão), pelo que o Estado membro arguido poderá defender-se com base na ausência de tais características. O mesmo, *mutatis mutandis*, pode ocorrer com a praxis judicial.

¹³⁹⁶ Abarcam-se aqui todos os tipos de atos jurídicos, traduzidos em normas, atos administrativos e sentenças judiciais, além de comportamentos materiais contrários à ordem jurídica da UE, como por exemplo a concessão de auxílios de Estado de forma indevida. Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 483 e 484.

¹³⁹⁷ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 4 de abril de 1974, proc. 167/73, Col. 1974, pp. 189 e ss, n.º 48.

¹³⁹⁸ De fora da ação por incumprimento encontram-se as infrações ao direito da União da autoria de outros tipos de sujeitos, como dos particulares (*maxime* empresas) ou das próprias instituições, órgãos ou organismos da UE.

declaração judicial do incumprimento, para, posterior e eventualmente, ao abrigo de uma nova ação, se sancionar o Estado membro infrator que insiste em permanecer em situação de incumprimento, agora em virtude de não acatar o acórdão do TJ proferido no âmbito da primeira ação e declarativo da referida situação de incumprimento.

2.1.1. O Tratado de Lisboa e o alargamento das obrigações cujo desrespeito pode determinar a instauração de ações de finalidade eminentemente declarativa de simples apreciação

O artigo 258.º do TFUE refere-se a obrigações cujo cumprimento incumbe aos Estados "*por força dos Tratados*", novidade introduzida face ao anterior artigo 226.º do TCE, o qual reportava-se a obrigações de que os Estados membros estavam incumbidos "*por força do presente Tratado*".

A inovação em causa, não obstante em abstrato até permita o reforço da tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia, parece-nos, contudo, demasiado generosa. Isto porque, tal como sucedia até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, não vislumbramos grandes cenários para a instauração de ações por incumprimento por violação pelos Estados membros de obrigações decorrentes do TUE, podendo inclusivamente questionar-se se este Tratado estabelece obrigações no sentido categórico do termo dada a lógica de cooperação intergovernamental que no mesmo continua a imperar. Parece-nos, por isso, que o TFUE permanecerá como o Tratado paradigmaticamente consagrador e impositivo de obrigações para os Estados membros, cuja violação implica a possibilidade de instauração de ações por incumprimento.

Também é um facto, porém, que existem outros tratados para além daqueles dois, como por exemplo os tratados de adesão de novos Estados membros no quadro do artigo 49.º do TUE, ou os celebrados entre a UE e países terceiros ou entre a União e outras organizações internacionais ao abrigo dos artigos 216.º e seguintes do TFUE. Tais tratados, vinculando a UE, contêm naturalmente obrigações para os Estados membros, pelo que a menção restrita ao TCE, constante do ex-artigo 226.º do TCE, se afigurava de facto redutora, razão pela qual ocorreu um justificado alargamento do bloco de legalidade europeia no novo artigo 258.º do TFUE.

Ainda assim, no que tange às empresas convém salientar, porém, que tratando-se de entidades controladas pelo Estado, este já poderá ser demandado no quadro da ação por incumprimento.

2.1.2. Formas de incumprimento

As formas de incumprimento das obrigações a cujo respeito os Estados membros se encontram adstritos por força dos Tratados abundam. Desde (i) a violação direta por parte das legislações nacionais de disposições decorrentes dos Tratados¹³⁹⁹, como por exemplo as relacionadas com as liberdades de circulação (v. g. de mercadorias, de trabalhadores, prestadores de serviços, etc.) ou com a proteção da concorrência no mercado interno (v. g. a proibição dos auxílios de Estado às empresas), passando (ii) pela inobservância de normas europeias constantes de atos vinculativos¹⁴⁰⁰ de direito derivado (v. g. começando pela não transposição, transposição extemporânea ou incorreta para a ordem jurídica interna de diretivas, passando pelo não acatamento por determinado Estado membro das decisões que lhes são dirigidas e terminando na colocação de entraves à aplicabilidade direta dos regulamentos)¹⁴⁰¹, bem como (iii) pelo não acatamento de despachos ou acórdãos do TJ, culminando (iv) na violação de princípios essenciais da ordem jurídica da UE, tanto expressos (v. g. os relativos à salvaguarda dos direitos fundamentais), como não previstos em qualquer norma (v. g. os do primado¹⁴⁰² e do efeito direto). Todos os exemplos inculcam, ainda que em alguns mais remotamente, comportamentos contrários às obrigações decorrentes dos Tratados.

É relevante salientar que determinadas matérias de índole mais política do que jurídica foram expressamente subtraídas do âmbito objetivo da ação por incumprimento. Um dos melhores exemplos que se pode aventar diz respeito à matéria dos défices orçamentais excessivos, como decorre do n.º 10 do artigo 126.º do TFUE (ex-artigo 104.º do TCE e ex-ex-artigo 104.º-C do TCEE)¹⁴⁰³. Outras terão merecido idêntica sorte ainda que implicitamente,

¹³⁹⁹ Neste caso, o problema assemelha-se ao controlo abstrato sucessivo da constitucionalidade de normas que pode ser levado a cabo na ordem jurídica de alguns dos Estados membros, como em Portugal ou na Áustria.

Já em França, até à revisão constitucional de 2008, a lei, entendida como expressão máxima da soberania, estava sujeita apenas à fiscalização abstrata preventiva. A referida revisão constitucional, no entanto, introduziu no n.º 1 do artigo 61.º da Constituição Francesa o novo mecanismo de *exception d'inconstitutionnalité*, ao abrigo do qual o *Conseil d'Etat* ou a *Cour de Cassation* podem, por solicitação dos tribunais comuns, controlar a compatibilidade das leis ordinárias com os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

¹⁴⁰⁰ Nesta sede, um setor da doutrina enfatiza que independentemente da forma adotada para os atos, nomeadamente, para aqueles que não observaram uma forma jurídica típica (seja de regulamento, diretiva ou decisão), o que releva é seu carácter *vinculativo*, isto é, a sua apetência para a produção de efeitos jurídicos obrigatórios, podendo tratar-se de atos inominados ou atípicos. *Vide* João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 507. Nessa medida, a tutela jurisdicional efetiva sairá reforçada em virtude de um tendencial aumento do bloco de legalidade a que os Estados membros devem obediência.

¹⁴⁰¹ Aqui, o problema já se assemelha mais com o controlo da legalidade de normas levado a cabo pelos tribunais administrativos nas ordens internas que o comportem, como sucede em Portugal. Avulta, de forma mais notória, o conceito de legalidade europeia.

¹⁴⁰² Como ensina Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 505 e 506, a ação por incumprimento revela-se, aliás, como um importante instrumento garantidor do primado do direito da UE sobre os direitos nacionais.

¹⁴⁰³ Se assim não fosse, num passado não muito longínquo, na sequência da crise das dívidas soberanas que atingiu o ponto alto em 2011, haveria certamente matéria para a instauração de ações por incumprimento contra vários Estados membros (Grécia, Portugal, Irlanda, Espanha e Itália, pelo menos) por violação da disciplina

como sucede com os procedimentos constantes do artigo 7.º do TUE por violações dos Estados membros aos valores previstos no artigo 2.º do mesmo Tratado.

2.1.3. Desnecessidade de produção de efeito direto pelas normas europeias que constituem fonte de obrigações para os Estados membros

Nesta medida, deve-se salientar a possibilidade de demandar um Estado membro, no âmbito da ação por incumprimento, por violação de obrigações decorrentes dos Tratados, mesmo que as disposições europeias ofendidas não beneficiem de efeito direto¹⁴⁰⁴, isto porque, como atrás dissemos, o referido efeito traduz-se na suscetibilidade que a norma de direito da União tem de produzir efeitos na esfera dos particulares conferindo-lhes prerrogativas que podem ser invocadas por eles nos tribunais nacionais. Já relativamente aos Estados membros, o ordenamento da UE é, todo ele (naturalmente ressalvando os atos não vinculativos), obrigatório e por isso, em caso de violação do mesmo, inclusivamente em relação às suas parcelas não dotadas de efeito direto, haverá objeto para a instauração de ações por incumprimento.

Impõe-se, no entanto, o seguinte esclarecimento: não deverá existir matéria para a propositura de uma ação por incumprimento contra um Estado membro se os respetivos tribunais nacionais recusarem a aplicação de normas europeias amputadas de efeito direto, pois que os órgãos jurisdicionais não podem, em virtude da ausência de tal característica, ser mobilizados com vista a aplicá-las. Logo, uma eventual recusa na sua aplicação não deve fazer incorrer em incumprimento o Estado membro onde aqueles tribunais se inserem¹⁴⁰⁵.

2.1.4. Finalidade dos dois tipos de ações por incumprimento

A finalidade última ou mediata das duas ações por incumprimento que se podem suceder cronologicamente consiste em colocar termo a comportamentos dos Estados membros que se afiguram incompatíveis com as obrigações decorrentes dos Tratados e por eles assumidas com a

orçamental prevista nos Tratados. Com efeito, quer o TFUE (artigo 126.º), quer o Protocolo sobre o Procedimento relativo aos Défices Excessivos, anexo a este, ao TUE e ao TCEEA, previam o dever de os Estados membros evitarem défices orçamentais (cujo limite foi concretizado nos 3% na sua relação com o PIB nacional) e endividamentos públicos (por sua vez limitados a 60% na relação com o referido PIB) demasiado elevados. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 511, que reporta este aspeto à "*political question doctrine*".

¹⁴⁰⁴ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 510 e 559; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 219; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 484.

¹⁴⁰⁵ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 510; Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 921.

adesão à UE. Dito de outra forma, ambos os processos por incumprimento que se podem intermediar no tempo visam reprimir as violações do direito (originário e derivado) da UE praticadas pelos Estados membros, assim se conferindo maior efetividade ao referido ordenamento¹⁴⁰⁶, se necessário coercivamente mediante a aplicação de sanções pecuniárias.

Os dois mecanismos também prosseguem uma finalidade de proteção dos direitos e interesses dos próprios Estados membros face aos incumprimentos das obrigações constantes dos Tratados assumidas pelos seus pares¹⁴⁰⁷.

Avulta a salvaguarda da objetiva legalidade europeia, sendo essencialmente esse o escopo da tutela jurisdicional efetiva prosseguida no âmbito destes instrumentos. Tal legalidade pode ser entendida em termos amplos¹⁴⁰⁸, o que é visível no encadeamento das duas ações por incumprimento de finalidades complementares que podem ter lugar.

Nesta medida, também se afigura manifesta a relação entre a ação por incumprimento e o princípio do primado do ordenamento europeu (nomeadamente, na sua decorrência relativa à uniformidade na aplicação do direito da União nos Estados membros), sendo tal instrumento processual um corolário do referido princípio: a ação por incumprimento visa efetivar o primado do ordenamento da União sobre as ordens jurídicas dos Estados membros, devendo estas apresentar-se em conformidade com aquele, competindo naturalmente aos Estados, através dos respetivos órgãos internos (parlamentos na elaboração de legislação; executivos na restante produção normativa e respetiva execução desta e daquela; tribunais na função de fiscalização), assegurar que tal harmonia existe¹⁴⁰⁹.

2.1.5. Natureza objetiva das ações por incumprimento

Visando prosseguir sobretudo a tutela jurisdicional efetiva da estrita legalidade europeia, a possibilidade de o TJ declarar verificadas situações de incumprimento, bem como de posteriormente sancionar os Estados membros demandados no âmbito da primeira ação (a de finalidade meramente declarativa e eminentemente de simples apreciação positiva), assume uma natureza *objetiva*, o que implica que se prescindia do elemento de imputação subjetiva, traduzido

¹⁴⁰⁶ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 483.

¹⁴⁰⁷ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 506 e 507.

¹⁴⁰⁸ Assim Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., p. 75.

¹⁴⁰⁹ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 505; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 506.

num juízo de censura, em que consiste a culpa¹⁴¹⁰. Em causa está, simplesmente, avaliar a conformidade de comportamentos dos Estados membros face às imposições decorrentes das normas europeias constantes dos Tratados ou do direito derivado, independentemente do seu dolo (vontade ou intenção) ou da sua negligência¹⁴¹¹.

Daí que os Estados membros não possam invocar disposições, práticas ou outro tipo de situações existentes nos respetivos ordenamentos com o objetivo de justificar a inobservância das obrigações e dos prazos prescritos em disposições do direito da União¹⁴¹². Nesta medida, o TJ já teve oportunidade de esclarecer que não lhe compete "*apreciar quais são os objetivos prosseguidos por uma acção por incumprimento que lhe é submetida ... Pelo contrário, compete-lhe declarar se o alegado incumprimento existe ou não. (...) uma acção por incumprimento, cuja oportunidade de apresentação ao Tribunal é apreciada apenas pela Comissão, tem carácter objetivo*"¹⁴¹³.

De igual forma, nem a Comissão nem os particulares, quando denunciam comportamentos suscetíveis de fazer despoletar o mecanismo da ação por incumprimento por parte daquela, vêm a sua atuação condicionada pela demonstração de interesse em agir.

Por outro lado, o Tribunal também já afirmou que o desrespeito de uma obrigação imposta por uma norma de direito da UE constitui em si mesmo uma situação de incumprimento, sendo irrelevante a inexistência de consequências negativas decorrentes desse menosprezo, nomeadamente, a ausência de prejuízos causados¹⁴¹⁴. A ação por incumprimento encontra-se ao serviço da legalidade europeia e pretende salvaguardar a preeminência do direito, independentemente dos efeitos e das consequências dos comportamentos ilícitos.

2.2. As legitimidades processuais

Face ao exposto, compreende-se melhor o protagonismo que, por razões distintas e até antagónicas, nesta sede é atribuído tanto à Comissão, como aos Estados membros, já que

¹⁴¹⁰ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. IRLANDA, de 21 de junho de 1988, proc. 415/85, Col. 1988, pp. 3115 e ss, n.º 9; COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 21 de março de 1991, proc. C-209/89, Col. 1991, pp. 1575 e ss, n.º 6. Vide também João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 514.

¹⁴¹¹ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 1 de março de 1983, proc. 301/81, Rec. 1983, pp. 467 e ss, n.º 8; COMISSÃO vs. ESPANHA, de 1 de outubro de 1998, proc. C-71/97, Col. 1998, pp. I-5991 e ss, n.ºs 14 e 15.

¹⁴¹² Cfr. acórdão COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 8 de junho de 1993, proc. C-52/91, Col. 1993, pp. I-3069 e ss, n.º 36.

¹⁴¹³ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 10 de dezembro de 1968, proc. 7/68, Col. 1968, pp. 889 e ss. No mesmo sentido *vide* acórdão COMISSÃO vs. REINO UNIDO, de 21 de junho de 1988, proc. 416/85, Col. 1988, pp. 3127 e ss, n.º 9.

¹⁴¹⁴ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. FRANÇA, de 14 de dezembro de 1971, já citado, n.º 50; COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 27 de novembro de 1990, proc. C-209/88, Col. 1990, pp. 4343 e ss, n.º 14.

normalmente são eles as partes que, respetivamente como demandante e demandado, se contendem nas ações por incumprimento.

2.2.1. Legitimidade ativa da Comissão

Atuando ao abrigo da sua competência vulgar e metaforicamente designada de "guardião dos Tratados"¹⁴¹⁵ e dentro das regras previstas nos artigos 258.º e 260.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do TFUE, a Comissão está incumbida de agir de forma a fazer com que os Estados membros cessem os seus comportamentos alegadamente infratores e a que os mesmos daí em diante passem a coadunar-se com o respeito das obrigações decorrentes dos Tratados e que assumiram quando passaram a pertencer à UE¹⁴¹⁶. Devido à referida competência e à natureza objetiva do mecanismo, o TJ já referiu que no quadro da ação por incumprimento a Comissão "*não tem de demonstrar a existência de interesse em agir, visto que [ela] tem a missão, por dever de ofício e no interesse comunitário geral, de velar pela correcta aplicação do Tratado pelos Estados-Membros, bem como de requerer a declaração da existência de eventuais incumprimentos das obrigações dele derivadas, tendo como objectivo a sua cessação*"¹⁴¹⁷.

Por outro lado, não existe uma graduação do tipo de infrações que os Estados podem cometer. Segundo o TJ, o artigo 258.º do TFUE "*permite à Comissão propor uma acção por incumprimento sempre que entenda que um Estado-Membro violou uma das suas obrigações comunitárias, sem que se deva distinguir consoante a natureza ou a importância da violação*"¹⁴¹⁸. A Comissão, porém, numa comunicação, não deixou de referir que cuidará de dar

¹⁴¹⁵ Enunciada no segmento do n.º 1 do artigo 17.º do TUE, quando refere que compete à Comissão velar "*pela aplicação dos Tratados, bem como das medidas adoptadas pelas instituições por força destes*", bem como, controlar "*a aplicação do Direito da União, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia*".

¹⁴¹⁶ Sem prejuízo de expedientes como os períodos transitórios ou as cláusulas de salvaguarda. Os primeiros concedem aos Estados membros com maiores dificuldades prazos mais longos para o cumprimento dos objetivos da UE, *maxime*, em matérias que se prendem com as regras relativas às liberdades de circulação. Sobre os períodos transitórios ver Paulo de PITTA E CUNHA, *O desafio da integração europeia*, in *Integração Europeia. Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Lisboa, 1993, pp. 257 e ss. As segundas consistem na permissão dada aos Estados membros de, em certas circunstâncias especificadas no TFUE, poderem ignorar temporariamente as obrigações que este lhes impõem, desde que para o efeito estejam autorizados pelas instituições europeias; consistem fundamentalmente em exceções às liberdades de circulação, legitimadas por uma decisão da UE que suspenda por determinado período a aplicação de uma ou várias disposições da legislação europeia em determinado Estado membro; trata-se de um mecanismo que, em regra, é aplicado para fazer face a problemas específicos, durante um período limitado. Sobre as cláusulas de salvaguarda ver FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades...*, *cit.*, p. 239.

¹⁴¹⁷ Fê-lo, nomeadamente, nos acórdãos COMISSÃO vs. FRANÇA, de 4 de abril de 1974, já citado, n.º 15; COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 10 de maio de 1995, proc. C-422/92, Col. 1995, pp. I-1124 e ss, n.º 16; COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 11 de agosto de 1995, proc. C-431/92, Col. 1995, pp. I-2189 e ss, n.º 21; COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 9 de novembro de 1999, proc. C-365/97, Col. 1999, pp. I-7773 e ss, n.º 59.

¹⁴¹⁸ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 27 de novembro de 1990, já citado, n.º 13.

prioridade às infrações que impliquem maiores riscos, que tenham maior impacto para os particulares, bem como àquelas cuja persistência tenha sido confirmada pelo TJ¹⁴¹⁹.

O objetivo pretendido pela Comissão varia consoante o processo instaurado se trate de primeira ação por incumprimento, no âmbito da qual enseja obter do TJ um acórdão que declare que determinado comportamento assumido por certo Estado membro é, direta¹⁴²⁰ ou indiretamente¹⁴²¹, violador das obrigações que lhe incumbem por força de disposições constantes dos Tratados; ou de segunda ação por incumprimento, no quadro da qual a Comissão visa alcançar, do mesmo órgão jurisdicional, um aresto condenatório, em determinada quantia pecuniária (fixa ou compulsória), do Estado membro demandado na primeira ação devido ao facto de ele não ter executado devidamente a decisão declarativa do incumprimento que nela foi proferida.

As referidas normas do TFUE apresentam aspetos de tramitação comuns às duas ações, como seja a faculdade discricionária conferida à Comissão para, depois de desenvolver em cada uma das ações as respetivas e não coincidentes fases pré-contenciosas, proceder instauração das mesmas, no TJ, contra o Estado alegadamente infrator. A Comissão desempenha assim um papel essencial em matéria de ações por incumprimento uma vez que surge dotada de legitimidade processual ativa. A sua competência para velar pela aplicação dos Tratados e para controlar a aplicação do direito da União sob a fiscalização do TJUE (aspetos onde avulta a necessidade de salvaguarda da objetiva legalidade europeia) bem como a legitimidade de que dispõe no âmbito deste instituto permitem-lhe agir tanto oficiosamente¹⁴²² como na sequência de queixas apresentadas por sujeitos interessados na instauração das ações, como sejam os particulares ou os próprios Estados membros.

¹⁴¹⁹ Cfr. COM (2007) 502, p. 8. Nelas estão abrangidas as violações da obrigação de comunicação das medidas nacionais de transposição das diretivas, as situações de desconformidade entre normas ou práticas nacionais e o direito da UE, e os incumprimentos dos acórdãos declarativos da existência de infrações, nos termos do n.º 1 do artigo 260.º do TFUE. Sobre o valor jurídico deste tipo de atos atípicos *vide* Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, *cit.*, pp. 213 e ss.

¹⁴²⁰ Sucedeu, designadamente, no pleito COMISSÃO *vs.* ITÁLIA, que culminou com o acórdão de 21 de março de 1991, já mencionado; ou no caso COMISSÃO *vs.* REINO UNIDO, que deu origem ao acórdão de 4 de outubro de 1991, proc. C-246/89, Col. 1991, pp. I-4607 e ss, este último motivado pelos factos que também estiveram na base do litígio *Factortame*.

¹⁴²¹ Ocorre, por exemplo, quando os Estados adotam comportamentos contrários aos atos de direito derivado, como sejam as diretivas de que foram destinatários, o que sucedeu, por exemplo, no âmbito do caso COMISSÃO *vs.* IRLANDA, que deu origem ao acórdão de 21 de junho de 1988, já citado; ou sempre que assumam condutas violadoras dos regulamentos, como ocorreu, designadamente, no litígio que culminou com o acórdão COMISSÃO *vs.* FRANÇA, de 1 de fevereiro de 2001, proc. C-333/99, Col. 2001, pp. I-1039 e ss.

¹⁴²² Como lembra João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 522, são variadíssimas as formas pelas quais a Comissão pode obter conhecimento de eventuais violações do direito da UE. Desde informações oriundas das demais instituições europeias até às que resultam dos órgãos de comunicação social, tais formas dão lugar aos "CDO", isto é, "*casos descobertos oficiosamente*".

2.2.2. Legitimidade ativa em situações especiais

Em pelo menos dois domínios específicos os poderes conferidos no artigo 258.º do TFUE à Comissão transferem-se para outros órgãos da União.

Da alínea a) do artigo 271.º do TFUE extraímos que quando se trate de eventuais incumprimentos de obrigações decorrentes do Estatuto do Banco Europeu de Investimento as faculdades da referida instituição são assumidas pelo Conselho de Administração do referido Banco.

Da alínea d) do referido preceito retiramos que uma situação idêntica acontece quando se trate de violações, pelos bancos centrais nacionais, de obrigações decorrentes dos Estatutos do SEBC e do BCE e das pertinentes normas do TFUE. Neste cenário, o Conselho do BCE dispõe, relativamente aos bancos centrais dos Estados membros, dos poderes que a Comissão detém em relação aos Estados membros.

Uma constatação que merece ser enfatizada diz respeito à ausência de legitimidade processual passiva por parte dos dois referidos órgãos, que nas mencionadas áreas desempenham as funções normalmente atribuídas à Comissão, para a instauração da ação por incumprimento de finalidade essencialmente condenatória ou repressiva prevista no n.º 2 do artigo 260.º, a qual é portanto apanágio da Comissão.

2.2.3. Legitimidade ativa dos Estados membros

Igualmente, o artigo 259.º do TFUE prevê que quando se trata da propositura da primeira ação por incumprimento, ou seja, da que prossegue uma finalidade declarativa de simples apreciação, os Estados membros também possam surgir como demandantes, dispondo portanto de legitimidade ativa. Por sua vez, o terceiro parágrafo do n.º 2 do artigo 260.º do referido Tratado estabelece que o procedimento previsto nos parágrafos anteriores "*não prejudica o disposto no artigo 259.º*", o que inculca a legitimidade processual dos Estados membros para a propositura da ação por incumprimento de segundo grau, isto é, da que visa a condenação de homólogos seus no pagamento de sanções pecuniárias.

Apesar de se tratar de um cenário remoto, não menos certo se afigura que a eventualidade de surgimento de ações por incumprimento que oponham dois Estados ilustra bem como a tutela jurisdicional efetiva, no âmbito da ordem jurídica da UE, não é apanágio exclusivo dos particulares, antes se alastra aos próprios Estados membros.

A instauração de ações por incumprimento por impulso processual dos Estados afigura-se, apesar de tudo, (muito) excepcional¹⁴²³, desde logo pelos embaraços diplomáticos que lhes estão associados e pelos ressentimentos que afetariam as relações entre os países envolvidos¹⁴²⁴. Bem mais frequente revela-se o cenário de, perante situações justificativas da instauração de tal instrumento contencioso, os Estados membros aguardarem pela iniciativa da Comissão e, no processo proposto por esta requererem ao TJ, ao abrigo do primeiro parágrafo do artigo 40.º do Estatuto do TJUE, a sua intervenção acessória em apoio da posição daquela.

A possibilidade de existirem ações por incumprimento movidas pelos próprios Estados membros visará sobretudo inviabilizar tentativas de estes justificarem incumprimentos seus com comportamentos semelhantes, numa base de reciprocidade, ou até outro tipo de violações das obrigações decorrentes dos Tratados, por parte dos seus homólogos¹⁴²⁵. Com efeito, um Estado arguido numa ação movida pela Comissão não poderá argumentar em sua defesa que o seu comportamento se assemelha ao de outro Estado membro, uma vez que, conhecendo o incumprimento deste, teve a faculdade de o denunciar ou de, com base nele, demandar o seu congénere no TJ ainda que a Comissão não o tenha feito¹⁴²⁶.

Por outro lado, este expediente também visa compensar os Estados membros da eventualidade de a Comissão não se interessar por determinadas factuais e, como tal, não pretender proceder contra determinados Estados, conferindo-se àqueles a possibilidade de agirem em juízo em defesa dos seus direitos e interesses. Também deste aspeto decorre que a tutela

¹⁴²³ Não obstante, já ocorreu, como por exemplo no âmbito do litígio que deu origem ao acórdão *FRANÇA vs. REINO UNIDO*, de 4 de outubro de 1979, proc. 141/78, Rec. 1979, pp. 2924 e ss. Mais recentemente, um litígio entre a Espanha e o Reino Unido, relacionado com a extensão do estatuto de cidadania da UE, determinada por uma lei adotada por este Estado membro e que aquele considerou contrária ao TCE, aos cidadãos de Gibraltar, também culminou no TJ, dando origem ao acórdão de 12 de setembro de 2006, proc. C-145/04, Col. 2006, pp. I-7961 e ss. Em Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 485 e 486, nota de rodapé 1281, pode ver-se uma curta lista de casos onde os contendores da ação por incumprimento foram dois Estados membros.

¹⁴²⁴ Cfr. Francisco PEREIRA COUTINHO, *Os tribunais nacionais na ordem jurídica da União Europeia. O caso português*, Coimbra, 2013, p. 27.

¹⁴²⁵ Assim também Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 508. Ver também o acórdão *COMISSÃO vs. ALEMANHA*, de 14 de fevereiro de 1984, proc. 325/82, Rec. 1984, pp. 778 e ss, n.º 11, a propósito da impossibilidade de os Estados membros invocarem o princípio da reciprocidade para justificar o seu incumprimento com incumprimentos de outros Estados. Vide ainda João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 515 e 516.

¹⁴²⁶ Resulta da jurisprudência do TJ que "*um Estado-Membro não pode justificar o incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado, pela circunstância de outros Estados-membros não terem igualmente cumprido as suas obrigações*". Ver designadamente, acórdão *COMISSÃO vs. ITÁLIA*, de 26 de fevereiro de 1976, proc. 52/75, Rec. 1976, pp. 277 e ss.

No acórdão *BLANQUERON*, de 11 de janeiro de 1990, proc. C-38/89, Col. 1990, pp. I-90 e ss, n.º 7, mais se acrescentou que "*na ordem jurídica estabelecida pelo Tratado, a aplicação do direito comunitário pelos Estados-membros não pode estar sujeita à condição de reciprocidade. Os artigos 169.º e 170.º do Tratado...*" (atuais artigos 258.º e 259.º do TFUE) "*...prevêem as vias de recurso apropriadas para fazer face aos incumprimentos pelos Estados-membros das obrigações que lhes incumbem por força do Tratado*".

jurisdicional efetiva se encontra ao serviço de posições subjetivas dos Estados membros e não apenas da objetiva legalidade¹⁴²⁷.

2.2.4. Legitimidade passiva

No que tange à legitimidade processual passiva destaca-se naturalmente o facto de apenas os Estados membros poderem ser demandados no quadro das ações por incumprimento, devendo os mesmos ser entendidos de forma unitária e ampla (como normalmente sucede no quadro do direito constitucional ou do direito internacional), e não "somente" como pessoa coletiva pública integrante da administração (como ocorre no âmbito do direito administrativo). Ou seja, se o incumprimento for protagonizado por outras entidades coletivas públicas, como as autarquias locais, as regiões autónomas ou os institutos públicos, é o Estado quem deve ser demandado e não estas entidades¹⁴²⁸.

Por outro lado, independentemente da função ou do poder constituído em causa - entre legislativo, executivo (estendido à administração) e judicial - as condutas de incumprimento são sempre imputáveis ao Estado membro¹⁴²⁹ entendido como ente soberano, podendo tais comportamentos reportar ao próprio poder constituinte¹⁴³⁰.

Em especial no que respeita à função jurisdicional, é possível conceber-se a instauração de ações por incumprimento contra um Estado membro porque os respetivos tribunais nacionais confrontados com a contingência de, no âmbito do mecanismo do reenvio, colocarem questões

¹⁴²⁷ Implicitamente, também parece ser esta a posição de João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 524.

¹⁴²⁸ Num plano orgânico inexistente, portanto, coincidência entre a noção ampla de Estado membro para este efeito e o conceito restrito da mesma entidade para efeitos do recurso de anulação ou da ação por omissão. Ver, designadamente, o acórdão COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 10 de junho de 2004, proc. C-87/02, Col. 2004, pp. I-5989 e ss, n.º 38, onde se lê que: "...um Estado-Membro não pode alegar em sua defesa situações da sua ordem interna para justificar o não respeito das obrigações (...) comunitárias. Se bem que cada Estado-Membro seja livre de repartir, como entender, as competências normativas a nível interno, não é menos verdade que por força do artigo 226.º CE continua a ser o único responsável, perante a Comunidade, pelo respeito das obrigações que resultam do direito comunitário".

¹⁴²⁹ No acórdão COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 13 de julho de 1972, proc. 48/71, Col. 1972, pp. 182 e ss, n.ºs 7 a 9, o TJ lembrou que a obrigação de respeitar a legalidade europeia incide sobre os Estados membros, logo, abrange todos os órgãos (executivo, legislativo e jurisdicional) de Estado; nesse caso, o Tribunal enfatizou a vinculação dos Parlamentos ao respeito pela legalidade decorrente da ordem jurídica comunitária, refutando vicissitudes relacionadas com o funcionamento destes órgãos (v. g. lentidão do processo parlamentar, dissolução da assembleia) como justificativas de situações de incumprimento.

No citado acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 14 de dezembro de 1971, o TJ referiu que o então artigo 171.º do TCEE (hoje artigo 260.º do TFUE) aplica-se a todos os órgãos do Estado, sem excetuar os encarregados da função jurisdicional.

¹⁴³⁰ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 508 e 559; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 510.

prejudiciais *obrigatórias* ao TJ, optaram por não o fazer¹⁴³¹. Com efeito, o dever de aqueles órgãos interrogarem este último a título prejudicial, em termos que retomaremos adiante¹⁴³², decorre do TFUE, pelo que a violação do *dever de reenvio* faz incorrer em incumprimento o Estado membro onde organicamente se situe o órgão jurisdicional nacional que desrespeitou tal obrigação.

De igual forma, um Estado membro também pode ser demandado para uma ação por incumprimento se o comportamento infrator tiver sido adotado por uma entidade privada desde que controlada por aquele.

Verifica-se desta forma uma tentativa de maximização, melhor coadunável com a tutela jurisdicional efetiva, da figura do Estado no que tange à imputação de violações de obrigações decorrentes dos Tratados europeus assentes em condutas de pessoas coletivas públicas, e mesmo entidades privadas, as quais num plano estritamente interno afiguram-se distintas do Estado. Na verdade, como o objetivo das ações por incumprimento também passa pela salvaguarda da efetividade da ordem jurídica europeia, ou seja, pela plena produção de efeitos desta nos ordenamentos internos dos Estados membros, assegurando o primado daquela sobre estes, bem como a sua interpretação uniforme e a sua correta aplicação¹⁴³³, compreende-se a abstração feita relativamente a regras ou critérios constitucionais estritamente internos e exclusivamente domésticos de repartição de atribuições (se nos centrarmos nas tipologias de pessoas coletivas que existem nos Estados membros) e competências (se nos focarmos nos órgãos dessas mesmas entidades), os quais poderiam suscitar dificuldades adicionais quanto à identificação do sujeito incumpridor. Afigura-se, portanto, irrelevante quem, em face do direito constitucional de cada Estado membro, tem competência para executar ou aplicar o direito da UE (v. g. transpor as diretivas, adotar os atos ou as medidas individuais de aplicação ou execução dos regulamentos europeus, etc.).

Através desta opção afigura-se inquestionável a maior eficácia alcançada na prossecução da tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia, permitindo-se abrangentemente imputar a um Estado membro determinadas violações àquela legalidade, ainda que não necessariamente cometidas pela pessoa coletiva Estado. No referido Estado membro podem-se inserir organicamente os mais variados entes autores diretos das referidas violações, as quais podem, desta forma, ser carreadas para o quadro da ação por incumprimento.

¹⁴³¹ Assim também João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 471 e 512; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 511.

¹⁴³² *Vide infra* Capítulo III da presente Parte.

¹⁴³³ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 505.

3. A dinâmica das ações por incumprimento e tutela jurisdicional efetiva

O desenvolvimento processual e procedimental das ações por incumprimento, tanto nos moldes mais frequentes previstos no artigo 258.º do TFUE onde a mesma se afigura como ação declarativa de simples apreciação¹⁴³⁴, como quando se apresenta nos termos do n.º 2 do artigo 260.º do mesmo Tratado enquanto ação declarativa de condenação ou de finalidade repressiva, caracteriza-se por conhecer até duas fases: uma primeira, pré-contenciosa ou administrativa, na qual o TJ não participa; à qual se pode seguir uma segunda etapa, contenciosa ou judicial, onde o referido órgão intervém decisivamente dirimindo o conflito de interesses que geralmente a Comissão decidiu levar à sua jurisdição. Consoante as finalidades das ações e configurando o cenário de procedência das mesmas, o TJ, respetivamente, declara verificado o incumprimento de obrigações previstas nos Tratados por um Estado membro ou esclarece que um acórdão seu preferido no âmbito da primeira ação e declarativo do incumprimento não foi devidamente executado e sancionará pecuniariamente o Estado membro em causa.

Seja como for, em ambas as ações dá-se preferência à resolução dos inerentes litígios através de soluções consensuais alcançadas na fase administrativa, surgindo o recurso a tribunal, ou seja, a fase contenciosa, como solução de *ultima ratio*¹⁴³⁵. Afigura-se, assim, que a tutela jurisdicional efetiva é prosseguida subsidiariamente face a soluções negociadas entre a Comissão e o Estado membro alegadamente infrator que igualmente salvaguardem a legalidade europeia.

Tanto numa como noutra ação, bem assim em ambas as fases que elas comportam, a Comissão surge dotada de poderes que se caracterizam pela *discricionarietà*, o que significa que a referida instituição apenas demanda, tanto administrativa como judicialmente, os Estados infratores se quiser e quando entender conveniente ou oportuno.

Na verdade, quando questionado pelos Estados membros demandados sobre os motivos pelos quais a Comissão optou por demandá-los no âmbito dos processos de infração por incumprimento, o TJ já enfatizou por diversas vezes que "*há que recordar que, no seu papel de guardião do Tratado, a Comissão é a única competente para decidir se é oportuno instaurar um processo para obter a declaração de incumprimento, e qual a acção ou omissão imputável ao Estado-Membro respectivo em razão da qual o processo deve ser instaurado*"¹⁴³⁶. O Tribunal

¹⁴³⁴ Cfr. Paulo de PITTA E CUNHA, *Direito Europeu...*, cit., p. 88.

¹⁴³⁵ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 511, que, na p. 514, também destaca os princípios da subsidiariedade e complementariedade da jurisdição da UE. Em sentido idêntico vide João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 525, bem como Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 486.

¹⁴³⁶ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 5 de novembro de 2002, proc. C-471/98, Col. 2002, pp. I-9690 e ss, n.º 39; no mesmo sentido, pré-citados acórdãos COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 11 de agosto de 1995, n.º 22; e COMISSÃO vs. FRANÇA, de 14 de dezembro de 1971, n.º 5.

também já afirmou que "*Quando, no termo do prazo que cabe à Comissão determinar por força do segundo parágrafo do artigo 169.º do Tratado, o Estado-Membro destinatário de um parecer fundamentado não tiver suprido o incumprimento que lhe é imputado, a Comissão é livre de apreciar se pretende ou não submeter o assunto à apreciação do Tribunal de Justiça*"¹⁴³⁷. Reportando-se ainda à referida instituição, o TJ enfatizou igualmente que ela "*É igualmente a única competente para decidir se é oportuno prosseguir o procedimento pré-contencioso pelo envio de um parecer fundamentado assim como tem a faculdade, mas não a obrigação, no final desse procedimento, de recorrer ao Tribunal com vista a obter por parte deste a declaração de incumprimento presumido*"¹⁴³⁸. Resulta assim de jurisprudência constante, rica em derivações mas sempre baseada na letra do atual artigo 258.º do TFUE, que a Comissão dispõe de poderes discricionários no que concerne ao início do processo por incumprimento e ao recurso ao Tribunal.

Da mesma forma, a Comissão beneficia de total liberdade na escolha do momento da instauração do processo por infração bem como da ação judicial¹⁴³⁹. Com efeito, o TJ também já teve oportunidade de referir que é à referida instituição "*que compete apreciar a escolha do momento da propositura da acção contra um Estado-Membro, indicar as disposições alegadamente violadas e escolher o momento em que dá início ao procedimento de incumprimento contra esse Estado, pelo que as considerações que determinam essa escolha não podem afectar a admissibilidade da acção*"¹⁴⁴⁰. Bem assim, pode a Comissão decidir não instaurar a ação judicial, sendo tal decisão inatacável¹⁴⁴¹.

Inclusivamente a Comissão pode, após ter iniciado um processo por incumprimento, decidir pôr-lhe termo, arquivando-o¹⁴⁴². Caso o processo já se encontre na fase contenciosa, poderá a referida instituição desistir da ação. Veremos, contudo, que esta ideia de *dispositivo* encontra pelo menos um desvio: em sede de segunda ação por incumprimento, pode a Comissão entender que não se justifica a aplicação de uma sanção pecuniária, satisfazendo-se com a decisão declarativa de incumprimento da obrigação prevista no n.º 1 do artigo 260.º do TFUE; porém, tal não obsta a que o TJ possa decidir, ainda assim, aplicar tal sanção.

¹⁴³⁷ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. GRÉCIA, de 6 de dezembro de 1989, proc. C-329/88, Col. 1989, pp. 4159 e ss, ponto 2 do sumário.

¹⁴³⁸ Acórdão COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 21 de janeiro de 1999, proc. C-207/97, Col. 1999, pp. 275 e ss, n.º 24.

¹⁴³⁹ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 487.

¹⁴⁴⁰ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 1 de junho de 1994, proc. C-317/92, Col. 1994, pp. I-2039 e ss, n.º 4; COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 10 de maio de 1995, já citado; COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 18 de junho de 1998, proc. C-35/96, Col. 1998, pp. I-3851 e ss, n.º 27.

¹⁴⁴¹ Cfr. acórdão LÜTTICKE II, já citado.

¹⁴⁴² Uma questão que aqui se discute é a de saber se a Comissão está, ou não, obrigada a emitir o parecer fundamentado, sob pena de, em caso de recusa, incorrer na eventual instauração, contra si, de uma ação por omissão. Os amplos poderes discricionários de que goza, fazem-nos optar por uma resposta negativa. Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário...*, cit., p. 198.

Por tudo isto facilmente se vislumbra que nestes domínios é elevada a dose de discricionariedade atribuída à Comissão, o que implica que a tutela jurisdicional efetiva não possa ser tão bem prosseguida como poderia se sobre a referida instituição impendessem *deveres de agir* derivados de uma ideia de *legalidade*, constatação que inclusivamente justifica a afirmação de Jónatas MACHADO segundo a qual "*os actos deste órgão [Comissão] são tendencialmente inimpugnáveis, não justiciáveis*"¹⁴⁴³.

3.1. A tutela jurisdicional efetiva e a fase pré-contenciosa da ação de finalidade eminentemente declarativa de simples apreciação

3.1.1. Fase administrativa da ação movida por impulso processual da Comissão

A primeira fase da ação por incumprimento prevista no artigo 258.º do TFUE, ou seja, de finalidade declarativa de simples apreciação (ou primeira ação por incumprimento ou ação por incumprimento de primeiro grau), desenrola-se entre a Comissão e o Estado membro alegadamente infrator, portanto, sem a participação do TJ. Por isso, essa etapa surge designada de fase administrativa (ou graciosa) ou pré-contenciosa (ou ainda de processo de infração) e nela reside um dos particulares aspetos da tramitação da ação por incumprimento.

Conhecendo vários atos e sucessivas etapas, com a fase administrativa pretende-se dar a conhecer ao Estado membro alegadamente (isto é, na ótica da Comissão) infrator em que medida determinado comportamento seu é incompatível com as obrigações decorrentes dos Tratados para que, dessa forma, se confira ao referido Estado a oportunidade de corrigir a sua conduta, assim se evitando o recurso, por parte da Comissão, ao TJ com vista a este declarar a existência de uma situação de incumprimento¹⁴⁴⁴. Segundo a jurisprudência deste órgão jurisdicional são essencialmente duas as finalidades prosseguidas com esta fase: por um lado, conferir ao Estado membro a oportunidade de corrigir o seu comportamento; por outro lado e interferindo com o âmbito da tutela jurisdicional efetiva, permitir ao Estado que eficazmente utilize os seus direitos

¹⁴⁴³ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 513.

¹⁴⁴⁴ Esta fase administrativa foi resumida pelo TJ nos seguintes termos: "*a parte do processo que precede o recurso ao Tribunal configura uma fase pré-contenciosa destinada a convidar o Estado-membro a conformar-se ao Tratado, só formulando a Comissão a sua opinião, por via de parecer, depois de ter dado ao Estado-membro a oportunidade de apresentar as suas observações*" (acórdão LÜTTICKE II, já citado, p. 307). Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 530.

Enfatizando uma "*função de filtro*" prosseguida com esta fase, bem como os princípios de processo equitativo (tão caros à ideia de *due process of law*) na parte informal da mesma, vide Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 512.

de defesa contra as acusações deduzidas pela Comissão¹⁴⁴⁵. Não obstante, não se deve escamotear que é na fase pré-contenciosa que se define o objeto do litígio que, se necessário, será levado à instância judicial¹⁴⁴⁶, aspeto que também têm repercussões ao nível da tutela jurisdicional efetiva.

Desde (i) o *intercâmbio informal* (tanto por escrito, mediante troca de correspondência, como verbalmente em reuniões, já que o caráter não solene da subfase assim o permite) *de argumentos* por ambas as partes sobre os factos em causa¹⁴⁴⁷, (ii) passando pelo levantamento da *carta de notificação de incumprimento* (igualmente denominada de "nota de culpa"¹⁴⁴⁸ ou "notificação para cumprir"¹⁴⁴⁹) que, consubstanciando já uma acusação, será objeto de comunicação ao Estado membro, podendo este responder no sentido de manifestar o seu ponto de vista sobre a questão, (iii) até à formulação do *parecer fundamentado*, no qual a Comissão, mantendo a acusação, confere um prazo ao Estado membro para fazer cessar o alegado incumprimento sob pena de recurso ao TJ^{1450/1451}, o objetivo da fase administrativa, além do esclarecimento da factualidade em discussão, consiste numa tentativa de dissuadir o Estado membro a manter os comportamentos denunciados, de forma a que os mesmos passem a adequar-se e sejam compatíveis com as obrigações decorrentes dos Tratados. Mediante este procedimento, também se visa prevenir um conflito judicial entre a Comissão e esse Estado membro¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁵ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 2 de fevereiro de 1988, proc. 293/85, Col. 1988, pp. 305 e ss, n.º 13; COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 20 de março de 1997, proc. C-96/95, Col. 1997, pp. I-1653 e ss, n.º 22; e COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 15 de janeiro de 2002, proc. C-439/99, Col. 2002, pp. I-305 e ss, n.º 10.

¹⁴⁴⁶ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 530 e 531; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 486.

¹⁴⁴⁷ Ainda que num plano informal e externo à tramitação da ação por incumprimento tal como referida no artigo 258.º do TFUE, este expediente permite agilizar a resolução de conflitos, principalmente, quando os mesmos se levantam na sequência de queixas apresentadas pelos cidadãos ou pelas empresas, atenta a maior proximidade dos Estados em relação aos particulares. Nessa medida, estes contactos informais também contribuem para a diminuição da instauração de processos de infração. Estes aspetos foram enfatizados pela Comissão na sua comunicação COM (2007) 502, p. 10.

¹⁴⁴⁸ Assim João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 525.

¹⁴⁴⁹ Estas designações vislumbram-se na terminologia empregue pelas instituições europeias envolvidas nas ações por incumprimento. A título de exemplo *vide* o acórdão COMISSÃO vs. ÁUSTRIA, de 27 de novembro de 2001, já citado, n.º 14.

¹⁴⁵⁰ Corolário da ampla discricionariedade de que beneficia, no parecer fundamentado a Comissão tem a faculdade, e não a obrigação, de sugerir ao Estado membro arguido medidas de reposição da legalidade europeia violada, que aquele aceitará ou não. *Vide* acórdão COMISSÃO vs. PORTUGAL, de 11 de julho de 1991, proc. C-247/89, Col. 1989, pp. I-3683 e ss, n.º 22.

¹⁴⁵¹ Estes três correspondem aos principais momentos da fase pré-contenciosa.

¹⁴⁵² Esta fase acaba por ser marcada pela ideia de *negociação*, já que cada parte procura convencer a contraparte da razão que lhe assiste. Enquanto guardião dos tratados, a Comissão tentará persuadir o Estado membro a adotar um comportamento distinto e que se coadune com as obrigações previstas nos Tratados; este, por sua vez, dentro dos possíveis comportamentos que se adequem com essas obrigações, procurará alcançar daquela a solução que melhor salvguarde os seus interesses ou mesmo demonstrar que não se justifica a abertura do procedimento. Por outro lado, esse processo dialético também é marcado pela ideia de *cooperação* entre Comissão e Estados membros na *governance* europeia, na medida em que a mesma permite prevenir as situações de incumprimento. Assim Anne BONNIE, *The Evolving...*, *cit.*, pp. 41 e ss.

Sendo os poderes da Comissão caracterizados pela discricionariedade, não se poderá pretender reagir judicialmente contra o comportamento da Comissão de não elaborar o parecer fundamentado ou de não avançar com o litígio para tribunal¹⁴⁵³.

Ainda quanto ao parecer fundamentado, convém sublinhar que a Comissão não pode determinar nele de forma definitiva os direitos ou as obrigações do Estado membro interpelado nem dar-lhe garantias de compatibilidade com o Tratado de um determinado comportamento seu. Tal comprometimento poderia ter por efeito, em particular, impedir os sujeitos de fazer valer em juízo os direitos conferidos pelo Tratado contra atos legislativos ou administrativos de um Estado membro eventualmente incompatíveis com o ordenamento da UE¹⁴⁵⁴. Desta forma, o TJ enfoca um aspeto do regime da ação por incumprimento onde é visível a tutela jurisdicional efetiva tanto da objetiva legalidade como das pretensões subjetivas decorrentes do direito da União.

Por outro lado, inexistem prazos tanto para iniciar como para concluir esta fase¹⁴⁵⁵, o que permite uma melhor perseguição das violações à legalidade europeia, igualmente em claro reforço da tutela jurisdicional efetiva da estrita legalidade.

Não obstante o TJ não tenha qualquer intervenção na fase pré-contenciosa da ação por incumprimento, a tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses subjetivos dos Estados membros não deixa de se encontrar aqui bem presente, ainda que de forma latente¹⁴⁵⁶. Na verdade, o diálogo estabelecido entre a Comissão e o Estado membro arguido surge enformado por regras rigorosas que a referida instituição deve cumprir sob pena de a fase administrativa enfermar de irregularidades processuais que poderão comprometer à partida a procedência da ação em Tribunal.

Com efeito, o objeto da comunicação apresentada ao Estado membro alegadamente infrator na carta de notificação de incumprimento limitará, mais tarde, a formulação do parecer fundamentado, não podendo este conter elementos que naquela não tenham sido levados ao conhecimento do referido Estado, sob pena de violação da garantia processual relativa ao respeito dos seus direitos de defesa¹⁴⁵⁷. Qualquer ampliação que se pretenda proceder à matéria constante da carta de notificação deve previamente ser dada a conhecer ao Estado membro

¹⁴⁵³ Cfr. acórdão STAR FRUIT vs. COMISSÃO, de 14 de fevereiro de 1989, proc. C-247/87, Col. 1989, pp. 298 e ss, n.º 12.

¹⁴⁵⁴ O TJ enfatizou estes aspetos no acórdão ADMINISTRAÇÃO DAS FINANÇAS DO ESTADO vs. ESSEVI e SALENGO, de 27 de maio de 1981, procs. apensos 142 e 143/80, Rec. 1981, pp. 1414 e ss, n.ºs 16 e 17.

¹⁴⁵⁵ Assim se esclareceu nos acórdãos COMISSÃO vs. FRANÇA, de 14 de dezembro de 1971, já citado, n.ºs 5 e 6; COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 10 de abril de 1984, proc. 324/82, Rec. 1984, pp. 1861 e ss, n.º 12; COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 16 de maio de 1991, C-96/89, Col. 1991, pp. I-2461 e ss, n.º 15; e nos já citados arestos COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 10 de maio de 1995, n.º 18; COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 21 de janeiro de 1999, n.º 25.

¹⁴⁵⁶ Ainda que implicitamente também parece ser esta a posição de João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 519; e de Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 512 e 513.

¹⁴⁵⁷ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 11 de julho de 1984, proc. 51/83, Rec. 1984, pp. 2794 e ss, n.ºs 6 e 7; COMISSÃO vs. ÁUSTRIA, de 27 de novembro de 2001, já citado, n.º 19.

mediante nova comunicação para resposta, sendo este aspeto naturalmente sindicável pelo TJ em sede de fase contenciosa. O parecer fundamentado, em suma, não poderá conter matéria de facto e de direito que o Estado membro desconheça por não lhe ter sido dada a conhecer no momento anterior relativo à comunicação da carta de notificação de incumprimento¹⁴⁵⁸. Também se exige que o dito parecer contenha uma exposição coerente e detalhada das razões que criaram na Comissão a convicção de que o Estado membro alegadamente infrator não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados¹⁴⁵⁹.

Igualmente em homenagem à garantia do respeito dos direitos de defesa dos Estados membros e, logo, à tutela jurisdicional efetiva, o parecer fundamentado também delimitará o objeto do litígio judicial, pelo que a petição inicial que será apresentada em juízo também não poderá ampliar a matéria constante do referido parecer¹⁴⁶⁰.

Em qualquer caso, o TJ também já esclareceu que a Comissão está impedida de basear os juízos que formule em simples presunções, devendo motivá-los em elementos precisos e concretos¹⁴⁶¹.

Por outro lado, o objetivo desta fase consiste em agilizar uma resolução pacífica dos conflitos uma vez que se afigura expeável que a mera intervenção administrativa da Comissão seja suficiente para convencer os Estados membros a alterarem os seus comportamentos alegadamente infratores da legalidade europeia. Daí que seja imprescindível que ao longo da fase administrativa a Comissão permita aos Estados visados o exercício dos seus direitos de defesa¹⁴⁶², garantia processual que tem subjacente a tutela jurisdicional efetiva.

A Comissão deve começar por ouvir as explicações que o Estado membro visado pretenda oferecer; caso o notifique da carta de incumprimento, tem de lhe conferir um prazo (normalmente de 30 dias, podendo variar entre uma semana e dois meses) para que o mesmo tenha oportunidade de responder, como decorre do artigo 258.º do TFUE na parte em que estipula que a Comissão formulará "*um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a*

¹⁴⁵⁸ João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 531, recorda que a ampliação ou o alargamento das acusações, ambas vedadas, não se confundem com a pormenorização ou o aprofundamento das mesmas, estas já admitidas.

¹⁴⁵⁹ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 24 de junho de 2004, proc. C-350/02, Col. 2004, pp. I-6246 e ss, n.º 18.

¹⁴⁶⁰ Assim se recordou nos acórdãos COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 17 de junho de 1987, proc. 154/85, Col. 1987, pp. 2735 e ss, n.º 6; COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 5 de outubro de 1989, proc. 290/87, Col. 1989, pp. 3101 e ss, n.º 8; COMISSÃO vs. ÁUSTRIA, de 27 de novembro de 2001, já citado, n.º 19, nos quais se pode ler: "*a petição deve basear-se nos mesmos fundamentos e argumentos que o parecer fundamentado*". Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 489.

¹⁴⁶¹ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 5 de outubro de 1989, já citado, n.º 17; COMISSÃO vs. FRANÇA, de 20 de março de 1990, proc. C-62/89, Col. 1990, pp. I-925 e ss, n.º 37; COMISSÃO vs. FRANÇA, de 31 de janeiro de 1991, proc. C-244/89, Col. 1991, pp. I-163 e ss, n.º 35.

¹⁴⁶² O TJ alertou para esta necessidade no seu acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 1 de fevereiro de 2001, já citado, n.º 24, referindo que o órgão jurisdicional da UE não pode ser alheio à preterição de tal garantia no âmbito da fase administrativa da ação por incumprimento, uma vez que essa preterição compromete a procedência da referida ação.

esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações". O exercício do direito de defesa do Estado previamente à elaboração do parecer fundamentado consubstancia uma garantia essencial relacionada com a tutela jurisdicional efetiva já que condiciona a regularidade da fase administrativa da ação por incumprimento, não podendo a sua preterição considerar-se sanada pelo facto de o Estado membro arguido ter produzido observações sobre o parecer fundamentado, ou seja, *ex post*¹⁴⁶³. Elaborando tal parecer, a Comissão também deve conceder ao infrator o direito de resposta, a exercer em prazo razoável (não necessariamente coincidente com o anterior). Subjacente a esta tramitação está, igualmente, o estruturante princípio do contraditório, bem como o princípio da igualdade de armas¹⁴⁶⁴, ambos subjacentes à tutela jurisdicional efetiva das pretensões subjetivas do Estado membro visado.

Por outro lado ainda, se é certo que inexistem prazos para a conclusão desta fase, o TJ não deixou de enunciar que tal não exclui a eventualidade de o Estado membro demandado demonstrar que uma duração pouco habitual do processo pré-contencioso aumentou as suas dificuldades de refutar os argumentos da Comissão e, nessa medida, prejudicou os seus direitos de defesa. Traduzindo-se este cenário no exercício de um poder de apreciação de modo contrário ao que é reconhecido à Comissão pelo artigo 258.º do TFUE¹⁴⁶⁵, será, porém, sobre o Estado que invoque tal contingência que incidirá o ónus de, como parte interessada, o demonstrar¹⁴⁶⁶.

Destrate, não pode um Estado membro destinatário de um parecer fundamentado impugnar este ato contenciosamente através do recurso de anulação, pois o TJ desde cedo clarificou que uma vez que a fase graciosa da ação por incumprimento não comporta atos da Comissão revestidos de força jurídica vinculativa, não poderão os mesmos constituir objeto para o referido recurso¹⁴⁶⁷. Contudo, não vislumbramos aqui qualquer incompatibilidade com as exigências da tutela jurisdicional efetiva pois, antes de mais, nada garante que a Comissão avançará com a demanda para tribunal; por outro lado e caso o faça, a fase contenciosa cuidará de assegurar ao Estado membro arguido os seus direitos de defesa, podendo ele inclusivamente invocar em seu benefício irregularidades que tenham afetado a fase administrativa e, em especial, o parecer fundamentado. A tutela jurisdicional efetiva até parece ser melhor prosseguida com a opção tomada, uma vez que dessa forma obvia-se a um previsível congestionamento do fluxo ante o TJ caso fosse permitida a impugnação, também, de atos não vinculativos.

¹⁴⁶³ Neste sentido acórdão COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 20 de fevereiro de 1986, proc. 309/84, Col. 1986, pp. 605 e ss, n.º 16.

¹⁴⁶⁴ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 513.

¹⁴⁶⁵ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 1 de fevereiro de 2001, já citado, n.º 25, interpretado *a contrario sensu*.

¹⁴⁶⁶ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 21 de janeiro de 1999, já mencionado, n.º 25.

¹⁴⁶⁷ Cfr. o já citado acórdão LÜTTICKE II. Vide João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 533.

Em princípio, a demanda só deverá prosseguir para a fase contenciosa se o Estado membro visado não agir em conformidade com o determinado no parecer fundamentado, isto é, colocando termo ao incumprimento de que se encontra acusado dentro do prazo fixado no aludido parecer. Na verdade, ao contrário do que sucede com a carta de notificação, onde a matéria de facto e de direito que delimita os contornos do incumprimento imputado ao Estado membro se situa ainda num plano meramente indiciário ou de desconfiança, no parecer fundamentado existe já uma convicção firmada, por parte da Comissão, da ocorrência de tal incumprimento por parte do referido Estado. Também por esta razão, se o prazo conferido ao Estado membro na carta de notificação de que é destinatário tem em vista sobretudo¹⁴⁶⁸, tanto em homenagem à garantia dos direitos de defesa como às exigências do contraditório, a oportunidade de dedução da sua resposta; já o prazo fixado no parecer fundamentado visa principalmente¹⁴⁶⁹ que o mesmo Estado adeque o seu comportamento com as obrigações decorrentes dos Tratados, uma vez que caso tal não se verifique e o litígio se mantenha o passo seguinte da Comissão implicará a mobilização do TJ.

Ainda assim, mesmo que o incumprimento cesse e a obrigação violada passe a ser cumprida ainda que tardiamente, não será de excluir que a Comissão queira levar o litígio a Tribunal, nomeadamente, com os objetivos (i) de firmar jurisprudência de princípio sobre determinado domínio da integração europeia, a qual servirá de base para a resolução de situações análogas¹⁴⁷⁰ ou/e (ii) de apuramento de prejuízos causados a outros Estados ou aos particulares em virtude do incumprimento¹⁴⁷¹. Com efeito, segundo jurisprudência consolidada, na ação por incumprimento intentada ao abrigo do artigo 258.º do TFUE, mesmo que o incumprimento tenha sanado posteriormente ao prazo estabelecido nos termos do segundo parágrafo do referido preceito "*continua a haver interesse no prosseguimento da acção. Este interesse pode consistir, nomeadamente, em estabelecer a base da responsabilidade em que pode incorrer um Estado-Membro relativamente àqueles que fazem valer direitos em consequência do incumprimento*"¹⁴⁷², sejam eles outros Estados membros, os particulares ou a própria UE.

Sendo marcada por poderes discricionários e reservados à Comissão, uma questão que se pode colocar é a de saber se a tutela jurisdicional efetiva, sobretudo da objetiva legalidade europeia, não seria melhor alcançada se a atuação daquela instituição ao longo da fase administrativa fosse delimitada pela ideia de *legalidade*, traduzida no dever de abrir um processo

¹⁴⁶⁸ Apesar de a Comissão, na carta de notificação, não deixar de intimar o Estado membro para cumprir.

¹⁴⁶⁹ Uma vez que o Estado membro também pode responder a este.

¹⁴⁷⁰ Acórdão COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 19 de dezembro de 1961, proc. 7/61, Col. 1954-1961, pp. 645 e ss. Vide Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Efeitos...*, cit., pp. 53 e 54.

¹⁴⁷¹ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 505 e 513.

¹⁴⁷² Acórdão COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 17 de junho de 1987, já citado, n.º 6. No mesmo sentido vide o pré-citado acórdão COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 10 de março de 1991, n.º 41.

por incumprimento (e, se necessário, levá-lo à apreciação do TJ) sempre que tivesse conhecimento de comportamentos dos Estados membros contrários ao direito da UE, em vez da ideia vigente de *oportunidade*.

A resposta positiva parece-nos evidente, mas a mesma depende da revisão do TFUE - para o que se exige unanimidade dos Estados membros - através da qual substituir-se-ia a atual faculdade da Comissão por um *dever de agir*¹⁴⁷³. O quadro atual pode inclusivamente revelar-se perverso na medida em que fornece guarida a atuações da Comissão marcadas pela ideia pouco ortodoxa de "dois pesos e duas medidas", isto é, perante incumprimentos semelhantes de Estados membros distintos decidir reagir apenas contra alguns, inconveniente a que aquela alteração obviaria.

Enquanto tal alteração não ocorre urge alertar para a clarificação básica de as faculdades discricionárias da Comissão não deverem ser confundidas com poderes absolutos, uma vez que as mesmas surgem limitadas por princípios gerais de direito, como os da *legalidade*, *controlo* e *transparência*¹⁴⁷⁴, enformados pela exigência de rigor na apreciação dos factos e do direito aplicável, associados ao direito de *due process of law* e à própria *ética republicana*. Daí que, pelo menos quando os limites impostos por aqueles princípios são excedidos, as decisões que a Comissão toma ao longo da fase graciosa da ação por incumprimento deveriam ser jurisdicionalmente sindicáveis¹⁴⁷⁵.

3.1.2. Fase administrativa da ação que opõe os Estados membros

A fase graciosa ou pré-contenciosa que acabámos de tratar tem lugar em sede de tramitação da ação por incumprimento prevista no artigo 258.º do TFUE. Tal etapa poderá não ter lugar se

¹⁴⁷³ Há quem considere que a margem de discricionariedade reconhecida pelo TFUE à Comissão não coincide entre a primeira ação por incumprimento, constante do artigo 258.º, e a segunda ação por incumprimento, prevista no n.º 2 do artigo 260.º. Designadamente, nesta, a referida instituição beneficia de uma margem menor, devendo instaurá-la sempre que considere existir inexecução, por parte de um Estado membro, do acórdão declarativo da violação de obrigações decorrentes dos tratados proferido em sede da primeira. É o caso de Anne BONNIE, *Commission discretion under article 171(2) E.C.*, in *ELR*, 1998 (Vol. 23; n.º 6), pp. 542 e 543. Sem embargo desta proposta, o problema surge na medida em que no juízo que a Comissão deve formular previamente à instauração da segunda ação, a discricionariedade volta a estar presente e de forma incontornável, uma vez que somente a ela compete determinar se houve ou não, e em que medida, (in)execução do acórdão proferido no âmbito da primeira.

¹⁴⁷⁴ Boa administração, proteção do interesse público e exigência de prestação de contas completam o cardápio de princípios que devem nortear a atuação da Comissão. Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 509. Cfr. Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 123.

¹⁴⁷⁵ Sendo a *transparência* um elemento estruturante das relações entre as instituições europeias e o público em geral, como afirmado pela Comissão na comunicação COM (2007) 502, na qual se comprometeu a aumentar tal desiderato, disponibilizando informações gerais sobre a abordagem dada ao tratamento da correspondência, aos pedidos de informação e às queixas que lhes são dirigidos, há que tirar daquela afirmação e deste comprometimento uma consequência como a que defendemos. Cfr. Suzana TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, p. 33.

estivermos perante a eventualidade prevista no artigo seguinte, onde o referido instrumento processual é instaurado por outro Estado membro e já não pela Comissão.

Com efeito, do artigo 259.º do TFUE retiramos que pode haver lugar à propositura de ações por incumprimento por impulso processual dos Estados membros, o que ilustra que a tutela jurisdicional efetiva não é apanágio dos particulares. Na verdade, ainda que por razões obviamente antagónicas, aqui, o imperativo da tutela jurisdicional efetiva surge como uma exigência dos Estados membros envolvidos. Por outro lado, com estas ações por incumprimento também se pode prosseguir a salvaguarda jurisdicional de pretensões de natureza subjetiva, centrada, portanto, na proteção de direitos e interesses, tanto dos particulares (os quais não podendo propor diretamente a ação serão representados pelo respetivo Estado membro), como dos próprios Estados.

Em princípio, os Estados membros que pretendam demandar os seus congéneres apenas poderão recorrer diretamente ao TJ, nele instaurando uma ação por incumprimento, se previamente tentaram infrutiferamente alcançar a atuação da Comissão. Assim, devem os mesmos começar por submeter o assunto à apreciação desta. Após a denúncia, a Comissão dispõe de um prazo de três meses para emitir o parecer fundamentado. Optando por intervir, deve a referida instituição ouvir o Estado membro denunciado convidando-o a apresentar observações escritas e orais, sob pena de violação da garantia processual relativa ao respeito dos direitos de defesa; em homenagem ao princípio do contraditório, também o Estado denunciante deve ter oportunidade de expressar o seu ponto de vista sobre a posição daquele. Caso prefira não intervir ou participando opte por não formular o referido parecer no aludido prazo, o Estado membro denunciante poderá recorrer diretamente ao TJ instaurando a ação, que logicamente se inicia com a fase contenciosa.

Muito embora seja este o esquema constante do elemento literal do artigo 259.º do TFUE, o princípio da tutela jurisdicional efetiva que se encontra inerente ao espírito da norma também reclama que seja permitido ao Estado membro demandante avançar para tribunal quando a Comissão formule parecer fundamentado dentro do referido prazo, embora acabe por não demandar contenciosamente o Estado alegadamente infrator.

Seja como for, a propositura de ações por incumprimento por iniciativa dos Estados membros afigura-se *subsidiária* face à possibilidade da Comissão o fazer. Por outro lado, neste tipo de ações o parecer fundamentado não se afigura como uma formalidade essencial para que os Estados membros possam instaurar a ação no TJ. Também aqui avulta a natureza eminentemente discricionária dos poderes da Comissão, muito embora o mecanismo previsto no artigo 259.º do TFUE se afigure como um paliativo que, de alguma forma, visa compensar os Estados membros do protagonismo que o Tratado reserva àquela instituição no respeitante à

instauração das ações por incumprimento¹⁴⁷⁶. Nesta modalidade de ação por incumprimento, a fase administrativa afigura-se eventual e não condiciona a subsequente fase contenciosa.

3.1.3. Fase administrativa especial

Em matéria de auxílios concedidos pelos Estados membros às empresas que sejam considerados incompatíveis com as prescrições previstas no TFUE¹⁴⁷⁷ encontramos uma ação por incumprimento marcada por uma fase graciosa especial¹⁴⁷⁸, justificada pelos problemas específicos que o controlo de tais ajudas levanta no domínio da concorrência no mercado interno¹⁴⁷⁹. Prevista no n.º 2 do artigo 108.º do TFUE (ex-artigo 88.º do TCE e ex-ex-artigo 93.º do TCEE), o segundo parágrafo prevê que a Comissão ou outro Estado membro interessado recorram diretamente ao TJ, em derrogação do disposto nos artigos 258.º e 259.º do mesmo Tratado.

O carácter especial da fase pré-contenciosa resulta não apenas da inaplicabilidade do regime-regra da aludida etapa da ação por incumprimento, mas também do procedimento específico previsto no primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 108.º, no qual se prevê a emissão, não de um parecer fundamentado, mas de uma *decisão* por parte da Comissão, onde esta, além de constatar uma situação de incumprimento, obriga o Estado membro a modificar ou suprimir o seu comportamento, incompatível com o Tratado e traduzido na concessão indevida de um auxílio, num determinado prazo fixado no referido ato¹⁴⁸⁰. Aliás, nesta ação por incumprimento a alegada violação das obrigações decorrentes dos Tratados ocorre em virtude do não acatamento

¹⁴⁷⁶ Cfr. João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., pp. 246 e 247.

¹⁴⁷⁷ O auxílio tanto pode afigurar-se incompatível com o mercado interno, subsumindo-se à previsão do artigo 107.º, como pode estar a ser aplicado abusivamente.

¹⁴⁷⁸ Assim João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 535 e ss. Contra Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 512, para quem, nos domínios da supressão ou modificação de auxílios de Estado indevidamente concedidos, inexiste fase pré-contenciosa, com apoio na jurisprudência do TJ, nomeadamente no acórdão COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 3 de julho de 2001, proc. C-378/98, Col. 2001, pp. I-5122 e ss, n.º 26. No mesmo sentido Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 485.

¹⁴⁷⁹ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 3 de julho de 2001, já citado, n.º 24.

¹⁴⁸⁰ O TJ já se referiu à especialidade desta ação por incumprimento, nomeadamente, no acórdão COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 12 de outubro de 1978, proc. 156/77, Col. 1978, pp. 648 e ss, de cujo n.º 3 do respetivo sumário se extrai que "*Resulta do texto do n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 93.º do Tratado, designadamente da expressão «em derrogação do disposto nos artigos 169.º e 170.º», que o recurso aí referido apenas pode ter como objecto o incumprimento pelo Estado-membro interessado duma decisão da Comissão que lhe imponha a supressão ou alteração dum auxílio num prazo determinado, enquanto no caso dos artigos 169.º e 170.º o recurso é dirigido contra qualquer incumprimento por um Estado-membro de uma das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado*".

Por seu turno, no acórdão COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 2 de fevereiro de 1988, proc. 213/85, Col. 1988, pp. 295 e ss, n.º 7, o TJ também referiu que a ação por incumprimento referida no segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 108.º do TFUE "*só pode ter por objecto o facto de o Estado membro interessado não ter dado cumprimento a uma decisão da Comissão que lhe impunha a supressão ou a alteração de um auxílio*".

da decisão da Comissão e não do parecer fundamentado como sucede nos moldes tradicionais do referido instrumento.

Antes, porém, da adoção dessa decisão e de novo em homenagem à garantia fundamental relativa ao respeito dos direitos de defesa, bem como ao princípio do contraditório, aspetos sindicáveis jurisdicionalmente pelo TJ, a Comissão deve notificar os interessados para apresentarem as suas observações. O âmbito dos interessados extravasa o Estado ou Estados membros envolvidos, estendendo-se às empresas beneficiárias das ajudas e às empresas ou associações interessadas na decisão de supressão ou modificação dos auxílios atribuídos.

Por outro lado, a fim de a Comissão se encontrar habilitada a apresentar as suas observações e a lançar mão do procedimento previsto no referido n.º 2 do artigo 108.º do TFUE, o n.º 3 do mesmo preceito prevê que os Estados membros a informem atempadamente, isto é, previamente, dos projetos de quaisquer auxílios que pretendam atribuir ou alterar¹⁴⁸¹.

Assim, caso o Estado membro alegadamente infrator não atue, no prazo fixado para o efeito, em conformidade com a decisão da Comissão¹⁴⁸², tanto esta como qualquer Estado membro interessado podem recorrer diretamente ao TJ sem necessidade de observarem as imposições previstas, respetivamente, nos artigos 258.º e 259.º, que nesta sede são derogados. Verifica-se, portanto, que esta ação por incumprimento contempla uma fase administrativa especial marcada por uma tramitação menos complexa, o que se justifica com a matéria em causa (a sã concorrência entre empresas no mercado interno), pouco compaginável com uma tramitação mais intrincada e morosa.

Nesta ação por incumprimento é legítimo questionar-se se o Estado membro demandado poderá ou não, já no âmbito da fase contenciosa, impugnar, em sua defesa, a legalidade da decisão que a Comissão adotou ao abrigo do primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 108.º do

¹⁴⁸¹ No acórdão CIRFS e o. vs. COMISSÃO, de 24 de março de 1993, proc. C-31/90, Col. 1993, pp. I-1177 e ss, proferido no quadro de um recurso de anulação, o TJ reconheceu razão aos demandantes e anulou a decisão da Comissão, de 1 de agosto de 1990, na qual esta havia considerado inexistir a obrigação de notificação prévia, prevista no n.º 3 do artigo 108.º do TFUE, do auxílio concedido pelo Governo Francês à empresa de fibras sintéticas *Allied Signal Fibers Europe SA*. Tal decisão equivaleu à recusa em dar início ao procedimento previsto no n.º 2, tendo em vista o aferimento da compatibilidade de um auxílio de Estado com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, radizando o fundamento da mesma no facto de se estar perante um auxílio existente e para o qual uma autorização prévia já tinha sido concedida pela decisão 85/18 da Comissão. No mesmo processo, o TJ, antes de conhecer do mérito da causa, reconheceu legitimidade aos recorrentes por entender que os mesmos, enquanto concorrentes da empresa que beneficiou do auxílio de Estado, eram direta e individualmente afetados por uma decisão que se dirigia à República Francesa.

¹⁴⁸² No entanto, o TJ não deixou de referir que é possível que os Estados membros, na execução desta decisão, se deparem com dificuldades imprevistas ou tomem consciência de consequências não previstas pela Comissão, podendo submeter-lhe esses problemas e propor modificações adequadas à decisão em causa. Nesse caso, tanto a Comissão como o Estado membro devem, por força da regra inspirada no n.º 3 do artigo 4.º do TUE que impõe aos Estados-membros e às instituições europeias deveres recíprocos de cooperação leal, colaborar de boa fé para superar as dificuldades, no pleno respeito das normas dos Tratados, designadamente das respeitantes aos auxílios de Estado. Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 2 de fevereiro de 1989, proc. 94/87, Col. 1989, pp. 175 e ss; COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 15 de janeiro de 1986, proc. 52/84, Col. 1986, pp. 89 e ss, n.º 19.

TFUE. O mesmo problema pode ser colocado relativamente às empresas que acabam por ser afetadas pela decisão da Comissão, muito embora este ato seja dirigido a um Estado membro.

A tutela jurisdicional efetiva exige uma resposta afirmativa, muito embora a referida impugnação pelos Estados membros (e *a fortiori* pelas empresas), em princípio, não possa ocorrer na própria ação por incumprimento, a título incidental, através da exceção de ilegalidade dado que esta tem o seu âmbito de aplicação restringido aos atos de alcance geral e aqui estamos perante uma decisão. Assim sendo, tal impugnação deverá ocorrer de forma autónoma face à ação por incumprimento e por via principal. Quanto aos Estados membros e empresas destinatárias das ajudas, a impugnação contenciosa da decisão da Comissão deverá ocorrer mediante recurso de anulação¹⁴⁸³, o qual está sujeito à contingência de respeitar o prazo previsto no sexto parágrafo do artigo 263.º sob pena de tal recurso ser julgado, com base em razões de certeza e segurança jurídica, manifestamente inadmissível por extemporâneo^{1484/1485}; relativamente às empresas concorrentes das beneficiárias, a impugnação terá lugar através da ação por omissão, nos termos do inerente processo previsto no segundo parágrafo do artigo 265.º, se a Comissão não vier a tomar qualquer decisão.

Excluída a possibilidade de impugnação jurisdicional da decisão adotada pela Comissão ao abrigo da segunda parte do primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 108.º do TFUE, na medida em que a mesma se tornou definitiva por não ter sido atacada atempadamente, poderá o Estado membro dela destinatário defender-se ainda com base na impossibilidade absoluta de a executar corretamente, contando que prove tal contingência¹⁴⁸⁶. Com efeito, a tutela jurisdicional efetiva deve ser sensível a este fundamento de defesa pois não se pode exigir de alguém que cumpra algo que é insuscetível de cumprimento.

¹⁴⁸³ E de facto assim tem acontecido com alguma frequência. A título meramente exemplificativo *vide* o acórdão COMISSÃO *vs.* BÉLGICA, de 3 de julho de 2001, já citado, n.º 9. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 537.

¹⁴⁸⁴ Cfr. acórdãos COMISSÃO *vs.* BÉLGICA, de 12 de outubro de 1978, já citado; e COMISSÃO *vs.* GRÉCIA, de 10 de junho de 1993, proc. C-183/91, Col. 1993, pp. I-3146 e ss, n.ºs 9 e 10.

¹⁴⁸⁵ Quanto a nós, a tutela jurisdicional efetiva compagina-se mal com o prazo a que o recurso de anulação está sujeito, tanto mais que essa exigência se afigura escassa, *maxime* quando os atos litigiosos são de alcance geral. Porém, sendo esse o regime vigente há que retirar dele as devidas consequências. Por outro lado, dispõem de legitimidade para o efeito, tanto os Estados membros destinatários da decisão, como as empresas que muito embora não sejam destinatárias da mesma acabam por ser direta e individualmente afetadas por ela. Estes aspetos serão retomados no capítulo seguinte.

¹⁴⁸⁶ Acórdão COMISSÃO *vs.* BÉLGICA, de 15 de janeiro de 1986, já citado, no qual também se estabeleceu que não preenche este fundamento de defesa a alegação dos Estados membros fundada na violação dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica em virtude de, com caráter retroativo, se exigir das empresas beneficiárias do auxílio a sua restituição. No mesmo sentido, acórdãos pré-mencionados COMISSÃO *vs.* GRÉCIA, de 10 de julho de 1993, n.ºs 15 a 18; COMISSÃO *vs.* BÉLGICA, de 3 de julho de 2001, n.º 30.

3.1.4. Preterição da fase administrativa

Os processos por incumprimento iniciam-se, em regra, com a fase graciosa. Existem, porém, situações em que assim não ocorre.

Na verdade, tanto o n.º 9 do artigo 114.^{o1487} como o artigo 348.^{o1488} do TFUE (respetivamente, ex-artigos 95.º e 298.º do TCE e ex-ex-artigos 100.º-A e 225.º do TCEE), derogando o regime previsto nos artigos 258.º e 259.º do TFUE, preveem ações por incumprimento que não contemplam a fase pré-contenciosa, uma vez que tanto a Comissão como qualquer Estado membro, querendo, poderão recorrer diretamente ao TJ¹⁴⁸⁹.

Não vislumbramos qualquer atropelo à tutela jurisdicional efetiva decorrente deste aspeto uma vez que a fase contenciosa cuidará de assegurar aos intervenientes, *maxime* ao Estado membro arguido ou no cenário de ações interpostas por Estados membros a ambos, as garantias inerentes à referida tutela. Acresce que não assumindo a fase administrativa, logicamente, cariz judicial, não dependerá da sua existência a assunção de uma proteção que se enquadra na função dos tribunais. Por outro lado, se a intervenção do TJ pode, em regra, ser encarada como uma solução de *ultima ratio*, nada obsta a que existam desvios a essa ordem de ideias.

Na segunda situação atrás aludida, o TJ decide à porta fechada, ou seja, sem que a subjacente audiência seja pública. A preterição de uma exigência básica da tutela jurisdicional efetiva - a relativa à publicidade das audiências, de forma a garantir o controlo público da administração da justiça e a transparência da função judicial - justifica-se com base no melindre da matéria que lhe está subjacente: a segurança, interna e internacional, e a manutenção da paz.

3.2. A tutela jurisdicional efetiva e a fase jurisdicional da ação de finalidade eminentemente declarativa de simples apreciação

Para que a demanda prossiga para a fase contenciosa exige-se novo impulso processual da Comissão igualmente marcado pela ideia de discricionariedade, ou no caso previsto no artigo 259.º do TFUE de outro Estado membro. Inexistem exigências de prazo a observar por qualquer

¹⁴⁸⁷ Relativo à utilização abusiva da possibilidade conferida aos Estados membros de manterem ou adotarem medidas nacionais que derroguem as disposições europeias respeitantes à aproximação e harmonização das legislações nacionais, com vista ao estabelecimento e funcionamento do mercado interno.

¹⁴⁸⁸ Atinente ao aproveitamento impróprio das faculdades previstas nos artigos 346.º a 348.º do TFUE, atribuídas aos Estados membros de se escudarem em razões de segurança interna, ordem pública e estado de exceção, para recusarem a prestação de determinadas informações ou para adotarem medidas necessárias à proteção dessa mesma segurança ou ordem, a qual por isso acaba por ter repercussões ao nível das condições de concorrência no mercado interno, falseando-a.

¹⁴⁸⁹ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 535.

dos demandantes, o que se compagina melhor com a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade, apesar de sob o ponto de vista da defesa do Estado demandado ser questionável se, por razões de certeza e segurança jurídica, não deveria existir um prazo de prescrição das infrações praticadas; bem assim, a persistência ou a manutenção de uma situação de incumprimento não se apresenta como *conditio sine qua non* da ocorrência desta fase, apesar de esse ser o cenário mais usual.

Já vimos que o objeto do litígio surgirá delimitado na petição inicial; porém esta, por uma exigência de tutela jurisdicional efetiva que visa especialmente garantir os direitos de defesa dos Estados membros perante as acusações da Comissão, não pode extravasar a matéria do parecer fundamentado. Na verdade, da jurisprudência do TJ resulta que "*a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado*"¹⁴⁹⁰.

Sendo a acusadora, além de *dominus* da fase administrativa e geralmente do impulso processual relativo à fase jurisdicional, é sobre a Comissão que incide o ónus da prova, incumbindo-lhe demonstrar comprovadamente a existência do incumprimento alegado através do fornecimento ao TJ dos elementos necessários à verificação, por este, da ocorrência da infração¹⁴⁹¹. Assim o exige também a tutela jurisdicional efetiva: quem sustenta em juízo uma acusação contra outrem deve comprová-la, não podendo o acusador pretender a procedência da ação com base em meras infrações presumidas¹⁴⁹². Esse encargo, naturalmente, transferir-se-á para o Estado membro acusador na ação por incumprimento prevista no artigo 259.º do TFUE.

Sendo tramitada sob a forma de processo comum, a Comissão não poderá ampliar na petição inicial o objeto do litígio para além da matéria de facto e de direito constante do parecer fundamentado, uma vez que tal cenário colocaria em causa a garantia do respeito dos direitos de defesa do Estado membro arguido. Nessa medida, a tutela jurisdicional efetiva está presente, desde logo, na fase inicial da ação: a relativa aos articulados.

Igualmente por um imperativo de tutela jurisdicional efetiva, qualquer ampliação do libelo acusatório que a Comissão pretenda levar a cabo apenas na fase oral do processo, ou seja, invocando nesta pela primeira vez factos não constantes da fase escrita (da petição ou da réplica se esta se limitar a desenvolver aspetos já aflorados naquela), também está vedada por colidir com

¹⁴⁹⁰ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. IRLANDA, de 26 de abril de 2005, proc. C-494/01, Col. 2005, pp. I-3331 e ss, n.º 29. Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 486 e 487.

¹⁴⁹¹ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. FRANÇA, de 23 de outubro de 1997, proc. C-159/94, Col. 1997, pp. I-5815 e ss, n.º 35; COMISSÃO vs. ÁUSTRIA, de 27 de novembro de 2001, já citado, n.º 35.

¹⁴⁹² Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. REINO UNIDO, de 6 de novembro de 2003, proc. C-434/01, Col. 2003, pp. I-13239 e ss, n.º 21; COMISSÃO vs. FINLÂNDIA, de 14 de junho de 2007, proc. C-342/05, Col. 2007, pp. I-4730 e ss, n.º 23.

a referida garantia processual do respeito pelos direitos de defesa¹⁴⁹³; tal possibilidade encontra-se, aliás, expressamente vedada pelo n.º 1 do artigo 127.º do novo RPTJ.

Muito embora seja inquestionável a faculdade dos Estados membros para, ao abrigo do princípio do contraditório, exercerem os seus direitos de defesa, não menos certo é que existem vários fundamentos que podendo em abstrato levar a um juízo de improcedência da ação, devem ser refutados pelo TJ¹⁴⁹⁴. Entre eles situam-se (i) a suposta existência de processos jurisdicionais instaurados nos tribunais nacionais com base nos mesmos atos ou factos que servem de fundamento à ação por incumprimento *sub judice*¹⁴⁹⁵; ou (ii) a eventual nulidade dos atos da UE, cuja violação consubstancia o alegado incumprimento, que não foram tempestivamente impugnados através do recurso de anulação¹⁴⁹⁶, exceto se os mesmos assumirem conteúdo geral (tratando-se, nomeadamente, de regulamentos) uma vez que relativamente a estes o Estado demandado poderá, mediante a exceção de ilegalidade, arguir tal nulidade em sua defesa sem dependência de prazo.

3.2.1. O acórdão do Tribunal de Justiça

Na última etapa da tramitação da fase contenciosa compete ao TJ, no acórdão que proferir, *declarar* a existência de incumprimento enunciando as obrigações decorrentes dos Tratados que foram objeto de violação pelo Estado demandado ou, alternativamente, julgar improcedente a ação. Ou seja, o Tribunal poderá reconhecer razão à Comissão ou ao Estado membro, sendo ainda possíveis decisões no sentido da (im)procedência parcial das ações. Inexiste, portanto, qualquer condenação do Estado membro na adoção de medidas concretas de reposição da legalidade violada, razão pela qual a presente ação por incumprimento se assemelha às ações declarativas de simples apreciação¹⁴⁹⁷; nela, o Tribunal limita-se a reconhecer a ocorrência, ou não, de um determinado facto jurídico positivo: uma situação de incumprimento¹⁴⁹⁸.

Não obstante, a competência do TJ é de *plena jurisdição*. Na verdade, o Tribunal não é chamado a invalidar atos ilegais dos Estados membros, nem se limita a aceitar ou a refutar o pedido que lhe foi dirigido pelo demandante, antes decidindo com ampla liberdade em que

¹⁴⁹³ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. ÁUSTRIA, de 27 de novembro de 2001, já citado, n.º 38.

¹⁴⁹⁴ Sobre a questão *vide* João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 510 e ss; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 515 e 516.

¹⁴⁹⁵ Acórdão COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 18 de março de 1986, proc. 85/85, Col. 1986, pp. 1161 e ss, n.º 24.

¹⁴⁹⁶ Acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 13 de março de 1985, proc. 93/84, Rec. 1985, pp. 831 e ss, n.º 9.

¹⁴⁹⁷ Também parece ser esta a posição de João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 540. Contra, Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, pp. 491 e 493.

¹⁴⁹⁸ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Efeitos...*, *cit.*, pp. 42 e ss.

medida um comportamento de um Estado membro é ou não incompatível com a ordem jurídica da UE.

A decisão do TJ encontra-se, porém, limitada ao objeto do litígio tal como definido desde a fase administrativa e concretamente no parecer fundamentado¹⁴⁹⁹.

Verifica-se assim **uma sucessão vinculante e em cascata dos vários elementos escritos que compõem o périplo da ação por incumprimento**, à qual subjaz a tutela jurisdicional efetiva. Na síntese de Jónatas MACHADO, "*existe, assim, uma linha de continuidade material entre a notificação para observações, a opinião fundamentada, a petição inicial e a decisão do TJUE que não pode ser interrompida, sob pena de violação do princípio do pedido e dos direitos de defesa dos Estados*"¹⁵⁰⁰.

Dos sentidos possíveis das decisões contempladas neste mecanismo processual também decorre a diferença das jurisdições do TJUE face às jurisdições dos tribunais federais. Ainda que cerzindo juízos de desvalor sobre os atos (*maxime* normativos) nacionais, em circunstância alguma o TJ dispõe de competência para invalidá-los ou para dirigir aos Estados membros demandados injunções¹⁵⁰¹ no sentido da reposição da legalidade violada¹⁵⁰², sendo estes que, dentro de ampla liberdade soberana, devem executar a decisão jurisdicional, eliminando ou substituindo os referidos atos por outros que respeitem a legalidade europeia.

Naturalmente, o facto de a competência para a apreciação das ações por incumprimento se encontrar reservada ao TJ, órgão hierarquicamente superior da instituição jurisdicional da UE, é sinónimo de inexistência de duplo grau de jurisdição, com notórias repercussões para a tutela jurisdicional efetiva e determinando o abrandamento desta¹⁵⁰³.

3.2.2. Execução voluntária do acórdão

No cenário previsto no n.º 1 do artigo 260.º do TFUE, de procedência (total ou parcial) da ação e conseqüente declaração judicial do não cumprimento de obrigações previstas no TFUE, ou melhor, nos Tratados¹⁵⁰⁴, compete ao Estado membro demandado adotar as medidas

¹⁴⁹⁹ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 24 de junho de 2004, já citado, n.º 20.

¹⁵⁰⁰ Cfr. *Direito da União...*, cit., pp. 514 e 515.

¹⁵⁰¹ Salvo as que se insiram num processo de medidas provisórias de natureza cautelar, como sucedeu no despacho do Presidente do TJ de 21 de maio de 1977, caso COMISSÃO vs. REINO UNIDO, já citado.

¹⁵⁰² Já um tribunal federal poderia anular os atos dos Estados federados por serem contrários ao direito federal bem como dirigir-lhes imposições em conformidade a este.

¹⁵⁰³ Aspeto que merece um desabafo de Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 243.

¹⁵⁰⁴ Não deixará de se vislumbrar alguma incoerência entre o n.º 1 do artigo 260.º e o primeiro parágrafo do artigo 258.º, ambos do TFUE. Se este se refere ao desrespeito, pelos Estados membros, das obrigações que lhes incumbem por força dos Tratados, aquele prevê que o TJ possa, no seu acórdão, declarar que os referidos sujeitos não cumpriram vinculações a cujo respeito estão sujeitos por força do TFUE apenas. O n.º 1 do artigo 260.º deve,

necessárias à execução do acórdão do Tribunal, ou seja, é o próprio Estado judicialmente declarado incumpridor de obrigações decorrentes dos Tratados quem deve determinar as medidas adequadas a repor o cumprimento das obrigações que foram por si violadas¹⁵⁰⁵. Inexistindo, para já, qualquer condenação do referido Estado membro, o acórdão do TJ declarativo do incumprimento não constitui título executivo¹⁵⁰⁶.

Contudo, não menos certo é que do TFUE decorre, doravante, uma nova obrigação para o Estado cujo incumprimento foi declarado na referida decisão judicial: ele deve, também em respeito à tutela jurisdicional efetiva, tomar *imediatamente* as medidas necessárias à execução do aresto¹⁵⁰⁷, a qual deve estar concluída a *breve prazo*¹⁵⁰⁸. Esta execução, porém, não se confunde com aquela que tem lugar no âmbito das ações executivas¹⁵⁰⁹. Na verdade, atenta a soberania que os Estados membros mantêm, o acatamento por estes dos acórdãos declarativos de incumprimentos deve ser entendido como reposição *voluntária* da legalidade europeia violada, ou seja, cessação espontânea das violações judicialmente declaradas de obrigações decorrentes do direito da União.

Designadamente, se um auxílio de Estado for declarado incompatível com o Tratado deverá o Estado membro, em função do conteúdo dispositivo do acórdão, suprimi-lo ou modificá-lo. Não obstante, a tutela jurisdicional efetiva exige ainda que os beneficiários das ajudas restituam os montantes atribuídos, incumbindo ao referido Estado exigir tal devolução. Outrossim, se a violação das obrigações decorrentes dos Tratados consistir na omissão do dever de adoção, na ordem jurídica nacional, de normas ou medidas internas necessárias à correta aplicação ou execução de disposições europeias, deve o Estado faltoso adotá-las.

Como já dissemos, se o incumprimento se traduzir na vigência na ordem jurídica estadual de atos (v. g. normativos, de natureza legislativa ou regulamentar) incompatíveis com as disposições europeias, o TJ, ainda que formule juízos de (des)valor relativamente à (in)validade

pois, ser objeto de uma interpretação extensiva, em consonância com a alteração introduzida ao artigo 258.º pelo Tratado de Lisboa e de acordo com um espírito que melhor favoreça a tutela jurisdicional efetiva, no sentido de o TJ também poder declarar verificado que um Estado membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados.

¹⁵⁰⁵ Se a Comissão, por ventura, entendeu sugerir, tanto no parecer fundamentado como na petição, ao Estado membro medidas concretas de cumprimento da legalidade europeia violada, pode o Estado membro, após a prolação do acórdão declarativo do incumprimento, agir em conformidade com elas.

¹⁵⁰⁶ É o que se extrai da conjugação do n.º 1 do artigo 260.º com os artigos 280.º e 299.º do TFUE. Por outro lado, a obrigatoriedade de cumprir o acórdão do TJ resulta do referido Tratado e não da decisão jurisdicional. Cfr. João MOTA DECAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 541.

¹⁵⁰⁷ Nos termos da parte final da alínea d) do artigo 271.º do TFUE, o mesmo tipo de obrigação incumbe sobre os bancos centrais nacionais quando se trate de ações por incumprimento instauradas contra eles por violação de obrigações resultantes dos Tratados e dos Estatutos do SEBC e do BCE, contando que o TJ tenha declarado tal violação.

¹⁵⁰⁸ A necessidade de, *imediatamente*, dar cumprimento ao acórdão, e de concluir tal tarefa a *breve prazo* são elementos que não resultam do TFUE mas antes da jurisprudência do TJUE, nomeadamente, dos acórdãos COMISSÃO vs. FRANÇA, de 13 de julho de 1988, proc. C-169/87, Col. 1988, pp. 4114 e ss, n.º 14; COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 19 de janeiro de 1993, proc. C-101/91, Col. 1993, pp. I-201 e ss, n.º 20.

¹⁵⁰⁹ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, *cit.*, p. 91.

dos mesmos, não os poderá anular nem revogar; terá de ser o próprio Estado membro, enquanto autor soberano desses atos, a proceder a essa tarefa¹⁵¹⁰. Com efeito, o Tribunal já teve oportunidade de referir que a manutenção da vigência de um ato nacional incompatível com o direito da UE "*dá lugar a uma situação factual ambígua, já que mantém os sujeitos de direito interessados num estado de incerteza quanto às possibilidades que lhe estão reservadas de recorrer ao direito comunitário, e que uma tal manutenção constitui, desde logo, por parte do referido Estado, uma falta às obrigações que lhe são impostas em virtude do Tratado*"¹⁵¹¹, pelo que se afigura imprescindível, por força da tutela jurisdicional efetiva, que o Estado membro elimine tais atos da respetiva ordem jurídica.

Exige-se que a legislação nacional incompatível com o direito da União seja substituída por normas internas coercivas com o mesmo valor jurídico daquela. Quer dizer, as simples práticas administrativas, modificáveis por natureza e desprovidas de publicidade adequada, não podem ser consideradas aptas para a execução de obrigações que decorrem do Tratado; da mesma inaptidão sofrem as circulares administrativas. Aquela exigência não é afastada pelo efeito direto nem pela aplicabilidade direta de que por ventura beneficiem as normas europeias¹⁵¹².

Não obstante, a tutela jurisdicional efetiva também impõe que, até à conclusão do trabalho de adaptação ou eliminação da legislação nacional contrária, todos os órgãos nacionais aplicadores do direito (*maxime*, claro está, os tribunais, mas também as próprias administrações públicas, estas com um objetivo de prevenção de futuros litígios) deixem de aplicar tais regras¹⁵¹³. Tal decorre dos princípios do primado e do efeito direto do direito da UE. Na esteira de Jónatas MACHADO, diremos que "*existe uma proibição de pleno direito, impendendo sobre a administração e os tribunais, de aplicar normas internas contrárias ao direito da UE, o que obriga a uma leitura europeia do princípio da legalidade da administração*"¹⁵¹⁴. Também como expressão da tutela jurisdicional efetiva destaca-se, em especial, a incumbência dos tribunais nacionais, enquanto órgãos jurisdicionais comuns do direito da UE, de garantirem o respeito pela decisão do TJ, assegurando aos sujeitos de direito a proteção jurídica resultante do efeito direto das disposições do direito da União.

¹⁵¹⁰ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. FRANÇA, de 28 de março de 1980, procs. apensos 24 e 97/80, Rec. 1980, pp. 1319 e ss, n.º 16; COMISSÃO vs. FRANÇA, de 13 de julho de 1988, já citado, n.º 11. Ver João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 543; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 491.

¹⁵¹¹ Cfr. acórdão COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 15 de outubro de 1986, proc. 168/85, Col. 1986, pp. 2956 e ss, n.º 11.

¹⁵¹² Cfr. acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 7 de março de 1996, proc. C-334/94, Col. 1996, pp. I-1331 e ss, n.ºs 28 e 30.

¹⁵¹³ Cfr. acórdãos pré-mencionados FRATELLI CONSTANZO, n.º 33; COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 19 de janeiro de 1993, n.º 24. Ver João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 560; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, *cit.*, p. 274; Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 922.

¹⁵¹⁴ Cfr. *Direito da União...*, *cit.*, p. 516.

Por outro lado, não será de excluir que nas situações concretas e reais de vida onde os referidos atos nacionais contrários ao direito da União tenham merecido aplicação os Estados membros, igualmente por um imperativo de tutela jurisdicional efetiva e no âmbito de ações de indemnização instauradas contra estes, possam ter de ressarcir eventuais lesados pelos prejuízos causados na sequência da aludida aplicação, tanto mais que o incumprimento das obrigações decorrentes dos Tratados foi já declarado pelo TJ; esta responsabilidade (civil e aquiliana) dos Estados membros, que se fundamenta na violação do direito da União, já será apreciada pelos tribunais nacionais¹⁵¹⁵.

Em suma, a plena execução voluntária, pelo Estado demandado, do acórdão declarativo do incumprimento pode despoletar a atuação de qualquer dos poderes constituídos e mesmo do poder constituinte. Poderá o referido Estado membro ter de alterar a respetiva Constituição de forma a adequá-la às obrigações resultantes dos Tratados; poderá o poder legislativo ter de adotar ou revogar disposições nacionais, respetivamente, conformes e incompatíveis com o direito da UE. O poder executivo e o poder judicial devem abster-se de aplicar normas contrárias ao aludido direito. Assim o exigem a autoridade de caso julgado da decisão do TJ, o princípio da União de direito e a tutela jurisdicional efetiva.

À semelhança do que vimos atrás a propósito das ações por incumprimento específicas na matéria dos auxílios estatais, também neste âmbito poderá o Estado alegar e comprovar a impossibilidade absoluta de executar corretamente o acórdão do TJ. Assim o contempla a tutela jurisdicional efetiva.

3.3. A tutela jurisdicional efetiva e a ação de finalidade eminentemente repressiva ou declarativa de condenação

3.3.1. Execução coerciva do acórdão

Se o Estado membro demandado no âmbito da ação acima aludida não executar devidamente o acórdão previsto no n.º 1 do artigo 260.º do TFUE e declarativo do incumprimento, sujeita-se, nos termos do n.º 2 do referido preceito, à aplicação de sanções de natureza pecuniária (ou financeira), fixas ou compulsórias, até que tal execução ocorra, isto é, até ser respeitada a decisão que o TJ proferiu na primeira ação. Trata-se de uma escassa situação em que ao TJ é reconhecida "competência executória", por ele apelidada de "*processo judicial*

¹⁵¹⁵ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 564. Sobre esta matéria *vide infra* Capítulo II da Parte IV.

especial de execução"¹⁵¹⁶, apesar de a mesma não se confundir com as execuções movidas no contexto de ações executivas.

Seja como for, tal possibilidade afigura-se de uma importância evidente, uma vez que é através dela que se imprimirá verdadeira coercibilidade ao acórdão declarativo da violação de obrigações previstas nos Tratados. Pela negativa, inexistindo a faculdade prevista no n.º 2 do artigo 260.º do TFUE o acórdão proferido no âmbito da primeira ação de incumprimento e que deu provimento à acusação, correria o risco de ter um valor meramente simbólico porquanto o seu acatamento ficaria sujeito ao estrito livre-arbítrio do Estado membro infrator.

Por outro lado e como lembra Maria José RANGEL DE MESQUITA¹⁵¹⁷, também se compaginam com a segunda ação por incumprimento as ações de primeiro grau (declarativas de simples apreciação) que se caracterizam por regimes específicos, sejam as que preveem uma fase administrativa especial sejam as que dispensam a fase pré-contenciosa, aspeto que também tem subjacente a tutela jurisdicional efetiva sobretudo da objetiva legalidade europeia.

3.3.2. O contributo do Tratado de Maastricht

O poder da Comissão instaurar contra os Estados membros as designadas segundas ações por incumprimento (ou ações de segundo grau), por estas se entendendo as ações por incumprimento de finalidade condenatória ou repressiva¹⁵¹⁸, é relativamente recente, já que ele foi introduzido no TCE apenas por ocasião do Tratado de Maastricht. Tal faculdade pecou por tardia uma vez que é inquestionável o seu contributo para se assegurar a plena eficácia dos acórdãos declarativos dos incumprimentos proferidos pelo TJ nas primeiras ações (ou ações por incumprimento de primeiro grau), logo para o reforço da tutela jurisdicional efetiva da estrita legalidade europeia¹⁵¹⁹.

Em abono da verdade refira-se que a Comissão já dispunha, antes da entrada em vigor do TUE, da prerrogativa de instaurar a segunda ação por incumprimento contra um Estado membro cujo desrespeito de obrigações comunitárias havia sido declarado no âmbito da primeira ação. Todavia, naquele processo a referida instituição lograria, no máximo, uma decisão do TJ declarativa de que o seu acórdão declaratório de incumprimento proferido neste não tinha sido

¹⁵¹⁶ Cfr. o já mencionado acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 12 de julho de 2005, n.º 92.

¹⁵¹⁷ Cfr. *Efeitos...*, cit., pp. 35 e 36; *O Poder...*, cit., p. 186, nota de rodapé n.º 428.

¹⁵¹⁸ Sobre ela vide o documento SEC (2005) 1658: comunicação sobre a aplicação do artigo 228.º do TCE.

¹⁵¹⁹ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., p. 175. No já citado acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 12 de julho de 2005, n.º 80, o TJ referiu precisamente que o procedimento hoje previsto no artigo 260.º do TFUE visa "*incitar um Estado membro infrator a executar um acórdão que declara o incumprimento e, desse modo, assegurar a aplicação efetiva do direito comunitário*".

objeto da devida execução pelo Estado membro demandado em ambas as ações, que, assim, incumpria, ulteriormente, as obrigações decorrentes do então artigo 171.º do TCEE (hoje artigo 260.º do TFUE). Ou seja, o acórdão proferido na segunda ação limitava-se a evidenciar o incumprimento da decisão proferida na primeira¹⁵²⁰. Nesta medida, o *plus* acrescentado pelo Tratado de Maastricht traduziu-se na possibilidade de condenação dos Estados membros no pagamento de sanções pecuniárias em consequência da prévia declaração de incumprimento da obrigação de executar o acórdão do TJ proferido em sede de primeira ação¹⁵²¹, o que contribuiu para o aumento da eficácia e da efetividade do direito da UE¹⁵²².

Tendo esta possibilidade sido consagrada apenas com o Tratado de Maastricht, a tutela jurisdicional efetiva, desdobrada na garantia processual relativa à *nulla poena sine legem* e na proibição de aplicação retroativa de normas sancionatórias, impõe que a mesma não deva ter aplicação relativamente a infrações que os Estados membros tenham praticado antes da entrada em vigor do referido Tratado¹⁵²³.

3.3.3. A dinâmica processual e o objeto da segunda ação

Para que ocorra o sancionamento dos Estados membros pela não execução devida dos acórdãos proferidos pelo Tribunal no âmbito das primeiras ações torna-se, portanto, necessário instaurar, por iniciativa da Comissão que detém para esse efeito uma competência quase-exclusiva¹⁵²⁴, uma nova ação por incumprimento, a que se pode chamar segunda ação por incumprimento ou ação por incumprimento de segundo grau. Esta contempla uma tramitação parcialmente semelhante à primitiva, da qual aliás foi decalcada, dividindo-se em duas fases

¹⁵²⁰ Cfr. Fernand A. SCHOCKWEILER, *L'exécution des arrêts de la Cour*, in F. CAPOTORTI, C. D. EHLERMANN e J. FROWEIN (coord.), *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden, 1987, p. 627; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, cit., pp. 47 e ss.

¹⁵²¹ Cfr. Trevor C. HARTLEY, *Constitutional and Institutional Aspects of the Maastricht Agreement*, in *ICLQ*, 1993 (Vol. 42; n.º 2), p. 226; María BLÁZQUEZ PEINADO, *op. cit.*, p. 133.

¹⁵²² Cfr. Rui MOURA RAMOS, *Les aspects...*, cit., pp. 53 e 54; Denys SIMON, *The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law*, in David O'KEEFFE e Antonio BAVASSO (editores), *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*. Vol. I: *Judicial Review in European Union Law*, Haia, 2000, pp. 276 e ss, em especial, p. 280.

¹⁵²³ Neste sentido Javier DIEZ-HOCHLEITNER, *Le traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de justice par les Etats membres*, in *RMUE*, 1994 (n.º 2), p. 130; Ercüment TEZCAN, *op. cit.*, p. 56; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., pp. 194 e ss. Esta interpretação também parece extrair-se do mencionado acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 7 de março de 1996, no qual o Tribunal apreciou, face ao então novo artigo 171.º (posteriormente artigo 228.º) do TCE (atual artigo 260.º do TFUE), um comportamento do referido Estado membro anterior à entrada em vigor do TUE, limitando-se a declarar o incumprimento da obrigação de executar o acórdão proferido em sede de primeira ação por incumprimento, ou seja, sem condenar a República Francesa no pagamento de qualquer importância.

¹⁵²⁴ Vide Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., pp. 198 e ss, que, apelidando a referida instituição de "*estrela, o motor e o órgão preponderante do poder sancionatório sobre os Estados membros*", critica o excesso de poderes que lhe estão reservados.

principais (uma administrativa e outra jurisdicional¹⁵²⁵), como se extrai do n.º 2 do artigo 260.º do TFUE.

Também na primeira fase a Comissão começará por expedir ao Estado membro alegadamente infrator a *carta de notificação do incumprimento* a que se poderá seguir, muito embora a letra do referido preceito com a redação do Tratado de Lisboa tenha deixado de o referir expressamente, o *parecer fundamentado*¹⁵²⁶. Neste, a Comissão, além de explicar em que medida se verifica o incumprimento do acórdão, pode verter as medidas que o Estado membro poderia ter adotado de forma a executar a decisão do Tribunal. Em ambos os documentos a Comissão concede um prazo ao Estado membro, tanto para conformar a sua atuação de acordo com a decisão do referido órgão jurisdicional, como para responder e apresentar a sua defesa.

Porém, se a primeira ação por incumprimento assume uma natureza eminentemente declarativa¹⁵²⁷ de simples apreciação, a segunda, sendo também de escopo declarativo, já se afigura de finalidade sobretudo condenatória ou repressiva. Com efeito, nesta o Estado membro é condenado a fazer cessar a infração, bem como a pagar uma quantia pecuniária de forma a sentir-se coagido a executar rapidamente o acórdão proferido naquela. Subjacente a tais sanções está a aplicação uniforme e efetiva do direito da UE¹⁵²⁸.

¹⁵²⁵ Ambas marcadas pelo princípio do contraditório e pela necessidade de respeito dos direitos de defesa dos Estados arguidos.

¹⁵²⁶ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 517, posição na qual nos revemos.

Esta exigência permite estender à segunda ação por incumprimento as garantias, impostas pela tutela jurisdicional efetiva, conferidas aos Estados, que visam limitar o objeto das acusações que lhes são dirigidas pela Comissão, a que já aludimos quando nos reportámos à primeira ação. Na verdade, em vários casos, o TJ, começando por referir que "*No âmbito de uma acção intentada com base no artigo 226.º CE, a notificação para cumprir dirigida pela Comissão ao Estado-Membro e, posteriormente, o parecer fundamentado emitido por esta instituição delimitam o objecto do litígio, que já não pode, portanto, ser ampliado. Com efeito, a possibilidade de o Estado-Membro em causa apresentar observações constitui, mesmo que considere não a dever utilizar, uma garantia essencial pretendida pelo Tratado, e o respeito dessa garantia é uma formalidade essencial da regularidade do processo de declaração de incumprimento de um Estado-Membro. Por conseguinte, o parecer fundamentado e a acção da Comissão devem ter por base as mesmas acusações que as constantes da notificação para cumprir que dá início à fase pré-contenciosa*" acrescentou que "(...) *O mesmo é válido para a acção intentada com base no artigo 228.º, n.º 2, CE, cujo objecto está circunscrito pelo procedimento pré-contencioso previsto nesta disposição, no sentido de que, na sua petição, a Comissão não pode ampliar o objecto do litígio, invocando novas acusações relativamente às enunciadas no parecer fundamentado no qual a Comissão especificou os pontos em que o Estado-Membro em causa não executou o acórdão do Tribunal de Justiça que declara o incumprimento*". Cfr. nomeadamente, acórdão COMISSÃO vs. PORTUGAL, de 10 de setembro de 2009, já citado, n.ºs 55 e 56.

Contra Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 79; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 493; e Luís INEZ FERNANDES, em anotação ao artigo 260.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 936; que interpretam a nova redação do n.º 2 do artigo 260.º do TFUE como desnecessidade de a Comissão formular o parecer fundamentado. Ainda assim, a primeira autora tece várias críticas à opção que preconiza. Com a devida vénia, parece-nos que não assiste razão a este setor doutrinário, já que o parecer fundamentado assume-se com um ato fulcral que, ao delimitar o libelo acusatório, condiciona a fase contenciosa; nessa medida a sua ausência de menção ao mesmo na referida norma deve-se a mero lapso de escrita.

¹⁵²⁷ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 562.

¹⁵²⁸ Acórdão COMISSÃO vs. GRÉCIA, de 4 de julho de 2000, proc. C-387/97, Col. 2000, pp. I-5092 e ss, n.º 92. Sobre este aresto e relativamente à aplicação de sanções pecuniárias, veja-se o estudo de Andrés Sáenz de SANTA MARIA PAZ, *Primera multa coercitiva a un Estado miembro por inexecución de sentencia (Comentario a la sentencia del TJCE de 4 de julio de 2000, Comisión c. Grécia)*, in *RDCE*, 2000 (Ano 4; n.º 8), pp. 493 e ss.

O objeto da segunda ação é também enformado por uma situação de inobservância, imputável ao Estado membro já demandado na ação de primeiro grau, das obrigações decorrentes dos Tratados, consistindo o primeiro objetivo da Comissão na obtenção da declaração judicial de tal incumprimento. Porém, na ação de segundo grau o incumprimento é muito específico; ele prende-se com a não execução, total ou parcial, do acórdão declarativo do incumprimento proferido na primeira ação, ou seja, no processo de finalidade declarativa de simples apreciação¹⁵²⁹ (seja a constante do artigo 258.º, trate-se da prevista no artigo 259.º, ambos do TFUE, sejam as que se caracterizam por regimes especiais); nessa medida, na segunda ação está em causa o incumprimento pelo Estado membro da obrigação prevista na parte final no n.º 1 do artigo 260.º do Tratado de Roma.

Sobre a Comissão incide o ónus de fornecer ao TJ "*os elementos necessários para a averiguação do estádio de execução por um Estado membro de um acórdão em matéria de incumprimento*"¹⁵³⁰, ou seja, *a contrario sensu*, de provar que existe incumprimento da obrigação de executar o acórdão declarativo de incumprimento proferido no contexto do n.º 1 do artigo 260.º do TFUE. Não será de excluir que a Comissão possa instaurar uma segunda ação por incumprimento contra um Estado membro que na execução do acórdão proferido no âmbito da primeira ação ultrapassou os limites temporais considerados razoáveis¹⁵³¹.

Na segunda ação por incumprimento a Comissão deve ainda referir o montante da quantia pecuniária fixa ou, de acordo com a terminologia empregue no Tratado de Roma, compulsória (as instituições europeias falam antes em "*sanção pecuniária de montante progressivo*") que considera adequado e no qual pretende que o Estado infrator seja condenado^{1532/1533}. O TJ, se declarar que este não cumpriu devidamente o acórdão proferido na primeira ação, pode condená-

¹⁵²⁹ Verifica-se, deste modo, uma coincidência forçosa entre o Estado membro demandado nas ações dos artigos 258.º (ou 259.º) e 260.º, n.º 2, do TFUE, ou seja, na legitimidade processual passiva.

¹⁵³⁰ Cfr. citado acórdão COMISSÃO vs. GRÉCIA, de 4 de julho de 2000, n.º 73.

¹⁵³¹ Com efeito, apesar de os acórdãos declarativos de incumprimentos serem, de uma forma geral, acatados pelos Estados membros, não é menos certo que estes, com alguma frequência até, protelam, para além do razoável, a sua execução. Assim o constata Guy ISAAC, *Droit Communautaire Général*, 7.ª Ed, Paris, 1999, p. 298. A tutela jurisdicional efetiva reclama que, nesses casos, seja ponderada a possibilidade de sancionar pecuniariamente os Estados membros, uma vez que a realização tardia da justiça pode equivaler ou aproximar-se da denegação da mesma.

¹⁵³² Efetivamente, a aplicação de sanções, pelo TJ, parece pressupor uma prévia proposta da Comissão sobre o respetivo tipo e montante, não podendo aquele órgão, na ausência desta, proceder à sua aplicação. Assim ANNE BONNIE, *Commission...*, cit., p. 544; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., pp. 203 e 204.

¹⁵³³ Existem várias comunicações da Comissão relativas a este domínio que devem ser tidas em conta. Uma (96/C 242/07, de 21 de agosto de 1996), sobre a aplicação do atual artigo 260.º do TFUE; outra (97/C 63/02, de 28 de fevereiro de 1997), atinente ao método de cálculo da sanção pecuniária compulsória prevista no n.º 2 do mencionado preceito. Tais comunicações são complementadas por uma decisão interna (doc. PV [2001] 1517/2, de 2 de abril de 2001), relativa à definição do coeficiente de duração para o cálculo da referida sanção pecuniária compulsória. Em 2005, a Comissão elaborou nova comunicação sobre o assunto: a já aludida SEC (2005) 1658, de 13 de dezembro. Sobre esta última, em especial sobre a fórmula de cálculo da sanção dela constante, veja-se Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 518 e 519; a anotação de Luís INEZ FERNANDES ao artigo 260.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 937.

lo no pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória, sem estar vinculado à proposta formulada pela Comissão, apesar de tal sugestão constituir "*uma base de referência útil*"¹⁵³⁴, podendo aderir, aumentar ou diminuir o valor aventado por aquela. A competência de *plena jurisdição* do Tribunal é especialmente visível neste aspeto particular, podendo o referido órgão jurisdicional inclusive optar pela não aplicação de sanções¹⁵³⁵.

Segundo o TJ, as sanções pecuniárias devem ser aplicadas em função do grau de persuasão necessário para que o Estado membro modifique o seu comportamento, podendo o referido montante ultrapassar e mesmo afastar-se das propostas da Comissão¹⁵³⁶; em causa está "*um processo judicial especial, específico do direito comunitário, que não pode ser equiparado a um processo civil*"¹⁵³⁷. Por esta razão, não merecerão acolhimento argumentos segundo os quais o princípio do dispositivo, enquanto princípio geral do processo civil comum aos direitos adjetivos dos Estados membros, obsta a que o Tribunal vá para além dos pedidos das partes, *in casu*, da Comissão. Inclusivamente, pode o TJ decidir aplicar ou manter sanções pecuniárias mesmo que a Comissão já não vislumbre necessidade ou interesse nelas¹⁵³⁸. Em causa está a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia e não do direito subjetivo ao ressarcimento dos danos sofridos em consequência de comportamentos dos Estados membros¹⁵³⁹, pelo que importa garantir a cessação de violações da referida legalidade bem como o cumprimento do direito da UE. Acresce que esta possibilidade não colide com os *direitos de defesa* dos Estados demandados, na medida em que os mesmos conhecem os incumprimentos, aliás reiterados (pois já decorreram as inerentes ações por incumprimento de primeiro grau), que lhes são imputados e sobre eles tiveram oportunidade de se pronunciar na tramitação inerente às segundas ações¹⁵⁴⁰.

Também em razão da tutela jurisdicional efetiva, os montantes das sanções pecuniárias deverão ser adequados às circunstâncias e proporcionais às faltas verificadas, bem como à capacidade de pagamento dos Estados em causa¹⁵⁴¹. Ou seja, a determinação das sanções deve

¹⁵³⁴ Cfr. acórdãos COMISSÃO vs. GRÉCIA, de 4 de julho de 2000, já citado, n.º 89; COMISSÃO vs. ESPANHA, de 25 de novembro de 2003, proc. C-278/01, Col. 2003, pp. I-14167 e ss, n.º 41; COMISSÃO vs. FRANÇA, de 12 de julho de 2005, já citado, n.º 103.

¹⁵³⁵ Assim também Trevor C. HARTLEY, *Constitutional...*, cit., p. 227; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., pp. 201 e ss.

¹⁵³⁶ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 495.

¹⁵³⁷ Cfr. o já mencionado acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 12 de julho de 2005, n.º 91. No n.º 90 do mesmo aresto o TJ também referiu que o processo de aplicação de sanções pecuniárias aos Estados membros, pela não execução do acórdão proferido na primeira ação, é jurisdicional e não político, assim refutando o argumento do Governo alemão, segundo o qual o Tribunal não dispunha de legitimidade política para aplicar sanções não propostas pela Comissão.

¹⁵³⁸ Acórdão COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 18 de julho de 2007, proc. C-503/04, Col. 2007, pp. I-6183 e ss, n.º 22.

¹⁵³⁹ Cfr. novamente o n.º 91 do já referido acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 12 de julho de 2005.

¹⁵⁴⁰ Assim Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., pp. 202 e 203.

¹⁵⁴¹ Cfr. citados acórdãos COMISSÃO vs. GRÉCIA, de 4 de julho de 2000, n.º 90; COMISSÃO vs. FRANÇA, de 12 de julho de 2005, n.º 81.

obedecer ao princípio substantivo da *proporcionalidade*, mas também e naturalmente, ao da *igualdade*. O complexo dos critérios que preside à determinação das sanções a aplicar fornece um contributo importante em matéria de tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses dos Estados incumpridores, na medida em que a sua eventual desconsideração, pela Comissão nas respetivas propostas, permitirá influenciar as decisões do TJ no sentido de aplicar sanções mais brandas. Até porque os princípios da transparência, objetividade, previsibilidade, segurança e proteção da confiança devem reger a atuação da Comissão (e do próprio TJ) quando propõe (o segundo, quando fixa) determinada sanção¹⁵⁴².

As quantias devidas a esse título devem ser pagas, preferentemente de forma voluntária, à Comissão, que as inscreve na rubrica orçamental "recursos próprios da UE". Caso o Estado membro infrator não proceda ao pagamento espontâneo da sanção pecuniária em que foi condenado, a tutela jurisdicional efetiva reclama que se proceda à respetiva cobrança coerciva, uma vez que só assim os Estados serão eficazmente sancionados. Alguns autores entendem que a referida cobrança deve ocorrer através de uma ação executiva proposta pela referida instituição, que decorrerá no competente tribunal nacional, nos termos conjugados dos artigos 299.º, segundo a quarto parágrafos, e 280.º, do TFUE¹⁵⁴³; outros, porém, com os quais nos identificamos mais, dada a maior celeridade alcançada, entendem que a Comissão está autorizada a proceder à compensação do respetivo montante nos fundos comunitários a que o Estado membro infrator teria direito¹⁵⁴⁴.

Seja como for, a necessidade de instauração de duas ações por incumprimento para que, enfim, se torne possível o sancionamento dos Estados membros que violaram obrigações decorrentes dos Tratados afigura-se pouco profícua e escassamente compatível com as exigências da tutela jurisdicional efetiva.

Com efeito e antes de mais, mesmo admitindo que os Estados membros também dispõem de legitimidade processual para instaurarem a ação por incumprimento de segundo grau¹⁵⁴⁵, o que permite prosseguir melhor a tutela jurisdicional efetiva, o certo é que a História demonstra

Aliás, a *duração da infração*, o *respetivo grau de gravidade* bem como a *capacidade de pagamento do Estado membro infrator* foram os critérios erigidos pela Comissão, na citada comunicação de 1997, para determinação da sanção pecuniária de montante progressivo. No documento da Comissão SEC (2005) acrescentou-se àqueles critérios a *hierarquia das normas violadas*, os *interesses públicos e privados em presença*, a *atitude colaborante do Estado membro* e a *possível alteração de circunstâncias*. Ver a anotação de Luís INEZ FERNANDES ao artigo 260.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 936.

¹⁵⁴² Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 518.

¹⁵⁴³ Assim José Martín y PÉREZ DE NANCLARES e Araceli MANGAS MARTÍN, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea: germen iusinternacionalista "versus" vocación federal*, Madrid, 1997, p. 77.

¹⁵⁴⁴ Neste sentido Trevor C. HARTLEY, *Constitutional...*, *cit.*, p. 228.

¹⁵⁴⁵ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, *cit.*, p. 257; e Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, *cit.*, p. 199. Tal possibilidade sustenta-se no terceiro parágrafo do n.º 2 do artigo 260.º do TFUE, o qual, ao estabelecer que "*Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 259.º*", admite a possibilidade de a ação por incumprimento de segundo nível ser instaurada pelos próprios Estados membros.

uma inexistência prática de ações por incumprimento (tanto de primeiro como, por maioria de razão, de segundo grau) por impulso processual de outros Estados. Por outro lado, é gritante a morosidade inerente à tramitação processual de duas ações que se interligam com o objetivo da aplicação de sanções pecuniárias aos Estados membros incumpridores. Tais aspetos, coadjuvados com os poderes discricionários de que a Comissão igualmente dispõe no âmbito da segunda ação, fazem com que o efetivo sancionamento dos Estados se afigure, também, eventual.

Acresce ainda que não vislumbramos qualquer argumento decisivo, exceção feita ao facto de os Estados membros serem os "donos dos Tratados", que justifique a necessidade de instauração de duas ações por incumprimento: uma, somente para que o desrespeito das obrigações decorrentes dos Tratados seja judicialmente declarado; e outra que, completando a anterior, servirá para sancionar o Estado membro por não conferir a devida execução ao acórdão declarativo do incumprimento proferido no âmbito da anterior. João MOTA DE CAMPOS¹⁵⁴⁶, pertinentemente, sugere a eliminação da fase administrativa no âmbito da segunda ação, uma vez que não se suscitam dúvidas quanto à violação da legalidade europeia, já verificada pelo TJ, bem como a estipulação por este de um prazo curto para o Estado membro executar o acórdão proferido no quadro da primeira.

3.3.4. O contributo do Tratado de Lisboa

Nesta medida, afigura-se bastante positiva a inovação trazida a lume através do Tratado de Lisboa e constante do n.º 3 do artigo 260.º do TFUE. Prevê-se aqui que no âmbito da mesma ação por incumprimento (a qual será "a primeira e única", se é que assim se pode dizer), a qual é instaurada ao abrigo do artigo 258.º, a Comissão possa indicar desde logo o montante da sanção pecuniária que considera adequado à infração de forma a permitir ao TJ, caso declare o incumprimento, condenar imediatamente o Estado membro no seu pagamento, podendo a referida sanção ser fixada abaixo da proposta da Comissão.

Desta forma, a tutela jurisdicional efetiva da legalidade europeia obteve um bom incremento¹⁵⁴⁷. Ressalve-se, contudo, que o âmbito de aplicação de tal cenário peca por escasso e apresenta algumas limitações.

¹⁵⁴⁶ Cfr. *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 546 e 547.

¹⁵⁴⁷ Cfr. Luca PRETE e Ben SMULDERS, *The Coming of Age of Infringement Proceedings*, in *CMLR*, 2010 (Vol. 47; n.º 1), pp. 9 e ss.

Antes de mais, a referida ação tem de ser proposta no âmbito do artigo 258.º do TFUE, ou seja, de fora parecem situar-se as ações por incumprimento marcadas por fases administrativas especiais ou aquelas em que a fase graciosa pode ser preterida.

Por outro lado, ela apenas pode ter lugar no que tange ao não cumprimento da obrigação de comunicação de medidas nacionais de transposição de diretivas adotadas de acordo com um processo legislativo; *a contrario sensu*, incumprimentos da obrigação de comunicação de medidas internas de receção de atos não legislativos, como sejam os atos delegados e os de execução, situam-se fora da *facti species* da norma¹⁵⁴⁸; igualmente não relevam outros tipos de incumprimentos.

Por outro lado ainda, também aqui avulta o poder discricionário da Comissão, uma vez que esta poderá, "*se o considerar adequado*", indicar o valor da sanção a aplicar ao Estado membro; em homenagem ao princípio do dispositivo, o TJ poderá, caso confirme o cometimento da infração, condenar o Estado, respeitando o valor indicado pela Comissão já que não poderá excedê-lo¹⁵⁴⁹.

A entrada em vigor do Tratado de Lisboa também fez recair sobre o TJ a necessidade de esclarecer se a redação que o primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 260.º do TFUE apresenta atualmente implica a abreviação da fase administrativa da segunda ação por incumprimento. Relembre-se que tal normativo, comparativamente com a anterior redação, omite a necessidade de a Comissão formular no âmbito daquela ação um parecer fundamentado¹⁵⁵⁰. O dilema que se coloca, naturalmente, consiste em harmonizar uma menor morosidade da referida fase pré-contenciosa com a manutenção da garantia de direitos de defesa do Estado membro arguido.

3.3.5. De iure condendo: proposta de aumento dos poderes sancionatórios do Tribunal de Justiça

Seja como for e não obstante as modificações proveitosas apontadas, ainda não foi com o Tratado de Lisboa que a tutela jurisdicional logrou, no quadro da ação por incumprimento, ser

¹⁵⁴⁸ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, pp. 493 e 494.

¹⁵⁴⁹ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema..., cit.*, pp. 79 a 81, que denuncia o protagonismo conferido a um incumprimento que pode ser meramente *formal* e a falta de tratamento no mínimo idêntico entre este e um incumprimento *material* traduzido na não transposição de diretivas; a autora também critica a mera *faculdade* de que a Comissão dispõe, no âmbito do n.º 3 do artigo 260.º do TFUE, de indicar o montante da sanção pecuniária (fixa ou compulsória) a aplicar ao Estado alegadamente infrator, diversamente do que sucede no quadro do n.º 3 do mesmo preceito, que impõe à referida instituição o *dever* de proceder a tal indicação; bem como a vinculação do TJ ao montante sancionatório fornecido pela Comissão no âmbito de uma competência que é de *plena jurisdição*.

¹⁵⁵⁰ Recorde-se que há autores que interpretam a nova norma como desnecessidade da Comissão formular o parecer fundamentado, podendo a Comissão instaurar a ação logo após o esgotamento do prazo concedido ao Estado membro na carta de notificação para cumprimento.

plenamente efetiva. As limitações vigentes em torno do "leque" de possíveis sanções revela a insuficiência do referido instrumento processual e deixa transparecer uma ideia de fraca coercibilidade da legalidade europeia violada. Na verdade, a restrição das eventuais sanções a medidas de natureza pecuniária, *maxime* quando fixas, pode revelar-se um mecanismo pouco adequado para obrigar os Estados membros a respeitar as obrigações decorrentes dos Tratados, principalmente tratando-se de Estados mais ricos¹⁵⁵¹.

Os Estados membros deveriam ponderar, inevitavelmente em sede de revisão dos Tratados, a investidura do TJ num mecanismo que o habilitasse a, cumulativamente com as sanções de cariz pecuniário, condenar os Estados membros em *prestações de facto*, traduzidas na imposição da adoção dos comportamentos devidos¹⁵⁵². No fundo, o Tribunal deveria poder, nos acórdãos condenatórios proferidos em sede de segunda ação por incumprimento, dirigir **injunções** aos Estados membros, precisando as medidas que estes deveriam adotar para colocar termo às infrações e, dessa forma, respeitar as obrigações decorrentes dos Tratados¹⁵⁵³.

Não obstante as limitações que certamente se suscitariam em torno da eventual execução coerciva de condenações deste tipo, uma alteração deste teor revelar-se-ia profícua, nomeadamente, em matéria de proteção ambiental, no âmbito da qual os Estados membros, por vezes, se sentem tentados a realizar grandes obras sem o respeito pelas exigências reveladas nos estudos de impacto ambiental ou, ainda mais grave, sem providenciarem por estes. O domínio em questão mobiliza novos bens jurídicos - *in casu* o ambiente - o que contribui para o aumento da chamada *sociedade de risco*¹⁵⁵⁴.

Naturalmente e também por um imperativo de tutela jurisdicional efetiva dos interesses dos Estados membros, uma alteração deste calibre não poderia ter eficácia retroativa. No entanto, os Estados saberiam de antemão em que sanções, novas e mais eficientes, incorreriam de aí em diante, pelo que procurariam evitar comportamentos que lhes dessem azo; igualmente saberiam que em caso de condenação teriam de cumprir efetiva e cabalmente a decisão judicial.

¹⁵⁵¹ Cfr. Giuseppe TESAURO, *Diritto Comunitario*, 2.^a Ed, Pádova, 2001, p. 248.

¹⁵⁵² Uma solução deste género foi proposta pela instituição jurisdicional das Comunidades em 1975 no documento "*Sugestões do Tribunal de Justiça sobre a União Europeia*", no qual propalou três novas medidas destinadas a melhorar a eficácia da ação por incumprimento, que podem ver-se em Maria José RANGEL DE MESQUITA; *Efeitos...*, *cit.*, pp. 78 e 79; *O Poder...*, *cit.*, p. 179, nota de rodapé n.º 403. A primeira proposta consistiu precisamente num incremento das suas competências de forma a poder especificar quais as medidas que o Estado membro infrator deveria adotar com vista à reposição da legalidade comunitária violada.

¹⁵⁵³ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, *cit.*, pp. 181 e 210.

¹⁵⁵⁴ Assim Ulrich BECK, *op. cit.*, pp. 29 e ss.

4. A tutela jurisdicional efetiva e a problemática relativa à participação dos particulares nas ações por incumprimento

As pertinentes disposições do TFUE relativas às ações por incumprimento omitem qualquer alusão aos particulares, o que se justifica pelo facto de tal instrumento processual visar a tutela dos interesses da União (nomeadamente, da objetiva legalidade europeia) e dos Estados membros envolvidos (dos seus direitos e interesses de natureza subjetiva). Com efeito, uma das inferências da divisão de protagonismo entre Comissão e Estado membro infrator consiste na quase total ausência da participação dos particulares na tramitação das ações por incumprimento¹⁵⁵⁵. Subjacente a essa limitação dos atores intervenientes está a atuação do TJ como jurisdição internacional.

Não obstante, também já adiantámos que a instauração, pela Comissão, deste tipo de ações e *maxime* das de tipo eminentemente declarativo de simples apreciação, ocorre tanto porque esta instituição decidiu agir oficiosamente, como na sequência de queixa apresentada pelos mais variados interessados numa reação investigatória e persecutória de determinados comportamentos dos Estados membros que se afigurem violadores das obrigações decorrentes dos Tratados. Não dispondo a Comissão dos instrumentos, pessoais e materiais, necessários para perseguir toda a panóplia de condutas dos Estados suscetível de inculcar a referida violação, é inquestionável que a queixa acaba por se revelar um importante instrumento delator desse tipo de condutas, estando na base de um significativo número de ações por incumprimento que aquela instituição instaura¹⁵⁵⁶. A própria Comissão já reconheceu, por diversas ocasiões, a importância do papel desempenhado pelos autores de tal tipo de denúncia¹⁵⁵⁷.

Ora, a queixa pode perfeitamente ter a sua autoria nos particulares, sendo através de tal expediente que esta categoria de sujeitos alcança obter algum tipo de participação no âmbito das ações por incumprimento. Referindo-se, aliás, aos particulares, Jónatas MACHADO ensina que mediante "*o desenvolvimento deste meio processual assistiu-se a uma verdadeira metamorfose, através da qual ele adquiriu características do maior relevo para a cidadania europeia e que importa ter presente*"¹⁵⁵⁸. Na verdade, os particulares podem, dada a natureza objetiva deste instrumento, sem necessidade de demonstração do respetivo interesse em agir, denunciar à Comissão (ou aos Estados membros) comportamentos dos Estados membros transgressores das

¹⁵⁵⁵ Cfr. Paulo de PITTA E CUNHA, *Direito Europeu...*, cit., p. 89; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 507.

¹⁵⁵⁶ Vide por exemplo os números relativos às ações por incumprimento que a Comissão tinha em mãos no final do ano de 2006. Mais de 3200 processos, dos quais 1000 (30%) oficiosos, 1700 (51%) iniciados na sequência de queixas, e 600 (19%) por não comunicação das medidas nacionais de transposição de diretivas. Cfr. o documento COM (2007) 502.

¹⁵⁵⁷ Ver COM (2002) 141, p. 2.

¹⁵⁵⁸ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 507.

obrigações previstas nos Tratados numa tentativa de despoletarem uma reação da referida instituição (ou do Estado a quem se dirigiram) no quadro da ação por incumprimento e do processo de infração que o mesmo comporta. Tal prerrogativa tem assumido uma importância cada vez maior, justificando uma positivação em sede de Tratados, seja nas disposições relativas à ação por incumprimento, seja nas normas relativas à cidadania europeia, por exemplo na alínea d) do n.º 2 do artigo 20.º, a qual é desenvolvida no artigo 24.º, ambos do TFUE, contribuindo para o incremento deste instituto.

4.1. A queixa dos particulares

É um dado assente que a participação dos particulares no quadro da primeira (e por maioria de razão na segunda) ação por incumprimento não implica a existência, para eles, de prerrogativas especiais ou exclusivas. Bem pelo contrário: a intervenção dos cidadãos e empresas naquele instrumento cinge-se à possibilidade, partilhada com os demais interessados (por exemplo, os próprios Estados membros ou até países terceiros), de denunciar à Comissão os comportamentos dos poderes públicos dos Estados membros que se lhes afigurem contrários à legalidade europeia, ou seja, às obrigações decorrentes dos Tratados. Recorde-se, a este propósito, as queixas apresentadas por professores e sindicatos destes profissionais contra o Estado português por alegada violação da Diretiva (CE) n.º 1999/70, do Conselho, de 28 de junho, devido às sucessivas contratações a termo (alguns há mais de 10 anos) de pessoal docente, o qual têm permanecido numa situação de precariedade profissional quando está em causa a satisfação de necessidades permanentes de escolas públicas no preenchimento dos respetivos quadros¹⁵⁵⁹.

Não obstante, a importância do papel desempenhado pelos autores das queixas (sobretudo pelos particulares) na deteção de infrações ao direito da UE foi expressa e formalmente reconhecida pela Comissão, numa comunicação¹⁵⁶⁰ alusiva às suas relações com aqueles. Seguindo as observações formuladas sobre o assunto pelo Provedor de Justiça Europeu, tal documento refere as várias etapas administrativas percorridas pela Comissão quando analisa uma queixa¹⁵⁶¹ e prevê que os respetivos autores sejam informados dos resultados dessa análise. Nele

¹⁵⁵⁹ Tais queixas encontraram acolhimento na Comissão, tendo esta despoletado a fase administrativa da ação por incumprimento.

¹⁵⁶⁰ Ver COM (2002) 141.

¹⁵⁶¹ São elas: "*o registo das denúncias*"; "*aviso de receção*"; "*prazo de instrução das denúncias*"; "*resultado da instrução das denúncias*"; "*arquivamento*"; "*processo simplificado de arquivamento*"; "*publicidade das decisões em matéria de infração*"; "*acesso aos documentos em matéria de infração*"; e "*recurso ao Provedor de Justiça Europeu*".

também se refere que a apresentação de queixas - ou denúncias, se empregarmos a semântica do texto - (i) não implica quaisquer despesas (ii) nem está condicionada pela demonstração, pelo respetivo autor, de interesse em agir ou sequer que ele é direta e individualmente interessado na perseguição da infração que denuncia, o que não deixa de se traduzir num incentivo a tal apresentação. Esta contingência, porém, também contribui para coartar ao particular queixoso legitimidade processual para impugnar, pela via do recurso de anulação nos termos do quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE¹⁵⁶², as decisões da Comissão, aspeto onde se vislumbra algum abrandamento da tutela jurisdicional efetiva.

Existindo um formulário próprio¹⁵⁶³ com o qual se visa auxiliar o denunciante na elaboração da queixa, a utilização desse modelo não se afigura obrigatória¹⁵⁶⁴, sendo frequentes as denúncias apresentadas através de simples carta. Inexistem, portanto, especiais formalidades a respeitar na dedução deste tipo de denúncias, as quais inclusivamente podem ser remetidas via *email* ou ser entregues nos gabinetes de representação da Comissão existentes nos Estados membros, o que amplia as possibilidades de as mesmas serem apresentadas.

Afigura-se imprescindível que a formulação da queixa ocorra por escrito¹⁵⁶⁵. Nela, o queixoso deve-se identificar¹⁵⁶⁶, bem como expor de forma devidamente circunstanciada no tempo, modo e lugar, os factos que traduzem o comportamento do Estado membro incompatível com as obrigações decorrentes do direito da UE; pode o queixoso indicar também os prejuízos que considera ter sofrido¹⁵⁶⁷, bem como fornecer meios de prova¹⁵⁶⁸ e ainda tecer considerações jurídicas.

¹⁵⁶² Como pertinentemente observa Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 510.

¹⁵⁶³ Revelado na Comunicação da Comissão 1999/C 119/03, de 30 de abril de 1999, p. 5, também se encontra disponível no sítio da internet http://ec.europa.eu/eu_law/your_rights/your_rights_forms_pt.htm.

¹⁵⁶⁴ É particularmente interessante a parte anterior deste documento já que aí, sob a designação "*nota explicativa que deve figurar no verso do formulário de denúncia*", são fornecidas ao queixoso algumas informações pertinentes sobre a ação por incumprimento, como seja uma noção de incumprimento, a desnecessidade de demonstração do interesse em agir pelo mesmo, as garantias administrativas de que o mesmo beneficia, etc.

¹⁵⁶⁵ Encontramos tal exigência na COM (2002) 141, p. 4. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 523.

¹⁵⁶⁶ Apesar de lhe assistir o direito de solicitar à Comissão que na subsequente condução do processo omita qualquer referência à sua identidade por temer represálias da parte do Estado membro denunciado. Daí que no formulário de apresentação da queixa conste um ponto específico, o 15, relativo à confidencialidade da identidade do autor da mesma, no qual o queixoso pode manifestar que pretende beneficiar daquele privilégio. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 523; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 245.

¹⁵⁶⁷ Com efeito, a ação por incumprimento não se afigura uma ação de indemnização fundada na responsabilidade civil. A mesma cuida de proteger o interesse (público) geral da UE e não os interesses (privados) de eventuais lesados, pelo que a indicação dos prejuízos sofridos não se afigura imprescindível, uma vez que não é através da ação por incumprimento que se logrará alcançar o seu ressarcimento. Contra, João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 523, que exige que o queixoso refira os prejuízos de que se considera vítima.

¹⁵⁶⁸ A indicação de provas não se apresenta obrigatória, até porque o queixoso pode desconhecê-las; porém, sabendo da sua existência é de todo conveniente que os indique uma vez que esse fornecimento favorece e acelera o trabalho da Comissão, além do que propicia a possibilidade de esta se interessar pelo caso e pretender tratar do mesmo.

Não deverá ser dado seguimento, salvo no que tange ao respetivo registo (seguido de remessa de aviso de receção ao remetente) e imediato arquivamento (ainda que acompanhado de fundamentação sumária ou das explicações necessárias), a denúncias anónimas (aqui logicamente sem expedição de aviso de receção), nem a queixas que não identifiquem o Estado membro infrator, não incidam sobre aspetos com relevância europeia, ou que constituam repetição de questões sobre as quais a Comissão já se tenha pronunciado clara, constante e publicamente¹⁵⁶⁹.

Não obstante, ainda que mal formulada, a Comissão pode considerar uma pretensa queixa como simples notícia de infração, podendo interessar-se sobre o caso. Neste caso não deverá o "queixoso" beneficiar dos direitos que uma correta formulação da queixa lhe asseguraria.

Poderá o particular, por lapso, imputar a um Estado membro infrações às normas europeias relativas à proteção da concorrência (v. g. artigos 101.º e 102.º do TFUE, bem como dos atos de direito derivado que executam estas disposições ou nelas encontram base jurídica) da autoria de empresas. Neste caso, deverá a Comissão tratá-la no âmbito de um procedimento por violação deste tipo de legalidade a instaurar contra as empresas identificadas, e não no quadro da ação por incumprimento, exceto "*na medida em que a denúncia revele uma participação dos poderes públicos ou a sua passividade em relação a tais comportamentos*"¹⁵⁷⁰.

Considerando a natureza discricionária dos poderes conferidos à Comissão¹⁵⁷¹, as queixas devem findar com uma solicitação dirigida a esta no sentido de ela intervir de forma a repor o respeito das obrigações que decorrem dos Tratados e demais legalidade europeia para os Estados membros denunciados; devido à natureza dos poderes que o TFUE prevê para o efeito inexistente, contudo, qualquer garantia de que a Comissão iniciará o processo por incumprimento¹⁵⁷² ou que finda a fase administrativa irá levar o assunto à apreciação do TJ.

Além das garantias referidas nas quatro alíneas do último parágrafo da "*nota explicativa que deve figurar no verso do formulário de denúncia*", destacam-se os seguintes direitos do queixoso: (i) ser informado da receção e registo da queixa que apresentou, bem como da decisão de iniciar o processo por infração, do andamento e do estado do processo, nomeadamente, das

¹⁵⁶⁹ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit. p. 509; COM (2002) 141, pp. 4 e 5.

¹⁵⁷⁰ Cfr. COM (2002) 141, p. 5.

¹⁵⁷¹ Bem sintomática se afigura a informação constante do já mencionado documento COM(2007) 502, no qual se refere que aproximadamente de 70% das queixas acabam por ser arquivadas antes do envio da carta de notificação, cerca de 85% têm o mesmo destino antes da emissão de um parecer fundamentado, e sensivelmente 93% são arquivadas antes do acórdão do TJ.

¹⁵⁷² Como se refere na p. 4 da COM (2002) 141, a instrução da denúncia *pode* levar a Comissão a dar início ao processo de infração; na mesma página também se diz que a Comissão apreciará discricionariamente se deve ser dado ou não seguimento à queixa.

diligências feitas pela Comissão junto das autoridades nacionais¹⁵⁷³; (ii) colaborar com esta ao longo da fase administrativa, fornecendo esclarecimentos e meios de prova, podendo tomar posição sobre as observações oferecidas pelo Estado membro denunciado; (iii) ser informado da notificação a este do parecer fundamentado e da instauração da ação por incumprimento no TJ; (iv) ter acesso ao projeto e à fundamentação da decisão de arquivar o processo e de não avançar com o assunto para tribunal¹⁵⁷⁴. Igualmente, estabeleceu-se o prazo de um ano, contado desde o registo da queixa, para a tomada da decisão de arquivamento ou de notificação para cumprimento¹⁵⁷⁵.

Não será despidendo recordar, como a Comissão fez questão de salientar, que o expediente relativo à queixa e todo o conjunto de medidas administrativas que o circundam, não alteram o caráter bilateral da ação por incumprimento de finalidade eminentemente declarativa de simples apreciação¹⁵⁷⁶. Porém, o leque de garantias graciosas que são atribuídas ao queixoso acabam por contribuir para que ao mesmo seja atribuída alguma *proteção jurídica efetiva*, a qual acaba por atenuar o défice de tutela jurisdicional efetiva das pretensões subjetivas dos particulares que caracteriza este instrumento processual.

4.2. A compatibilidade do direito de queixa com a tutela jurisdicional efetiva

Sem embargo da relevância do expediente relativo à queixa, deve salientar-se novamente que o mesmo situa-se à margem dos cânones da tutela jurisdicional efetiva¹⁵⁷⁷. Com efeito, o TJ (e muito menos os órgãos jurisdicionais nacionais) não tem qualquer participação nesta matéria, a qual conexas-se unicamente com a fase administrativa da ação por incumprimento.

De igual forma, precedida ou não de queixa, o particular não pode exigir da Comissão a adoção de determinada decisão, designadamente, a de instaurar o processo de infração, nem impugnar contenciosamente as posições que a referida instituição tenha assumido ao longo do mesmo, nomeadamente a de arquivamento do assunto, porventura não precedida sequer de carta

¹⁵⁷³ Num outro documento, posterior à COM (2002) 141, a Comissão comprometeu-se em fornecer informações sumárias aos queixosos sobre as principais medidas adotadas em relação às suas queixas. Cfr. COM (2007) 502, p. 10.

¹⁵⁷⁴ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 523; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, *cit.*, p. 246; COM (2002) 141, pp. 6 a 8.

¹⁵⁷⁵ Cfr. COM (2002) 141, p. 7.

¹⁵⁷⁶ Cfr. COM (2002) 141, p. 2.

¹⁵⁷⁷ Aliás, esta ideia já foi transparecida quando, logo no início da nossa tese, delimitámos pela negativa o conceito de tutela jurisdicional efetiva, dele retirando os instrumentos de controlo político ou graciosos existentes na esfera da UE. *Vide supra* Capítulo I da Parte I.

de notificação de incumprimento e, *a fortiori*, de parecer fundamentado¹⁵⁷⁸. Na síntese de João MOTA DE CAMPOS, "...nenhuma via contenciosa é facultada ao queixoso para atacar a Comissão no caso de esta se abster de agir desencadeando a fase pré-contenciosa ou, no caso de a ter desencadeado, instaurando a ação judicial contra o Estado arguido"¹⁵⁷⁹.

Por uma exigência de tutela jurisdicional efetiva a questão que se pode colocar prende-se com saber se o TJ poderá sindicá-lo, por exemplo no âmbito das ações por omissão ou de indemnização propostas contra a UE, as não atuações da Comissão no sentido de iniciar um processo por incumprimento ou a subsequente fase contenciosa com a colocação do assunto à apreciação do TJ, face às queixas apresentadas pelos particulares (ou mais amplamente, por qualquer titular do direito de denúncia).

A resposta à partida negativa parece-nos adequada se recordarmos os poderes verdadeiramente discricionários que nesta sede são atribuídos à Comissão.

Tal solução, como posição de princípio, não nos merece grande reparo ou censura, uma vez que com as ações por incumprimento pretende-se salvaguardar o *interesse geral da UE sobre os interesses e as especificidades dos Estados membros*¹⁵⁸⁰. Aliás, quando encontramos Estados membros na posição de queixosos, acresce que eles próprios podem demandar os seus homólogos no âmbito dos dois tipos da ação por incumprimento.

Igualmente, não se trata aqui de proteger outro tipo de interesses, privados ou públicos, nomeadamente, dos queixosos¹⁵⁸¹. Para estes existem instrumentos processuais inseridos na esfera competencial dos órgãos jurisdicionais nacionais, concretamente ações de indemnização contra os Estados membros por violação do direito da UE¹⁵⁸², através dos quais se alcança a tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses dos lesados pelos incumprimentos dos Estados membros das obrigações decorrentes do ordenamento da União.

¹⁵⁷⁸ Desde o citado acórdão LÜTTICKE II que o TJ referiu que o particular não poderá reagir através de recurso de anulação contra as decisões da Comissão no sentido de não instaurar ações por incumprimento, nem através de ação por omissão com vista a impugnar as inércias da referida instituição perante solicitações de atuação no mesmo sentido. No também já mencionado acórdão STAR FRUIT vs. COMISSÃO, n.º 11, o TJ enfatizou que resulta da economia do artigo 258.º do TFUE que "*a Comissão não é obrigada a instaurar o processo nele previsto, dispondo, pelo contrário, de um poder discricionário de apreciação que exclui o direito de os particulares exigirem dela uma tomada de posição em determinado sentido*", assim refutando o cenário de instauração de ações por omissão contra as situações de não atuação daquela.

¹⁵⁷⁹ Cfr. *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 523 e 524. Do mesmo autor, em coautoria com João Luiz MOTA DE CAMPOS, *vide Contencioso...*, *cit.*, p. 246. Ver também Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 509; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, *cit.*, p. 487.

¹⁵⁸⁰ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 505.

¹⁵⁸¹ Na *nota explicativa que deve figurar no verso do formulário de denúncia* afigura-se eloquente o sexto parágrafo que se transcreve: "*Além disso, o acórdão pronunciado pelo Tribunal não produz efeito quanto aos direitos do denunciante, pois não tem como consequência regular uma situação individual, apenas impondo ao Estado-membro que se ponha em conformidade com o direito comunitário. Em particular, para qualquer pedido de indemnização individual o denunciante deverá dirigir-se às jurisdições nacionais*".

¹⁵⁸² Sobre estas *vide infra* Capítulo II da Parte IV.

Porém, já tivemos ocasião de referir que os poderes discricionários da Comissão não devem ser entendidos como absolutamente livres, sendo antes limitados por alguns princípios gerais, entre os quais o da transparência e o da legalidade. Daí que, pelo menos quando tais princípios fossem manifestamente menosprezados as decisões da Comissão deveriam ser jurisdicionalmente sindicáveis. Enquanto tal possibilidade não for consagrada existe apenas a possibilidade de o autor da queixa recorrer ao Provedor de Justiça Europeu, se considerar que a Comissão, no tratamento daquela, incorreu em comportamentos de má administração¹⁵⁸³. Esta possibilidade permite, é certo, que se leve a cabo algum controlo sobre a atuação da Comissão, muito embora o mesmo se centre no quadro de meios gratuitos e não jurisdicionais; nessa medida, não contribui para atenuar o défice de proteção do direito da UE decorrente da inexistência de uma fiscalização externa à administração pública europeia que se justificará em algumas situações. A introdução da eventualidade de existir controlo judicial sobre algumas decisões da Comissão será um contributo decisivo para reforçar os direitos procedimentais dos particulares queixosos, logo da tutela jurisdicional efetiva, bem como para limitar a discricionariedade da atuação da Comissão.

5. A ausência de ações por incumprimento no contencioso do antigo terceiro pilar: distorção temporária à tutela jurisdicional efetiva

A segunda parte do n.º 7 do ex-artigo 35.º do TUE, de acordo com a redação que o mesmo apresentou desde a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão até ao início da vigência do Tratado de Lisboa, não conferia legitimidade processual ativa à Comissão para, no âmbito das matérias que durante aquele período delimitaram o antigo terceiro pilar da União (a CPJMP), submeter ao TJ litígios decorrentes da interpretação ou da aplicação das posições comuns, das decisões-quadro e das decisões adotadas pelo Conselho¹⁵⁸⁴. Daqui decorria que o mecanismo de resolução de litígios previsto na referida norma¹⁵⁸⁵ não podia funcionar como instrumento sancionatório fundado em incumprimentos dos Estados membros das obrigações decorrentes do então terceiro pilar e dos atos normativos adotados em sua execução, *maxime* do desrespeito da obrigação de transposição das decisões-quadro. Desta forma, o mecanismo previsto no n.º 7 do

¹⁵⁸³ Cfr. COM (2002) 141, p. 8.

¹⁵⁸⁴ A segunda parte do n.º 7 do ex-artigo 35.º não se preocupava com a eventual violação do TUE nem com o incumprimento das obrigações cujo respeito incumbe aos Estados por força dele, mas apenas com as eventuais violações de convenções internacionais celebradas pelos Estados membros. Tais convenções, embora elaboradas e recomendadas pelo Conselho, foram adotadas por estes e não pela UE.

¹⁵⁸⁵ Sobre ele *vide* a nossa dissertação de mestrado, *O princípio da flexibilidade...*, *cit.*, pp. 295 e 296.

ex-artigo 35.º do TUE não encontrava paralelo com a ação de incumprimento prevista no ex-artigo 226.º do TCE¹⁵⁸⁶. Ora, o artigo 10.º do Protocolo n.º 36 relativo às disposições transitórias, anexo ao TUE, ao TFUE e ao TCEEA, refere que, no quadro daquelas matérias e no que tange aos atos da União adotados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Comissão permanecerá, transitoriamente pelo período de cinco anos, desprovida das competências que lhe são conferidas pelo artigo 258.º do TFUE¹⁵⁸⁷.

A falta de consagração da ação por incumprimento nos domínios do ex-Título VI do TUE coarta do âmbito de atribuições da União um importante instrumento processual garantidor da não insequente violação de tais disposições do TUE, bem como do direito derivado adotado em sua execução. Tal subtração constitui, sem dúvida, um fator que contribui para a vulnerável coercibilidade, típica do direito internacional e enfraquecedora da tutela jurisdicional efetiva, de uma importante parcela do direito (tanto primário, como secundário) da União¹⁵⁸⁸.

O facto, porém, de o Tratado de Lisboa ter mantido o regime atrás referido a título transitório, sujeito a um lapso temporal que termina no dia 1 de Dezembro de 2014, não deixará de representar um incremento, ainda que a termo suspensivo, da tutela jurisdicional efetiva¹⁵⁸⁹. Se até lá os incumprimentos, por mais flagrantes que sejam, ficam imunes de um controlo jurisdicional, a partir daquela data passará a ser possível recorrer a processos de infração para assegurar o cumprimento por parte dos Estados membros do acervo normativo adotado no âmbito do antigo terceiro pilar, especialmente das decisões-quadro.

¹⁵⁸⁶ Num pilar que obedecia a uma lógica diversa da que enformava o pilar comunitário ou primeiro pilar, esta terá sido "*a acção de incumprimento possível*", a qual se afigura mais como um mecanismo internacional de solução pacífica de conflitos. Cfr. Nuno PIÇARRA *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, cit., p. 116.

¹⁵⁸⁷ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 88.

¹⁵⁸⁸ Cfr. Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro pilar da União Europeia: a cooperação policial e judiciária em matéria penal*, in Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Coimbra, 2001, p. 905. Por outro lado, tal ausência é suscetível de determinar a inexistência de um nível de proteção equivalente entre o sistema de salvaguarda de direitos fundamentais previsto na CEDH e o modelo existente na UE, o que pode legitimar a intervenção do TEDH sobre a atuação não da UE, mas dos Estados membros quando executem direito da UE no sentido de sindicar a compatibilidade dessa atuação com os direitos previstos na Convenção.

¹⁵⁸⁹ Mesmo antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, um setor da doutrina já reclamava a criação, em sede de CPJMP, de um mecanismo paralelo ao da ação por incumprimento, uma vez que só dessa forma seria possível fiscalizar e chamar os Estados membros às suas responsabilidades pelo incumprimento das obrigações impostas pelo terceiro pilar, *maxime* da obrigação de transposição, correta e atempada, das decisões-quadro. Era o caso de Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro...*, cit., p. 905.

Capítulo II

A tutela jurisdicional efetiva no contencioso de tutela da legalidade europeia, em especial no recurso de anulação

1. Razão de ordem

Outra das principais competências dos órgãos em que se desdobra o TJUE, igualmente inserida no tradicional contencioso da União ou contencioso da UE em sentido estrito, tem em vista o controlo jurisdicional do respeito da *legalidade* estabelecida pela ordem jurídica europeia por parte das respetivas instituições, bem como dos seus órgãos e organismos; não se trata, portanto, de sindicar a *oportunidade* ou o *mérito* dos atos. Dessa legalidade, entendida enquanto parâmetro de controlo, fazem parte os Tratados, os princípios gerais de direito da UE e o direito derivado, e a ela subjaz a ideia de respeito pela *hierarquia normativa*¹⁵⁹⁰ organizada de forma decrescente entre (i) Tratados e princípios gerais de direito da UE (direito primário), (ii) direito derivado de natureza legislativa, (iii) direito derivado de natureza regulamentar, e (iv) atos de execução (estas três categorias inseridas no direito derivado, secundário e terciário).

Essa fiscalização é levada a cabo através de um sistema que encerra um conjunto de três vias processuais¹⁵⁹¹, onde se insere (i) o *recurso de anulação*, (ii) a *ação por omissão*¹⁵⁹² e (iii) a

¹⁵⁹⁰ Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, pp. 931 e 932; Margarida TELLES ROMÃO, *op. cit.*, p. 81.

¹⁵⁹¹ Cujo conjunto é apelidado, por Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 505, de "*processo de defesa das prerrogativas institucionais*". Cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, *cit.*, p. 158; Albertina ALBORS-LLORENS, *Remedies against the EU Institutions after Lisbon: An Era of Opportunity*, in *The Cambridge Law Journal*, 2012 (Vol. 71; n.º 3), p. 509.

¹⁵⁹² Os *nomen iuris* usados principalmente no âmbito desta figura, mas também o que é empregue para o recurso de anulação, não se apresentam unívocos. Relativamente à ação por omissão há autores que se lhe referem da forma que preconizamos (FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, *cit.*, pp. 157 e ss; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 561 e ss); outros preferem o termo "recurso por omissão" (João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 652 e ss; Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, *cit.*, pp. 60 e ss); outros adotam a expressão "*ação de cumprimento*" (A. BARBOSA DE MELO, *op. cit.*, pp. 83 e 84; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, p. 471); e outros propalam a designação "*processo por omissão*" (Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, *cit.*, p. 75). No que tange ao recurso de anulação, Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 520 e ss, também prefere a expressão "ação de anulação" em vez da tradicional "recurso de anulação". Sem prejuízo da pertinente observação tecida por aqueles, como Marcelo REBELO DE SOUSA (*Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, 1999, pp. 475 e ss), que consideram ultrapassada a outrora clássica distinção entre ação e recurso, como o comprova a reforma da justiça administrativa

exceção de ilegalidade. Tendo em conta a natureza legislativa das normas sobre as quais pode incidir¹⁵⁹³, tal controlo assemelha-se, em certa medida, ao que é efetuado pelos Tribunais Constitucionais¹⁵⁹⁴ de alguns Estados membros quando fiscalizam sucessivamente¹⁵⁹⁵, de forma abstrata¹⁵⁹⁶ e concreta, a constitucionalidade de disposições das respetivas ordens jurídicas internas¹⁵⁹⁷; trata-se ainda de um controlo *concentrado* que se insere nas competências das jurisdições do TG e do TJ, nele não participando os órgãos jurisdicionais nacionais.

Este esquema tríplice permite aos interessados despoletar reações contra condutas das instituições, órgãos ou organismos da União alegadamente violadoras da legalidade europeia, tanto por via *principal* e de *ação* (conforme sucede no recurso de anulação e na ação por omissão)¹⁵⁹⁸, como por via *incidental* e de *exceção* (onde se enquadra, permita-se-nos a redundância, a exceção de ilegalidade). Por outro lado, se através do recurso de anulação e da exceção de ilegalidade impugnam-se atos, traduzidos portanto em ações ou comportamentos positivos, supostamente inválidos; na ação por omissão está em causa um ataque a inércias, isto é, comportamentos negativos, expressos ou tácitos, que não deveriam ter tido lugar, ou seja,

ocorrida em Portugal entre 2002 e 2004, e da sábia constatação, feita por Maria Luísa DUARTE (*Contencioso...*, cit., p. 62), segundo a qual a redação oficial portuguesa do TCE apontava, no artigo 232.º, para uma equivalência semântica entre ação e recurso, justificaremos brevemente a terminologia que seguimos.

Numa ótica jurídico-processual, a utilização do termo "recurso" parece afigurar-se imprópria tanto na via anulatória como no controlo das omissões, já que uma rigorosa terminologia imporá que ambos sejam designados de *ações*. Com efeito, as ações judiciais é que se consubstanciam em pedidos de uma primeira definição jurisdicional do direito aplicável a um determinado caso concreto; já os recursos pressupõem essa primeira definição efetuada no âmbito das ações e traduzem-se em pedidos de reapreciação jurisdicional, por um tribunal hierarquicamente superior (o denominado tribunal *ad quem*), das decisões tomadas (no âmbito da ação ou de um anterior recurso) por um tribunal inferior (o chamado tribunal *a quo*).

Não obstante, num prisma de contencioso administrativo inspirado no direito francês, e talvez deva ser este o seguido dada a sua forte influência no contencioso da UE, vislumbra-se que a "inadequação" do termo "recurso" é apanágio do mecanismo de controlo das omissões, aceitando-se tal expressão para a via anulatória. Com efeito, naquela disciplina, entende-se por ações os pedidos de uma primeira definição do direito aplicável a um caso concreto, ao passo que os recursos contenciosos ou jurisdicionais (que se contrapõem aos recursos gratuitos ou administrativos) trata-se de uma garantia jurisdicional de tipo impugnatório na qual está em causa a anulação de um ato administrativo, ou seja, no fundo trata-se de um pedido de reapreciação jurisdicional de uma prévia decisão administrativa. Assim sendo, dada a proximidade do direito da UE face ao direito administrativo francês, nomeadamente, em matéria de contencioso, pugnamos pela manutenção da terminologia escolhida para o recurso de anulação, bem como pela substituição da terminologia frequentemente utilizada para o recurso por omissão pela expressão "ação por omissão". Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 936.

¹⁵⁹³ Ainda que não exclusivamente, saliente-se. Com efeito, os atos adotados ao abrigo da função normativa secundária, isto é, regulamentar, constituem, igualmente, objeto destes instrumentos.

¹⁵⁹⁴ Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 930; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 439.

¹⁵⁹⁵ Do leque de Estados membros exclui-se o Reino Unido, onde os juízes não dispõem da possibilidade de deixar de aplicar a lei para dar prevalência à Constituição. Em França, até à revisão constitucional de 2008, a fiscalização da constitucionalidade das leis encontrava-se reservada ao Conselho Constitucional e afigurava-se apenas preventiva por prevalecer o entendimento segundo o qual a lei, enquanto expressão da soberania parlamentar, deveria ser aplicada pelos juízes, os quais não podiam recusar tal aplicação mesmo que constatassem que ela violava a Constituição.

¹⁵⁹⁶ Aqui, há que salientar que, frequentemente, os recursos de anulação assumem contornos de conflitos entre as várias instituições ou órgãos.

¹⁵⁹⁷ Cfr. Alejandro SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, p. 118.

¹⁵⁹⁸ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 520.

situações em que os referidos entes se abstêm do exercício de competências que os Tratados lhes impõem e, dessa forma, não exercem determinados deveres de agir nos quais estão investidos.

Neste sistema de controlo da atividade e da inatividade decisória das instituições da União avulta a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia; no entanto, ele também cumpre uma função subjetiva de proteção dos direitos e interesses sobretudo quando despoletado pelos particulares.

2. A tutela jurisdicional efetiva e o recurso de anulação

Previsto nos artigos 263.º, 264.º e 266.º do TFUE (ex-artigos 230.º, 231.º e 233.º do TCE e ex-ex-artigos 173.º, 174.º e 176.º do TCEE), o recurso de anulação¹⁵⁹⁹ é uma das supra referidas vias processuais, a qual permite aos interessados a dedução de oposição contra um ato (legislativo, regulamentar ou administrativo) alegadamente ilegal da autoria das instituições, órgãos ou organismos da União.

Neste instrumento processual, inspirado na impugnação contenciosa de natureza objetivista do sistema administrativo francês designada *recours par excès de pouvoir*, uma questão delicada e das mais pertinentes que se levanta, tendo em conta o objeto da nossa tese, é (i) a relativa ao âmbito e aos limites da legitimidade dos particulares em sede de recurso de anulação contra atos normativos e administrativos adotados pelas instituições ou pelos órgãos ou organismos europeus. Neste problema, a tutela jurisdicional efetiva gira naturalmente em torno da proteção das pretensões de natureza subjetiva dos particulares. Não obstante, a temática da efetividade da tutela jurisdicional encontra-se igualmente subjacente a outros aspetos do regime jurídico do mecanismo, exigindo que tenhamos algumas considerações relativas (ii) aos atos passíveis de recurso. Com efeito, a tutela jurisdicional efetiva também visa salvaguardar a objetiva legalidade europeia, aspeto que sobressai no aspeto do objeto de controlo da via anulatória. Enfim, (iii) as exigências de prazo a que está sujeita a possibilidade de se impugnar um ato através do recurso de anulação também suscita questões intimamente ligadas com a tutela jurisdicional efetiva.

¹⁵⁹⁹ Sobre recurso de anulação vide Paul NIHOUL, *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale*, in *RTDE* 1994 (n.º 2), pp. 171 e ss; Georges VANDERSANDEN, *Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées*, in *CDE*, 1995 (n.ºs 5 e 6), pp. 535 e ss; Marguerite CANEDO, *L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire*, in *RTDE*, 2000 (n.º 3), pp. 450 e ss; Anthony ARNULL, *Private Applicants and the Action for Annulment since Codorniu*, in *CMLR*, 2001, (Vol. 38; n.º 1) pp. 7 e ss; Francisco PAES MARQUES, *O acesso dos particulares ao recurso de anulação após o Tratado de Lisboa: remendos a um fato fora de moda*, in *Cadernos O Direito*, n.º 5, 2010, pp. 89 e ss.

Nesta sede, aderimos à síntese do nosso Mestre quando, a propósito da ligação entre o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o recurso de anulação, refere que este mecanismo "...serve uma importante função de defesa dos direitos e interesses dos particulares. A acção de anulação tem um fundamento objetivo, de defesa da legalidade, e subjectivo, de defesa de posições jurídicas individuais. As acções interpostas pelos Estados-membros e instituições e órgãos da UE podem proteger posições subjetivas. As acções interpostas por particulares podem servir o interesse objectivo"¹⁶⁰⁰.

Visando permitir um controlo jurisdicional da legalidade da atuação das instituições, dos órgãos e organismos da União, sobretudo no exercício da competência normativa (tanto legislativa como regulamentar¹⁶⁰¹) mas também administrativa¹⁶⁰², com vista a expurgar da ordem jurídica europeia e dos ordenamentos nacionais atos jurídicos, oriundos daqueles entes, que se encontrem viciados¹⁶⁰³ e por isso feridos de invalidade¹⁶⁰⁴, aqueles três aspetos relacionam-se com as tradicionais condições de admissibilidade do recurso de anulação - atos passíveis de recurso, legitimidade dos recorrentes e exigência de prazo¹⁶⁰⁵ - e suscitam questões relacionadas com a tutela jurisdicional efetiva.

Neste instituto, diferentemente do que sucede com a ação por incumprimento, vigora a ideia de jurisdição limitada (e não plena), o que é visível nos poderes de cognição dos tribunais (sobretudo TJ e TG) e nos efeitos que os eventuais acórdãos anulatórios produzem.

2.1. A tutela jurisdicional efetiva latente nos sucessivos alargamentos da tipologia de atos passíveis de constituir objeto de controlo do recurso de anulação

A primeira condição de admissibilidade do recurso de anulação prende-se com os atos que podem ser fiscalizados, na medida em que se exige que o ato recorrido seja suscetível de impugnação jurisdicional perante os órgãos em que o TJUE se desdobra. Convirá, por isso, falar da natureza do ato litigioso já que nem todos os atos oriundos das autoridades europeias são

¹⁶⁰⁰ Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 521.

¹⁶⁰¹ A articulação entre estas duas funções normativas assenta no princípio da legalidade da administração, com as suas decorrências de precedência e prevalência dos atos legislativos sobre os atos regulamentares. Assim Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 143; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 520; Margarida TELLES ROMÃO, *op. cit.*, pp. 21 e 22. Sobre tais princípios enquanto decorrências do, mais vasto, princípio do Estado de direito ver J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 256.

¹⁶⁰² Passível de recurso tanto é o ato geral e abstrato, como o ato individual e concreto.

¹⁶⁰³ Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 520, destaca a dupla natureza, uma de cariz constitucional e outra de matriz administrativa, do instituto, na medida em que com o mesmo é efetuado um controlo da juridicidade dos atos da UE que tanto se aproxima do das jurisdições constitucionais, invocando o "*princípio da constitucionalidade dos atos da UE*", como do das jurisdições administrativas.

¹⁶⁰⁴ Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 930.

¹⁶⁰⁵ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 580.

idóneos a constituir objeto do referido recurso. Alguns autores¹⁶⁰⁶ inclusive enfatizam uma *presunção iuris tantum de legalidade dos atos da União*, firmada na jurisprudência dos referidos órgãos jurisdicionais¹⁶⁰⁷, cuja elisão apenas pode ocorrer por decisão deles.

Somente os *atos da UE* são passíveis de impugnação através do recurso de anulação. Assim, os atos nacionais, ou seja, emanados das autoridades dos Estados membros, ainda que em execução do direito da União, encontram-se excluídos do âmbito deste meio contencioso¹⁶⁰⁸. Nomeadamente, não constitui objeto do referido recurso um ato de transposição de uma diretiva para a ordem interna nem um parecer negativo (neste caso, com a agravante de não ser vinculativo) de uma autoridade administrativa estadual no contexto de um processo decisório com vista à atribuição de fundos europeus¹⁶⁰⁹.

Ainda assim, o primeiro parágrafo do artigo 263.º do TFUE distingue entre três categorias de atos da União, a saber: (i) atos legislativos; (ii) atos do Conselho, da Comissão e do BCE, que não sejam recomendações ou pareceres¹⁶¹⁰; e (iii) atos do PE, do Conselho Europeu e dos órgãos ou organismos da UE destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros¹⁶¹¹. Reformulando o parágrafo inicial do ex-artigo 230.º do TCEE, que por sua vez correspondia ao primeiro parágrafo do primitivo artigo 173.º do TCEE, a nova redação da disposição *sub judice* foi trazida a lume pelo Tratado de Lisboa e prossegue uma tarefa iniciada pelo Tratado de Maastricht de alargamento dos atos passíveis de recurso de anulação, aspeto onde se vislumbra uma *ratio legis* de tutela jurisdicional efetiva sobretudo da objetiva legalidade europeia. Nesta medida, é pertinente a observação formulada por Jónatas MACHADO quando afirma que a

¹⁶⁰⁶ É o caso de FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário, cit.*, p. 109; *Contencioso da União, cit.*, p. 141; Suzana TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, p. 30; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, pp. 439 e 460.

¹⁶⁰⁷ Cfr. acórdão CONSORZIO COOPERATIVE D'ABRUZZO vs. COMISSÃO, de 26 de fevereiro de 1987, proc. 15/85, Col. 1987, pp. 1032 e ss, n.º 10, onde se estabeleceu que "...há que salientar que, tal como nos direitos nacionais dos vários Estados-membros, um acto administrativo, ainda que irregular, goza, em direito comunitário, de uma presunção de validade, até que seja anulado ou validamente revogado pela instituição de que emana"; no mesmo sentido, acórdão do TPI, caso HOECHT vs. COMISSÃO, de 30 de setembro de 2009, proc. T-161/05, Col. 2009, pp. 3555 e ss, n.º 143.

¹⁶⁰⁸ Assim foi esclarecido no acórdão SOCIÉTÉ DES USINES DE BEAUFORT, de 18 de janeiro de 1979, procs. apensos 103 a 109/78, Col. 1979, pp. 12 e ss, n.ºs 21 a 23. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito de União..., cit.*, p. 542; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 441.

¹⁶⁰⁹ Cfr. acórdão OLEIFICIO BORELLI vs. COMISSÃO, já citado, n.ºs 9 e 10, neste último, ao esclarecer-se que a impossibilidade de o recurso de anulação ter por objeto atos nacionais "*não pode ser contrariada pelo facto de o acto em causa se integrar num processo de decisão comunitário, visto que resulta claramente da repartição de competências estabelecida no domínio considerado entre as autoridades nacionais e as instituições comunitárias, que um acto praticado pela autoridade nacional vincula a instância comunitária que tem o poder de decisão e determina, por consequência, os termos da decisão comunitária a tomar*".

¹⁶¹⁰ Pela positiva, que sejam juridicamente vinculativos.

¹⁶¹¹ Com o Tratado de Lisboa passou a ser visível no TFUE uma dualidade de critérios para identificar os atos passíveis de recurso de anulação. Os atos legislativos e os atos regulamentares são identificados pela função (normativa, respetivamente, primária e secundária) que se encontra inerente à sua produção e pela própria natureza dos mesmos; os restantes atos são identificados por referência às instituições, órgãos ou organismos autores dos mesmos e à sua eficácia jurídica externa. Quanto a estes, igualmente com o Tratado de Lisboa abandonou-se a técnica da enumeração exaustiva das entidades autoras dos mesmos, alteração que melhor se compagina com o princípio da União de direito tal como enunciado no célebre acórdão OS VERDES vs. PE.

referida norma "veio colocar sob a apreciação do TJUE um leque mais extenso de actos do tradicional terceiro pilar, sem fazer depender essa competência da aceitação prévia dos Estados membros"¹⁶¹².

2.1.1. Atos passíveis de recurso no quadro do Tratado da Comunidade Económica Europeia

O recurso de anulação começou por estar previsto no artigo 173.º do TCEE, o qual iniciava a redação com a identificação dos atos suscetíveis de constituir objeto da aludida via contenciosa. Numa altura ainda longínqua do surgimento da UE, o quadro positivo era marcado por uma escassa amplitude do recurso de anulação, lapidarmente traduzida na frase de abertura daquele normativo: "*O Tribunal de Justiça fiscaliza a legalidade dos atos do Conselho e da Comissão que não sejam recomendações ou pareceres*". Assim, o objeto do aludido recurso começava por ser definido positivamente com base no critério da autoria do ato, culminando numa delimitação pela negativa ao excluir-se dele os atos juridicamente não vinculativos. Tal permitia concluir que o objeto desta via contenciosa era composto por atos *comunitários* da autoria daquelas duas instituições, desde que fossem definitivos, revestissem carácter decisório e se destinassem a produzir de efeitos jurídicos obrigatórios¹⁶¹³. Grosso modo, inseriam-se nos atos litigiosos os regulamentos, as diretivas e as decisões, então previstos no artigo 189.º do TCEE.

Não obstante, o leque dos atos recorríveis acabava por revelar-se não tão parco quanto à partida o elemento literal do primeiro parágrafo do artigo 173.º deixava transparecer. Para tal contribuiu a jurisprudência do TJ ao esclarecer que no referido leque também se abrangiam os atos da autoridade comunitária (por esta se entendendo as duas instituições aludidas na mencionada norma), ainda que sem revestirem nenhuma das três formas típicas e independentemente do *nomen iuris* adotado¹⁶¹⁴, que envolvessem carácter *decisório* e se

¹⁶¹² Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 542. Questão relacionada e à qual teremos ocasião de voltar é a que se prende com o recurso de anulação no âmbito das matérias que, anteriormente à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, compunham o terceiro pilar, aspeto regulado no ex-artigo 35.º do TUE, com a redação do Tratado de Amsterdão, o qual permanecerá em vigor até ao dia 1 de dezembro de 2014.

¹⁶¹³ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 580; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, cit., p. 54.

¹⁶¹⁴ Não raras vezes eles são adotados sob a forma de resolução, declaração ou conclusão. Nomeadamente, o TJ já se considerou competente para sindicar as "Conclusões do Conselho", de 25 de novembro de 2003, aprovadas relativamente à França e à Alemanha, nas quais aquela instituição decidiu (i) suspender um procedimento instaurado contra aqueles Estados membros por défices excessivos, bem assim (ii) alterar as recomendações previamente aprovadas por si no âmbito do n.º 7 do artigo 104.º do TCE, tendo anulado tais conclusões nas partes decisórias. Ver acórdão COMISSÃO vs. CONSELHO, de 13 de julho de 2004, proc. C-27/04, Col. 2004, pp. I-6679 e ss, ponto 2 do sumário.

destinassem à produção de *efeitos jurídicos obrigatórios* na ordem jurídica comunitária em relação aos Estados membros ou aos particulares¹⁶¹⁵. Igualmente, os designados atos atípicos e inominados, desde que destinados à produção de efeitos jurídicos vinculativos na esfera jurídica de outrem¹⁶¹⁶, constituíam objeto do recurso de anulação. Nesta sequência, firmou-se jurisprudência segundo a qual "*...as medidas que produzem efeitos jurídicos vinculativos de natureza a afectar os interesses de terceiros, modificando de forma caracterizada a sua situação jurídica, constituem actos susceptíveis de ser objecto de recurso de anulação*"^{1617/1618}.

Também se exige que os atos revistam natureza *definitiva*. Daí que, tratando-se de atos cuja elaboração seja faseada ao longo de um percurso que conheça várias etapas, apenas os atos adotados no termo do respetivo processo interno são suscetíveis de impugnação, pois só esses definem definitivamente a posição da instituição europeia. Excluídos do recurso de anulação estão, portanto, os atos transitórios destinados à preparação da tomada da decisão ou do ato final¹⁶¹⁹; de igual forma, os atos preparatórios, em regra¹⁶²⁰, também não constituem objeto

¹⁶¹⁵ Assim foi estabelecido pelo TJ no acórdão COMISSÃO vs. CONSELHO (AETR), de 31 de março de 1971, proc. 22/70, Col. 1971, pp. 72 e ss, n.º 42, em cujo litígio estava em causa a impugnação de uma deliberação do Conselho, tendo o recurso de anulação sido admitido. Neste aresto, o Tribunal veio esclarecer que o TCEE ao isentar do recurso de anulação apenas as recomendações e os pareceres, porque desprovidos de qualquer efeito obrigatório, permite a impugnação de quaisquer disposições tomadas pelas instituições que visem produzir um efeito jurídico; o Tribunal acrescentou ainda que o recurso de anulação "*tem como objetivo assegurar, em conformidade com o disposto no artigo 164.º, o respeito pelo direito na interpretação e aplicação do Tratado*" pelo que "*seria contrário a este objectivo interpretar restritivamente as condições de admissibilidade do recurso, limitando o seu alcance apenas às categorias de actos referidas pelo artigo 189.º*", concluindo pela admissibilidade do recurso de anulação "*de todas as disposições tomadas pelas Instituições que se destinem a produzir efeitos jurídicos, quaisquer que sejam a respectiva natureza ou forma*" (n.ºs 40 a 42). Mais recentemente ver o acórdão ATHINAÏKI TECHNIKI vs. COMISSÃO, já citado, n.º 29.

¹⁶¹⁶ Sobre a impugnabilidade dos atos atípicos ver FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., pp. 114 e ss.

¹⁶¹⁷ Acórdãos IBM vs. COMISSÃO, de 11 de novembro de 1981, proc. 60/81, Rec. 1981, pp. 2639 e ss, n.º 9; COMISSÃO vs. GREENCORE, já citado, n.º 44; REYNOLDS TOBACCO e o. vs. COMISSÃO, já citado, n.º 54; acórdão do TPI, de 17 de abril de 2008, caso CESTAS vs. COMISSÃO, proc. T-260/04, Col. 2008, pp. II-701 e ss, n.º 67 e arestos aí referidos.

¹⁶¹⁸ Nesta medida, não é suscetível de constituir objeto do recurso de anulação a decisão da Comissão no sentido de avançar contenciosamente contra um Estado membro no âmbito da ação por incumprimento nos termos do segundo parágrafo do artigo 258.º do TFUE. Com efeito, pelo TJ foi afirmado que a propositura de uma ação num órgão jurisdicional é um ato indispensável para obter uma decisão judicial vinculativa, mas a determinação definitiva das obrigações das partes no litígio só pode resultar da decisão do juiz. Nessa medida, a decisão da Comissão de intentar uma ação nos termos do referido preceito e, em geral, a de recorrer a um meio de impugnação judicial, não altera, por si só, a situação jurídica no âmbito da qual a decisão se inscreve e não pode assim, em princípio, ser considerada uma decisão impugnável. Neste sentido ver o acórdão COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 29 de setembro de 1998, proc. C-191/95, Col. 1998, pp. I-5449 e ss, n.º 47.

Diferentemente, já constitui objeto de controlo no âmbito do recurso de anulação, por produzir efeitos jurídicos na aceção do artigo 263.º do TFUE, a decisão da Comissão de dar início ao exame dos auxílios de Estado, uma vez que "*dela decorrem consequências jurídicas determinadas da avaliação e da qualificação dos referidos auxílios, bem como da escolha do processo que daí resulta*". Neste sentido, acórdão ESPANHA vs. COMISSÃO, de 30 de junho de 1992, proc. C-312/90, Col. 1992, pp. I-4136 e ss, n.ºs 12 a 20.

¹⁶¹⁹ Neste sentido veja-se o acórdão IBM vs. COMISSÃO, já citado, n.ºs 10 a 15, no qual aquela instituição estabeleceu que a comunicação apresentada pela Comissão relativamente às acusações deduzidas contra uma empresa, no âmbito de um processo administrativo relativo à violação de regras de concorrência previstas no direito comunitário, ainda que tendo por escopo a salvaguarda dos *direitos de defesa* da empresa visada, não consubstancia uma decisão suscetível de impugnação contenciosa, na medida em que se trata de um ato processual preparatório da decisão final. Ver também o acórdão ATHINAÏKI TECHNIKI vs. COMISSÃO, já citado, n.º 42.

idóneo de impugnação judicial através daquele instrumento¹⁶²¹ pois, além de surgirem em fases intermédias de procedimentos decisórios, não se trata de atos vinculativos.

Se no quadro jurídico-institucional que vigorou durante o TCEE, quando cotejado com o atual, era evidente a exclusão do objeto do recurso de anulação dos atos do Conselho Europeu e do BCE, uma vez que estas instituições encontram berço em tratados de revisão¹⁶²², menos compreensível se afigurava a exclusão, do referido âmbito, dos atos do PE, já que este trata-se de uma instituição originária. Tal omissão talvez se explicasse pelo facto de a Assembleia inicialmente ter sido configurada como uma instância meramente consultiva e não decisória, limitando-se a emitir pareceres sem condicionar a aprovação, pelo Conselho, das propostas da Comissão. Por outro lado, a atuação parlamentar assumia um carácter sobretudo político¹⁶²³ e como tal, à partida, não chocaria que a mesma se situasse à margem do controlo jurisdicional levado a cabo através do recurso de anulação. Seja como for, parece-nos evidente que a tutela jurisdicional efetiva, não tanto ao nível das pretensões de natureza subjetiva dos particulares, mas sobretudo ao nível da objetiva legalidade europeia, não deixava de se deparar aqui com um flagrante e inusitado desvio.

2.1.2. Os contributos da jurisprudência comunitária e do Tratado de Maastricht

I. O papel do Tribunal de Justiça

A não inclusão dos atos do PE no leque que delimitava o objeto do recurso de anulação estava longe de se afigurar como uma questão pacífica também por entorpecer a tutela jurisdicional efetiva. Tal omissão causava estupefação se considerássemos que no quadro do

A fortiori, tratando-se de decisão final, por exemplo de carta da Comissão de notificação de determinada empresa da não abertura de um procedimento por violação das regras da concorrência, já se trata de ato sujeito a impugnação por parte das empresas concorrentes que operem no mesmo mercado e que se considerem prejudicadas pelo comportamento eventualmente anticoncorrencial da empresa visada na referida carta. Porém, se o sentido da decisão da Comissão for o inverso, isto é, no sentido de abrir um procedimento de infração, uma vez que se trata de ato discricionário, já estamos perante um ato não impugnável através da via anulatória. Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 545.

¹⁶²⁰ Da qual devem ser extraídos, por um lado, os atos que, sendo preparatórios, colocam termo a um procedimento especial que se insere dentro de um outro mais vasto; por outro lado, as situações em que a instituição autora do ato preparatório, em violação de normas expressas, não informou o particular do direito que lhe assiste em solicitar a adoção de uma decisão definitiva também autorizam este a interpor recurso de anulação contra aquele ato.

¹⁶²¹ Ver o acórdão BOSSI vs. COMISSÃO, de 14 de fevereiro de 1989, proc. C-346/87, Col. 1989, pp. 327 e ss, n.ºs 14 e 22 a 24. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 542 e 543. Contra, Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 940.

¹⁶²² O Conselho Europeu foi criado com o AUE; já o BCE foi instituído com o Tratado de Maastricht. Não obstante, a positivação da possibilidade de impugnação contenciosa mediante a via anulatória dos atos do primeiro deve-se apenas ao Tratado de Lisboa.

¹⁶²³ Assim João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 583.

TCECA se previa expressamente a possibilidade de os atos da Assembleia serem impugnados pela via do recurso de anulação consagrado no aludido Tratado¹⁶²⁴.

Ao TJ, através da sua jurisprudência, coube o oferecimento de alguns importantes esclarecimentos sobre a matéria. Concretamente, o referido órgão aclarou que a exclusão dos atos do PE da impugnação contenciosa prevista no artigo 173.º do TCEE era, afinal, meramente aparente, e consagrou pela via pretoriana a possibilidade de se lançar mão do recurso de anulação para atacar também os atos daquela instituição¹⁶²⁵. Com efeito, o Tribunal entendeu que a necessidade de se assegurar uma proteção jurisdicional determina que "*um recurso de anulação pode ser interposto ao abrigo do artigo 173.º do TCEE contra os actos do Parlamento Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros desde que as outras condições previstas nessa disposição estiverem reunidas*"¹⁶²⁶.

Na justificação o TJ apelou expressamente à ideia de Comunidade de direito; implicitamente justificou a sua interpretação, corroborada por ambas as partes do litígio subjacente à decisão proferida, no princípio da tutela jurisdicional efetiva ao acrescentar que "*uma interpretação do artigo 173.º do Tratado, que excluísse os atos do Parlamento Europeu dentre os que podem ser impugnados, teria um resultado contrário, tanto ao espírito do Tratado, tal como foi consignado no artigo 164.*"¹⁶²⁷, como ao seu sistema". Por outro lado, também acrescentou que a atuação do PE, no âmbito do TCEE, pode "*efectivamente, interferir com as competências dos Estados-Membros ou das outras instituições, ou ultrapassar os limites fixados para as competências do seu autor, sem que fosse possível submetê-los à fiscalização do Tribunal. Convém, por conseguinte, considerar que o recurso de anulação pode ser dirigido contra os actos do Parlamento Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros*"¹⁶²⁸.

Este *plus* foi consolidado paulatinamente, bem assim objeto de ulteriores incrementos decorrentes do *ativismo judicial* do TJ a ponto de, desde 1995 e de acordo com a jurisprudência constante deste, ser possível a interposição de recursos de anulação contra "*todas as disposições*

¹⁶²⁴ Com efeito, o artigo 38.º previa tal possibilidade desde que fundamentada em vício de incompetência ou de violação das formalidades essenciais.

¹⁶²⁵ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *O Estatuto do Parlamento...*, cit., pp. 115 e ss; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, cit., pp. 63 e ss.

¹⁶²⁶ Assim foi estabelecido no acórdão OS VERDES vs. PE, já citado, relativo à anulação de duas decisões desta instituição, sendo que ambas as partes envolvidas convergiram quanto ao carácter não taxativo do primeiro parágrafo do artigo 173.º do TCEE, ou seja, relativamente à possibilidade de não serem apenas os atos do Conselho e da Comissão a constituir o objeto para o recurso de anulação, mas também os do PE desde que se destinem a produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros. Ver n.ºs 21, 22, 24 e 25. Veja-se também o comentário tecido por Jean Paul JACQUÉ, *Recours en annulation, campagne d'information pour l'élection du Parlement européen*, in RTDE, 1986 (n.º 3), pp. 500 e ss.

¹⁶²⁷ Disposição que, com o Tratado de Amesterdão, passou a corresponder ao artigo 220.º do TCE e, por força do Tratado de Lisboa, hoje consta da segunda parte do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, segundo a qual o TJUE "*garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados*".

¹⁶²⁸ Cfr. n.º 25 do acórdão OS VERDES vs. PE, já mencionado.

adoptadas pelas instituições - quaisquer que sejam a sua natureza e forma - que visem produzir efeitos jurídicos"¹⁶²⁹.

II. A importância do Tratado de Maastricht

A questão da recorribilidade dos atos do PE deixou de merecer discussão a partir da redação conferida ao artigo 173.º do redenominado TCE pelo Tratado de Maastricht, através da qual os Estados membros positiveram naquele uma orientação jurisprudencial consolidada.

Mais do que isso. Convirá não ignorar que os Estados, através do Tratado de Maastricht e em desenvolvimento de uma tarefa iniciada anos antes com o AUE, incrementaram os poderes do PE, elevando-o, pela primeira vez e ainda que em conjunto com o Conselho (ou seja, não exclusivamente), a instituição detentora da função legislativa na CE. Tal foi operacionalizado através do processo de codecisão previsto no então artigo 189.º-B (posteriormente, artigo 251.º) do TCE, hoje (re)designado de processo legislativo ordinário e elevado a procedimento decisório-regra previsto no artigo 294.º do TFUE¹⁶³⁰.

Para além da positivação no Tratado de um aspeto que até aí apenas constava da jurisprudência comunitária, tarefa desnecessária dada a insofismável importância desta no contexto das fontes do direito da União, estava em causa a clarificação relativa ao facto de os atos do PE não poderem permanecer imunes a este tipo de fiscalização levada a cabo pelos órgãos em que se desdobrava o TJCE. Do renovado artigo 173.º do TCE passou a constar *expressis verbis* a possibilidade de as jurisdições do TJ e do TPI fiscalizarem, também, a legalidade tanto dos "*actos adoptados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho*"¹⁶³¹, como dos "*actos do Parlamento Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros*"¹⁶³², com claro reforço da tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares e dos próprios Estados membros e, sobretudo, da estrita legalidade europeia.

Por força da nova redação conferida, pelo Tratado de Maastricht, ao artigo 173.º do Tratado de Roma o recurso de anulação passou a abranger, ainda, os atos vinculativos do BCE, onde é igualmente notório um reforço da tutela jurisdicional efetiva.

¹⁶²⁹ Acórdão *ESPAÑA vs. COMISSÃO*, de 29 de junho de 1995, proc. C-135/93, Col. 1995, pp. 1651 e ss, n.º 20.

¹⁶³⁰ Cfr. Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 507.

¹⁶³¹ Aqui em homenagem ao reforço dos poderes do PE alcançado no Tratado de Maastricht.

¹⁶³² Nesta parte positivando no Tratado a jurisprudência consolidada do TJ sobre a matéria.

2.1.3. O contributo do Tratado de Lisboa

Se o panorama dos atos recorríveis em sede da via anulatória configurado até aqui permaneceu intocável durante a vigência dos Tratados de Amesterdão e de Nice, os quais não introduziram alterações ao instituto ressalvada a renumeração operada pelo primeiro e por força da qual o mesmo passou a constar do artigo 230.º do TCE, com o Tratado de Lisboa os Estados membros procederem a um novo alargamento da tipologia dos atos litigiosos, repercutindo algumas alterações de cariz mais geral no renovado preceito alusivo ao recurso de anulação.

Com a atual redação do primeiro parágrafo do artigo 263.º do TFUE o recurso de anulação passou a ter por objeto, antes de mais, os *atos legislativos*, entendendo-se por tal, segundo o n.º 3 do artigo 289.º do TFUE, os regulamentos, as diretivas e as decisões adotados tanto de acordo com o processo legislativo ordinário¹⁶³³, previsto no n.º 1 do artigo 289.º e regulado no artigo 294.º do referido Tratado, como através dos processos legislativos especiais, genericamente previstos no n.º 2 do artigo 289.º do TFUE¹⁶³⁴ e espalhados avulsamente ao longo do mesmo Tratado, sobretudo nas disposições que o mesmo dedica às políticas e ações internas da UE (Parte III, portanto).

Seguidamente, retomou-se a tradição pré-existente segundo a qual os atos passíveis de recurso de anulação, devendo revestir caráter juridicamente vinculativo, são identificados mediante apelo à *instituição* (Conselho, Comissão e BCE) *autora dos mesmos*.

Acrescem os atos do PE e, novidade introduzida com o Tratado de Lisboa, do Conselho Europeu, demais órgãos e organismos da UE, contando que os mesmos de destinem, como desde 1985 o TJ enunciara reportando-se aos atos da Assembleia, "*a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros*"¹⁶³⁵. Ou seja, exige-se que os mesmos sejam dotados de *eficácia externa*, pois só assim são suscetíveis de afetar de forma caracterizada a esfera jurídica de outrem¹⁶³⁶. Tal permite excluir do objeto de controlo do recurso de anulação os atos daquelas entidades que sejam puramente internos, isto é, sem qualquer repercussão na esfera jurídica alheia¹⁶³⁷.

¹⁶³³ O qual se traduzia, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, no então designado processo de codecisão, previsto no artigo 251.º do TCE e que consistia num processo decisório especial. Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 82.

¹⁶³⁴ Aqui, o poder decisório tanto pode estar entregue ao Conselho (situação em que o PE exerce um poder meramente consultivo), o que sucederá na maioria das situações, como, embora residualmente, ao PE (aqui cabendo ao Conselho um menor protagonismo no *iter* legislativo).

¹⁶³⁵ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 81.

¹⁶³⁶ Por exemplo, o ato adotado pelo PE no sentido do levantamento da imunidade parlamentar de um dos seus deputados.

¹⁶³⁷ Por exemplo, o ato praticado pelo PE de designar os membros das delegações interparlamentares.

Desta forma, o Tratado de Lisboa contribuiu visivelmente para o reforço da tutela jurisdicional efetiva. Estendendo ao Conselho Europeu¹⁶³⁸, demais órgãos e organismos da União o critério pretoriano primeiramente configurado para os atos do PE, os Estados membros alargaram sobejamente o âmbito dos atos suscetíveis de constituir objeto do recurso de anulação e apertaram a malha do controlo jurisdicional de legalidade da atuação normativa e administrativa das autoridades europeias, traduzida em comportamentos positivos das instituições e, novidade do referido Tratado, dos restantes órgãos e organismos da UE.

Quanto a alguns entes recorridos, porém, o cenário de impugnação através da via anulatória dos respetivos atos afigura-se mais hipotético do que real¹⁶³⁹. Destrate, não será de excluir a eventualidade de nos depararmos com um ato *definitivo, vinculativo, e destinado a produzir efeitos em relação a terceiros*, da autoria, nomeadamente, do Banco Europeu de Investimento¹⁶⁴⁰ ou até de um dos comités com que a UE conta. Na verdade e sem prejuízo da jurisprudência constante do TJ sobre a matéria, os atos dos comités (não os do referido Banco), até ao Tratado de Lisboa, surgiam excluídos do âmbito objetivo do recurso de anulação tal como previsto no direito positivo, cenário que agora se altera desde que as três condições estejam presentes no ato litigioso.

2.1.4. A não impugnabilidade de determinados atos. Abrandamento da tutela jurisdicional efetiva?

De fora do objeto do recurso de anulação permanecem os atos juridicamente não vinculativos¹⁶⁴¹, como as recomendações e os pareceres¹⁶⁴², o mesmo sucedendo com as meras

¹⁶³⁸ Não obstante a competência do Conselho Europeu seja essencialmente política, inclusivamente sendo-lhe coartada a função legislativa, como decorre do artigo 15.º do TUE, o certo é que o artigo 236.º do TFUE prevê a tomada de dois tipos de decisão por aquela instituição, os quais poderão constituir objeto para o recurso de anulação.

¹⁶³⁹ Com efeito, as competências do Tribunal de Contas da UE, previstas no artigo 287.º do TFUE, não lhe conferem grande margem quanto à possibilidade de praticar atos suscetíveis de constituir objeto do recurso de anulação. Igualmente quanto ao Comité Económico e Social e relativamente ao Comité das Regiões parece afigurar-se remota tal possibilidade atento o facto de os seus papéis serem essencialmente consultivos (artigos 300.º e ss do TFUE), de onde resulta uma impossibilidade prática de eles poderem adotar atos vinculativos.

¹⁶⁴⁰ O artigo 309.º do TFUE parece abrir as portas a este cenário, ao prever a possibilidade do Banco Europeu de Investimento conceder empréstimos e garantias com vista ao financiamento de determinados projetos elencados nesse mesmo artigo.

¹⁶⁴¹ Na sequência do que dissemos sobre a irrelevância da forma escolhida para a adoção do ato, antes importando o seu conteúdo ou substância, não será de excluir que sob a veste de um ato não vinculativo se encontre um ato dotado de efeitos vinculativos, situação que já admitirá a interposição de recurso de anulação. Assim foi decidido no acórdão FRANÇA vs. COMISSÃO, de 16 de junho de 1993, proc. C-325/91, Col. 1993, pp. I-3303 e ss, n.º 23, no qual a recorrente impugnou um ato que a recorrida designou de "*Comunicação da Comissão aos Estados membros...*", tendo o recurso sido admitido e julgado procedente, por violação do princípio da segurança jurídica, com a anulação da referida comunicação.

¹⁶⁴² Acórdão NUTRAL vs. COMISSÃO, de 23 de novembro de 1995, proc. C-476/93 P, Col. 1995, pp. I-4125 e ss, n.º 30.

manifestações de opiniões por escrito e com as simples declarações de intenções¹⁶⁴³. Um exemplo que nesta sede é frequentemente invocado prende-se com os pareceres fundamentados proferidos pela Comissão no culminar da fase pré-contenciosa (extensível, aliás, a todos os atos da referida instituição desta etapa) das ações por incumprimento¹⁶⁴⁴.

Compreende-se a opção tomada no sentido da não admissibilidade do recurso de anulação contra este tipo de atos na medida em que os mesmos, traduzidos em meras opiniões a que quando muito pode acrescer tão-somente uma sugestão ou proposta de atuação (como acontece na recomendação), não obrigam os respetivos destinatários à adoção de qualquer comportamento. Nessa medida e porque o seu respeito ou acatamento surge como facultativo, não poderão os respetivos destinatários pretender impugnar tais atos pela via anulatória, sem que daí resulte prejuízo para a tutela jurisdicional efetiva. Em particular no caso dos pareceres fundamentados, nada obriga a Comissão a emití-los nem a avançar para a fase subsequente; mesmo recorrendo ao TJ, fá-lo-á mediante uma petição inicial cujo objeto não pode deixar de coincidir com o dito parecer; sendo que o Estado membro visado terá, através da contestação, oportunidade de refutar as infrações que lhe são imputadas; enfim, quem decide o litígio é o Tribunal.

Igual sorte merecem os atos que se limitam a confirmar ou a executar atos anteriores que lhes estão na base e que não foram impugnados no prazo previsto¹⁶⁴⁵. Isto é, não poderá o destinatário de um ato que inequivocamente contempla medidas dotadas de efeitos jurídicos que afetam os seus interesses, bem como que se-lhe-impõe obrigatoriamente e que em devido tempo não impugnou, aspirar a ver renovado um prazo de recurso que se encontra esgotado, solicitando ao autor do mesmo que reveja a sua decisão com o objetivo de impugnar o ato de recusa da revisão e simultaneamente confirmativo da decisão anteriormente adotada.

A tutela jurisdicional efetiva poderia sofrer um grave abrandamento com a opção inversa, isto é, se se permitisse a impugnação de atos não vinculativos e a renovação de prazos de recurso já expirados contra atos que inequívoca e definitivamente determinaram a posição do seu autor,

¹⁶⁴³ Acórdão SUCRIMEX e WESTZUCKER vs. COMISSÃO, de 27 de março de 1980, proc. 133/79, Rec. 1980, pp. 1299 e ss, n.ºs 15 a 19. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 543.

¹⁶⁴⁴ Efetivamente, desde cedo o TJ pronunciou-se pela impossibilidade de serem interpostos recursos com vista à anulação de tais pareceres como aconteceu, entre outros, no acórdão LÜTTICKE II, p. 308, no qual estabeleceu que como a fase pré-contenciosa da ação por incumprimento se destina a convidar o Estado membro a conformar-se com o Tratado, não implica da parte da Comissão qualquer ato revestido de força jurídica obrigatória, conseqüentemente "um recurso de anulação, interposto contra o acto da Comissão que decidiu sobre o pedido, é portanto inadmissível". Cfr. Trevor C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, 6.ª Ed, Oxford, 2007, p. 312; Aliás, como bem observa Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 544, os atos discricionários da Comissão que têm lugar no quadro da ação por incumprimento consubstanciam uma das áreas críticas de indefinição no que tange ao objeto do controlo do recurso de anulação.

¹⁶⁴⁵ Acórdãos ZUNIS HOLDING e o. vs. COMISSÃO, de 11 de janeiro de 1996, proc. C-480/93 P, Col. 1996, pp. I-24 e ss, n.º 14; REYNOLDS TOBACCO e o. vs. COMISSÃO, já citado, n.º 55; despacho do TG, de 11 de fevereiro de 2010, caso COMISSÃO vs. CdT, proc. T-456/07, Rec. 2010, pp. II-183 e ss, n.º 54.

derivado do conseqüente aumento do fluxo de processos de recurso de anulação ante as jurisdições do TJUE.

O mesmo sucede em relação a alguns atos, sobretudo da Comissão, praticados no exercício de poderes discricionários, como as decisões de instaurar ou não, contra os Estados membros ações por incumprimento, ou as de abrir contra as empresas procedimentos por infração às regras da concorrência. No primeiro caso, mesmo que a Comissão, no final da fase administrativa, decida levar o caso ao TJ, será este a decidir o diferendo; no segundo, um Estado membro que se sinta afetado poderá mover contra o seu homólogo a referida ação por incumprimento; na última situação e em caso de aplicação de coima, existe sempre a possibilidade de a empresa visada impugnar contenciosamente a decisão administrativa da Comissão. Também aqui, não vislumbramos, portanto, qualquer incompatibilidade com as exigências da tutela jurisdicional efetiva.

Os atos políticos ou que incidam sobre questões de natureza política também se afiguram não impugnáveis. É o que sucede, por exemplo, com as ações comuns que executem posições comuns da União nos domínios PESC, o que além do mais decorre do primeiro parágrafo do artigo 275.º do TFUE. Por outro lado, no citado acórdão COMISSÃO vs. CONSELHO, de 13 de julho de 2004, o TJ, não admitindo em parte o recurso de anulação interposto por aquela, também entendeu que a decisão do Conselho no sentido de não seguir as recomendações da Comissão adotadas ao abrigo dos n.ºs 8 e 9 do artigo 104.º do TCE (hoje artigo 126.º do TFUE) que sugeriam a imposição de sanções à França pela detenção de um défice orçamental excessivo¹⁶⁴⁶, se tratava de um ato não sindicável.

2.2. A tutela jurisdicional efetiva e a legitimidade dos recorrentes: o reforço dos poderes das instituições e dos órgãos da União e os limites à impugnabilidade movida pelos particulares

Outro aspeto do recurso de anulação que se relaciona com a tutela jurisdicional efetiva prende-se com a legitimidade dos recorrentes.

Não será novidade lembrar que o 263.º do TFUE distingue entre recorrentes *institucionais* (onde encontramos os Estados membros¹⁶⁴⁷, algumas instituições e um órgão da União) e recorrentes *ordinários* (compostos pelos particulares, sejam pessoas singulares ou coletivas).

¹⁶⁴⁶ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 546.

¹⁶⁴⁷ Para este efeito o conceito de Estado membro, não coincidindo com o que vimos a propósito da ação por incumprimento, abrange apenas as respetivas autoridades governamentais e não outras entidades coletivas públicas, como as autarquias locais ou as regiões autónomas, ainda que dotadas de prerrogativas de *ius imperium*. Assim se

Não obstante, nem todos os recorrentes da primeira espécie se encontram no mesmo plano na medida em que se alguns dispõem de uma legitimidade *privilegiada*, outros usufruem de uma legitimidade *mitigada*¹⁶⁴⁸. No primeiro campo encontramos os Estados membros, o Conselho, a Comissão e o PE, os quais beneficiam de um direito praticamente livre de interposição de recursos de anulação, estando autorizados a impugnar qualquer ato alegadamente inválido, sem necessidade de fazer prova do seu interesse em agir, podendo ainda socorrer-se, em apoio do seu recurso, de todos os motivos de invalidade previstos no Tratado¹⁶⁴⁹; no dizer de Jónatas MACHADO, está em causa "*o interesse objectivo da defesa da juridicidade e da legalidade, material e formal*"¹⁶⁵⁰. No segundo setor perfilam-se o BCE, o Tribunal de Contas da UE e, novidade trazida a lume pelo Tratado de Lisboa, o Comité das Regiões¹⁶⁵¹, os quais apenas podem interpor recursos de anulação com vista a salvaguardar as respetivas prerrogativas competenciais¹⁶⁵², o que implica que sobre eles incida o ónus de demonstração do seu interesse em agir motivando-o na necessidade de defesa de interesses próprios previstos nos Tratados¹⁶⁵³.

2.2.1. O reforço dos poderes do Parlamento Europeu

No aspeto da legitimidade processual ativa convirá ter presente que a redação originária do então artigo 173.º do Tratado de Roma não reconhecia ao PE a faculdade de interposição de recursos de anulação^{1654/1655}. Com efeito, no quadro do TCEE tal como assinado em 1957, a

decidiu no acórdão *REGIONE SICILIANA vs. COMISSÃO*, de 2 de maio de 2006, proc. C-417/04 P, pp. I-3906 e ss, n.º 21.

¹⁶⁴⁸ FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União*, cit., pp. 150 e ss. distinguem entre recorrentes *privilegiados*, *semi-privilegiados* e *não privilegiados*. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 523, a propósito desta dualidade, agrega todos os recorrentes institucionais no grupo dos recorrentes dotados de legitimidade privilegiada, contrapondo depois as entidades dotadas de um "*privilégio total*" das que beneficiam apenas de um "*privilégio parcial*". Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 444, distingue entre "*recorrentes privilegiados*" e "*recorrentes institucionalmente interessados*".

¹⁶⁴⁹ Assim João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 585. Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 444. Comprobativo desta ampla legitimidade é que a Comissão, no exercício do seu direito de recurso contra os atos do PE e do Conselho, não se encontra condicionada pela posição que tenha assumido ao longo do processo decisório. Assim foi esclarecido pelo TJ no acórdão *COMISSÃO vs. PE e CONSELHO*, de 21 de janeiro de 2003, proc. C-378/00, Col. 2003, pp. I-937 e ss, n.º 28.

¹⁶⁵⁰ Cfr. *Direito da União...*, cit., pp. 523 e 524.

¹⁶⁵¹ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 81.

¹⁶⁵² Não deixará de ser curioso que dispondo de uma legitimidade ativa *não privilegiada* para a interposição de recursos de anulação, aquelas instituições não se confrontem com idêntico constrangimento no âmbito de recursos das decisões do TG para o TJ, nos termos do terceiro parágrafo do artigo 56.º do Estatuto do TJUE.

¹⁶⁵³ Situação idêntica verifica-se com o Conselho de Administração do Banco Europeu de Investimento em relação à impugnação de deliberações do respetivo Conselho de Governadores (artigo 271.º, alínea b), do TFUE).

¹⁶⁵⁴ Num cenário inicial, portanto, combinava-se o aspeto do não reconhecimento de legitimidade processual ativa ao PE para a interposição de recursos de anulação com o facto de os atos da referida instituição se furtarem ao controlo contencioso de legalidade que é levado a cabo com tais recursos. Cfr. Maria Luísa DUARTE, *O Estatuto...*, cit., pp. 115 e ss.

legitimidade institucional ativa era apanágio (para além dos Estados membros) do Conselho e da Comissão¹⁶⁵⁶.

Também nesta condição de admissibilidade do recurso de anulação a evolução dos Tratados favoreceu os poderes do PE¹⁶⁵⁷, conferindo novo incremento à tutela jurisdicional efetiva sobretudo da objetiva legalidade europeia mas também, tendo em conta que o PE representa os cidadãos dos Estados membros, dos direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares. Para a referida evolução muito contribuiu a jurisprudência do TJ ao reconhecer ao PE legitimidade, ainda que mitigada, para a interposição de recursos de anulação, corrigindo assim a posição inicial no sentido da negação de tal faculdade¹⁶⁵⁸.

Através do Tratado de Maastricht os Estados membros mais não fizeram do que positivar no Tratado de Roma uma jurisprudência consolidada¹⁶⁵⁹, passando a legitimidade processual ativa do PE a ocupar o terceiro parágrafo do renovado artigo 173.º do TCE.

Com o Tratado de Nice os Estados reforçaram novamente os poderes do PE sobre a matéria, o qual passou a integrar o grupo dos recorrentes institucionais privilegiados, deixando de estar sujeito à exigência de demonstrar que os recursos de anulação interpostos por si se

¹⁶⁵⁵ A redação originária do então artigo 173.º era solidificada pela jurisprudência iniciada com o acórdão PE vs. CONSELHO (caso "Comitologia"), de 27 de setembro de 1988, proc. C-302/87, Col. 1988, pp. 5637 e ss, no qual o TJ concluiu que "*no estado actual da legislação aplicável o Tribunal não pode reconhecer ao Parlamento Europeu legitimidade para interpor um recurso de anulação*" (n.º 28). O TJ fundamentou tal conclusão invocando o artigo 155.º do TCEE, segundo o qual seria à Comissão que competiria velar pelas prerrogativas do PE interpondo, para esse efeito, os recursos de anulação que se revelassem necessários (n.º 27). Consequentemente, não admitiu, por falta de legitimidade processual, o recurso de anulação interposto pelo PE contra a Decisão (CEE) n.º 87/373, do Conselho. Cfr. Marc THILL, *Le défaut de qualité du Parlement Européen pour agir en annulation au titre de l'article 173 du Traité CEE: l'arrêt de la Cour de Justice du 27 septembre 1988 et ses implications sur d'autres aspects du contentieux communautaire*, in CDE, 1989 (n.ºs 3 e 4), pp. 367, 375 e ss; Joseph H. H. WEILER, *Pride and Prejudice - Parliament v. Council*, in ELR, 1989 (Vol. 24; n.º 5), pp. 334 e ss.

Nesta matéria - comparativamente com o domínio dos atos do PE que poderiam constituir objeto de recurso de anulação - o Tribunal revelou-se, portanto, mais cauteloso, pretendendo com isso devolver o protagonismo aos Estados membros que, enquanto "donos dos Tratados", deveriam proceder às alterações necessárias a estes, de forma a dotar a Assembleia de poderes que não detinha de acordo com a redação vigente.

¹⁶⁵⁶ Assim o estipulava o artigo 173.º, primeiro parágrafo, *in fine*.

¹⁶⁵⁷ Vislumbrando neste aspeto um contributo para a consolidação da UE como União de direito *vide* Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, *cit.*, p. 368. Cfr. Jean BOULOUIS, *La qualité du Parlement européen pour agir en annulation*, in RMC, 1989 (n.º 324), p.119.

¹⁶⁵⁸ Na verdade, no citado acórdão PE vs. CONSELHO, de 22 de maio de 1990, o TJ reapreciou os fundamentos do anterior acórdão de 27 de setembro de 1988 e reconheceu ao PE uma legitimidade processual ativa até aí negada para, através do recurso de anulação, impugnar atos do Conselho ou da Comissão, desde que o Parlamento demonstrasse a existência de interesse em agir, isto é, "*na condição de que esse recurso se dirija apenas à salvaguarda das suas prerrogativas e tenha apenas por base fundamentos retirados em violação daquelas. Com esta reserva, o recurso de anulação do Parlamento está submetido às regras previstas pelos tratados para os recursos de anulação das outras instituições*" (n.º 27). O Tribunal justificou esta mudança de paradigma com base, entre outros, no seguinte argumento: "*a ausência nos tratados de uma disposição que preveja o direito do Parlamento de apresentar um recurso de anulação pode constituir uma lacuna da regulamentação processual, mas não poderia prevalecer sobre o interesse fundamental que se prende com a manutenção e o respeito do equilíbrio institucional definido pelos tratados constitutivos das Comunidades Europeias*" (n.º 26). Uma análise detalhada sobre este acórdão e sua importância pode ser vista em MARIA LUÍSA DUARTE, *O Estatuto...*, *cit.*, pp. 115 e ss.

¹⁶⁵⁹ Com efeito, a sentença do TJ de 22 de maio de 1990 viria a ser confirmada em acórdãos posteriores relativos a litígios entre as mesmas partes (PE e Conselho), como sejam os de 07 de julho de 1992 (proc. C-295/90, Col. 1992, pp. I-4230 e ss) e de 16 de julho de 1992 (proc. C-65/90, Col. 1992, pp. I-4616 e ss), assim se permitindo a pacificação da questão relativa à legitimidade do PE para instaurar recursos de anulação.

destinam à salvaguarda das suas prerrogativas. Se num plano imediato foi o valor da democracia a estar na base desta alteração, atenuando-se o défice democrático de que a CE era acusada, mediatamente a tutela jurisdicional efetiva também saiu reforçada, uma vez que o regime da impugnação de atos através de impulso processual inicial do PE passou a ser menos exigente, facilitando-se a propositura do mecanismo da sua parte.

2.2.2. O reforço dos poderes do Banco Central Europeu, do Tribunal de Contas da União Europeia e do Comité das Regiões

A entrada em vigor do Tratado de Maastricht também permitiu reforçar os poderes do BCE em matéria de recurso de anulação. Ocupando protagonismo idêntico ao do PE, o BCE passou a dividir com aquele a categoria dos recorrentes institucionais dotados de legitimidade processual ativa mitigada¹⁶⁶⁰. Com o início da vigência do Tratado de Amesterdão o Tribunal de Contas da UE beneficiou de prerrogativa idêntica; a entrada em vigor do Tratado de Lisboa contemplou o Comité das Regiões com a mesma faculdade¹⁶⁶¹.

Nesta medida, a tutela jurisdicional efetiva, sobretudo da objetiva legalidade, saiu reforçada, uma vez que a mobilização do TJ para salvaguardar a juridicidade europeia passou a ser possível a um maior leque de sujeitos, ainda que aqueles, diferentemente da Comissão, do Conselho e (após o Tratado de Nice) do PE (para além dos Estados membros), sujeitos à necessidade de demonstração do interesse em agir.

2.2.3. Âmbito e limites da legitimidade dos particulares para a interposição de recurso de anulação contra atos normativos e administrativos da União Europeia

Em matéria de legitimidade processual para a interposição de recursos de anulação é relativamente ao segundo grupo de recorrentes - os ordinários ou particulares, pessoas singulares e coletivas, *maxime* cidadãos europeus e empresas¹⁶⁶² - que o TFUE prevê as maiores restrições,

¹⁶⁶⁰ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *O Banco Central Europeu e o Sistema Judicial da União Europeia: supremacia decisória e controlo da legalidade*, in Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. III, Lisboa, 2006, pp. 149 e ss.

¹⁶⁶¹ O referido Comité desempenha um papel importante em matéria de respeito pelo *princípio da subsidiariedade*, razão pela qual o *Protocolo n.º 2, anexo aos Tratados e relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade*, prevê que ele possa interpor recursos de anulação relativamente a atos legislativos para cuja adoção o TFUE determine a sua consulta.

¹⁶⁶² Mas não só, já que também se abrangem estrangeiros, ainda que não residentes nos Estados membros; igualmente se incluem pessoas coletivas de direito público, organizações internacionais e Estados terceiros;

com os constrangimentos que tal situação fomenta ao nível da tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos que a ordem jurídica europeia lhes confere. Com efeito, estes recorrentes devem demonstrar um interesse pessoal e direto na impugnação dos atos litigiosos. Tal exigência tem ancorado uma crítica dirigida às jurisdições do TG e do TJ portadora da acusação de denegação de justiça não restrita à via anulatória, denunciando o excessivo défice de legitimidade processual com que os particulares se defrontam quando pretendem aceder à instituição jurisdicional da UE.

É um dado assente que os particulares têm um acesso muito limitado às jurisdições que compõem o TJUE, afigurando-se o recurso de anulação como um dos instrumentos do tradicional contencioso da União que paradigmaticamente ilustra tal evidência. Este cenário agrava-se se considerarmos que a jurisprudência do TJ, ao longo da História da União e das Comunidades Europeias, forneceu o sentido e o alcance dos segmentos que no quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE preveem a possibilidade do recurso de anulação ser instaurado pelos particulares; e fê-lo de forma tão restritiva que enfatizou, ainda mais, o acesso limitado dos particulares a esta via processual, com repercussões evidentes, em termos de abrandamento, para a tutela jurisdicional efetiva.

I. Atos suscetíveis de impugnação contenciosa pelos particulares no quadro jurídico-institucional vigente até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa

Os atos passíveis de recurso de anulação por impulso processual dos recorrentes ordinários começaram por estar previstos no segundo parágrafo do artigo 173.º do TCEE, o qual, por força da entrada em vigor do Tratado de Maastricht, passou para o quarto parágrafo da mesma disposição do redenominado TCE mas sem que tal deslocação tenha significado qualquer inovação numa semântica que permaneceu imaculada durante cerca de cinco décadas. Renumerado pelo Tratado de Amesterdão de artigo 230.º, o quarto parágrafo da referida disposição estabelecia que "*qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas mesmas condições, recurso das decisões de que seja destinatária e das decisões que, embora tomadas sob a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa, lhe digam direta e individualmente respeito*", numa redação que encontra berço em 1957 com a assinatura do Tratado de Roma.

necessário é que se verifiquem em relação a eles os pressupostos do recurso de anulação. Todos estes sujeitos estão dotados de uma "*legitimidade restrita*" ou de um "*privilégio restrito*". Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 525, onde discorre sobre o conceito de particular para efeitos do pressuposto processual relativo à legitimidade ativa no quadro do recurso de anulação, contextualizando-o sob a égide do princípio da tutela jurisdicional efetiva no direito da UE.

Desta norma resultava que os particulares, em regra, apenas podiam interpor recursos de anulação contra (i) as decisões que lhes fossem dirigidas, não lhes sendo, portanto, permitido impugnar regulamentos (atos de carácter geral e abstrato)¹⁶⁶³, diretivas (as quais tem por destinatários os Estados membros que designam), nem decisões dirigidas a outras pessoas. Da mesma disposição também decorria a legitimidade processual ativa para os particulares impugnarem, a título *excepcional*, (ii) os atos comunitários que os afetassem direta e individualmente, ainda que (a) revestindo a forma de regulamento ou de (b) decisão dirigida a outra pessoa¹⁶⁶⁴. Foi precisamente este aspeto que suscitou dificuldades interpretativas, as quais foram colmatadas pela atividade do TJ.

A) Quanto ao significado da parte "*...decisões que, embora tomadas sob a forma de regulamento...*" levantou-se o problema da distinção entre o regulamento e a decisão na medida em que tal distinção, não obstante os conceitos fornecidos pelo então artigo 189.º do TCEE (posteriormente artigo 249.º do TCE e hoje artigo 294.º do TFUE), nem sempre se afigura clara e linear¹⁶⁶⁵. Consciente dessa dificuldade, o Tribunal desde cedo, através da análise de situações duvidosas nas quais procedeu à qualificação da verdadeira ou real natureza do ato em análise, procurou fornecer critérios de distinção.

No acórdão CNPFL e o. vs. CONSELHO¹⁶⁶⁶ o TJ, remetendo para o segundo parágrafo do artigo 173.º do TCEE, começou por recordar que as pessoas singulares e coletivas não podiam interpor recurso de anulação dos regulamentos adotados pelo Conselho ou pela Comissão, concluindo, em conformidade, que "*se o acto impugnado é um regulamento, os presentes recursos devem ser julgados inadmissíveis*"¹⁶⁶⁷. Porém, também referiu que "*para apreciar esta questão, o Tribunal não pode contentar-se com a designação oficial do acto, mas deve ter em conta em primeiro lugar o seu objecto e o seu conteúdo*". De seguida, remetendo para os critérios que resultavam do artigo 189.º do TCEE, nomeadamente o carácter geral e diretamente aplicável do regulamento e o cunho obrigatório limitado aos destinatários que designa da

¹⁶⁶³ Assim foi aclarado pelo TJ no acórdão SIMMENTHAL vs. COMISSÃO (SIMMENTHAL IV), de 6 de março de 1979, proc. 92/78, Col. 1979, pp. 407 e ss, n.º 40. A impugnação dos regulamentos nos termos do Tratado de Roma esclarecidos pela jurisprudência do TJCE sempre se encontrou reservada aos Estados membros e às instituições da UE, cenário que praticamente permanece inalterado.

¹⁶⁶⁴ Nesta medida, o TJ também esclareceu que se o destinatário decide interpor recurso de anulação contra este tipo de decisões "*o juiz comunitário só é chamado a conhecer dos elementos da decisão que lhe dizem respeito. Inversamente, os elementos da decisão respeitantes a outros destinatários e que não tenham sido impugnados não cabem no objecto do litígio que o tribunal comunitário é chamado a resolver*". Cfr. acórdão COMISSÃO vs. ASSIDOMÁN e o, já citado, n.º 53.

¹⁶⁶⁵ Bem ilustrativos desta constatação são, designadamente, os atos controvertidos no âmbito do caso KADI, como seja o Regulamento (CE) n.º 1190/2008, da Comissão, e o Regulamento (CE) n.º 881/2002, do Conselho, os quais tinham destinatários precisos, individuais e concretos, entre eles o senhor *Kadi*, que procedeu à respetiva impugnação. Cfr. Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, cit., pp. 70 e ss.

¹⁶⁶⁶ Acórdão de 14 de dezembro de 1962, procs. apensos 16/62 e 17/62, Col. 1962-1964, pp. 177 e ss.

¹⁶⁶⁷ No mesmo sentido, acórdão FNBGCGV e o. vs. CONSELHO, de 14 de dezembro de 1962, procs. apensos 19 a 22/62, Rec. 1962, pp. 949 e ss.

decisão, o Tribunal referiu que "*o critério de distinção deve ser procurado no «alcance» geral ou não do acto em questão*", mais acrescentado que "*A característica essencial da decisão consiste na limitação dos «destinatários» aos quais se dirige, enquanto que o regulamento, de carácter essencialmente normativo, é aplicável não a destinatários limitados, designados ou identificáveis, mas a categorias consideradas abstractamente e no seu todo*", concluindo que "*...para determinar nos casos duvidosos se se está em presença de uma decisão ou de um regulamento, é preciso verificar se o acto em questão, diz individualmente respeito a sujeitos determinados. Nestas condições, se um acto qualificado como regulamento pelo seu autor contém disposições que são de natureza a dizer respeito a certas pessoas singulares ou colectivas de uma maneira não só directa mas também individual, é necessário admitir, sem prejuízo da questão de saber se esse acto, considerado no seu conjunto, pode ser qualificado, a justo título, como regulamento, que estas disposições não têm de forma alguma um carácter regulamentar e podem portanto ser impugnadas por essas pessoas nos termos do artigo 173.º, segundo parágrafo*".

Mediante estes esclarecimentos o TJ chamou a atenção para uma possível fonte de dificuldades com que o intérprete se pode confrontar a propósito da tradicional distinção entre regulamentos e decisões, concretamente nas situações em que se depara com os chamados "falsos ou aparentes regulamentos"¹⁶⁶⁸. Na verdade, desde cedo a experiência demonstrou que, por vezes, as instituições europeias, devido a lapso técnico qualificativo, adotam atos sob a forma regulamentar, atribuindo-lhes o correspondente *nomen iuris*, quando afinal se apura que, em rigor, o que aquelas entidades tomaram efetivamente foram decisões (ou feixes de decisões) que, direta e individualmente, se dirigem a destinatários concretos (no segundo caso, nomeadamente, nas situações de decisões coletivas direcionadas a conjuntos limitados de sujeitos perfeitamente identificáveis).

Este tipo de situações colocava um problema relacionado com a tutela jurisdicional efetiva: saber se as pessoas singulares ou coletivas, direta e individualmente afetadas por "falsos regulamentos", podiam impugnar tais atos através do recurso de anulação. A redação do quarto parágrafo do artigo 230.º do TCE impunha uma resposta afirmativa. Com efeito, não obstante estivéssemos perante um ato cuja designação escolhida tivesse sido a de "regulamento", não menos verdade era que o mesmo apenas revestiu forma regulamentar, quando, na realidade, em termos de conteúdo e de substância, estávamos na presença de uma "verdadeira decisão". Ora, esta factualidade preenchia o segmento constante da referida norma relativo "*...às decisões que, embora tomadas sob a forma de regulamento (...) lhe digam direta e individualmente respeito*",

¹⁶⁶⁸ Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 528, prefere falar em "*decisões disfarçadas sob a forma de regulamento ou diretiva*".

razão pela qual o Tribunal entendeu como admissível a interposição de recursos de anulação pelos particulares direta e individualmente visados nos mesmos.

Este problema levantou-se no caso *INTERNATIONAL FRUIT COMPANY vs. COMISSÃO*, no qual¹⁶⁶⁹ o TJ considerou que o ato impugnado, o Regulamento (CEE) n.º 983/70, da Comissão, muito embora adotado sob a forma regulamentar, não se afigurava de alcance geral, visto que o mesmo afetava direta e individualmente destinatários precisos¹⁶⁷⁰. Nele, o Tribunal concluiu que: "*Daí resulta que o artigo 1.º do Regulamento n.º 983/70 não constitui uma disposição de carácter geral, na acepção do segundo parágrafo do artigo 189.º do Tratado, devendo interpretar-se como um conjunto de decisões individuais adoptadas pela Comissão nos termos do n.º 2 do artigo 2º do Regulamento n.º 459/70, sob a aparência de um regulamento, afectando cada uma delas a situação jurídica de cada um dos autores dos pedido. Portanto, dizem individualmente respeito às recorrentes*"¹⁶⁷¹. Como tal, admitiu o recurso de anulação interposto por um conjunto de particulares afetados pelo "regulamento" litigioso como se este se tratasse de uma verdadeira decisão, pois o mesmo consubstanciava um ato desta natureza¹⁶⁷².

Noutros casos, aludindo ao excerto do normativo *sub judice*, o TJ acrescentou que "*o objectivo dessa disposição é, designadamente, evitar que, pela simples escolha da forma de regulamento, as instituições possam afastar a possibilidade de os particulares recorrerem de uma decisão que lhes diga directa e individualmente respeito e esclarecer, deste modo, que a escolha da forma não pode alterar a natureza de um acto*"¹⁶⁷³.

É correto, portanto, afirmar-se que o entendimento do Tribunal, à luz do quarto (originariamente segundo) parágrafo ex-ex-artigo 173.º do TCEE e ex-artigo 230.º do TCE, foi sempre no sentido de não serem admissíveis recursos de anulação interpostos por particulares com vista a impugnar autênticos regulamentos, isto é, atos de carácter geral na aceção do ex-ex-artigo 189.º do TCEE e do ex-artigo 249.º do TCE; em causa estavam verdadeiros regulamentos, se é que assim se pode dizer. Contudo, não menos certo é que o referido órgão também sempre entendeu que tais recursos já deveriam ser apreciados se os atos impugnados, ainda que adotados

¹⁶⁶⁹ Acórdão de 13 de maio de 1971, procs. apensos 41 a 44/70, Col. 1971, pp. 133 e ss.

¹⁶⁷⁰ No acórdão pode ler-se que "*quando o regulamento foi adotado, o número de pedidos que ele podia afectar encontra-se, assim determinado. Não era possível apresentar nenhum pedido novo*" (n.ºs 17 e 18).

¹⁶⁷¹ Cfr. n.ºs 21 e 22.

¹⁶⁷² No mesmo sentido, veja-se os acórdãos *ROQUETTE FRÈRES vs. CONSELHO (ROQUETTE V)*, de 29 de outubro de 1980, proc. 138/79, Rec. 1980, pp. 3333 e ss; *WEDDEL vs. COMISSÃO*, de 6 de novembro de 1990, proc. C-354/87, Col. 1990, pp. I-3879 e ss, n.º 23.

¹⁶⁷³ Acórdãos *SCHLTEN HONIG vs. CONSELHO e COMISSÃO*, de 5 de maio de 1977, proc. 101/76, Rec. 1977, pp. 797 e ss, n.ºs 6 e 7; *CALPAK vs. COMISSÃO*, de 17 de junho de 1980, procs. apensos 789/79 e 790/79, Rec. 1980, pp. 1949 e ss; *ALUSUISSE vs. CONSELHO e COMISSÃO*, de 6 de outubro de 1982, proc. 307/81, Rec. 1982, pp. 3463 e ss, n.ºs 7 e 8; *DEUTZ UND GELDERMAN vs. CONSELHO*, de 24 de fevereiro de 1987, proc. 26/86, Col. 1987, pp. 949 e ss, n.ºs 6 e 7.

sob a forma regulamentar, se tratassem de autênticas decisões que dissessem direta e individualmente respeito aos recorrentes; em causa estava um ato que simultaneamente constituía um falso regulamento e uma verdadeira decisão, quer dizer, atos adotados sob a forma de regulamentos encapotando decisões em sentido material¹⁶⁷⁴. De outra forma, bastaria a escolha da forma regulamentar para a adoção de determinado ato e, *ipso facto*, impedia-se a impugnação do mesmo pelos particulares.

Nessa medida, (i) frequentemente o TJ abstraiu-se do problema da qualificação do ato impugnado, limitando-se a indagar se o mesmo afetava direta e individualmente o particular recorrente, eventualidade que a verificar-se era suficiente para que o recurso de anulação interposto fosse admitido e o processo prosseguisse com vista à tomada da decisão de mérito¹⁶⁷⁵.

O Tribunal (ii) inclusivamente admitiu ser possível existirem "verdadeiros regulamentos", como tal corretamente qualificados, que, não obstante na sua globalidade surgissem revestidos de normas gerais e abstratas, continham também, ainda que pontualmente, determinadas disposições que afetavam direta e individualmente certas pessoas, surgindo relativamente a estas com o carácter de decisões individuais, pelo que, relativamente às disposições que não revestissem carácter geral e abstrato (não já no que tange às que reunissem tais características), era admissível o recurso de anulação interposto pelos respetivos destinatários¹⁶⁷⁶.

Mais recentemente (iii) o TJ configurou o cenário de determinadas disposições impugnadas, igualmente constantes de autênticos regulamentos, terem alcance geral mas, simultaneamente, dizerem direta e individualmente respeito aos recorrentes, nomeadamente, a alguns operadores económicos interessados, revestindo relativamente a eles carácter decisório¹⁶⁷⁷. Ou seja, a natureza normativa do ato não é suficiente para, *per se*, excluir a legitimidade dos particulares para a respetiva impugnação desde que se comprove a afetação direta e individual do recorrente pelo ato. É o que sucede, por exemplo, nos regulamentos sobre matéria *antidumping*, os quais se bem que apresentem, pela sua natureza e alcance, um carácter normativo, também dizem direta e individualmente respeito, designadamente, às empresas produtoras e exportadoras que possam demonstrar que foram identificadas nos atos da Comissão ou do Conselho ou implicadas nos inquéritos preparatórios¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷⁴ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 533.

¹⁶⁷⁵ Cfr. acórdão UNICME vs. CONSELHO, de 16 de março de 1978, proc. 123/77, Rec. 1978, pp. 845 e ss.

¹⁶⁷⁶ Neste sentido *vide* acórdão CAM, de 18 de novembro de 1975, proc. 100/74, Rec. 1974, pp. 1393 e ss. Cfr. Robert KOVAR e Ami BARAV, *Le recours individuel en annulation*, in *CDE*, 1976 (n.º 1), pp. 85 e ss.

¹⁶⁷⁷ Cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 158; acórdãos EXTRAMET INDUSTRIE vs. CONSELHO, de 16 de maio de 1991, proc. C-358/89, Col. 1991, pp. I-2501 e ss, n.º 13 e 14; CODORNIU vs. CONSELHO, de 18 de maio de 1994, proc. C-309/89, Col. 1994, pp. I-1879 e ss, n.º 19. *Vide* ainda o citado despacho do TPI proferido no caso UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO, n.º 45; e o mencionado acórdão do TPI, caso JÉGO-QUÉRÉ vs. COMISSÃO, n.º 25.

¹⁶⁷⁸ Cfr. acórdão ALLIED CORPORATION e o. vs. COMISSÃO, de 21 de fevereiro de 1984, procs. apensos 239/82 e 275/82, Rec. 1984, pp. 1005 e ss, n.º 12.

O Tribunal (*iv*) admitiu ainda que o facto de sobre uma instituição europeia recair a obrigação de, por força de disposições específicas, levar em conta as consequências do ato que aquela pretende adotar sobre a situação de certos particulares, é suscetível de individualizar estes últimos¹⁶⁷⁹.

A resolução de problemas deste género nem sempre se afigurou linear, uma vez que o TJ também ressaltou que a natureza regulamentar de um ato não é posta em causa simplesmente pela possibilidade de se determinar o número ou mesmo a identidade dos sujeitos de direito a quem tal ato se aplica num dado momento, desde que se constate que essa aplicação é feita com base numa situação objetiva de direito e de facto definida pelo ato e em relação com a finalidade deste¹⁶⁸⁰.

De igual forma, o Tribunal também considerou que o facto de uma disposição geral ter efeitos práticos diferentes sobre alguns dos seus destinatários não bastava para os individualizar¹⁶⁸¹. Porém, se a instituição da qual emana o ato impugnado estava, aquando da sua adoção, obrigada a tomar em consideração a situação particular de um círculo restrito de operadores (por exemplo, os seus interesses ou as suas necessidades), então os particulares que integrem esse núcleo já eram suscetíveis de se considerarem individualmente afetados por ele¹⁶⁸².

Neste problema afigurava-se relevante a *natureza* do ato e não a sua *forma*, uma vez que o critério de distinção entre o regulamento e a decisão residia (e assim permanece), não na designação do ato em questão, mas no carácter ou alcance geral do primeiro e no número limitado de destinatários no segundo. Por essa razão, deveria ser apreciada a natureza do ato impugnado e, em especial, os efeitos jurídicos que o mesmo pretendia produzir ou efetivamente produzidos¹⁶⁸³.

Em suma, podemos afirmar que no quadro jurídico-institucional que vigorou antes de o Tratado de Lisboa produzir efeitos existiam vários cenários possíveis nos quais se constatava que as instituições europeias, muito embora optando pela forma regulamentar, acabavam por adotar verdadeiras decisões com destinatários expressamente, ainda que de modo implícito, designados. Determinante era que o ato litigioso afetasse o destinatário de forma direta e individual ou, se se

¹⁶⁷⁹ Cfr. acórdãos do TPI, CCE de VITTEL *vs.* COMISSÃO, de 27 de abril de 1995, proc. T-12/93, Col. 1995, pp. II-1247 e ss, n.º 36; UEAPME *vs.* CONSELHO, de 17 de junho de 1998, proc. T-135/96, Col. 1998, pp. II-2335 e ss, n.º 69.

¹⁶⁸⁰ Cfr. acórdãos UNICME e CALPAK, pré-citados; e n.º 8 do acórdão DEUTZ UND GELDERMAN *vs.* CONSELHO, também já mencionado.

¹⁶⁸¹ Cfr. despacho de 28 de março de 1996, caso KIK *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, proc. C-270/95 P, Col. 1996, pp. I-1989 e ss.

¹⁶⁸² Cfr. acórdão PIRAIKI-PATRAIKI e o. *vs.* COMISSÃO, de 17 de janeiro de 1985, proc. 11/82, Rec. 1985, pp. 207 e ss, n.º 31. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União..., cit.*, p. 532.

¹⁶⁸³ Acórdãos ZUCKERFABRICH, de 11 de julho de 1968, proc. 6/68, Col. 1968, pp. 874 e ss; DEUTZ UND GELDERMAN *vs.* CONSELHO, já citado, n.º 7. Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 440.

preferir, tivesse destinatários certos e expressamente determinados, tratando-se por isso e no fundo, ainda que cingido a uma parte do ato e/ou apenas relativamente a alguns dos seus destinatários, de uma decisão encapotada sob a forma de regulamento.

B) Relativamente ao significado do segmento "*...decisões que, embora tomadas sob a forma de (...) decisão dirigida a outra pessoa...*", o TJ clarificou que tal expressão referia-se a qualquer outro destinatário para além do recorrente, abrangendo indistintamente um simples particular ou um Estado membro¹⁶⁸⁴.

II. Âmbito das restrições com que os particulares se confrontaram até ao Tratado de Lisboa na impugnação de decisões de que não fossem destinatários e o contributo do Tribunal de Justiça

Os recursos de anulação interpostos por particulares contra decisões de que não fossem destinatários, independentemente de se tratar de "*decisões (...) tomadas sob a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa*", apresentavam, no quadro jurídico-institucional que vigorou até ao início da vigência do Tratado de Lisboa, um denominador comum que, relacionado com a tutela jurisdicional efetiva, radicava na imprescindibilidade do ato litigioso dizer *direta e individualmente* respeito ao recorrente. Tratava-se de dois requisitos cumulativos que, conexos com os pressupostos processuais da legitimidade e do interesse em agir dos particulares, acabavam por condicionar de forma amplamente restritiva os recursos de anulação por estes interpostos.

Perante o silêncio do Tratado de Roma sobre o significado de tais expressões coube à jurisprudência do TJ revelar o que por elas deveria ser entendido. E muito embora no citado acórdão PLAUMANN o Tribunal tivesse referido que "*as disposições do Tratado relativas ao direito de ação dos particulares não podem ser interpretadas restritivamente*"¹⁶⁸⁵, o certo é que a interpretação levada a cabo por aquela instituição foi de tal modo restritiva que as duas

¹⁶⁸⁴ Acórdão PLAUMANN vs. COMISSÃO, de 15 de julho de 1963, proc. 25/62, Col. 1962-1964, pp. 281 e ss. Um caso com origem em Portugal que ilustra um exemplo de decisões dirigidas a um Estado membro (o português) que, na verdade, diziam direta e individualmente respeito a um particular foi o que esteve na base do acórdão OLIVEIRA vs. COMISSÃO, de 07 de maio de 1991, proc. C-304/89, Col. 1991, pp. I-2308 e ss, n.ºs 12 e 13. A mesma contingência ocorreu no mencionado caso SIMMETHAL IV, n.ºs 25 e 26.

Diferente da situação aqui prevista é a de alguns sujeitos não serem destinatários de determinado ato e, não obstante, poderem impugná-lo. Por exemplo, uma empresa beneficiária de um auxílio individual visado numa decisão da Comissão, adotada ao abrigo do n.º 2 do artigo 108.º do TFUE (ex-artigo 88.º do TCE e ex-ex-artigo 93.º do TCEE), está legitimada a interpor recurso de anulação, inclusive quando a decisão seja dirigida a um Estado membro. Assim foi decidido no acórdão PHILIP MORRIS vs. COMISSÃO, de 17 de setembro de 1980, proc. 730/79, Rec. 1980, pp. 2671 e ss.

¹⁶⁸⁵ Vide p. 283. A este propósito Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 532, observa inclusive que se deve atender "*com intensidade crescente ao princípio da tutela jurisdicional efetiva e ao interesse de cidadania europeia na ampliação da possibilidade de os particulares promoverem a legalidade europeia*". Em sentido idêntico ver Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 447.

condições de admissibilidade do recurso de anulação se tornaram, na prática, quase impossíveis de preencher¹⁶⁸⁶. Recorde-se que este aspeto era um dos que melhor ilustrava o acesso amplamente restritivo com que os particulares se confrontavam (contingência que permanece ainda que em moldes menos acentuados) no acesso às jurisdições inseridas no TJUE.

Apesar de a ordem do surgimento dos dois requisitos, tal como constava do Tratado, fosse "*direta e individualmente*", o TJ entendia que em primeiro dever-se-ia analisar se o ato dizia individualmente respeito ao particular; somente após a verificação desta condição, analisar-se-ia se o ato também afetava diretamente a pessoa singular ou coletiva, isto porque se a decisão não dissesse individualmente respeito ao recorrente, seria inútil procurar saber se a mesma o atingia diretamente¹⁶⁸⁷. Começemos, por isso, por recordar o sentido da expressão "*individualmente*".

No aresto PLAUMANN o TJ, formulando uma jurisprudência que seria repisada em inúmeros acórdãos posteriores, exigiu que os recorrentes particulares fossem afetados pela decisão impugnada "*devido a certas qualidades que lhe são próprias ou a uma situação de facto que os caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim os individualiza de maneira análoga à do destinatário*"¹⁶⁸⁸. Portanto, exigia-se que a decisão tomada sob a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa atingisse o particular não apenas nos seus interesses legítimos, uma vez que tal situação também se verifica com os atos normativos, mas também em virtude de determinadas qualidades específicas ou devido a uma situação de facto que o individualizasse como se ele se tratasse do destinatário do ato.

A este propósito, FAUSTO DE QUADROS e Ricardo de GOUVÊA PINTO¹⁶⁸⁹ ensinam que era necessário que o recorrente fosse atingido na sua situação jurídica *pessoal* e não na sua situação *legal* ou *regulamentar*, isto é, o particular deveria ser afetado como se fosse o destinatário do ato ou visado nos seus direitos individuais. Segundo os autores, afigurava-se necessária a verificação de quatro requisitos para que o ato impugnado afetasse individualmente o recorrente; dois de natureza objetiva: a limitação do número de pessoas afetadas e a possibilidade de as individualizar; outros tantos de carácter subjetivo: o conhecimento dos

¹⁶⁸⁶ Cfr. Bruno de WITTE, *The Past and Future...*, cit., pp. 892 e 893. No citado aresto CNPFL o TJ, referindo-se às condições restritivas de interposição de recursos de anulação pelos particulares, também se ilibou de acusações que contra si pudessem ser dirigidas alertando que "*...não compete ao tribunal pronunciar-se sobre os méritos deste regime, que resulta claramente do texto em análise*" (p. 179). Com isto o Tribunal deslocava o centro de gravidade do problema da sua esfera para a dos Estados membros, a quem competia, através do seu poder de revisão dos Tratados, alterar o regime vigente.

¹⁶⁸⁷ Cfr. p. 283 do caso PLAUMANN.

¹⁶⁸⁸ Cfr. p. 284. No mesmo sentido, mais recentemente, acórdão NEDERLANDSE vs. CONSELHO, de 22 de novembro de 2001, proc. C-452/98, Col. 2001, pp. I-8973 e ss, n.º 60. Uma extensa lista de outros arestos do TJ nos quais este entendimento foi retomado pode ver-se em João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, Vol. II, cit., p. 598. Vide o artigo de Laurence W. GORMLEY, *Judicial Review: Advice for the Deaf?*, in *Fordham Int'l LJ*, 2005 (Vol. 29; n.º 4), pp. 655 e ss; ver também Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, cit., pp. 76 e ss.

¹⁶⁸⁹ Cfr. *Os casos Portugueses*, in Coleção Divulgação do Direito Comunitário. Colectânea Anotada de Jurisprudência Comunitária; 1995 (n.º 19), p. 28.

interessados pela instituição autora do ato e a tomada em consideração dos pressupostos anteriores aquando da prática da medida em causa.

Fruto daquela interpretação restritiva, em vários arestos o TJ entendeu não se encontrar verificada tal exigência. Designadamente, no caso *ABERTAL vs. COMISSÃO*¹⁶⁹⁰, o Tribunal referiu que a disposição regulamentar impugnada "*longe de afectar as recorrentes devido a certas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de facto que as caracteriza em relação a qualquer outro operador, tem por destinatárias, em termos gerais e abstractos, categorias indeterminadas de pessoas e aplica-se a situações determinadas objectivamente. Com efeito, o regulamento impugnado não visa especificamente as recorrentes, mas apenas lhes diz respeito na sua qualidade objectiva de organizações de produtores do sector em causa, ao mesmo título que qualquer outro operador económico que se encontre, actual ou potencialmente, numa situação idêntica*".

Quanto ao alcance da locução "*diretamente*", recordando que a necessidade de indagação do preenchimento da mesma pressupõe a verificação do requisito anterior, pelo TJ foi enunciado que uma decisão dirigida a outra pessoa ou tomada sob a forma de regulamento diz diretamente respeito ao recorrente se e quando "*a medida comunitária em causa produza efeitos diretos na situação jurídica do particular e que não deixe qualquer poder de apreciação aos destinatários dessa medida encarregados da sua implementação, já que esta é de carácter puramente automático e decorre apenas da regulamentação comunitária, sem aplicação de outras regras intermediárias*"¹⁶⁹¹. Dois elementos relacionados com a execução do ato impugnado avultam nesta passagem: a automaticidade da mesma e a sua decorrência unicamente da regulamentação comunitária¹⁶⁹².

Portanto, para que se verifique a afetação direta do particular é necessário, por um lado, que o ato das instituições europeias não careça de medidas estaduais de execução, no exercício das quais os Estados membros, enquanto destinatários incumbidos da aplicação do referido ato, socorrer-se-iam de poderes discricionários¹⁶⁹³. Importa assim determinar se os Estados, enquanto aplicadores da medida da União, dispõem ou não de margem de apreciação nas medidas nacionais de execução que adotam. Se nessa função não ocorre intervenção da sua vontade, limitando-se os Estados membros a cumprir uma tarefa em que foram investidos pela UE, isto é, atuando como "autoridade de administração europeia indireta", deve-se reconhecer que o

¹⁶⁹⁰ Cfr. acórdão de 15 de junho de 1993, proc. C-213/91, Col. 1993, pp. I-3196 e ss, n.ºs 19 e 20.

¹⁶⁹¹ Cfr. entre outros, acórdão *INTERNATIONAL FRUIT COMPANY vs. COMISSÃO*, já citado, n.ºs 23 a 29. Uma extensa lista de arestos jurisprudenciais onde esta orientação foi seguida pode ler-se no n.º 43 do acórdão *DREYFUS vs. COMISSÃO*, também já citado. Ver também o acórdão do TPI, caso *REGIONE SICILIANA vs. COMISSÃO*, de 18 de outubro de 2005, proc. T-60/03, Col. 2005, pp. II-4139 e ss, n.ºs 45, 46 e 48.

¹⁶⁹² Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, pp. 447 e 448; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, cit., pp. 74 e 75.

¹⁶⁹³ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ricardo de GOUVÊA PINTO, *op. cit.*, p. 28.

particular é afetado diretamente pelo ato da instituição¹⁶⁹⁴. Desta forma, acaba por ser o exercício do poder discricionário estadual a impedir que o particular seja diretamente afetado pela decisão.

Por outro lado, o ato da União não poderá depender de medidas europeias complementares para que se encontre em condições de produzir efeitos na esfera jurídica dos recorrentes.

A exigência de o ato dizer diretamente respeito ao particular-recorrente significa, em suma, que um ato da UE tem, *por ele próprio*, o efeito *imediato* de afetar a situação jurídica do particular, isto é, de regê-la diretamente¹⁶⁹⁵. Nas palavras de João MOTA DE CAMPOS a afetação direta do particular ocorrerá "*se tal decisão tiver, por si própria, por efeito imediato privá-lo de um direito ou impor-lhe uma obrigação...*"¹⁶⁹⁶. O fator determinante consiste, portanto, na existência de uma relação causal direta entre o ato e o particular.

Em resumo, no quadro jurídico-institucional previsto no Tratado de Roma vigente até ao início da produção de efeitos pelo Tratado de Lisboa, a interpretação amplamente restritiva que o TJ fez relativamente às expressões "*directa e individualmente*" constantes do segundo parágrafo e ulterior quarto parágrafo do artigo 173.º e posterior artigo 230.º do TCE, justificou uma escassa admissibilidade, tanto pelo TJ como pelo TPI, de recursos de anulação interpostos por particulares e destinados a impugnar decisões tomadas sobre a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa¹⁶⁹⁷. Ainda assim, o TJ não deixou de descortinar determinadas vicissitudes que permitiram apontar alguma conexão entre o particular-recorrente e o ato litigioso, as quais serviram de justificação para que este fosse legitimamente impugnado por aquele, tendo o Tribunal admitido tais recursos de anulação. Tais situações desviantes não abalaram, contudo, a posição de princípio primeiramente extraída.

III. Crítica ao regime que vigorou até ao Tratado de Lisboa e contribuição para as alterações ocorridas por força deste

Se numa das frases do acórdão PLAUMANN o Tribunal enunciou que "*as disposições do Tratado relativas ao direito de acção dos particulares não podem ser interpretadas restritivamente*", o certo é que tal instituição jurisdicional propalou e colocou em prática uma doutrina inversa à que anunciara, com consequências ao nível da tutela jurisdicional efetiva que era relegada para um plano secundário. No *Relatório relativo a determinados aspetos sobre a*

¹⁶⁹⁴ Cfr. as conclusões apresentadas pelo Advogado-geral GAND no caso GETREIDE IMPORT, que deu origem ao acórdão de 1 de abril de 1965, proc. 38/64, Rec. 1965, pp. 264 e ss (conclusões nas pp. 274 e 275); n.º 59 do acórdão do TPI, caso REGIONE SICILIANA vs. COMISSÃO, já citado.

¹⁶⁹⁵ Ver os seguintes acórdãos do TJ, todos com recorrentes portugueses: INTERHOTEL vs. COMISSÃO, de 7 de maio de 1991, proc. C-291/89, Col. 1991, pp. I-2276 e ss; OLIVEIRA vs. COMISSÃO, já citado; e INFORTEC vs. COMISSÃO, de 4 de junho de 1992, proc. C-157/90, Col. 1992, pp. I-3550 e ss.

¹⁶⁹⁶ Cfr. *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 598.

¹⁶⁹⁷ Cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, *cit.*, p. 158.

aplicação do Tratado da União Europeia, de 1995, o TJ inclusivamente questionou a compatibilidade dos recursos de anulação que os particulares podiam interpor com o princípio da tutela jurisdicional efetiva devido a possíveis violações dos seus direitos fundamentais decorrentes do exercício da atividade sobretudo legislativa (mas também regulamentar e administrativa) pelas instituições europeias. O Tribunal, contudo, não alterou a sua posição. A favor da posição assumida por ele existia a letra e, na respetiva ótica, o próprio espírito do artigo 230.º, em especial do quarto parágrafo, do TCE. Acresce que o TJ desde sempre ressalvara que uma alteração ao sistema instituído apenas seria possível através do cunho dos Estados membros a efetuar no contexto de um processo de revisão do Tratado ao abrigo dos termos do artigo 48.º do TUE¹⁶⁹⁸.

Não obstante, no caso *UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES*, levado à jurisdição do TJ em sede de impugnação de um despacho do TPI que julgou manifestamente inadmissível o recurso de anulação instaurado contra um regulamento do Conselho por entender que a recorrente particular não era individualmente afetada por ele, o Advogado-geral F. G. JACOBS teceu duras críticas à jurisprudência consolidada sobre a matéria¹⁶⁹⁹. Essa apreciação foi de encontro à pretensão da recorrente em ver admitido o recurso de anulação que interpôs contra um "verdadeiro" regulamento, isto é, um ato normativo ou de carácter geral¹⁷⁰⁰.

Segundo a associação recorrente, a tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental decorrente da ordem jurídica comunitária implicaria que, inexistindo uma via processual de direito interno que lhe permitisse impugnar nos tribunais nacionais a validade do regulamento litigioso, o recurso anulatório por si proposto deveria ser admitido e objeto de subsequente decisão de mérito¹⁷⁰¹. JACOBS colocou a questão de princípio inerente ao litígio da seguinte forma: "*saber se se deve reconhecer legitimidade a uma pessoa singular ou colectiva (a seguir «particular») que seja directa, mas não individualmente afectada pelas disposições de um regulamento, na acepção do quarto parágrafo do artigo 230.º CE, tal como é interpretado pela jurisprudência, quando, de outro modo, lhe seja negada uma tutela jurisdicional efetiva devido à*

¹⁶⁹⁸ Afigura-se lapidar a conclusão extraída pelo TPI no citado aresto *PHILIP MORRIS e o. vs. COMISSÃO* (n.º 124) segundo a qual "...não compete ao juiz comunitário substituir-se ao poder constituinte comunitário para proceder à alteração do sistema de vias de recurso e de procedimentos estabelecido pelo Tratado".

¹⁶⁹⁹ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 536.

¹⁷⁰⁰ Na ótica desta, uma vez que o regulamento comunitário impugnado [o Regulamento (CE) n.º 1638/98, do Conselho] não dependia de legislação nacional de execução nem dava origem a atos da autoria das autoridades espanholas, a recorrente não dispunha, no sistema jurídico espanhol, da possibilidade de pedir a anulação de um ato nacional relativo às disposições do referido regulamento, de forma que um reenvio prejudicial para apreciação da validade dessas disposições estava excluído. Por outro lado, nem a recorrente nem os seus associados podiam sequer violar tais disposições para, seguidamente, contestarem a validade da sanção que, eventualmente, lhes seria aplicada. Inexistindo, portanto, uma via nacional de recurso, o recurso de anulação por si interposto deveria ser admitido ao abrigo do quarto parágrafo do artigo 173.º do TCE.

¹⁷⁰¹ Este argumento já tinha sido utilizado no caso *GREENPEACE e o. vs. COMISSÃO*, proc. C-321/95 P, embora não merecendo acolhimento da parte do TJ no acórdão que proferiu em 2 de abril de 1998, Col. 1998, pp. I-1702 e ss.

dificuldade de impugnar o regulamento indirectamente através de um processo perante os órgãos jurisdicionais nacionais" como, aliás, a recorrente pretendia fazer valer em juízo, "ou se a legitimidade prevista no quarto parágrafo do artigo 230.º CE deve ser determinada independentemente da disponibilidade de tal impugnação indirecta".

Sem reconhecer razão à recorrente, a resposta que o Advogado-geral deu a tal questão foi no sentido de que "a legitimidade deve, efectivamente, ser determinada de forma independente". Porém, de imediato também acrescentou que "...além disso, a única solução que faculta uma tutela jurisdicional adequada é a alteração da jurisprudência relativa à afectação individual"¹⁷⁰².

Para justificar esta afirmação F. G. JACOBS invocou dois argumentos que questionaram uma jurisprudência consolidada ao longo de quatro décadas. Por um lado, um eventual recurso dos particulares aos tribunais nacionais e com ele o despoletar de um processo de reenvio prejudicial perante o TJ, nos termos do então artigo 234.º do TCE, estaria prejudicado pela inexistência de medidas de execução que pudessem servir de base a uma ação perante os órgãos jurisdicionais nacionais¹⁷⁰³. Por outro lado, o facto de um particular afetado por uma medida comunitária ter a possibilidade de suscitar a questão da apreciação da validade da mesma nos tribunais nacionais, violando previamente as normas que serviram de base à referida medida e invocando a ilegalidade dessas disposições como meio de defesa num processo judicial contra ele diretamente dirigido, não lhe conferiria uma via adequada de tutela jurisdicional¹⁷⁰⁴; acrescia que a tutela cautelar contra atos inválidos das instituições europeias seria mais adequada se pudesse valer em toda a UE em vez de se cingir ao Estado membro onde foi impugnado o ato de execução.

Ainda segundo JACOBS, que entrou em clara rutura com a jurisprudência iniciada no acórdão PLAUMANN, inexistiam razões imperiosas para entender que o conceito de pessoa a quem um ato diz individualmente respeito, na aceção do quarto parágrafo do artigo 203.º do TCE, pressupunha que o particular que pretendesse impugnar uma medida de carácter geral deveria ser individualizado de modo análogo ao de um destinatário¹⁷⁰⁵. A tutela jurisdicional

¹⁷⁰² Cfr. pontos 3 e 4 das conclusões que apresentou em 21 de março de 2002, disponíveis in Col. 2002, pp. I-6681 e ss.

¹⁷⁰³ Acresce que o reenvio prejudicial acaba por ser totalmente alheio à vontade das partes, como aliás veremos.

¹⁷⁰⁴ Cfr. ponto 43 das conclusões, que, lapidarmente, concluiu da seguinte forma: "*Não pode, manifestamente, pedir-se aos particulares que violem a lei para obterem o acesso à justiça*". JACOBS respondia assim à argumentação defendida pela Comissão que, em apoio à posição do Conselho no sentido da inadmissibilidade do recurso de anulação interposto pelo particular, entendia que os regulamentos, como atos obrigatórios, produzem diretamente direitos e obrigações na esfera dos administrados, de forma que qualquer violação das suas disposições pode ser invocada perante os órgãos jurisdicionais nacionais; uma vez seguida a via jurisdicional, nada impedia o particular de invocar todas as normas de direito comunitário e de solicitar, se necessário, um reenvio prejudicial sobre a interpretação ou a validade do ato contestado. Ver também o artigo de Laurence W. GORMLEY, *op. cit.*, pp. 667 e ss.

¹⁷⁰⁵ Cfr. ponto 49 das conclusões.

efetiva impunha uma alteração ao regime vigente relativo à impugnação dos regulamentos, a começar pelo critério da individualização do particular, o qual deveria passar a ser o do *impacto relevante contrário aos interesses do particular*, devendo as questões de mérito prevalecer sobre critérios restritos relativos à legitimidade processual ativa.

Esta argumentação, contudo, não mereceu acolhimento uma vez que o TJ não deu provimento ao recurso e confirmou a decisão recorrida do TPI no sentido de julgar o recurso de anulação manifestamente inadmissível.

Segundo o TJ a questão principal suscitada no caso consistia em saber "*se a recorrente, enquanto representante dos interesses dos seus membros, pode todavia*¹⁷⁰⁶ *ser admitida a interpor, ao abrigo do artigo 173.º, quarto parágrafo, do Tratado, um recurso de anulação do regulamento impugnado, pelo simples motivo de o direito a uma tutela jurisdicional efetiva o exigir, tendo em consideração a alegada inexistência de qualquer via de recurso nos órgãos jurisdicionais nacionais*"¹⁷⁰⁷. O Tribunal entendeu que não, uma vez que uma resposta afirmativa implicaria que ele examinasse e interpretasse, em cada caso concreto, o direito processual nacional aplicável, matéria que se situa fora das suas competências enquanto guardião da legalidade dos atos comunitários.

Contudo e embora concluindo que os particulares apenas podiam interpor recursos de anulação contra regulamentos que lhes dissessem direta e individualmente respeito, o referido órgão deu um salto qualitativo ao reconhecer que a segunda condição deveria ser interpretada "*a luz do princípio de uma tutela jurisdicional efetiva tendo em conta as diversas circunstâncias susceptíveis de individualizar um recorrente*", não deixando de ressaltar, porém, que tal interpretação não o poderia "*levar a afastar a condição em causa, expressamente prevista pelo Tratado, sem exorbitar as competências por este atribuídas aos órgãos jurisdicionais comunitários*"¹⁷⁰⁸. O TJ concluiu da mesma forma que o TPI e remeteu uma eventual e futura alteração ao regime vigente relativo à impugnação pelos particulares da legalidade dos atos de carácter geral para a competência dos Estados membros no quadro do processo de reforma dos Tratados.

A flexibilidade demonstrada pelo TJ, ainda que sem infletir a sua posição de princípio, teve repercussões ao nível do acórdão proferido pelo TPI no caso JÉGO-QUÉRÉ, no qual este órgão, aderindo em parte à nevrálgica argumentação esgrimida por JACOBS no pleito UNIÓN DE

¹⁷⁰⁶ Isto porque a recorrente não contestara a avaliação feita pelo TPI no sentido de que o regulamento impugnado tinha carácter geral; tal como os seus interesses próprios não eram afetados pelo referido ato; nem que os seus membros não eram atingidos pelo dito regulamento em virtude de certas qualidades específicas ou de uma situação de facto que os caracterizava em relação a qualquer outra pessoa (respetivamente n.ºs 44, 56 e 50 do despacho recorrido).

¹⁷⁰⁷ Cfr. n.º 33.

¹⁷⁰⁸ Cfr. n.º 44.

PEQUEÑOS AGRICULTORES, admitiu pela primeira vez liminarmente um recurso de anulação interposto por um particular contra um regulamento, portanto, contra um ato de alcance geral. O Tribunal justificou a inversão do consolidado sentido jurisprudencial anterior na necessidade de se **garantir aos particulares uma tutela jurisdicional efetiva da legalidade comunitária quando esta afeta diretamente os seus direitos e interesses.**

O TPI começou enquadrar o caso JÉGO-QUÉRÉ na temática da tutela jurisdicional efetiva. No considerando 41 da fundamentação o Tribunal recordou os considerandos 23 da jurisprudência OS VERDES vs. PE e 18 da jurisprudência JOHNSTON, segundo os quais "*o próprio Tribunal de Justiça afirmou que o acesso à tutela jurisdicional é um dos elementos constitutivos duma Comunidade de direito e que o mesmo é garantido na ordem jurídica fundada no Tratado CE pelo facto de este estabelecer um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos actos das Instituições*", fundamentando "*o direito ao recurso efectivo para um órgão jurisdicional competente nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e nos artigos 6.º e 13.º da CEDH*". No considerando 42 acrescentou que "*o direito a um recurso efectivo que tem qualquer pessoa cujos direitos e liberdades garantidas pelo direito da União foram violados foi, além disso, reafirmado pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclamada em 7 de Dezembro de 2000 em Nice*".

Seguidamente o Tribunal colocou a questão relativa à inadmissibilidade do recurso de anulação da seguinte forma: "*Deve, pois, examinar-se se, num caso como o presente, no âmbito do qual a legalidade das disposições de carácter geral que dizem directamente respeito à situação jurídica de um particular é contestada por este, a inadmissibilidade do recurso de anulação priva a recorrente do direito a recurso efectivo*".

Na resposta o TPI começou por referir que o Tratado de Roma prevê, além do recurso de anulação, mais duas vias processuais que permitem aos particulares dirigirem-se aos tribunais comunitários, os únicos competentes para declarar a nulidade de disposições europeias: o recurso aos órgãos jurisdicionais nacionais pressupondo que estes questionem o TJ no quadro do reenvio prejudicial; e a ação de responsabilidade extracontratual da CE¹⁷⁰⁹.

De seguida explicou a insuficiência de ambas. Relativamente à primeira, o TPI destacou a inexistência, no caso *sub judice*, de medidas internas de execução do regulamento que pudessem servir de base a uma eventual ação a instaurar nos tribunais nacionais, acrescentando que "*o facto de um particular afectado por uma medida comunitária ter a possibilidade de levar a validade da medida comunitária à apreciação dos órgãos jurisdicionais nacionais, violando as normas estabelecidas pela medida e invocando a ilegalidade de tais normas como defesa num*

¹⁷⁰⁹ Vide n.º 44.

processo judicial contra ele directamente dirigido, não lhe confere uma via adequada de tutela jurisdicional. Com efeito, não pode pedir-se aos particulares que violem a lei para obterem o acesso à justiça"¹⁷¹⁰. Quanto à segunda, o Tribunal reconheceu que ela não proporcionava, num caso como o vertente, uma solução satisfatória dos interesses dos particulares uma vez que a ação de responsabilidade civil extracontratual proposta contra a CE não permite conduzir ao afastamento da ordem jurídica comunitária de um ato mesmo que considerado inválido; por outro lado, tendo por pressuposto a existência de um dano direto causado pela aplicação do ato controvertido, esta ação está sujeita a condições de admissibilidade e de mérito diferentes das que regem o recurso de anulação e não coloca, portanto, o órgão jurisdicional comunitário em condições de exercer, em toda a sua dimensão, a fiscalização da legalidade que o mesmo tem por missão efetuar¹⁷¹¹.

Após esta argumentação, o Tribunal concluiu que nem o reenvio prejudicial nem a ação de indemnização contra a CE garantiam "*à luz dos artigos 6.º e 13.º da CEDH e do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais*" aos particulares uma tutela jurisdicional efetiva que lhes permitisse contestar a legalidade de disposições comunitárias de carácter geral que afetassem diretamente a sua situação jurídica. Contudo, o TPI não deixou de referir que esta circunstância não legitimava uma alteração ao sistema de vias de recurso e de processos estabelecido pelo TCE destinado a confiar aos tribunais organicamente comunitários a fiscalização da legalidade dos atos das instituições; mais: igualmente obstava a que tais órgãos jurisdicionais pudessem declarar admissível um recurso de anulação interposto por um particular sem o preenchimento das condições exigidas pelo quarto parágrafo do artigo 230.º do TCE¹⁷¹².

Se no considerando 49 do aresto é visível a adesão às conclusões que o Advogado-geral JACOBS apresentou no caso UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES, seguidamente o Tribunal alertou para a necessidade de "*repensar a interpretação estrita, até agora feita, do conceito de pessoa a quem um acto diz individualmente respeito na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE*", para posteriormente justificar a admissibilidade, com vista à tomada da decisão de mérito, do recurso de anulação interposto pela recorrente particular contra um regulamento comunitário nos seguintes termos: "*À luz do que fica exposto, e 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*

¹⁷¹⁰ Cfr. n.º 45, onde aderiu expressamente às conclusões do Advogado-geral JACOBS proferidas no caso UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES, concretamente ao ponto 43 das mesmas.

¹⁷¹¹ Cfr. n.º 46.

¹⁷¹² Cfr. n.º 48, no qual o TPI remeteu para o n.º 37 do mencionado despacho proferido pelo Presidente do TJ no caso FCPG e o. vs. CONSELHO, onde se confirmou que os recursos de anulação interpostos pelos particulares contra regulamentos apenas eram admissíveis no quadro do quarto parágrafo do artigo 230.º do TCE, ou seja, se o recorrente demonstrasse que o ato lhe dizia direta e individualmente respeito.

*lhe diz individualmente respeito se a disposição em 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 ou susceptíveis de o ser não são, a este respeito, considerações pertinentes. Neste caso concreto, são efectivamente impostas obrigações à sociedade Jégo-Quéré pelas disposições impugnadas. Com efeito, a recorrente, cujos navios estão abrangidos pelo âmbito de aplicação do regulamento, exerce actividades de pesca numa das zonas em que as actividades de pesca estão submetidas, pelas disposições impugnadas, a obrigações precisas respeitantes à malhagem das redes a utilizar. Daí resulta que as disposições impugnadas dizem individualmente respeito à recorrente"*¹⁷¹³.

Não obstante o inovador labor argumentativo do TPI, deve-se referir que a sua decisão viria a ser objeto de anulação pelo TJ que, aderindo grosso modo à argumentação cerzida no acórdão UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES ainda que introduzindo um ou outro elemento novo¹⁷¹⁴, considerou que aquele havia excedido as suas competências e desvirtuado a condição, exigida pelo quarto parágrafo do artigo 230.º do TCE, relativa ao carácter individual do ato impugnado, aspeto onde consubstanciou um erro de direito e, em consequência, razão para o recurso proceder¹⁷¹⁵.

IV. Os contributos do Tratado de Lisboa

Com o Tratado de Lisboa os Estados membros tentaram, de alguma forma, atenuar um aspeto há muito qualificado por vários setores de "*séria lacuna no sistema de vias de recurso estabelecido no Tratado*"¹⁷¹⁶, sobretudo em virtude do requisito, antes constante do quarto parágrafo do artigo 230.º do TCE e exigido para a admissibilidade dos recursos de anulação interpostos pelos particulares, relativo à afetação *individual* destes pelos chamados "falsos" regulamentos, isto é, atos que apesar de adotados sob a forma regulamentar materialmente consubstanciam verdadeiras decisões dada a ausência, ainda que parcialmente, de carácter geral.

¹⁷¹³ Cfr. n.ºs 51 a 53. Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 451 e 452.

¹⁷¹⁴ No n.º 35 o TJ acrescentou que "*...não se pode excluir que um sistema jurídico nacional permita que um particular, a quem um acto normativo geral de direito interno diga respeito, acto esse que não pode ser directamente impugnado nos tribunais, solicite às autoridades nacionais uma medida relacionada com o referido acto, que possa ser posta em causa no órgão jurisdicional nacional, por forma a que esse particular possa impugnar indirectamente o acto em questão. Também não se pode excluir que um sistema jurídico nacional permita que um operador, a quem o Regulamento n.º 1162/2001 diga directamente respeito, solicite às autoridades nacionais um acto relacionado com este regulamento, que possa ser posto em causa no órgão jurisdicional nacional, por forma a permitir a esse operador impugnar indirectamente o regulamento em questão*".

¹⁷¹⁵ Cfr. n.ºs 36 a 39.

¹⁷¹⁶ Cfr. JACOBS nas conclusões que apresentou no citado caso UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO, p. I-6682.

A) O primeiro aspeto a destacar prende-se com a reformulação do quarto parágrafo do atual 263.º do TFUE, o qual apresenta uma redação renovada atribuída pelo novo tratado. De acordo com o texto atualmente em vigor "*Qualquer pessoa singular ou colectiva pode interpor, nas condições previstas nos primeiro e segundo parágrafos, recursos contra os actos de que seja destinatária ou que lhe digam directa e individualmente respeito, bem como contra actos regulamentares que lhe digam directamente respeito e não necessitem de medidas de execução*".

Face à composição precedente são visíveis aqui, antes de mais, duas alterações. Por um lado, a expressão "*decisões*" surge substituída pelo termo "*atos*", o que à partida inculca uma maior abrangência do objeto do recurso de anulação. Abandonou-se portanto a configuração tradicional segundo a qual os atos que afetavam direta e individualmente o recorrente particular, não sendo este o respetivo destinatário¹⁷¹⁷, surgiam, formal ou materialmente, sob a forma de decisões. Por outro lado, a necessidade de os recorrentes particulares serem direta e individualmente afetados pelos atos impugnados, ressalvados aqueles de que sejam destinatários, mantendo-se para a generalidade dos atos, sofreu uma importante remodelação parcial no que tange aos agora chamados "*atos regulamentares*".

Assim, o objeto dos recursos de anulação que as pessoas singulares ou coletivas estão legitimadas a interpor continua a poder ser dividido em três categorias: em primeiro lugar, temos os atos de que o recorrente particular seja destinatário; seguidamente, surgem aqueles que lhe dizem direta e individualmente respeito; enfim e empregando a nova terminologia, emergem os atos regulamentares que dizem diretamente respeito ao particular e não necessitam de medidas de execução¹⁷¹⁸.

A primeira modificação operada ao quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE prende-se, já o dissemos, com a tipologia dos atos impugnáveis, os quais até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa giravam em torno do paradigma do "ato-decisão". Com o novo tratado tal paradigma foi alterado substituindo-se, nos atos impugnáveis pelos recorrentes ordinários, as "*decisões*" pelo "*atos*", formulação que inclui também designadamente as diretivas e os atos atípicos; na verdade, a decisão é uma espécie do género ato, pelo que a substituição daquela por este confere maior abertura aos atos recorríveis¹⁷¹⁹. A alteração, contudo, parece ser mais aparente do que real, na medida em que os atos que uma pessoa singular ou coletiva pretenda impugnar acabam por ser, formal ou materialmente, decisões. Na linha de uma orientação já seguida, o que o legislador terá querido dizer foi que a forma escolhida para a adoção do ato litigioso é irrelevante; o que avulta

¹⁷¹⁷ Tanto os referidos "falsos regulamentos", ou seja, "verdadeiras decisões" adotadas sob a forma regulamentar, como as decisões dirigidas a outra pessoa.

¹⁷¹⁸ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, pp. 445 e 446, que entende serem quatro as categorias de atos recorríveis, observando ainda que não se encontram abrangidos pela letra do normativo os atos dirigidos a outras pessoas que digam diretamente respeito ao recorrente particular.

¹⁷¹⁹ Cfr. Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, pp. 518 e 519.

é o seu carácter vinculativo, definitivo e a finalidade de produzir efeitos jurídicos em relação ao recorrente.

Por outro lado, na primeira parte do quarto parágrafo do artigo 263.º exige-se que o recorrente particular seja o destinatário do ato controvertido; em causa estão atos sem carácter normativo, isto é, desprovidos de generalidade e abstracção; o mesmo é dizer atos individuais e concretos. Imagine-se, por exemplo, uma decisão da Comissão de aplicar uma sanção pecuniária a uma empresa ou a várias empresas respetivamente pela exploração abusiva de posição dominante prevista no artigo 102.º do TFUE ou pela celebração de acordos restritivos da concorrência proibidos pelo artigo 101.º do mesmo Tratado. Naturalmente, poderão os destinatários de tais atos querer impugná-los, sendo permitido aos mesmos surgirem no processo isoladamente ou, contando que o ato litigioso diga respeito a todos, numa situação de litisconsórcio ativo.

O segmento intermédio da norma prevê a possibilidade de um particular impugnar um ato de que não é destinatário se o mesmo lhe disser direta e individualmente respeito; desapareceu a exigência de o ato litigioso ser adotado sob a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa¹⁷²⁰. No fundo, trata-se aqui de atos que têm como destinatário direto um Estado membro, mas que acabam por afetar direta e individualmente um determinado particular. Por exemplo, várias empresas portuguesas depararam-se com decisões da Comissão que muito embora fossem dirigidas ao Estado Português, mas sem que este dispusesse de qualquer poder de apreciação próprio, diziam direta e individualmente respeito àquelas, já que o seu conteúdo foi no sentido de lhes recusar o pagamento de quantias pecuniárias de financiamento de ações de formação e orientação profissional ao abrigo do Fundo Social Europeu¹⁷²¹.

O última parte do novo quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE debruça-se sobre a impugnação daquilo que aí se designa, muito embora sem que se forneça ao intérprete o respetivo conceito, de "*actos regulamentares*" que digam diretamente respeito ao recorrente e não careçam de medidas de execução, isto é, sejam "*auto-suficientes*"¹⁷²².

É precisamente em relação à impugnação destes "novos" atos regulamentares que são visíveis as maiores alterações à aludida disposição, pelo que e antes de mais, importa saber o que se deve entender por essa "nova" tipologia de atos. Note-se nomeadamente que, ao invés do que sucede com o artigo 288.º do TFUE, a norma *sub judice* fala em *atos regulamentares* e não em

¹⁷²⁰ A este título Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 533 prevê a possibilidade de os particulares quererem, através da via anulatória, impugnar diretivas, as quais têm os Estados membros por destinatários. Em sentido idêntico, Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 933.

¹⁷²¹ Cfr. entre vários casos, o que deu origem ao acórdão OLIVEIRA vs. COMISSÃO, já citado, n.º 13. Ver também os exemplos alusivos à matéria dos auxílios de Estado fornecidos por Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 527 e 528.

¹⁷²² Assim Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 445.

regulamentos, sendo legítimo questionar se aqueles se trata, ou não, de todos os regulamentos na aceção do referido artigo 288.º, naturalmente pressupondo que os mesmos dizem diretamente respeito ao recorrente e não necessitam de medidas de execução.

Miguel GORJÃO-HENRIQUES¹⁷²³ e Sofia OLIVEIRA PAIS¹⁷²⁴ questionam precisamente se os regulamentos que consubstanciam atos legislativos estão abrangidos por esta disposição. Já para Nadezda SISKOVA¹⁷²⁵ o fito da nova redação é permitir aos particulares uma impugnação direta dos atos gerais em vez de aguardarem por uma defesa por exceção, permanecendo, porém, a dúvida de saber se o mesmo tem em vista todos os tipos de regulamentos.

Jónatas MACHADO parece entender que tal norma tem por escopo todos os regulamentos, posição que indubitavelmente melhor assegura a tutela jurisdicional efetiva, com a qual, aliás, o autor justifica a sua posição¹⁷²⁶. Com a devida vénia que o nosso Mestre nos merece, entendemos que a interpretação da nova redação do quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE deve ser outra.

Se, por um lado, como nota Maria Luísa DUARTE¹⁷²⁷, os artigos 289.º e seguintes do TFUE contrapõem, na nova tipologia dos atos jurídicos da UE, os atos legislativos aos atos não legislativos (artigo 290.º, n.º 1), estes últimos podendo ser delegados (artigo 290.º, n.ºs 2 e 3) ou de execução (artigo 291.º, n.ºs 2 a 4), no entanto, sem se referirem aos atos regulamentares¹⁷²⁸; por outro lado, do cotejo entre o primeiro e o quarto parágrafos do artigo 263.º do TFUE surge a contraposição entre atos legislativos, mencionados naquele, e atos regulamentares, referidos neste¹⁷²⁹. Assim e pressupondo que o ato regulamentar não carece de medidas de execução, parece-nos que não serão todos os regulamentos que estão subjacentes à parte final do quarto

¹⁷²³ Cfr. *Direito da União*, cit., p. 446, nota de rodapé 1176, e p. 453.

¹⁷²⁴ Ver *Assimetrias no contencioso da União Europeia depois de Lisboa*, in *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra, 2012, p. 90, nota de rodapé 200; *A proteção dos particulares no âmbito do recurso de anulação depois de Lisboa. Breves reflexões*, in *idem*, pp. 97 e ss.

¹⁷²⁵ Cfr. *Treaty of Lisbon and Charter of Fundamental Rights of the EU: future prospects*, in *Temas da Integração*, 2008 (n.º 26), pp. 15 e 16.

¹⁷²⁶ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 538. Na síntese do autor, "A impugnação de normas de alcance geral deixou de estar vinculada apenas a uma dogmática jurídico-administrativa de impugnação de atos administrativos individuais e gerais, para se deixar permear por uma dogmática mais de direito constitucional, centrada no princípio da tutela jurisdicional efetiva". Em sentido idêntico Stephan BALTHASAR, *Locus Standi Rules for Challenges to Regulatory Acts by Private Applicants: the New Article 263(4) TFEU*, in *ELR*, 2010 (Vol. 35; n.º 4), pp. 546 e 547; e Koen LENAERTS e Nathan CAMBIEN, *Regions and the European Court: Giving Shape to the Regional Dimension of the Member States*, in *ELR*, 2010 (Vol. 35; n.º 5), pp. 616 e 617.

¹⁷²⁷ Cfr. *A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais - A chancela do Tratado de Lisboa*, in *Estudos...*, cit., p. 108, nota de rodapé 32. No mesmo sentido Jean-Luc SAURON, *Comprendre...*, cit., p. 90.

¹⁷²⁸ Assim também Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 520.

¹⁷²⁹ Ainda que elaborado a propósito de uma classificação dos atos jurídicos (legislativos e não legislativos) da UE que seria introduzida pelo abandonado TeCE, na qual avultava o surgimento da "lei europeia" em substituição do tradicional regulamento comunitário, relegando este para a categoria dos atos normativos de natureza não legislativa, bem como da "lei-quadro europeia" modificando a clássica diretiva, vide o artigo de Koen LENAERTS e Marlies DESOMER, *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures*, in *ELJ*, 2005 (Vol. 11; n.º 6), pp. 744 e ss.

parágrafo do artigo 263.º, **estando excluídos os regulamentos que sejam atos legislativos**¹⁷³⁰, isto é, que correspondam ao que o Advogado-geral JACOBS qualificou de "*atividade legislativa de base*"¹⁷³¹ da União. Pela positiva, dos vários tipos de regulamentos com que o particular se pode deparar estarão em causa os **regulamentos de execução** e os **regulamentos delegados**, os quais, assumindo natureza administrativa¹⁷³², são da autoria da Comissão. Um dos domínios propícios à adoção destes tipos de regulamentos é o relativo à proteção da concorrência com base jurídica nos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Maria Luísa DUARTE parece ir mais longe já que segundo ela "*...por apelo ao princípio do efeito útil que garanta o mais amplo controlo de legalidade dos atos, a expressão «actos regulamentares» do artigo 263.º, parágrafo quarto, TFUE, deve ser interpretada no sentido de abranger qualquer ato não legislativo da União, susceptível de impugnação nos termos do n.º 1, primeiro parágrafo, do artigo 263.º TFUE*"¹⁷³³.

Seja como for, por contraposição aos atos legislativos, mantém-se a exigência de o ato regulamentar dizer diretamente respeito ao particular, tendo desaparecido a necessidade de afetação deste de forma individual¹⁷³⁴. Esta alteração aumenta a possibilidade de os particulares serem visados por aqueles atos regulamentares e com isso reforçou-se a tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos subjetivos e interesses legítimos. Isto mesmo foi reconhecido pelo TG nos casos em que teve oportunidade de se pronunciar sobre a *ratio legis* da nova redação do quarto parágrafo, concretamente no despacho INUIT TAPIRIIT KANATAMI e o. vs. PE e CONSELHO e no acórdão MICROBAN vs. COMISSÃO ao afirmar que "*...resulta da jurisprudência que, ao permitir que uma pessoa singular ou colectiva recorra de actos regulamentares que lhe digam directamente respeito e não necessitem de medidas de execução, o artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE prossegue um objectivo de abertura dos pressupostos de interposição de recursos directos...*"¹⁷³⁵. Na verdade, a modificação demonstra-se cirúrgica pois através dela eliminou-se um requisito desde sempre exigido para que os recorrentes ordinários

¹⁷³⁰ Neste sentido Jean Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, cit., p. 650; Floris de WITTE, *The European Judiciary after Lisbon*, in MJ, 2008 (Vol. 15; n.º 1), pp. 46 e 47; Francisco PAES MARQUES, *O acesso...*, cit., pp. 101 e 102. Com a mesma orientação vide o despacho do TG, caso INUIT TAPIRIIT KANATAMI e o. vs. PE e CONSELHO, de 6 de setembro de 2011, proc. T-18/10, Col. 2011, pp. II-5599 e ss, n.º 56; bem como o acórdão do TG, caso MICROBAN vs. COMISSÃO, de 25 de outubro de 2011, proc. T-262/10, Col. 2011, pp. II-7697 e ss, n.º 21.

¹⁷³¹ Cfr. as já citadas conclusões que o mesmo apresentou no caso UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO, p. I-6710.

¹⁷³² Cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 159; Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 521.

¹⁷³³ Cfr. *A União Europeia e o sistema...*, cit., p. 108, nota de rodapé 32.

¹⁷³⁴ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 82.

¹⁷³⁵ Respetivamente n.º 50 e n.º 32. Do aresto MICROBAN vs. COMISSÃO mais se extrai que "*...a nova introdução do conceito de afetação directa nessa disposição não pode, em qualquer caso, ser objecto de uma interpretação mais restritiva que o conceito de afetação directa, tal como surgia no artigo 230.º, quarto parágrafo, CE*".

estivessem legitimados a impugnar os regulamentos e que constantemente se revelou ser o maior obstáculo aos inerentes recursos de anulação: o relativo à necessidade de o regulamento litigioso dizer *individualmente* respeito ao particular, passando a exigir-se "somente" a afetação *direta* além da, algo redundante, desnecessidade de adoção de medidas de execução¹⁷³⁶.

O ato regulamentar referenciado no quarto parágrafo do artigo 263.º deve, portanto, ser exequível por si mesmo¹⁷³⁷. Se, por ventura, esse ato carecer de medidas de execução, comunitárias ou nacionais, dificilmente dirá diretamente respeito ao particular, não dispondo este de legitimidade nem de interesse em agir para impugná-lo¹⁷³⁸. Nessa medida, também estamos em crer que no aludido quarto parágrafo, *in fine*, onde se lê "...e não necessitem de medidas de execução" deveria lêr-se "...ou não necessitem de medidas de execução"; alternativamente, aquele excerto poderia não constar da norma sem que isso alterasse significativamente o seu sentido e alcance¹⁷³⁹.

Enfim, o ato regulamentar, além de dizer diretamente respeito ao recorrente, tratando-se de um regulamento deve ter alcance geral, aplicando-se a situações determinadas objetivamente e produzindo efeitos jurídicos em relação a categorias de pessoas consideradas de forma geral e abstrata¹⁷⁴⁰.

E no tocante aos regulamentos que sejam atos legislativos?

Antes de mais, o autor desses atos, fruto da elevação do processo legislativo ordinário a procedimento decisório-regra, em princípio, é o Conselho juntamente com o PE, instituição eleita democraticamente pelos cidadãos da União, pelo que a eventual impugnação contenciosa dos mesmos está sujeita a requisitos mais apertados. A tutela jurisdicional efetiva das pretensões de natureza subjetiva dos particulares exige, no entanto, que estes os possam impugnar quando demonstrem, nos termos do segmento intermédio do quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE, que são "*directa e individualmente*" afetados por eles¹⁷⁴¹. Ou seja, para os regulamentos traduzidos em atos legislativos permanecerá aplicável a doutrina, acima vista, da impugnação,

¹⁷³⁶ Com efeito, para se poder retirar esta ilação basta recordar a interpretação feita pelo TJCE sobre o pressuposto da afetação direta do particular pelo ato. Cfr. Sofia OLIVEIRA PAIS, *A proteção..., cit.*, p. 110.

¹⁷³⁷ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União..., cit.*, p. 529.

¹⁷³⁸ Exceto se, ainda assim, conseguir demonstrar que o ato lhe diz direta e individualmente respeito, nos termos da segunda locução do quarto parágrafo do artigo 263.º, o que será praticamente impossível já que a necessidade de medidas de execução inculca a não afetação direta do particular pelo ato.

¹⁷³⁹ Contra Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e o sistema..., cit.*, pp. 107 e 108, que vê nestes dois elementos requisitos distintos e cumulativos.

¹⁷⁴⁰ Vide despacho do TG, caso VEROMAR DI TUDISCO ALFIO & SALVATORE e o. vs. COMISSÃO, de 30 de novembro de 2009, procs. apensos T-313 a 318/08 e 320 a 328/08, não publicado, n.º 38.

¹⁷⁴¹ Neste sentido Julinda BEQIRAJ, *The Delicate Equilibrium of EU Trade Measures: The Seals Case, in GLJ*, 2013 (Vol. 14; n.º 1), p. 296. Assim se decidiu no citado despacho do TG, caso INUIT TAPIRIIT KANATAMI e o. vs. PE e CONSELHO, n.º 56. Cfr. Sofia OLIVEIRA PAIS, *Assimetrias..., cit.*, p. 86; *A proteção..., cit.*, pp. 101 e ss.

pela via anulatória, dos "falsos" ou "aparentes regulamentos"¹⁷⁴². Dela decorre, nomeadamente, que os atos legislativos que "apenas" digam diretamente respeito a particulares sem carecerem de medidas de execução mas onde falte o requisito da afetação individual, não possam ser impugnados por não se subsumirem no último segmento do quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE.

Por maioria de razão, permanece excluída a possibilidade de os recorrentes ordinários impugnarem, através do recurso de anulação, os "verdadeiros regulamentos" na aceção do segundo parágrafo do artigo 288.º do TFUE, ou seja, enquanto atos legislativos de carácter geral e conteúdo normativo. Para estes poder-se-á entender, como Maria Luísa DUARTE¹⁷⁴³, que se mantém o cenário pré-existente ao Tratado de Lisboa marcado por algum défice de tutela jurisdicional efetiva e por uma dependência dos instrumentos nacionais de impugnação contenciosa dos atos internos de aplicação ou execução. Ainda assim, a existência do referido défice poderá ser questionada; convirá ter presente que a um nível interno, por norma, não se admite aos particulares que questionem a validade de atos legislativos, pelo menos fora de um processo judicial concreto no qual sejam partes e onde as respetivas disposições estejam na iminência de lhes ser aplicadas, ainda para mais quando a decisão do órgão jurisdicional competente para decidir tal questão tem força obrigatória geral.

B) O segundo elemento que merece ênfase relaciona-se com a persistente lacuna relativamente à falta de legitimidade do Provedor de Justiça Europeu para impugnar (pelo menos) regulamentos da União em representação dos particulares¹⁷⁴⁴. Na verdade, uma crítica que se pode continuar a dirigir aos Estados membros, enquanto donos dos Tratados, prende-se com a ocasião uma vez mais perdida de, com o Tratado de Lisboa, atribuírem legitimidade processual ativa ao referido órgão para, em representação dos cidadãos da União, a impugnação de tais atos.

Note-se que nos sistemas de fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade de normas existentes em alguns Estados membros (v. g. na Áustria ou em Portugal¹⁷⁴⁵) o Provedor de Justiça pode despoletar tal processo de controlo. Estando em causa a impugnação de regulamentos da UE, isto é, de atos com carácter geral e abstrato, equiparáveis às leis nacionais¹⁷⁴⁶, suscetíveis de interferir com os direitos fundamentais dos cidadãos e empresas, no

¹⁷⁴² Assim também Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 528, Maria Luísa DUARTE, *A União Europeia e o sistema...*, cit., pp. 107 e 108; Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 524.

¹⁷⁴³ Cfr. *A União Europeia e o sistema...*, cit., p. 108.

¹⁷⁴⁴ Cfr. Bruno de WITTE, *The Past and Future...*, cit., p. 889.

¹⁷⁴⁵ Vide os artigos 140.º da Constituição Austríaca; 281.º e 282.º da CRP. Já na Suécia, por exemplo, onde curiosamente a figura do *Ombudsman* encontra berço, inexistente tal tipo de controlo.

¹⁷⁴⁶ Convirá recordar que no TeCE (artigo I-33.º) o tradicional regulamento comunitário era substituído pela figura da "lei europeia", passado o "regulamento europeu" a abranger unicamente atos não legislativos de carácter

recurso de anulação agiliza-se "uma quase função constitucional de controlo da atividade legislativa de base"¹⁷⁴⁷.

Esta persistente lacuna é justificável apenas por esquecimento, tanto mais que com o Tratado de Lisboa até o Comité das Regiões ganhou tal prerrogativa! A colmatação de tal omissão mediante a atribuição ao Provedor de Justiça Europeu da almejada legitimidade para a interposição de recursos de anulação contribuirá para um importante reforço da tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia e dos direitos subjetivos e interesses legítimos que a ordem jurídica da União confere aos particulares. Se considerarmos ainda a forma como o Provedor é designado, em causa estará ainda um importante passo no sentido da democratização do funcionamento da UE.

C) Digna de um apontamento afigura-se ainda a novidade introduzida no quinto parágrafo do artigo 263.º do TFUE, que consagra a possibilidade de os atos constitutivos de novos órgãos ou organismos da UE preverem condições e regras específicas para os recursos de anulação interpostos pelos recorrentes ordinários contra os atos desses entes jurídicos e destinados aos particulares recorrentes.

V. A autonomização do pressuposto processual relativo ao interesse em agir

No contexto da legitimidade processual ativa dos particulares podemos distinguir o pressuposto do *interesse em agir*¹⁷⁴⁸ e abordar através dele as duas condições de admissibilidade dos recursos de anulação interpostos pelos recorrentes ordinários contra os atos de que não sejam destinatários, ou seja, a afetação *direta e individual* da pessoa singular ou coletiva pelo ato impugnado. As próprias jurisdições do TJUE também se referem ao interesse processual como um aspeto que se destaca dentro do pressuposto mais vasto da legitimidade¹⁷⁴⁹.

Como ensina Jónatas MACHADO, o interesse processual verifica-se quando o recurso de anulação "*produza efeitos jurídicos, afastando os efeitos danosos do acto ou visando extrair efeitos positivos da ilegalidade no futuro, nomeadamente em sede de responsabilidade civil*

geral destinados a executar tanto os atos legislativos (lei europeia e lei-quadro europeia, esta substitutiva das diretivas) como certas disposições da Constituição Europeia. Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, p. 223.

¹⁷⁴⁷ Cfr. conclusões do Advogado-geral JACOBS no caso UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO, p. I-6710; *vide* também Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 508.

¹⁷⁴⁸ Assim o fazem Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 529 e ss; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 454. Contra João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 584 e ss.

¹⁷⁴⁹ Veja-se por exemplo o acórdão do TPI de 18 de março de 2009, proferido no caso SHANGAI vs. CONSELHO, proc. T-299/05, Col. 2009, pp. II-565 e ss, n.º 42, com indicação de vários arestos jurisprudenciais sobre a questão. Nos casos em que tal problema se levantou o TPI referiu-se ao interesse processual como um requisito de ordem pública que justifica que o Tribunal possa conhecer oficiosamente do seu preenchimento (aliás, semelhantemente ao que sucede com os demais pressupostos processuais como vimos no Capítulo II da Parte I).

extracontratual..."¹⁷⁵⁰. Tal significa que da procedência do recurso deverá advir alguma vantagem para o recorrente, desde a simples eliminação dos efeitos jurídicos do ato, passando pelo ressarcimento dos eventuais prejuízos provocados pela sua execução.

Nesta medida, o interesse em agir deve ser, sob pena de indeferimento liminar do recurso de anulação interposto, atual; o desaparecimento de tal interesse ao longo do processo, em virtude do surgimento de circunstâncias supervenientes como a caducidade ou a revogação do ato litigioso, determina que a decisão de mérito não deva ser proferida¹⁷⁵¹. Na verdade, apenas enquanto existir interesse processual em agir haverá carência de tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas que o direito da UE reconhece aos particulares.

Tal exigência desaparece nos recursos interpostos pelos recorrentes institucionais privilegiados (Comissão¹⁷⁵², Conselho e PE, além dos Estados membros¹⁷⁵³), uma vez que em causa está, normalmente, a tutela jurisdicional efetiva da estrita ou objetiva legalidade europeia.

VI. *De iure condendo*: da legitimidade das organizações representativas dos interesses de certas categorias de pessoas à institucionalização de um instrumento do tipo ação popular nos domínios da União Europeia

Ainda no que tange à impugnação dos regulamentos da UE através da via anulatória coloca-se a questão do reconhecimento, ou não, de legitimidade processual ativa às associações de defesa do interesse público e às associações representativas do interesse geral ou coletivo de determinadas categorias de pessoas, quando as mesmas pretendam agir judicialmente em defesa do interesse público que prosseguem e dos direitos e interesses dos respetivos associados. Tais entidades inserem-se na categoria dos particulares, pelo que o problema é resolvido através do quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE. Tal questão levantou-se no âmbito das competências das associações de agricultores e das associações sindicais.

O entendimento inicial do TJ traduziu-se no não reconhecimento de legitimidade às referidas entidades sob o argumento de que tais organizações não se podiam considerar individualmente afetadas por um ato que atingia os interesses gerais da categoria em questão. Nas palavras do Tribunal " *...não pode aceitar-se o princípio segundo o qual um acto que afecta os interesses gerais de uma categoria de empresários diz individualmente respeito a uma*

¹⁷⁵⁰ É o caso de Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 532.

¹⁷⁵¹ Cfr. despacho do TPI, proferido no caso FIRST DATA e o. vs. COMISSÃO, de 17 de outubro de 2005, proc. T-28/02, Col. 2005, pp. II-4119 e ss, n.ºs 36 a 39.

¹⁷⁵² Assim se estabeleceu no acórdão COMISSÃO vs. CONSELHO, de 26 de março de 1987, proc. 45/86, Col. 1987, pp. 1493 e ss, n.º 3.

¹⁷⁵³ Cfr. acórdão do TPI, caso PAÍSES BAIXOS vs. COMISSÃO, de 10 de abril de 2008, proc. T-233/04, Rec. 2008, pp. II-594 e ss, n.ºs 37 a 42.

associação, na sua qualidade de representante dessa categoria"¹⁷⁵⁴. Ainda segundo o TJ, "um acto que afecta os interesses de uma categoria de particulares não poderá ser considerado como dizendo individualmente respeito a uma associação constituída para promover os interesses colectivos dessa categoria de particulares, na acepção do disposto no artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, e, por conseguinte, essa associação não tem legitimidade para introduzir um recurso de anulação em nome dos seus membros, quando estes o não possam fazer a título individual"¹⁷⁵⁵.

Tal jurisprudência foi confirmada em decisões posteriores, designadamente no acórdão UNION SYNDICALE e o. vs. CONSELHO (UNION SYNDICALE II)¹⁷⁵⁶, se bem que neste o Tribunal também assumiu que aquela posição de princípio não era absoluta e podia conhecer desvios. Com efeito, no segundo parágrafo da segunda conclusão do sumário, pelo TJ foi reconhecido que "A simples participação dessa organização nas conversações que precederam o acto impugnado não é suficiente para modificar a natureza do direito de acção que, nos termos do artigo 173.º, ela possa ter a respeito desse acto". Ou seja, segundo o Tribunal podem existir determinados circunstancialismos que justifiquem o reconhecimento de legitimidade processual às ditas associações representativas de interesses públicos ou de interesses coletivos de determinadas categorias profissionais e empresariais, o que ocorre quando as mesmas (i) são titulares de direitos de participação procedimental ou (ii) se apresentam como representantes de sujeitos com legitimidade processual ativa ou ainda (iii) quando elas próprias são afetadas por medidas adotadas pelas instituições europeias¹⁷⁵⁷. O TJ reconheceu assim legitimidade ativa a tal categoria de sujeitos para a propositura de certos recursos de anulação, o que reforça a tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva de interesse público ou de interesse geral e coletivo das pessoas representadas pelas referidas associações, podendo os associados optar entre uma impugnação isolada ou coletiva no seio da associação, dos atos previstos no quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE¹⁷⁵⁸.

¹⁷⁵⁴ Cfr. acórdãos CNPFL vs. CONSELHO, já citado, n.º 3. Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 453.

¹⁷⁵⁵ Cfr. acórdãos DEFI vs. COMISSÃO, de 10 de julho de 1986, proc. 282/85, Col. 1986, pp. 2475 e ss, n.º 16; GREENPEACE e o. vs. COMISSÃO, já citado, n.ºs 14, 28 e 29.

¹⁷⁵⁶ Acórdão de 18 de março de 1975, proc. 72/74, Rec. 1975, pp. 401 e ss, n.º 2 do sumário, primeiro parágrafo.

¹⁷⁵⁷ Foi o que sucedeu nos casos que deram origem aos acórdãos VAN DER KOOY e o. vs. COMISSÃO, de 2 de fevereiro de 1988, procs. apensos 67/85, 68/85 e 70/85, Col. 1988, pp. 219 e ss, e CIRFS e o. vs. COMISSÃO, já citado, n.ºs 29 e 30. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 536.

¹⁷⁵⁸ Cfr. acórdão UNION SYNDICALE e o. vs. CONSELHO, de 8 de outubro de 1974, proc. 175/73, Rec. 1974, pp. 917 e ss, n.ºs 17 e 18, no qual o TJ reconheceu o direito de estar em juízo a uma associação sindical desde que fosse reconhecida, pelas instituições comunitárias, como interlocutora legítima na negociação de aspetos relativos a interesses coletivos dos trabalhadores seus filiados; ver também o acórdão FEDIOL vs. COMISSÃO, de 4 de outubro de 1983, proc. 191/82, Rec. 1983, pp. 2913 e ss, onde o TJ reconheceu idêntica legitimidade a uma associação profissional sem personalidade jurídica, em virtude da mesma se encontrar numa qualidade jurídica bem determinada no quadro do regulamento impugnado; ver ainda despacho do TPI, proferido no caso UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO, já citado, ao afirmar que "a admissibilidade dos recursos

Quanto a nós, a tutela jurisdicional efetiva poderia ser mais reforçada através da institucionalização de um instrumento processual semelhante ao que existe nos sistemas internos de alguns Estados membros, como é o caso de Portugal, destinado à proteção de interesses coletivos difusos¹⁷⁵⁹ (v. g. nas matérias ambiental, consumo, saúde pública, património cultural, etc.) a propor também pelas associações de defesa desses bens jurídicos. Referimo-nos ao mecanismo da **ação popular**, o qual atualmente, como observam Jónatas MACHADO¹⁷⁶⁰ ou Carla AMADO GOMES¹⁷⁶¹, se encontra expressamente excluído do regime vigente. Mediante tal instituto, a legitimidade das referidas associações passaria a estar prevista no direito positivo, podendo ser alargada a um plano pessoal, permitindo-se a propositura de recursos de anulação, individual ou coletivamente, com vista à defesa daquele tipo de interesses¹⁷⁶². Os n.ºs 1 e 2 do artigo 11.º do TUE abrem a porta à possibilidade de consagração deste tipo de expediente; para além do incremento da tutela jurisdicional efetiva, tal seria uma decorrência do estatuto de cidadania europeia, o qual no quadro do Tratado de Lisboa saiu reforçado com a atribuição de uma espécie de direito de iniciativa popular no sentido de tentar despoletar a apresentação de propostas de atos jurídicos pela Comissão (artigo 11.º, n.º 4, do TUE).

Existe inclusivamente quem gize a institucionalização, na ordem jurídica europeia, de uma ação especial de tutela dos direitos fundamentais, semelhante à queixa constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*) ou ao recurso de amparo espanhol, que permita despoletar uma reação dos particulares contra os atos ou omissões das instituições que menosprezem os direitos fundamentais promovidos pela União¹⁷⁶³.

interpostos pelas associações pode (...) ser aceite, pelo menos, nas situações em que uma disposição legal reconhece expressamente às associações profissionais uma série de faculdades de carácter processual, quando a associação representa os interesses de empresas que sejam, elas próprias, admitidas a agir e quando a associação é individualizada em virtude da incidência do acto impugnado nos seus próprios interesses enquanto associação, nomeadamente porque a sua posição de negociadora foi afectada pelo acto cuja anulação se pede" (n.º 47).

¹⁷⁵⁹ Os interesses difusos consistem em posições jurídicas que não atingem um nível suficiente de concretização subjetiva a ponto de por eles se poder exigir o aproveitamento do bem jurídico tutelado facultando apenas intervenções processuais por parte do respetivo titular, antes reclamando uma tutela pública e coletiva de prevenção e reparação de danos. Cfr. João CAUPERS, *op. cit.*, pp. 302 e 303; Jorge BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, Vol. II, *cit.*, p. 1036.

¹⁷⁶⁰ Cfr. *Direito da União...*, *cit.*, p. 529.

¹⁷⁶¹ Cfr. *A impugnação jurisdicional de actos comunitários lesivos do ambiente, nos termos do artigo 230 do Tratado de Roma: uma acção nada popular*, in RevCEDOUA (Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente), 2004 (n.º 1), pp. 89 e ss.

¹⁷⁶² Assim também VITAL MOREIRA, *A tutela...*, *cit.*, p. 78.

¹⁷⁶³ É o caso de Bruno de WITTE, *The Past and Future...*, *cit.*, p. 893.

2.3. A tutela jurisdicional efetiva e a exigência de cumprimento de prazos

Do sexto parágrafo do artigo 263.º do TFUE resulta que a interposição do recurso de anulação encontra-se sujeita ao prazo de dois meses¹⁷⁶⁴ cuja contagem, sujeita às regras dos artigos 49.º a 52.º do novo RPTJ e 101.º a 103.º do RPTG, se inicia alternativamente a partir da publicação do ato ou da sua notificação ao recorrente ou ainda, na falta destas formalidades¹⁷⁶⁵, do dia em que o recorrente tomou conhecimento do mesmo. A regra tem subjacente a distinção entre atos sujeitos a publicação e atos não sujeitos a tal formalidade, uma vez que a contagem do prazo varia em função dessa contingência.

Quanto aos atos que, nos termos do artigo 297.º do TFUE (ex-artigo 254.º do TCE e ex-ex-artigo 191.º do TCEE), devam ser publicados no JOUE - atos legislativos (n.º 1) e alguns atos não legislativos (n.º 2), nomeadamente, regulamentos, diretivas dirigidas a todos os Estados membros e decisões que não indiquem destinatário - a contagem do prazo inicia-se no dia seguinte ao da publicação, como decorre das alíneas a) dos n.ºs 1 dos artigos 49.º do novo RPTJ e 101.º do RPTG. Por outro lado, o prazo efetivo para a propositura de recursos de anulação destes atos acaba por ser alongado, já que os dois meses previstos no TFUE, segundo os artigos 50.º do novo RPTJ e 102.º, n.º 1, do RPTG, iniciam contagem apenas a partir do décimo quarto dia seguinte àquele em que o ato foi publicado, acrescendo ainda, de acordo com o disposto nos artigos 51.º do novo RPTJ e 102.º, n.º 2, do RPTG (a conjugar com o primeiro parágrafo do artigo 45.º do Estatuto do TJUE), uma dilação em função das distâncias¹⁷⁶⁶.

Tratando-se de atos não sujeitos a publicação no JOUE - restantes diretivas e as decisões individuais (n.º 3 do artigo 297.º do TFUE) - o prazo para a instauração do recurso de anulação conta-se a partir do dia seguinte ao da respetiva notificação ao recorrente ou, não havendo lugar a esta, do dia em que o recorrente tomou conhecimento do ato¹⁷⁶⁷. Nestes casos também acresce a dilação motivada pela distância a que aludem os artigos 51.º do novo RPTJ e 102.º, n.º 2, do

¹⁷⁶⁴ Um critério de cálculo baseado em número de meses (*in casu* dois), ainda que aclarado pelas regras dos artigos 49.º do novo RPTJ e 101.º do RPTG, é, no mínimo, discutível, já que a diferente duração que os sucessivos meses do ano apresentam poderá gerar situações desiguais na prática de atos processuais. Com efeito, sete meses do ano contemplam 31 dias de duração, quatro meses abrangem 30 e fevereiro normalmente apresenta 28 mas de quatro em quatro anos tem 29 dias. Tendo em conta as alíneas b) dos n.ºs 1 dos artigos 49.º do novo RPTJ e 101.º do RPTG é bem possível, por exemplo, que um prazo de dois meses cuja contagem tenha iniciado em 31 de dezembro termine a 28 ou a 29 de fevereiro seguinte acabando, portanto, por ter menos de dois meses de duração. Seria preferível, desde logo por razões de segurança e certeza jurídicas mas também por um imperativo de igualdade, fixar tal prazo num determinado número de dias, por exemplo 60.

¹⁷⁶⁵ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 455.

¹⁷⁶⁶ Esta dilação encontra-se fixada no RPTG: 10 dias, o que permite estabelecer que o referido prazo de dois meses, tratando-se de recursos de anulação a interpor no TG, será acrescido em mais 24 dias. O mesmo já não acontece no novo RPTJ, contrariamente ao que sucedida no anterior (*vide* n.º 2 do artigo 81.º do velho RPTJ), uma vez que o artigo 51.º daquele não estabelece qual o prazo dilatatório que deva ter lugar em razão da distância.

¹⁷⁶⁷ Esta regra continua a ser aplicável ainda que estes atos, por ventura, tenham sido objeto de publicação. Com efeito, é a notificação (ou, na sua falta, o conhecimento do ato pelo recorrente) que aqui releva para a produção de efeitos do ato em relação ao destinatário. Assim João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 603 e 605.

RPTG, pois trata-se de um prazo processual; o mesmo não se verifica em relação ao prazo de catorze dias referido nos artigos 50.º do novo RPTJ e 102.º, n.º 1, do RPTG uma vez que tal período é apanágio dos atos sujeitos a publicação.

Exige-se que o destinatário do ato tenha um conhecimento exato, cabal, claro e inequívoco do mesmo, seu autor e da respetiva fundamentação, uma vez que só assim estão reunidas as condições que permitem o exercício do *direito de ação*¹⁷⁶⁸. Quando não tenha sido notificado nem se trate de ato sujeito a publicação deve o destinatário, logo que tome conhecimento do mesmo, agir diligentemente no sentido de solicitar, num prazo razoável, o acesso ao respetivo texto integral sob pena de, não o fazendo, ver o eventual recurso que apresente rejeitado por extemporaneidade¹⁷⁶⁹.

O prazo previsto no último parágrafo do artigo 263.º do TFUE é *perentório*¹⁷⁷⁰ e o seu cumprimento é de *conhecimento oficioso*. Segundo os órgãos em que se desdobra o TJUE tal prazo é "*de ordem pública, tendo sido instituído com o objectivo de assegurar a clareza e a segurança das situações jurídicas e de evitar qualquer discriminação ou tratamento arbitrário na administração da justiça, e o Tribunal pode verificar oficiosamente se o prazo foi observado*"¹⁷⁷¹. Não se vislumbra, portanto, a aplicação dos n.ºs 1 dos artigos 52.º do novo RPTJ e 103.º do RPTG, que preveem a possibilidade de os prazos previstos nos regulamentos de processo serem prorrogados, não apenas porque o prazo de interposição do recurso de anulação surge imperativamente previsto no Tratado e não nos referidos regulamentos, como também porque não se trata de prazo fixado pelo Tribunal.

Após decurso do referido prazo os atos consolidam-se na ordem jurídica europeia e tornam-se definitivos para os respetivos destinatários. Tal regime propicia o surgimento de cenários de interposição de recursos de anulação extemporâneos em virtude da exigência decorrente do *princípio processual da preclusão*¹⁷⁷². Contudo, nem por isso os atos adquirem um estatuto de imunidade face à possibilidade de serem declarados inválidos nem se cristalizam

¹⁷⁶⁸ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 539.

¹⁷⁶⁹ Acórdão do TPI, caso WINDPARK GROOTHUSEN vs. COMISSÃO, de 13 de dezembro de 1995, proc. T-109/94, Col. 1995, pp. II-3009 e ss, n.º 26, e jurisprudência aí citada.

¹⁷⁷⁰ No acórdão COLOTTI vs. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 17 de novembro de 1965, proc. 20/65, Rec. 1965, pp. 1046 e ss, determinou-se que as decisões adotadas pelas instituições europeias que não foram impugnadas pelos destinatários dentro do prazo previsto tornam-se, relativamente a eles, definitivas.

¹⁷⁷¹ Despacho do TPI, caso GUÉRIN AUTOMOBILES vs. COMISSÃO, de 13 de fevereiro de 1998, proc. T-276/97, Col. 1998, pp. II-263 e ss, n.º 14, e jurisprudência aí mencionada. Aliás, pelo TJ também foi determinado que as partes manifestamente dotadas de legitimidade para interpor recurso de anulação contra um ato da UE, nomeadamente uma decisão da Comissão adotada com base no primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 108.º do TFUE, não o poderão colocar indefinidamente em crise, invocando outras regras processuais, nomeadamente, as previstas no direito interno aquando da impugnação, nos tribunais dos Estados membros, das medidas tomadas pelas autoridades nacionais com vista à execução dessa decisão (neste sentido, acórdão TWD TEXTILWERKE DEGGENDORF, de 9 de março de 1994, proc. C-188/92, Col. 1992, pp. I-846 e ss, n.ºs 15 a 18).

¹⁷⁷² Acórdão do TPI, caso WINDPARK GROOTHUSEN vs. COMISSÃO, já citado, n.º 28. Tal princípio implica a impossibilidade de uma parte praticar um ato processual após o decurso do prazo previsto para o efeito. Cfr. José LEBRE DE FREITAS, *op. cit.*, pp. 145 a 147.

absolutamente na ordem jurídica da União e nos ordenamentos nacionais, algo que, aliás, representaria uma grave afronta à tutela jurisdicional efetiva tanto da estrita legalidade europeia como dos direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares cuja fonte reside no direito da União.

Em tributo à tutela jurisdicional efetiva o recorrente poderá, por um lado, demonstrar a ocorrência de uma situação fortuita ou de força maior, nos termos do segundo parágrafo do artigo 45.º do Estatuto do TJUE, a qual conferir-lhe-á o direito de interpor o recurso de anulação depois de decorrido o prazo previsto para o efeito¹⁷⁷³. Por outro lado, mesmo após o esgotamento de todas as possibilidades de interpor em prazo o aludido recurso, permanecerão duas possibilidades de se atacar o ato inválido, nas quais a referida tutela acaba por ser alcançada indiretamente: o *reenvio prejudicial*¹⁷⁷⁴ e a *exceção de ilegalidade*¹⁷⁷⁵; muito embora o prazo de interposição do recurso de anulação seja imperativo, estes dois instrumentos obstam a que um ato que não foi tempestivamente impugnado se convalide por decurso do prazo, vislumbrando-se também neste aspeto um imperativo de tutela jurisdicional efetiva.

Não obstante, parece-nos que o prazo de interposição do recurso de anulação afigura-se demasiado curto e por isso pouco compatível com as exigências da tutela jurisdicional efetiva. Com efeito, veremos que a atendibilidade da pretensão do recorrente implica a declaração de nulidade do ato com força obrigatória geral, bem como a destruição retroativa dos efeitos que o mesmo produziu. Se recordarmos a semelhança deste mecanismo do tradicional contencioso da UE com os sistemas de fiscalização de constitucionalidade que existem em alguns Estados membros verifica-se que existe alguma coincidência com os efeitos dos acórdãos declarativos de inconstitucionalidade de normas proferidos, por exemplo pelo Tribunal Constitucional português, em sede de controlo sucessivo abstrato. A ser assim, não vislumbramos razões que justifiquem um prazo tão curto, se é que deve existir prazo (!), pelo menos para os atos legislativos e regulamentares¹⁷⁷⁶. A solução que melhor se adequaria com a tutela jurisdicional efetiva seria aquela onde as exigências de prazo apenas vigorassem para a impugnação dos atos administrativos individuais e concretos.

¹⁷⁷³ Assim foi decidido pelo TJ no acórdão SIMET ET FERAM vs. ALTA AUTORIDADE, de 02 de março de 1967, procs. apensos 25 e 26/65, Col. 1967, pp. 547 e ss.

¹⁷⁷⁴ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 577.

¹⁷⁷⁵ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 540.

¹⁷⁷⁶ Contra Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 538 a 540, apesar de também se questionar sobre a compatibilidade entre a fixação de prazo e as consequências do acórdão anulatório.

2.3.1. O reenvio prejudicial: remissão

O instrumento do reenvio prejudicial também se insere parcialmente no contencioso da legalidade da União¹⁷⁷⁷ uma vez que um dos tipos de questões que os órgãos jurisdicionais nacionais podem submeter ao TJ é o relativo à validade dos atos vinculativos das instituições, coincidindo por isso com o objeto do recurso de anulação. No entanto, não menos certo é que o controlo da legalidade que naquele é levado a cabo não se afigura a única nem a sua principal finalidade; com efeito, ao lado das questões de validade das normas europeias coabitam os problemas de interpretação do direito da União, residindo a referida finalidade no imperativo da interpretação uniforme e da correta aplicação do direito da UE. Também por estas razões o instrumento do reenvio será autonomizado no capítulo seguinte.

Nesta sede limitar-nos-emos a referir que no âmbito das questões prejudiciais de validade, diferentemente do que sucede no quadro do recurso de anulação, os tribunais nacionais não se confrontam com constrangimentos de prazo ou limitações de carácter temporal para a colocação das mesmas ao TJ.

2.3.2. A exceção de ilegalidade: remissão

A exceção de ilegalidade e os aspetos relacionados com a tutela jurisdicional efetiva que a mesma levanta serão abordados ainda neste capítulo. Não obstante, desde já se adianta que nela o excipiente não se depara com as limitações temporais que marcam o recurso de anulação para, no âmbito de um processo contencioso inserido na esfera competencial dos órgãos jurisdicionais que integram o TJUE (v. g. um recurso de anulação, uma ação por incumprimento ou uma ação de indemnização), suscitar um incidente com o qual, invocando os mesmos vícios que encontramos no referido recurso, visa alcançar uma decisão judicial que declare que a norma europeia constante de um ato de alcance geral, por ser inválida, não lhe é aplicável.

¹⁷⁷⁷ No citado acórdão FOTO-FROST o TJ fez esta equiparação referindo que o reenvio prejudicial de apreciação de validade constitui, tal como o recurso de anulação, uma modalidade de fiscalização da legalidade dos atos das instituições comunitárias (cfr. n.º 16); no mesmo sentido temos o mencionado acórdão ATLANTA, n.º 22. Contra Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, cit., p. 74, segundo a qual o reenvio prejudicial insere-se na *função declarativa* que, contraposta à *função contenciosa*, agrega um dos dois grandes conjuntos da atividade jurisdicional do TJUE. De acordo com esta classificação, o controlo da legalidade, correspondendo a uma das parcelas em que se subdivide a função contenciosa, compreende o recurso de anulação, a exceção de ilegalidade e a ação por omissão, mas não o reenvio prejudicial.

2.4. A tutela jurisdicional efetiva noutros aspetos do regime jurídico do recurso de anulação

2.4.1. Nos fundamentos da via anulatória

Não versando este trabalho especificamente sobre o recurso de anulação os vícios de que pode enfermar o ato litigioso não se inserem no objeto principal do nosso estudo. No entanto, não podemos deixar de demonstrar em que medida a tutela jurisdicional efetiva se encontra presente naquele aspeto do instrumento. Na verdade, é por um imperativo de tal tutela, sobretudo quando está em causa o **interesse público da objetiva legalidade europeia**, que dois fundamentos do recurso de anulação são qualificados pelo TJ de *vícios graves* e consequentemente são de *conhecimento oficioso*, não carecendo de invocação pela parte interessada¹⁷⁷⁸. Referimo-nos à *incompetência*¹⁷⁷⁹ e à *violação de formalidades essenciais*¹⁷⁸⁰.

Assim, se em homenagem aos princípios do dispositivo e da proibição de introdução de novos fundamentos no decurso da instância¹⁷⁸¹ a parte demandante deve, nos termos do artigo 21.º do Estatuto do TJUE (conjugado com a alínea c) do n.º 1 do artigo 120.º e com o n.º 1 do artigo 127.º do novo RPTJ, bem como com a alínea c) do n.º 1 do artigo 44.º e com o n.º 2 do artigo 48.º do RPTG), indicar na petição os fundamentos em que assenta o pedido de anulação, não podendo o Tribunal, em regra, atender a motivos não invocados naquele articulado, também se constata que verificando-se um daqueles vícios não deixará o mesmo de ser atendível inclusive na ausência de qualquer menção das partes. Tal contribui para o reforço imediato da tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia e reflexamente das pretensões subjetivas do recorrente.

O vício de incompetência trata essencialmente de problemas orgânicos e reflete uma desconsideração relativamente ao esquema de repartição de competências entre as várias instituições, órgãos e organismos da União, estabelecido pelos Tratados e no direito derivado¹⁷⁸². Ocorrerá, por hipótese, se nas matérias sujeitas ao processo legislativo ordinário um ato for aprovado apenas pelo Conselho (ou alternativamente só pelo PE) com menosprezo relativamente

¹⁷⁷⁸ Cfr. Sofia OLIVEIRA PAIS, *Assimetrias...*, cit., p. 81.

¹⁷⁷⁹ Recorde-se o supra mencionado no Capítulo II da Parte I, ponto 2.7.2., a propósito do caso KADI.

¹⁷⁸⁰ Quanto ao vício de incompetência, o TJ arrogou-se no poder de conhecer dele *ex officio* no acórdão ALEMANHA vs. ALTA AUTORIDADE, de 10 de abril 1960, proc. 19/58, Rec. 1960, pp. 474 e ss; relativamente ao vício de violação de formalidades essenciais, concretamente, a falta de fundamentação dos atos, o mesmo órgão reconheceu-se em idêntica prerrogativa no pré-citado acórdão NOLD vs. ALTA AUTORIDADE.

¹⁷⁸¹ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 459. Sobre este princípio *vide supra* Capítulo II da Parte I.

¹⁷⁸² Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 547, que, a propósito do vício de incompetência e dos esquemas de repartição competencial, apela à ideia de federalismo europeu, referindo ainda alguns princípios constitucionais relativos à organização institucional da UE que subjazem a tal vício.

à necessidade da proposta da Comissão também carecer da aprovação do PE (ou do Conselho, no segundo caso), uma vez que naquele processo o poder decisório é repartido entre as duas instituições; o mesmo vício ocorrerá se num processo legislativo especial onde o poder decisório reside no Conselho nos depararmos com um ato da autoria de outra instituição (v. g. da Comissão ou do PE)¹⁷⁸³.

Pode a incompetência ser mais grave como a que decorre da adoção de atos pelas instituições, órgãos ou organismos europeus em domínios inseridos não nas atribuições da União, mas no âmbito das competências exclusivas ou reservadas dos Estados membros. Em causa está a violação do *princípio da competência de atribuição* e, portanto, uma espécie de usurpação de poderes ou de atribuições¹⁷⁸⁴. Tal vício implica mesmo, segundo um setor doutrinário, que esses atos sejam juridicamente *inexistentes* e não meramente nulos¹⁷⁸⁵, podendo ser invocado fora do âmbito do recurso de anulação, por qualquer interessado e a todo o tempo¹⁷⁸⁶. Com efeito, a inexistência jurídica traduz a consequência jurídica mais grave que o direito conhece; assentando em razões de ordem pública, ela pode ser invocada pelas partes ao longo do processo e independentemente de prazos, além do que também pode ser conhecida oficiosamente pelo tribunal¹⁷⁸⁷.

O vício de violação de formalidades essenciais contempla problemas formais e procedimentais e abrange vários tipos de ilegalidades, como seja: (i) a inobservância de fases que os processos decisórios devem contemplar e sem as quais os atos carecem de validade, por exemplo, a ausência de parecer (designadamente, do PE¹⁷⁸⁸ ou dos Comitês) ou a falta de

¹⁷⁸³ No primeiro caso a incompetência é meramente parcial; no segundo é total. Assim Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 458.

¹⁷⁸⁴ João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 608, distingue entre dois tipos de incompetência. Por um lado, uma *incompetência interna*, que traduz o vício previsto em primeiro lugar na ordem estabelecida no segundo parágrafo do artigo 263.º do TFUE, o qual se encontra concebido para os casos de violação da repartição de competências entre as instituições, órgãos e organismos da UE, tal como prevista nos Tratados, para a prossecução das atribuições desta. Por outro lado, uma *incompetência externa* para espelhar este vício, que subsume à violação dos Tratados. No mesmo sentido Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 459.

¹⁷⁸⁵ Assim Georges VANDERSANDEN e Ami BARAV, *op. cit.*, pp. 263 a 266, apoiados pelo acórdão COMISSÃO vs. FRANÇA, de 10 de dezembro de 1969, procs. apensos 6 e 11/69, Col. 1969, pp. 208 e ss. No mesmo sentido Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 440. Referindo-se à inexistência jurídica como possível consequência em que podem incorrer os atos da UE *vide* também os pré-citados acórdãos CONSORZIO COOPERATIVE D'ABRUZZO vs. COMISSÃO, n.ºs 9 e 10; e do TPI proferido no caso BASF vs. COMISSÃO, n.º 68, com extensa lista de arestos onde a questão foi objeto de tratamento. Contra João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 608, que integra tal tipo de factualidade no âmbito do vício de "*violação dos Tratados*", logo ainda dentro do objeto do recurso de anulação e implicando também a nulidade desses atos da UE.

¹⁷⁸⁶ No entanto, relativamente à inexistência o TJ não deixou de ressaltar que "*Qualificar um acto de inexistente permite declarar, independentemente dos prazos de recurso, que este acto não produziu qualquer efeito jurídico. Por razões manifestas de segurança jurídica esta qualificação deve, desde logo, ficar reservada, em direito comunitário, tal como sucede nos direitos nacionais que a consagram, para os actos afectados por vícios particularmente graves e evidentes*". Cfr. acórdão CONSORZIO COOPERATIVE D'ABRUZZO vs. COMISSÃO, já citado, n.º 10.

¹⁷⁸⁷ Cfr. acórdão do TPI, caso BASF vs. COMISSÃO, já mencionado, n.º 68.

¹⁷⁸⁸ Acórdão ROQUETTE V, já citado, no qual o TJ invocou o princípio democrático como princípio fundamental e afirmou que estar-se-ia perante uma violação do mesmo bem assim do princípio relativo ao equilíbrio

proposta de decisão (*maxime* da Comissão), desde que se trate de exigências previstas nos Tratados; (ii) a preterição de formalismos que, em homenagem ao princípio geral do respeito dos direitos de defesa, consubstanciam garantias dos interessados nos processos onde possa haver lugar à aplicação de sanções, como as notificações, as audições prévias, ou a audiência do arguido¹⁷⁸⁹; (iii) a falta de publicação dos atos, se exigida (artigo 297.º do TFUE); e (iv) a falta de (ou a insuficiente) fundamentação dos atos (v. g. legislativos, regulamentares, administrativos) da União (artigo 296.º do TFUE), a qual deve ser clara, pertinente, coerente, podendo ser concisa desde que completa, dela fazendo parte, no caso dos atos legislativos e regulamentares, explícita ou implicitamente, as bases jurídicas do TFUE¹⁷⁹⁰ e as normas legislativas¹⁷⁹¹ ao abrigo das quais os atos foram adotados¹⁷⁹².

Neste amplo leque destaca-se a ausência ou a insuficiência de fundamentação dos atos, vícios suscetíveis de entorpecer o controlo jurisdicional a que se pretenda sujeitar aqueles¹⁷⁹³ e por isso conexos com a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia; igualmente deve ser enfatizada a proteção dos direitos de defesa no âmbito dos processos sancionatórios pela relação com a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas decorrentes do direito da União para os particulares.

Seja como for, perante a amplitude e até indeterminação do texto do segundo parágrafo do artigo 263.º do TFUE no que tange aos fundamentos do recurso de anulação, os princípios gerais de direito a que alude o artigo 340.º do mesmo Tratado, muito embora tendo por escopo imediato ou direto a matéria da responsabilidade civil extracontratual da União, oferecem critérios ou parâmetros adicionais de aferição da legalidade dos atos que constituem o objeto de controlo no

institucional sempre que o PE, enquanto assembleia representativa dos povos dos Estados membros, não fosse consultado ao arrepio de exigências previstas no então TCEE (hoje TFUE) que impõem tal consulta. No mesmo sentido, acórdãos PE vs. CONSELHO, de 30 de março de 1995, proc. C-65/93, Col. 1995, pp. I-643 e ss, n.º 21; PE vs. CONSELHO, de 10 de maio de 1995, proc. C-417/93, Col. 1995, pp. I-1210 e ss, n.º 9.

¹⁷⁸⁹ Cfr. acórdão ACF CHEMIEFARMA vs. COMISSÃO, já citado. Ver também Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 548, que interliga o vício de violação de formalidades essenciais com a ofensa ao direito fundamental à boa administração previsto no artigo 41.º da CDFUE.

¹⁷⁹⁰ A escolha da base jurídica do Tratado para o ato em causa, segundo o TJ, deve fundar-se em elementos objetivos suscetíveis de controlo jurisdicional e não apenas na convicção da instituição autora do mesmo. Assim se estabeleceu no acórdão COMISSÃO vs. CONSELHO, de 26 de março de 1987, já citado, n.º 11.

¹⁷⁹¹ Por exemplo, os regulamentos de execução devem mencionar os correspondentes regulamentos de base.

¹⁷⁹² Já no acórdão ALEMANHA vs. COMISSÃO, de 4 de julho de 1963, proc. 24/62, Col. 1962-1964, pp. 253 e ss, foi estabelecido que a obrigação de fundamentação "*não responde apenas a uma preocupação formal, mas pretende dar às partes a possibilidade de defender os seus direitos, ao Tribunal a de exercer a sua fiscalização e aos Estados membros, como a qualquer particular interessado, a de conhecer as condições em que a Comissão aplicou o Tratado*". No mesmo sentido, no pré-citado acórdão REWE IV o TJ esclareceu que o objetivo do artigo 190.º do TCEE (posteriormente artigo 253.º do TCE e hoje artigo 296.º do TFUE) é o fornecimento de "*un exposé des raisons qui ont amené l'institution à les arrêter, de sorte que la Cour puisse exercer son contrôle et que tant les États membres que les ressortissants intéressés connaissent les conditions dans lesquelles les institutions communautaires ont fait application du traité*" (n.º 25). Desta forma relacionou-se a exigência de fundamentação com as implicações, tanto objetiva como subjetiva, da tutela jurisdicional efetiva.

¹⁷⁹³ Assim também Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 160. Cfr. acórdão NOLD vs. ALTA AUTORIDADE, já citado, n.º 3 do sumário.

recurso de anulação¹⁷⁹⁴. Pense-se nos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica; da igualdade; da legalidade da administração; e, obviamente, no relativo à tutela jurisdicional efetiva.

No que concerne a este último e na esteira de Jónatas MACHADO¹⁷⁹⁵, importa destacar ainda que o TJ e o TG detêm liberdade de conformação do conteúdo dos vários vícios previstos no artigo 263.º sem estarem dependentes dos entendimentos dogmáticos oriundos dos direitos nacionais, o que também contribui para reforçar a autonomia da ordem jurídica da União face aos ordenamentos estaduais, podendo analisá-los separada ou cumulativamente em função do que melhor se adegue para conferir maior efetividade ao referido princípio da tutela jurisdicional.

Por outro lado, como observa Miguel GORJÃO-HENRIQUES¹⁷⁹⁶, nos recursos de anulação interpostos das decisões da Comissão adotadas em matéria de direito da concorrência, frequentemente, são apreciadas questões não diretamente subsumíveis a nenhum dos vícios que o segundo parágrafo do artigo 263.º do TFUE elenca e que fogem a um estrito princípio de tipicidade, como sejam os "*erros de direito*" (por exemplo, a incorreta qualificação jurídica de determinados factos), os "*erros manifestos de apreciação*" ou as "*violações de direitos de defesa*", os quais podem perfeitamente estar na base da anulação de tais decisões, aspeto onde também se vislumbra uma teleologia de tutela jurisdicional efetiva tanto dos direitos subjetivos decorrentes do direito da União como da objetiva legalidade europeia.

2.4.2. Nos efeitos do acórdão anulatório

Um dos possíveis sentidos da decisão de mérito que tem lugar no presente recurso, ou seja, do acórdão que decide a questão de fundo relativa à ilegalidade do ato impugnado, consiste na rejeição do pedido de anulação por não se verificar o fundamento invocado. Tal, porém, não é sinónimo de o tribunal considerar válido o referido ato¹⁷⁹⁷. Com efeito, o órgão jurisdicional limita-se a declarar que o vício alegado pelo recorrente não ocorre, não podendo por isso ser instaurado novo recurso de anulação contra o mesmo ato com base em vícios já anteriormente alegados e julgados improcedentes¹⁷⁹⁸. Não obstante, a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia e das pretensões subjetivas conferidas pela ordem jurídica da União exige

¹⁷⁹⁴ Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 933, subsume a violação dos mesmos ao vício de "*violação dos Tratados*". Ver também Margarida TELLES ROMÃO, *op. cit.*, pp. 80 e 81.

¹⁷⁹⁵ Cfr. *Direito da União...*, *cit.*, p. 547.

¹⁷⁹⁶ Cfr. *Direito da União, cit.*, p. 458.

¹⁷⁹⁷ Contra Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 460, o qual fundamenta a sua posição na presunção de validade do ato da União, construída pela jurisprudência do TJUE.

¹⁷⁹⁸ Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 553, refere-se a esta situação falando em "*efeitos preclusivos erga omnes*". Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 620.

que fique resguardada a possibilidade de o ato litigioso ser impugnado ulteriormente desde que com base em novos fundamentos sobre os quais o tribunal ainda não teve oportunidade de se pronunciar.

Alternativamente, o primeiro parágrafo do artigo 264.º do TFUE reza que "*se o recurso tiver fundamento, o Tribunal de Justiça da União Europeia anula o acto impugnado*", sem prejuízo da faculdade conferida no parágrafo seguinte ao competente órgão jurisdicional daquela instituição para, se considerar necessário, ressalvar determinados efeitos produzidos pelo ato anulado, os quais tornar-se-ão definitivos.

Impõem-se alguns esclarecimentos a este propósito.

Em primeiro, muito embora o Tratado qualifique de *anulação* o efeito decorrente da procedência do recurso, a que certamente não é alheia a semântica empregue na designação do instrumento processual, a referida consequência, em rigor, assemelha-se mais à *declaração de nulidade*¹⁷⁹⁹ por força da qual o ato litigioso não produz efeitos jurídicos, ou seja, com uma *nulidade absoluta*^{1800/1801}. Na verdade, o acórdão anulatório de atos normativos (regulamentos e diretivas - ainda que estas o sejam potencialmente apenas, já que as mesmas carecem do ato nacional de transposição para alcançar tal característica) produz efeitos *erga omnes*¹⁸⁰² que retroagem¹⁸⁰³ à data da entrada em vigor dos referidos atos. Tendo força obrigatória geral, o acórdão anulatório determina a expurgação de tais atos da ordem jurídica europeia e consequentemente exclui a sua invocabilidade posterior; por outro lado, as eventuais consequências entretanto produzidas serão destruídas devido à eficácia *ex tunc* do acórdão¹⁸⁰⁴, devendo os sujeitos atingidos pelo ato que foi objeto de anulação (ou melhor, de declaração de

¹⁷⁹⁹ Assim Paulo de PITTA E CUNHA, *Direito Europeu...*, cit., p. 92, falando mesmo em privação da existência jurídica relativamente ao ato; também Sofia OLIVEIRA PAIS, *Assimetrias...*, cit., p. 83. Contra Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 461, que se inclina para a situação de anulabilidade apesar de reconhecer o caráter *sui generis* da invalidade aqui subjacente.

¹⁸⁰⁰ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 550. Sobre as nulidades, absoluta e relativa, no contexto da teoria das nulidades, ainda que numa perspectiva constitucional portuguesa, vide a nossa entrada na *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Jorge BACELAR GOUVEIA e Francisco PEREIRA COUTINHO (coord.), Lisboa, 2013, pp. 206 a 208.

¹⁸⁰¹ Assim também Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 550. Diferentemente, João MOTA CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 618, talvez exageradamente, chega mesmo a equiparar esta situação aos casos de inexistência. Relativizando o efeito do acórdão anulatório que, segundo o autor, tanto pode ser a anulação, a nulidade, ou ainda a inexistência, ver Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 930. A questão não se afigura, portanto, líquida, a ponto de legitimar a seguinte observação de A. BARBOSA DE MELO, *op. cit.*, p. 80: o Tratado "*...está longe de oferecer uma tipologia suficientemente desenvolvida dos vícios que devem ser sancionados com a nulidade*".

¹⁸⁰² Tratando-se da impugnação de atos individuais, naturalmente, os efeitos da decisão jurisdicional são *inter partes*, isto é, circunscritos aos sujeitos processuais envolvidos no pleito.

¹⁸⁰³ Vide o pré-mencionado acórdão KADI II, n.º 134.

¹⁸⁰⁴ Cfr. acórdão ASTERIS e o. vs. COMISSÃO, de 26 de abril de 1988, procs. apensos 97/86, 99/86, 193/86 e 215/86, Col. 1986, pp. 2181 e ss, n.ºs 29 e 30.

nulidade) ser colocados na situação em que estariam caso o mesmo não tivesse sido adotado¹⁸⁰⁵. A letra do referido artigo 264.º não se refere aos efeitos repristinatórios decorrentes do acórdão, isto é, à recuperação da vigência dos atos revogados pelo ato anulado. Entendemos, porém, que os mesmos se encontram abrangidos pelo espírito da norma¹⁸⁰⁶. Trata-se de efeitos decorrentes da força de *caso julgado*, ao qual subjazem vários princípios, entre os quais o da tutela jurisdicional efetiva¹⁸⁰⁷; conseqüentemente, os órgãos integrantes do TJUE ficam impedidos de, futuramente, apreciar a mesma questão de direito ou eventuais litígios com o mesmo objeto.

No entanto, a tutela jurisdicional efetiva, conjugada com exigências que se extraem dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, impõe que possam existir desvios àquela regra, o que ilustra a maleabilidade da referida tutela.

O tribunal está por isso habilitado a, quando o considerar necessário, determinar que alguns efeitos do ato anulado ficam salvaguardados. Tal órgão poderá determinar (i) que ficam ressalvados os casos já decididos mediante sentença transitada em julgado proferida com base nas normas regulamentares declaradas nulas; ou (ii) que a anulação do ato não produz efeitos imediatos; ou até (iii) que os efeitos da anulação de um regulamento sejam *ex nunc* e não *ex tunc*¹⁸⁰⁸. Isto na medida em que o tribunal, por vezes, determina a manutenção da eficácia dos regulamentos anulados até à entrada em vigor das medidas que as instituições competentes ficam obrigadas a adotar para assegurar a execução do acórdão anulatório, ou seja, de normas substitutivas das inválidas¹⁸⁰⁹. Por outro lado, se na redação da norma que vigorou até à entrada

¹⁸⁰⁵ Por exemplo, os próprios Estados membros, não sendo destinatários de uma decisão do TJUE preferida em contencioso de anulação, devem conformar-se com ela na adoção de medidas internas de execução do direito da UE, incorrendo em incumprimento caso não o façam.

Por outro lado, tratando-se de anulação de decisão da Comissão que tenha aplicado coima a empresa por violação de regras da concorrência, o montante pago deve ser restituído, acrescido de juros de mora, na medida em que se trata de um pagamento indevido; a mesma solução, *mutatis mutandis*, deve ter lugar quando se trata de decisão jurisdicional que reduza a coima aplicada. Neste sentido, acórdão do TPI, caso *HOLCIM vs. COMISSÃO*, de 4 de maio de 2005, proc. T-86/03, Col. 2005, pp. II-1542 e ss, n.º 30.

¹⁸⁰⁶ Em sentido idêntico, Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 554.

¹⁸⁰⁷ Neste sentido Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 552.

¹⁸⁰⁸ Assim aconteceu no acórdão *COMISSÃO vs. CONSELHO*, de 26 de março de 1987, já citado, n.º 23. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 555 e 556.

¹⁸⁰⁹ Foi o sucedido no acórdão *COMISSÃO vs. CONSELHO* de 5 de junho de 1973, proc. 81/72, Rec. 1973, pp. 575 e ss, no qual o TJ anulou os artigos 1.º a 4.º de um regulamento do Conselho, mas determinou igualmente que os mesmos permaneceriam a produzir efeitos até que fossem substituídos por um novo regulamento que executasse o acórdão anulatório. Situações idênticas aconteceram nos arestos *COMISSÃO vs. CONSELHO*, de 2 de fevereiro de 1989, proc. C-275/87, Col. 1989, pp. 259 e ss; ou *PE vs. CONSELHO*, de 7 de julho de 1992, já citado.

No acórdão *COMISSÃO e CONSELHO vs. KADI* o TJ, além de anular o regulamento impugnado, também determinou que a anulação não produziria efeitos imediatos, na medida em que tal situação poderia afetar grave e irreversivelmente a eficácia das medidas restritivas impostas pelo ato impugnado e às quais a CE tinha a obrigação de dar execução (*vide* n.º 373); nessa medida, manteve os efeitos do referido ato durante um período que não poderia exceder os três meses, contado da data da prolação do acórdão, de forma a permitir ao Conselho a eventual aprovação de outro regulamento que sanasse as violações apontadas pelo Tribunal e que tivesse em devida conta os efeitos significativos das medidas restritivas em causa nos direitos e liberdades do senhor *Kadi* e demais recorrentes.

em vigor do Tratado de Lisboa aquela possibilidade era apanágio dos regulamentos¹⁸¹⁰, atualmente ela existe independentemente da natureza ou forma do ato, o qual inclusivamente pode ser não normativo¹⁸¹¹.

Enfim, não é imperioso que a anulação se estenda à totalidade do ato impugnado podendo cingir-se a uma parte do mesmo, como acontecerá por exemplo na situação em que algumas normas se possam destacar dentro da globalidade daquele¹⁸¹² ou, tendo em conta o fundamento da interposição do recurso, quando estivermos perante os vícios de violação dos Tratados ou de incompetência. Já o vício de violação de formalidades essenciais acarretará normalmente a enfermidade total do ato¹⁸¹³. Nesta matéria, com Jónatas MACHADO diremos que "*os princípios da economia processual e da proporcionalidade obrigam a que se opte pela nulidade parcial em vez da nulidade total, sempre que isso seja suficiente para restaurar a legalidade violada*"¹⁸¹⁴.

2.4.3. Na execução do acórdão anulatório

Finalmente, procedendo o recurso de anulação caberá à instituição, órgão ou organismo recorrido adotar as medidas necessárias à execução do acórdão anulatório (artigo 266.º TFUE)¹⁸¹⁵, sem que os órgãos integrantes do TJUE possam substituir-se-lhe ou sequer participar nessa tarefa¹⁸¹⁶. Com efeito, fruto da competência de fiscalização da legalidade europeia ser de jurisdição *limitada* e não plena, os referidos tribunais não dispõem de competência (*i*) para

¹⁸¹⁰ Muito embora o teor literal da norma fosse redutor, cingindo tal contingência aos regulamentos, não menos certo é que a jurisprudência do TJ admitia que a possibilidade nela prevista era aplicável a outros atos como as diretivas. Assim sucedeu nos acórdãos PE vs. CONSELHO, de 7 de julho de 1992, já citado, n.º 26; e PE vs. CONSELHO, de 5 de julho de 1995, proc. C-21/94, Col. 1995, pp. I-1845 e ss, n.º 31.

¹⁸¹¹ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 555. Contra Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 461, que entende que esta possibilidade restringe-se aos atos de alcance geral.

¹⁸¹² Acórdãos COMISSÃO vs. CONSELHO, de 10 de dezembro de 2002, proc. C-29/99, Col. 2002, pp. I-11221 e ss, n.º 45; COMISSÃO vs. PE e CONSELHO, de 21 de janeiro de 2003, já citado, n.º 30; ALEMANHA vs. COMISSÃO, de 30 de setembro de 2003, proc. C-239/01, Col. 2003, pp. I-10333 e ss, n.º 33.

Não obstante, o TJ também advertiu que tal exigência de destacabilidade não se encontra preenchida quando a anulação parcial de um ato tiver por efeito modificar a sua substância, o que faz com que em tais casos a anulação deva ser total. *Vide* acórdãos FRANÇA e o. vs. COMISSÃO, de 31 de março de 1998, procs. apensos C-68/94 e C-30/95, Col. 1998, pp. I-1375 e ss, n.º 257; COMISSÃO vs. CONSELHO, de 10 de dezembro de 2002, já referido, n.º 46; e FRANÇA vs. PE e CONSELHO, 24 de maio de 2005, proc. C-244/03, Col. 2005, pp. I-4021 e ss, n.º 13.

¹⁸¹³ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 618.

¹⁸¹⁴ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 551. Ver também Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 461, que entende que nos casos em que a invalidade não alastra à totalidade do ato, antes cingindo-se a uma parcela do mesmo, a consequência da procedência do recurso de anulação é a da anulabilidade e não já de nulidade, ficando esta reservada para as situações de invalidade total.

¹⁸¹⁵ Acórdão do TPI, caso SOCURTE e o. vs. COMISSÃO, de 7 de março de 1995, procs. apensos T-432/93, T-433/93 e T-434/93, Col. 1995, pp. II-503 e ss, n.ºs 54 e 55.

¹⁸¹⁶ No âmbito dessa execução não está afastada a possibilidade de a instituição autora do ato anulado aprovar um novo ato através do qual procede à correção do vício detetado e atribuindo-lhe eficácia retroativa; necessário é que tal possibilidade não colida intolerável nem arbitrariamente com o princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica. Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 557. Foi o que sucedeu na sequência do citado acórdão anulatório proferido no caso ROQUETTE V, já mencionado.

reformular o ato impugnado (tal como não o poderão confirmar), nem (ii) para dirigir injunções nesse sentido¹⁸¹⁷ ao autor do ato¹⁸¹⁸; igualmente, (iii) inexistente a possibilidade de condenação, pelo TJ ou TG, das instituições na prática de medidas de execução do acórdão anulatório.

Nesta medida, o segundo momento do caso KADI ilustra bem a fragilidade com que se depara a força obrigatória dos acórdãos proferidos em sede de recurso de anulação. Nele, a Comissão adotou um novo regulamento com o qual alterou o primeiro regulamento litigioso objeto de anulação. Decidiu, no entanto, manter o nome do senhor *Kadi* na lista recapitulativa do Comité de Sanções, órgão subsidiário do Conselho de Segurança da ONU, o que determinou a manutenção da sujeição do recorrente às medidas de congelamento patrimonial. A referida instituição considerou que ao transmitir a este os elementos justificativos de tal inclusão bem como ao receber e analisar os argumentos esgrimidos por ele previamente à adoção do novo regulamento controvertido, estava a executar o acórdão anulatório do TJ, o que levou à necessidade de interposição de outro recurso de anulação, pelo senhor *Kadi*, contra o novo regulamento da Comissão.

Sendo este o panorama vigente, entendemos que a tutela jurisdicional efetiva reclama que as jurisdições inseridas no TJUE deveriam ser dotadas de mais poderes de conformação das situações jurídicas decorrentes do ato anulado. Mesmo que tal implique uma alteração ao paradigma de jurisdição limitada com que aqui nos deparamos - o qual evoluiria para jurisdição plena - mas sem que tal corresponda à instauração de um "governo de juízes" de que falam João MOTA DE CAMPOS¹⁸¹⁹ e FAUSTO DE QUADROS¹⁸²⁰, o TJ e o TG, dentro dos limites de um controlo de legalidade (e não de mérito), deveriam poder dirigir à instituição autora do ato (i) pelo menos a injunção, acompanhada do estabelecimento de um prazo, alusiva à necessidade de substituição do ato anulado¹⁸²¹; e até (ii) determinar, nos casos de atos administrativos cuja prática e conteúdo sejam vinculados, que o acórdão produz os efeitos do ato devido, isto é, do ato que deveria ter sido praticado mas que, contra as normas e princípios jurídicos que impunham tal prática, não foi.

¹⁸¹⁷ Vide acórdão PE vs. CONSELHO, de 5 de julho de 1995, pré-citado, n.º 33; acórdão do TPI, caso WINDPARK GROOTHUSEN vs. COMISSÃO, também já mencionado, n.º 61.

¹⁸¹⁸ João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 617, fundamenta esta falta de competência do Tribunal no princípio clássico da separação entre os poderes administrativo e jurisdicional. Ao primeiro deve acrescentar-se, também e até por maioria de razão, o legislativo; ver também Sofia OLIVEIRA PAIS, *Assimetrias...*, *cit.*, p. 83.

¹⁸¹⁹ Cfr. *Direito...*, Vol. II, *cit.*, pp. 614 e 617.

¹⁸²⁰ Cfr. *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, pp. 378 e 379.

¹⁸²¹ No já citado acórdão SIMMENTHAL IV, n.ºs 108 e 109, o TJ, após anular a decisão da Comissão, referiu, embora sem ordenar ou condenar é certo, que competia à Comissão, por força do atual artigo 266.º do TFUE, retomar a análise da situação particular da recorrente e aprovar relativamente a ela nova decisão, a qual deveria atender aos fundamentos do acórdão.

Jónatas MACHADO¹⁸²², a este título, propõe a implementação da possibilidade de ser aplicada uma sanção pecuniária compulsória semelhante à que pode ser aplicada aos Estados membros no quadro da segunda ação por incumprimento, equiparando-se de alguma forma as violações do direito da UE da autoria dos Estados membros e as protagonizadas pelas instituições europeias. Tal solução fará todo o sentido, uma vez que a União não deve poder exigir mais dos Estados membros do que de si própria.

Entendemos, portanto, que deveria existir uma aproximação ou uma convergência do direito da UE face aos ordenamentos jus-administrativos de alguns Estados membros, de que é exemplo o direito português após a reforma da justiça administrativa ocorrida entre 2002 e 2004, nos quais, sob a égide da tutela jurisdicional efetiva, passou a permitir-se aos tribunais administrativos que condenem a administração pública na prática de determinados atos e até que se substituam a ela na tomada de decisões¹⁸²³.

Mais problemática afigura-se a possibilidade de os órgãos jurisdicionais inseridos no TJUE (i) emitirem injunções, traduzidas em "*guidelines*" específicas e concretas, no sentido da conformação das medidas de execução do acórdão anulatório; ou mesmo (ii) determinarem a transferência de competência para outra instituição ou órgão perante a inércia do(s) autor(es) do ato anulado. No entanto, a tutela jurisdicional efetiva da estrita legalidade europeia e de pretensões subjetivas reconhecidas pelo direito da União reclama a investidura dos referidos tribunais nesse tipo de prerrogativas. A propósito da segunda sugestão convirá lembrar o que dissemos no primeiro capítulo da parte primeira a propósito do princípio da separação de poderes no seio da UE; por outro lado, na União não só a função legislativa é, de alguma forma, partilhada entre Conselho, PE e Comissão, como inexistente a distinção entre Governo e Administração; pelo que a eventual possibilidade de o TJ e o TG determinarem a transferência de poderes para outra instituição ou órgão não deverá causar grande espanto, pelo menos em cenários extremos de inércia da instituição autora do ato anulado.

A aquisição de competências com aquela amplitude passará pela investidura dos órgãos integrantes do TJUE nelas por parte dos Estados membros em sede de revisão dos Tratados. Enquanto tal não acontecer não deve ser subestimada a participação dos referidos tribunais na execução dos respetivos acórdãos anulatórios. Na verdade, não podemos escamotar as orientações fornecidas à instituição autora do ato anulado, logo responsável pelo cumprimento da decisão jurisdicional, constante da *parte dispositiva* e da *fundamentação* do acórdão¹⁸²⁴. Nessa

¹⁸²² Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 556.

¹⁸²³ Cfr. artigos 2.º, n.ºs 1 e 2, alíneas e), f), i), j), e 3.º, n.º 3, do CPTA

¹⁸²⁴ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 551; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 462. Com efeito, o TJ já teve ocasião de referir que "*a autoridade absoluta de que goza um acórdão*"

medida, se o autor do ato anulado dispõe de alguma margem de atuação relativamente às medidas de execução da decisão anulatória, desde que atue com respeito pelo direito da UE, não menos verdade é que o mesmo encontra-se subordinado ao dispositivo e à justificação da referida decisão. Em especial, quando adote um novo ato destinado a substituir o ato anulado, impõe-se-lhe que tome as medidas necessárias a evitar a repetição das ilegalidades apontadas na fundamentação do acórdão anulatório¹⁸²⁵.

Em homenagem à tutela jurisdicional efetiva a execução do acórdão anulatório por parte do autor do ato¹⁸²⁶ deverá estar concluída dentro de um "*prazo razoável*"¹⁸²⁷, por tal entendendo-se, como acrescenta Jónatas MACHADO¹⁸²⁸, que o cumprimento da decisão judicial deve ter lugar tão brevemente quanto possível sob pena de ilegalidade por omissão.

A mesma tutela jurisdicional efetiva exige, por um lado, o direito ao ressarcimento dos danos causados pela adoção do ato anulado como previsto no segundo parágrafo do artigo 266.º do TFUE, no qual se afirma o princípio da responsabilidade aquiliana das instituições e dos órgãos da União, inclusive quando a execução não peque por extemporânea. Com efeito, pelo TJ foi determinado que este preceito "*não faz depender a reparação do prejuízo da existência de nova falta distinta do acto ilegal inicial que foi anulado, mas prevê a reparação do prejuízo resultante desse acto e que persista após a sua anulação, e a execução pela administração do acórdão de anulação*"¹⁸²⁹. Por outro lado e *a fortiori*, face à execução tardia ou defeituosa¹⁸³⁰ do acórdão anulatório (por maioria de razão, também perante a sua inexecução), tal tutela também impõe que se possa reclamar a reparação dos prejuízos daí resultantes¹⁸³¹. Nos vários cenários, o instrumento contencioso adequado para exigir o ressarcimento dos danos consiste na ação de indemnização contra a UE prevista nos artigos 268.º e 340.º do TFUE.

Perante a inexecução, execução parcial ou defeituosa do acórdão anulatório o recorrente também pode, em alternativa, reagir mediante a instauração da ação por omissão¹⁸³² prevista no artigo 265.º do TFUE, de forma a obrigar o recorrido a adotar medidas necessárias à execução do

de anulação de um tribunal comunitário abrange tanto a parte decisória do acórdão como os fundamentos que constituem o seu alicerce necessário". Vide o acórdão COMISSÃO vs. ASSIDOMÁN e o, já citado, n.º 54.

¹⁸²⁵ Cfr. já citado acórdão ASTERIS e o. vs. COMISSÃO, n.ºs 29 e 30.

¹⁸²⁶ Portanto, também esta execução não se confunde com as levadas a cabo de forma coerciva no âmbito das ações executivas.

¹⁸²⁷ Acórdão TURNER, de 12 de janeiro de 1984, proc. 266/82, Col. 1984, pp. 1 e ss, no qual o TJ inspirou-se numa norma do TCECA (concretamente, o artigo 34.º) que previa expressamente o "*prazo razoável*" para que a instituição recorrida executasse o acórdão anulatório; acórdão PE vs. CONSELHO, de 5 de julho de 1995, já citado, n.º 33.

¹⁸²⁸ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 556.

¹⁸²⁹ Acórdão CONSELHO vs. DE NIL E IMPENS, de 14 de maio de 1998, proc. C-259/96 P, Col. 1998, pp. I-2915 e ss, n.º 20.

¹⁸³⁰ Imagine-se o não pagamento de juros de mora por parte da Comissão quando, em execução de um acórdão anulatório, restituiu ao recorrente a quantia em singelo indevidamente paga por este.

¹⁸³¹ Acórdão do TPI, caso HOLCIM vs. COMISSÃO, já citado, n.º 25.

¹⁸³² Cfr. já citado acórdão ASTERIS e o. vs. COMISSÃO, n.ºs 22 a 24 e 32.

acórdão anulatório. Não obstante, o facto de o recorrente não o fazer não tem influência sobre a admissibilidade da ação de indemnização¹⁸³³.

Ao nível interno, as autoridades dos Estados membros deverão agir em conformidade com a decisão anulatória do TJUE relativamente aos atos nacionais de aplicação, execução ou de transposição do ato anulado, eliminando-os das ordens jurídicas internas. A não atuação dos Estados nesse sentido implicará uma violação do direito da União suscetível de constituir causa de pedir para a instauração, nos tribunais nacionais, de ações de responsabilidade civil contra aqueles.

2.5. O recurso de anulação no contencioso do antigo terceiro pilar: distorções temporárias à tutela jurisdicional efetiva

Noutra sede¹⁸³⁴ já tivemos oportunidade de discorrer sobre o recurso de anulação constante do n.º 6 do ex-artigo 35.º do TUE, específico para os domínios que até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa compunham o antigo terceiro pilar da União (a CPJMP). O regime previsto naquela disposição, na redação que a mesma apresentou a partir do início da vigência do Tratado de Amesterdão e até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, vigorará até ao próximo dia 1 de dezembro 2014. Dada a coincidência face ao regime geral, em matéria de prazo¹⁸³⁵ e fundamentos da interposição, bem como dos efeitos do acórdão anulatório, importará recordar as especialidades existentes e ver em que medida as mesmas interferem com a tutela jurisdicional efetiva. Uma delas resulta da falta de efeito direto, expressamente coartado, das decisões-quadro e das decisões¹⁸³⁶.

¹⁸³³ Acórdão COMISSÃO vs. GREENCORE, já mencionado, n.º 46.

¹⁸³⁴ Vide a nossa dissertação de mestrado, *O princípio da flexibilidade...*, cit., pp. 290 e ss.

¹⁸³⁵ Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, cit., p. 121, observa que o prazo de dois meses contados desde a data da publicação do ato no JOUE, nesta sede, acaba por impossibilitar na prática a impugnação, com base no n.º 6 do ex-artigo 35.º do TUE, dos atos do Conselho adotados ao abrigo da versão que o Título VI do TUE conheceu até à entrada em vigor do Tratado de Amesterdão e que passaram a relevar da versão que este Tratado conferiu a esse Título. Teria sido mais razoável que o prazo visse o seu início a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amesterdão. Contudo, a apreciação dessa validade no âmbito do mecanismo das questões prejudiciais permanece salvaguardada. Cfr. Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro...*, cit., p. 901.

¹⁸³⁶ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 88.

2.5.1. Âmbito objetivo: o objeto de controlo

Nos termos da referida disposição do TUE o TJUE também é competente para sindicar a legalidade das decisões-quadro e das decisões, atos típicos do Conselho adotados nas áreas do ex-terceiro pilar. Esta competência anulatória, diferentemente da prejudicial, sempre se apresentou imperativa e não facultativa, o que contribui para reforçar a tutela jurisdicional efetiva, principalmente em matérias onde predomina a lógica da cooperação intergovernamental em detrimento da integração supranacional, com natural predisposição para se furtarem ao controlo jurisdicional.

De acordo com o elemento literal do n.º 6 do ex-artigo 35.º do TUE, sendo o objeto de controlo deste recurso de anulação especial composto apenas pelas decisões-quadro e pelas decisões, pela negativa e aparentemente, as medidas de aplicação destes atos, tal como as convenções e suas medidas de aplicação estão excluídas do referido objeto. Se a exclusão das convenções e respetivas medidas de aplicação que careçam de ser adotadas pelos Estados membros de acordo com as respetivas normas constitucionais é compreensível, uma vez que não se trata de atos do Conselho *stricto sensu*, o mesmo já não sucede em relação às medidas de aplicação das decisões-quadro e das decisões, nem sequer quanto às medidas de aplicação das convenções que não tenham de ser adotadas pelos Estados membros segundo as suas normas fundamentais. Com efeito, estas três categorias têm em comum tratar-se de atos adotados pelo Conselho pelo que não só não se vislumbra qualquer motivo para as mesmas se encontrarem eximidas do controlo levado a efeito no recurso de anulação, como tal isenção não deixa de ser paradoxal quanto às exigências da tutela jurisdicional efetiva e face à possibilidade de esses atos poderem constituir objeto de questões prejudiciais, inclusivamente de *apreciação de validade*, nos termos do n.º 1 do mesmo ex-artigo 35.º do TUE, aqui com a agravante de estarmos perante uma forma de fiscalização da legalidade de tais atos¹⁸³⁷.

Assim sendo, o n.º 6 do ex-artigo 35.º do TUE deve ser interpretado extensivamente de forma a poder considerar-se suscetíveis de constituir objeto do recurso de anulação todos e quaisquer atos do Conselho, independentemente da sua forma ou natureza, que se destinem a

¹⁸³⁷ Assim também Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro...*, cit., p. 900; Luis Norberto GONZÁLEZ ALONSO, *La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, in *RDCE*, 1998 (Ano 2; n.º 4), p. 534; Volker RÖBEN, *Kommentar zum artigo 35 EUV*, in Eberhard GRABITZ e Meinhard HILF (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, Munique, 1999, p. 6. De outra banda, esta exclusão permite inculcar a falta de um nível de tutela equiparado entre a proteção dos direitos fundamentais prevista na CEDH e o modelo de salvaguarda dos referidos direitos existente na UE, o que pode legitimar a intervenção do TEDH no sentido de controlar a conformidade dos atos dos Estados membros que apliquem ou executem direito da União com a referida Convenção.

produzir efeitos jurídicos vinculativos¹⁸³⁸. Na verdade, não se vislumbram diferenças quanto à finalidade deste recurso comparativamente com o previsto no artigo 263.º do TFUE, pois ambos visam operacionalizar um controlo jurisdicional da objetiva legalidade da atuação de uma das instituições a quem compete o exercício da função legislativa da União, bem assim o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados, cuja garantia cabe ao TJ e ao TG¹⁸³⁹ como decorre da segunda parte do n.º 1 do artigo 19.º do TUE e da tutela jurisdicional efetiva.

2.5.2. Âmbito subjetivo: as legitimidades processuais

Quanto à legitimidade dos recorrentes e com evidente repercussão ao nível da tutela jurisdicional efetiva, o recurso de anulação previsto no ex-artigo 35.º do TUE diverge para um sentido mais restritivo do que o seu homólogo constante do artigo 263.º do TFUE. Naquele confere-se legitimidade processual ativa à Comissão¹⁸⁴⁰ e aos Estados membros, negando-se tal prerrogativa ao PE, aos particulares (e ainda ao Tribunal de Contas e ao BCE) e ao próprio Conselho.

Se a não atribuição de legitimidade ativa ao Conselho é inteiramente justificável¹⁸⁴¹, o mesmo não sucede quanto ao PE e aos particulares.

A exclusão do Parlamento é questionável se olharmos para o processo decisório do antigo terceiro Pilar, onde o n.º 1 do ex-artigo 39.º do TUE impunha a consulta do PE previamente à adoção pelo Conselho dos atos previstos nas alíneas b), c) e d) do n.º 2 do ex-artigo 34.º. O parecer prévio do PE consubstancia uma formalidade essencial daquele processo e constitui uma condição de validade destes atos do Conselho. Assim, estamos perante um vício suscetível de constituir causa de anulação do ato, nos termos do n.º 6 do ex-artigo 35.º do TUE¹⁸⁴², em termos

¹⁸³⁸ Aliás, semelhantemente ao outrora protagonizado pelo TJ relativamente ao artigo 263.º do TFUE, por exemplo no acórdão AETR.

¹⁸³⁹ Cfr. Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro...*, cit., p. 900.

¹⁸⁴⁰ O reconhecimento de legitimidade processual ativa à Comissão compreende-se pois durante o período em que a UE e a CE coexistiram estava em causa o estabelecimento de uma via que garantisse a não ingerência da UE nas atribuições da CE em virtude da natureza transpilar de determinados assuntos. Cfr. Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, cit., p. 112.

¹⁸⁴¹ Bastará atender ao facto de esta instituição ser a única com competência decisória nos domínios do ex-terceiro pilar. Não havendo a possibilidade de existirem atos emanados de outras instituições ou órgãos, compreende-se a não atribuição de legitimidade ativa ao Conselho pois não faria sentido atribuir-lhe legitimidade para impugnar atos cuja adoção se deve somente a ele.

¹⁸⁴² Assim Nuno PIÇARRA *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, cit., p. 112; A. GOUCHA SOARES, *O Tratado de Amesterdão e o novo passo da União Europeia*, in *Cadernos de Ciência e Legislação*, 1998 (janeiro-março; n.º 21; vol. 1), p. 21; Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro...*, cit., p. 902.

idênticos aos que sucedem se a violação ocorrer no âmbito do ex-primeiro pilar¹⁸⁴³. Não se compreende, pois, a ausência no n.º 6 do ex-artigo 35.º do TUE de uma redação pelo menos idêntica à que constava do ex-artigo 230.º do TCE até à entrada em vigor do Tratado de Nice, que atribuía ao PE legitimidade processual ativa para interpor recurso de anulação para salvaguarda das respetivas prerrogativas¹⁸⁴⁴.

Deve, por isso, o TJ transpor para este contexto a interpretação que protagonizou a propósito do ex-artigo 173.º do TCEE relativa à legitimidade ativa do PE para o recurso de anulação¹⁸⁴⁵. Tal impõe-se pelos valores democráticos em que a UE assenta (artigo 2.º do TUE), mas também pelo princípio do equilíbrio institucional criado pelo ex-Título VI do TUE nos domínios do anterior terceiro pilar e por um imperativo de tutela jurisdicional efetiva sobretudo da objetiva legalidade.

A doutrina também não se mostrava insensível à exclusão dos particulares dos entes que podem interpor o recurso de anulação privativo dos atos do ex-terceiro pilar. Tal exclusão justificar-se-á pelo facto de os atos que o n.º 6 do ex-artigo 35.º do TUE considera impugnáveis (as decisões-quadro e as decisões) não produzirem efeito direto¹⁸⁴⁶. Todavia, face aos valores do Estado de direito e da proteção dos direitos fundamentais em que a UE assenta (artigo 2.º do TUE), a solução positivada deveria ter sido outra, antes de mais porque podem existir atos do Conselho, *maxime* decisões e respetivas medidas de aplicação, que virtualmente apresentem elevado grau de interferência na esfera jurídica dos particulares¹⁸⁴⁷.

Também aqui o TJ e o TG devem reconhecer legitimidade processual ativa aos particulares para interporem recursos de anulação de decisões-quadro, decisões, medidas de aplicação, e atos atípicos com efeitos semelhantes, desde que os referidos sujeitos demonstrem que tais atos lhes são destinados ou dizem direta e individualmente respeito na mesmíssima aceção que o TJ adotou a propósito do ex-artigo 230.º do TCE. Tal solução, aliás, é a que melhor se compagina com a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares.

¹⁸⁴³ Assim foi decidido pelo TJ no citado acórdão ROQUETTE V. Recorde-se que segundo a orientação definida nesta jurisprudência o direito de o PE ser consultado por força de uma disposição dos Tratados é uma prerrogativa que lhe permite participar de forma efetiva no procedimento decisório. Consequentemente, o seu desrespeito traduz a violação de uma formalidade essencial que implica a anulação do ato do Conselho adotado nessas circunstâncias.

¹⁸⁴⁴ Ou seja, uma legitimidade mitigada e não privilegiada. Recorde-se que com o Tratado de Nice o PE foi incluído na lista das entidades com legitimidade processual privilegiada.

¹⁸⁴⁵ Recorde-se, nomeadamente, o acórdão PE vs. CONSELHO, de 22 de maio de 1990, já citado, *maxime* n.ºs 26 e 27, onde o TJ deixou plasmado que a ausência de uma disposição atributiva de legitimidade processual ativa ao PE poderá constituir uma lacuna de regulamentação processual, mas não pode prevalecer sobre o interesse fundamental que se prende com a manutenção e respeito do equilíbrio institucional definido pelos Tratados. Portanto, a ideia de que tal norma, a existir, teria efeito meramente declarativo e não constitutivo.

¹⁸⁴⁶ Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro...*, cit., p. 902; Anthony ARNULL, *Taming the beast? The Treaty of Amsterdam and the Court of Justice*, in David O'KEEFE e Patrick TWOMEY (eds.), *Legal issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999, p. 119; Volker RÖBEN, *op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁴⁷ Cfr. Constança URBANO DE SOUSA, *op. e loc. cit.*; Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 201; Anthony ARNULL, *Taming...*, cit., p. 8.

3. A tutela jurisdicional efetiva e a exceção de ilegalidade

Consagrada no artigo 277.º do TFUE (ex-artigo 241.º do TCE e ex-ex-artigo 184.º do TCEE), a exceção de ilegalidade^{1848/1849} confere aos diversos sujeitos - em especial aos particulares, mas também aos Estados membros e às próprias instituições da União - que sejam partes nos instrumentos processuais inscritos na competência dos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE, sobretudo após o esgotamento do prazo de interposição do recurso de anulação¹⁸⁵⁰, uma forma de salvaguarda de pretensões subjetivas reconhecidas pelo ordenamento europeu afetadas de alguma forma pela aplicação ou vigência de *atos de alcance geral* da União que se afigurem ilegais pelas mesmas razões que justificariam a propositura do referido recurso. Através da aludida exceção confere-se às partes de um processo que decorre no TJ ou no TG (ou nos tribunais especializados) a possibilidade de solicitarem, a *título incidental*, a inaplicabilidade daquele tipo de atos em razão da sua ilegalidade e cuja aplicação foi despoletada como critério material de resolução do conflito *sub judice*¹⁸⁵¹.

Com a exceção de ilegalidade está em causa, portanto, uma reação judicial contra atos de caráter geral, em regra regulamentos, alegadamente ilegais, da autoria das instituições ou dos órgãos ou organismos da UE, mas que mereceram aplicação em casos concretos. Não podendo os excipientes despoletar já a via anulatória pelo decurso do prazo previsto para o efeito, com aquele instrumento acessório não questiona a vigência, na ordem jurídica da União, dos referidos atos; porém, como os mesmos foram objeto de aplicação a determinadas situações reais de vida,

¹⁸⁴⁸ Sobre este instrumento *vide* Patrick DUBOIS, *L'exception d'illégalité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in CDE, 1978 (n.º 4), pp. 407 e ss; Dimitrios SINANIOTIS, *The Plea of Illegality in EC Law*, in EPL, 2001 (Vol. 7; n.º 1), pp. 103 e ss; Matthias VOGT, *Indirect Judicial Protection in EC Law - the Case of the Plea of Illegality*, in ELR, 2006 (Vol. 31; n.º 3), pp. 364 e ss; Francisco PAES MARQUES, *A exceção de ilegalidade no contencioso da União Europeia*, Lisboa, 2008.

¹⁸⁴⁹ Apesar de esta ser a terminologia utilizada pela maioria dos autores, também no aspeto do *nomen iuris* do instrumento contencioso não se verifica unanimidade. Com efeito, a designação "exceção de inaplicabilidade" afigura-se igualmente profícua, tendo até maior correspondência face ao elemento literal do artigo 277.º do TFUE; "controlo incidental dos atos de alcance geral" é outra das designações possíveis. Não obstante, tanto a inaplicabilidade como o controlo incidental dos atos de alcance geral sujeitos a esta via processual ocorrem em virtude da sua ilegalidade, a qual é suscitada a título de exceção com o objetivo de impugnação de um ato onde se funda a imposição de uma obrigação ao excipiente ou a recusa de um direito em que o mesmo se arroga, razão pela qual talvez a designação comumente utilizada se afigure a mais adequada. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 624.

¹⁸⁵⁰ Verifica-se um lapso manifesto na redação do artigo 277.º do TFUE ao remeter para o "prazo previsto no quinto parágrafo do artigo 263.º" uma vez que o prazo de interposição do recurso de anulação encontra-se previsto no sexto parágrafo desta disposição. A remissão deve-se considerar feita para este parágrafo e não para aquele.

¹⁸⁵¹ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 559.

tal aplicação é objeto de impugnação contenciosa com a qual os excipientes pretendem alcançar uma decisão do tribunal que desaplique tais atos nos casos concretos onde aqueles sejam partes.

O TJ já teve ocasião de explicitar que a exceção de ilegalidade "*constitui a expressão de um princípio geral que garante a qualquer parte o direito de impugnar, com o objetivo de obter a anulação de uma decisão que a afeta direta e individualmente, a validade dos atos institucionais anteriores, que constituem a base da decisão atacada, se essa parte não tinha o direito de interpor...* [nos termos do artigo 263.º do TFUE] *...recurso de anulação contra esses atos, de que sofreu as consequências sem ter podido requerer a sua anulação*"¹⁸⁵². Embora sem identificar o princípio geral que teria em mente, não será excessivamente pretensioso concluir que se trataria do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

A exceção de ilegalidade trata-se de uma via processual inspirada nos princípios gerais de *due process of law*, nomeadamente, no princípio segundo o qual é legítimo a qualquer pessoa defender-se contra um ato normativo ilegal que serviu de base a uma decisão que lhe foi dirigida¹⁸⁵³, aspeto onde é visível a tutela jurisdicional efetiva enquanto direito fundamental em expressão de uma função subjetiva desempenhada pelo contencioso da União. Porém, subjacente à figura também se encontra a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia uma vez que o seu objetivo consiste em evitar a aplicação de atos de alcance geral viciados de ilegalidade¹⁸⁵⁴. Na aludida exceção também é visível a ideia de paliativo pelo acesso amplamente restritivo com que os particulares se defrontam no acesso aos órgãos inseridos no TJUE, em especial na impugnação de atos normativos (*maxime* regulamentos)¹⁸⁵⁵.

3.1. Utilidade prática e acessoriedade da exceção de ilegalidade

São vários os cenários que ilustram a proficuidade da exceção de ilegalidade.

(i) Configure-se um regulamento do Conselho que muito embora se afigure notoriamente inválido (v. g. porque no respetivo procedimento de adoção não foi solicitado o necessário parecer prévio do PE ou porque inserindo-se numa área onde só a Comissão podia ter apresentado a proposta não assentou em proposta desta), mas que em devido tempo não foi impugnado contenciosamente através do recurso de anulação. Poderão os particulares e os

¹⁸⁵² Acórdãos já citados SIMMENTHAL IV, n.º 39; e TWD TEXTILWERKE DEGGENDORF, n.º 23.

¹⁸⁵³ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 557.

¹⁸⁵⁴ Francisco PAES MARQUES, *A exceção...*, cit., pp. 25 e ss, enfatiza a função *subjetivista* do instrumento, ou seja, de proteção de direitos, decorrente das restrições com que os particulares se confrontam na interposição de recursos de anulação contra os regulamentos.

¹⁸⁵⁵ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União*, cit., p. 213; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 465.

Estados membros reagir contra as medidas individuais de aplicação do mesmo, ainda que as mesmas não sejam *per se* inválidas, impugnando-as através de recurso de anulação cuja fundamentação residirá na ilegalidade do ato de carácter geral que serviu de base jurídica à tomada das medidas individuais atacadas¹⁸⁵⁶.

(ii) Ainda que o prazo previsto no sexto parágrafo do artigo 263.º do TFUE não tenha decorrido, se o regulamento que serve de base a medidas individuais dirigidas a particulares não se inscrever no quarto parágrafo do referido preceito, não dispondo de legitimidade para impugnar o ato de carácter geral poderão aqueles reagir contra as referidas medidas fundamentando o recurso de anulação interposto contra elas na invalidade do regulamento que lhes serve de base¹⁸⁵⁷. Neste caso os Estados membros não gozarão de idêntica prerrogativa por serem recorrentes privilegiados e dado o ato de alcance geral poder ainda ser impugnado através da via anulatória.

Nestas duas situações a exceção de ilegalidade é suscitada no quadro do recurso de anulação, afigurando-se o paradigma da utilização do referido meio incidental. No entanto, elas não são as únicas uma vez que o *incidente da ilegalidade*, como aquela também pode ser designada, também pode ser suscitado no âmbito de outros mecanismos do contencioso *stricto sensu* da UE. Vejamos.

(iii) Se um particular e/ou um Estado membro sofrerem prejuízos em consequência da aplicação de um ato de carácter geral inválido poderão, enquanto lesados, arrogar-se no direito ao seu ressarcimento, devendo instaurar contra a UE as competentes ações de indemnização previstas nos artigos 268.º e 340.º, segundo e terceiro parágrafos, do TFUE, motivando-as no facto de a fonte dos danos alegadamente sofridos ser a ilegalidade do referido ato¹⁸⁵⁸.

Nestes três cenários a exceção de ilegalidade é deduzida pelo demandante em apoio do pedido principal. No entanto, o referido incidente também pode ser suscitado pelo demandado como meio de defesa¹⁸⁵⁹.

¹⁸⁵⁶ Nesta situação afigura-se indispensável a verificação de uma *relação jurídica direta* ou de um *nexo de causalidade* entre dois atos: por um lado, o ato de alcance geral (v. g. um regulamento já consolidado na ordem jurídica da UE, não sendo possível - por extemporaneidade - impugná-lo através do recurso de anulação) cuja inaplicabilidade se pretende; por outro lado, o ato impugnado (ou seja, a medida individual de aplicação daquele regulamento e que nele encontra a sua base jurídica) em sede de exceção de ilegalidade. Assim foi esclarecido pelo TJ, no acórdão *ITÁLIA vs. COMISSÃO e CONSELHO*, de 13 de julho de 1966, proc. 32/65, Col. 1966, pp. 485 e ss, no âmbito do qual a exceção de ilegalidade de um regulamento comunitário foi julgada inadmissível precisamente por faltar tal relação direta ou nexo causal; ver também o acórdão *SIMMENTHAL IV*, já citado, n.º 36.

¹⁸⁵⁷ No dizer do TJ, a exceção de ilegalidade "*...permite à recorrente, sem qualquer margem de dúvida, pôr em causa, por meio de incidente processual, com vista à obtenção da anulação da decisão atacada, a validade dos actos regulamentares que constituem a base jurídica daquela*" (vide n.º 36 do acórdão *SIMMENTHAL IV*).

¹⁸⁵⁸ Cfr. Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 510.

¹⁸⁵⁹ Quando deduzida pelas instituições europeias a exceção de ilegalidade surge como meio de defesa uma vez que elas são as autoras do ato de alcance geral litigioso; quando suscitada pelos particulares será em apoio do pedido principal num instrumento onde são demandantes, até porque estes muito raramente (senão praticamente nunca)

(iv) Na ação por omissão pode a instituição demandada alegar na contestação a ilegalidade do ato de alcance geral cuja adoção é reclamada pelo demandante em cumprimento da obrigação de agir que, segundo este, incumbe sobre aquela¹⁸⁶⁰.

(v) Numa ação por incumprimento fundada na inobservância ou menosprezo de um ato de caráter geral poderá o Estado demandado defender-se através da exceção de ilegalidade alegando a invalidade do referido ato, na medida em que os Estados membros não poderão ser acusados do incumprimento de obrigações decorrente de atos contrários à juridicidade europeia¹⁸⁶¹.

No quadro da exceção de ilegalidade os órgãos jurisdicionais em que se desdobra o TJUE não anulam os atos de alcance geral na medida em que tal efeito apenas pode ocorrer em sede do recurso de anulação ou no âmbito do reenvio prejudicial de validade¹⁸⁶². Na verdade, aqueles tribunais limitam-se a declarar que os referidos atos são *inaplicáveis* nos casos concretos submetidos às suas jurisdições e conseqüentemente anulam as medidas individuais de aplicação [casos (i) e (ii)], arbitram uma indemnização aos lesados [caso (iii)] ou declaram que não ocorrem violações de obrigações previstas nos Tratados, quer pelas instituições demandadas [caso (iv)] quer pelos Estados membros arguidos [caso (v)].

Por outro lado, muito embora o *nomen iuris* do mecanismo indicie à partida que o mesmo serve apenas para o excipiente se defender em processos onde seja demandado [casos (iv) e (v)], na medida em que tradicionalmente a defesa por exceção surge configurada para ser utilizada pela parte demandada, constata-se que o demandante também pode fazer uso da figura [casos (i), (ii) e (iii)].

Por outro lado ainda, a exceção de ilegalidade apresenta-se destituída de autonomia¹⁸⁶³. Revestindo a natureza jurídico-processual de *incidente*, ela deve ser conjugada com os outros instrumentos do contencioso da UE *stricto sensu* nos quais os excipientes sejam partes. Os mecanismos processuais principais e, estes sim, autónomos onde o incidente da ilegalidade pode ser levantado são, portanto, as ações por incumprimento, de indemnização e por omissão, bem

podem ser demandados no TJ ou no TG; já os Estados membros poderão fazer uso da exceção de ilegalidade de ambas as formas. Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 934.

¹⁸⁶⁰ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 647; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário, cit.*, p. 181.

¹⁸⁶¹ Neste sentido João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 645. Contra Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, *cit.*, p. 193; Francisco PAES MARQUES, *A exceção...*, *cit.*, p. 125.

¹⁸⁶² Como o TJ desde cedo esclareceu, a exceção de ilegalidade "*tem por única finalidade a protecção dos sujeitos de direito contra a aplicação de um regulamento ilegal, sem que isso signifique colocar em causa o próprio regulamento que se tornou inatacável em virtude da expiração dos prazos do artigo 173.º*" (hoje artigo 263.º do TFUE). Cfr. acórdão WÖHRMANN e o. vs. COMISSÃO, de 14 de dezembro de 1962, procs. apensos 31/62 e 33/62, Col. 1962-1964, pp. 196 e ss.

¹⁸⁶³ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União, cit.*, p. 213; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 558; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 465. Segundo a jurisprudência constante do TJ, a possibilidade facultada pelo artigo 277.º do TFUE "*de invocar a inaplicabilidade de um regulamento não constitui uma via de recurso autónoma e só pode ser exercida no âmbito de um processo tramitado perante o próprio Tribunal de Justiça com base noutra disposição do Tratado*". Entre outros *vide* o citado acórdão WÖHRMANN e o. vs. COMISSÃO.

assim o recurso de anulação, com o qual, aliás, a exceção de ilegalidade apresenta uma relação privilegiada, não apenas pela coincidência de fundamentos, como pelo facto de não se encontrar sujeita às exigências de prazo que condicionam aquele, aspetos enfatizados no artigo 277.º do TFUE¹⁸⁶⁴. Referindo-se ao artigo 184.º do TCEE o TJ declarou que "*Resulta do seu texto e da sua economia que esta disposição apenas prevê a declaração de inaplicabilidade de um regulamento, por via incidental e com efeitos restritos, mediante um processo intentado no próprio Tribunal de Justiça com base noutra disposição do Tratado. Designadamente, da remissão para os prazos do artigo 173.º resulta que o artigo 184.º só é aplicável em processo instaurado no Tribunal de Justiça e não permite eludir os prazos previstos naquela primeira disposição. Assim, o artigo 184.º tem como único objectivo proteger os sujeitos de direito contra a aplicação de um regulamento ilegal, sem por esse facto pôr em causa o regulamento em si, o qual deixa de ser impugnável uma vez esgotados os prazos previstos no artigo 173.º*"¹⁸⁶⁵.

Excluída está, pois, a possibilidade de a exceção de ilegalidade ser articulada com o reenvio prejudicial, o qual aliás não integra o tradicional contencioso da UE dada a ausência de litígio no respetivo âmbito.

Não obstante, o reenvio consiste num processo onde, sem sujeição às restrições de prazo que marcam o recurso de anulação e a par dos problemas de interpretação do direito da União, também se podem decidir questões prejudiciais relativas à validade dos atos das instituições europeias quando as inerentes dúvidas se levantem no quadro de um litígio pendente num órgão jurisdicional estadual¹⁸⁶⁶ encarregado da sua resolução mediante a aplicação dos referidos atos. Nessa medida, o TJ ressaltou que o atual artigo 277.º do TFUE exprime um *princípio geral do direito* que garante ao particular o direito de, no âmbito de uma ação ou recurso interposto num tribunal nacional e nos termos do direito interno contra o indeferimento do seu pedido, requerer a fiscalização da legalidade do ato comunitário que serve de fundamento à decisão nacional tomada contra si, podendo, portanto, a questão da validade do referido ato comunitário ser submetida ao TJ no âmbito de um processo prejudicial¹⁸⁶⁷, também ele um instrumento de natureza incidental mas no âmbito das instâncias nacionais.

¹⁸⁶⁴ Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 466, fala no carácter complementar da exceção de ilegalidade face ao recurso de anulação. Por outro lado, como referido pelo TJ no citado acórdão WÖHRMANN e o. vs. COMISSÃO, este normativo "*permite a qualquer parte, não obstante se ter esgotado o prazo previsto no artigo [263.º, sexto parágrafo] para interposição de recurso de anulação, invocar perante o Tribunal de Justiça a inaplicabilidade de um regulamento em caso de litígio que o ponha em causa e de, para esse efeito, invocar os fundamentos previstos no segundo parágrafo do artigo [263.º]*". Ver também Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 511.

¹⁸⁶⁵ Acórdão WÖHRMANN e o. vs. COMISSÃO, já citado, p. 198. Os normativos atrás citados correspondem, respetivamente, aos atuais artigos 263.º e 277.º do TFUE.

¹⁸⁶⁶ Acórdão NACHI EUROPE, de 15 de dezembro de 2001, proc. C-239/99, Col. 2001, pp. I-1220 e ss, n.º 34.

¹⁸⁶⁷ Acórdão UNIVERSITÄT HAMBURG, de 27 de setembro de 1983, proc. 216/82, Rec. 1983, pp. 2771 e ss, n.ºs 10 e 12.

3.2. O alargamento da tipologia de atos cuja ilegalidade pode ser invocada por via de exceção

Da mesma forma que a tutela jurisdicional efetiva se encontra subjacente aos sucessivos alargamentos dos atos passíveis de constituir objeto de controlo no recurso de anulação, também na recente alteração de redação ao artigo 277.º do TFUE provocada pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa é visível uma *ratio legis* de tutela jurisdicional efetiva. Essencialmente foram duas as alterações introduzidas e em ambas o objetivo visado foi incrementar o objeto de controlo da exceção de ilegalidade, em reforço da referida tutela¹⁸⁶⁸.

Se o primitivo artigo 184.º do TCEE e o posterior artigo 241.º do TCE afirmavam que a exceção de ilegalidade era apanágio dos *regulamentos*, o artigo 277.º do TFUE fala antes em *atos de alcance geral*, o que se traduz numa categoria concetual mais vasta onde os aludidos regulamentos se inserem¹⁸⁶⁹. Por outro lado, se a redação originária individualizava as instituições das quais emanavam tais regulamentos (nomeadamente, Conselho e Comissão, no texto originário; Conselho e PE, Conselho, Comissão e BCE, na redação que o artigo 184.º do TCE conheceu por força da entrada em vigor do Tratado de Maastricht¹⁸⁷⁰ e mantida até ao início de vigência do Tratado de Lisboa), a norma atualmente em vigor refere-se aos autores do ato de forma genérica, falando em "*...acto de alcance geral adoptado uma instituição, um órgão ou um organismo*".

Para esta evolução contribuiu igualmente o ativismo do TJ. Com efeito, muito embora o teor literal da norma, na redação anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, se referisse apenas aos regulamentos, o referido Tribunal, sob a égide do princípio geral de direito alusivo à tutela jurisdicional efetiva, explicou que "*o âmbito de aplicação do referido artigo deve portanto alargar-se aos actos das instituições que, embora não revestindo a forma de regulamento, produzem todavia efeitos análogos e que, por esse motivo, não podiam ser atacados por outros sujeitos jurídicos que não as instituições e os Estados-membros no âmbito do artigo 173.º*" [hoje artigo 263.º do TFUE]. Segundo o TJ "*esta interpretação ampla do artigo 184.º... [atual artigo 277.º do TFUE] ...decorre da necessidade de garantir um controlo de legalidade em benefício*

¹⁸⁶⁸ Há inclusivamente quem vislumbre nestas alterações a aquisição pela exceção de ilegalidade de uma autonomia relativa de que a mesma se encontrava desprovida, traduzida na assunção pela figura de um mecanismo adicional de controlo da legalidade dos atos de alcance geral das instituições europeias face às limitações com os particulares se continuam a debater no acesso aos órgãos integrados no TJUE através da figura do recurso de anulação. É o caso de Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 511.

¹⁸⁶⁹ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, *cit.*, p. 85.

¹⁸⁷⁰ Também nesta matéria, portanto, a norma teve de ser atualizada e adaptada a duas novas situações trazidas a lume por este Tratado: a aquisição da competência legislativa pelo PE e o surgimento do BCE.

das pessoas excluídas pelo segundo parágrafo do artigo 173.º da possibilidade de recurso directo contra os actos de carácter geral, quando sejam afectadas por decisões de aplicação que lhes digam directa e individualmente respeito"¹⁸⁷¹.

A *contrario sensu*, encontram-se excluídos deste instrumento processual, portanto, atos que não revistam alcance geral, ou seja, atos de cariz individual.

3.3. A legitimidade dos excipientes

Uma conceção *maximalista* de tutela jurisdicional efetiva como a que preconizamos inculca que a exceção de ilegalidade possa ser suscitada, além dos excipientes ordinários, compostos pelos particulares (*maxime* cidadãos e empresas), também pelos excipientes privilegiados, categoria que abrange os Estados membros, as instituições, os órgãos e os organismos da UE.

Quanto aos primeiros, poderá uma pessoa singular ou coletiva (*i*) destinatária de uma decisão europeia ou (*ii*) afetada direta e individualmente por um regulamento da União de natureza legislativa ou ainda (*iii*) atingida diretamente por um ato regulamentar que não carece de medidas de execução na aceção do quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE, após o decurso do prazo previsto no sexto parágrafo desta disposição, suscitar, por via de exceção, no âmbito do recurso de anulação instaurado contra aquela ou contra as medidas individuais de aplicação dos regulamentos adotadas pelas instituições, o incidente da ilegalidade do ato de alcance geral que serviu de base jurídica à referida decisão ou às medidas de aplicação¹⁸⁷².

Contudo, quanto aos atos de alcance geral também há quem entenda que se o particular dispôs, no âmbito do artigo 263.º, quarto parágrafo (com particular destaque para os atos regulamentares que lhe dizem diretamente respeito e não necessitam de medidas de execução, mas também para os regulamentos de natureza legislativa que o afetam direta e individualmente), do TFUE, da possibilidade de impugnação direta e não a utilizou, corre o risco de a norma poder tornar-se definitiva relativamente a ele, valendo como decisão individual¹⁸⁷³. Com a devida vénia, discordamos dessa posição, não só porque do artigo 277.º resulta a faculdade de se fazer uso da exceção de ilegalidade "*mesmo depois de decorrido o prazo*" para a interposição do recurso de anulação, como não vislumbramos razões ponderosas que justifiquem uma

¹⁸⁷¹ Cfr. acórdão SIMMENTHAL IV, pré-citado, n.ºs 40, 41 e 43, no âmbito do qual o Tribunal admitiu o recurso à figura da exceção de ilegalidade contra avisos de concursos públicos da autoria da Comissão, não estando, portanto, em causa regulamentos em sentido estrito.

¹⁸⁷² Pense-se, por exemplo, no domínio do direito da concorrência, onde as empresas se confrontam com decisões da Comissão que encontram a respetiva base jurídica em regulamentos comunitários.

¹⁸⁷³ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 559.

interpretação restritiva quando está em causa o direito dos particulares acederem às jurisdições do TJUE, já de si muito limitado, além do que este entendimento compagina-se melhor com a tutela jurisdicional efetiva.

Igualmente discutida tem sido a legitimidade dos excipientes privilegiados (concretamente dos Estados membros) para suscitarem o incidente de ilegalidade após o esgotamento do prazo de dois meses previsto no sexto parágrafo do artigo 263.º do TFUE, com vista à impugnação reflexa do ato de alcance geral não diretamente atacado pela via anulatória e que serviu de base a decisões que lhes foram dirigidas. No fundo, a questão reside em saber se um Estado membro que em devido tempo não impugnou, através do recurso de anulação, um regulamento, poderá mais tarde, em sede de contestação de medidas individuais de aplicação desse mesmo regulamento, suscitar contra ele a exceção de ilegalidade?

Também aqui a tutela jurisdicional efetiva exige uma resposta afirmativa assente desde logo no *princípio geral da autonomia dos instrumentos contenciosos* no âmbito do direito da UE. Todavia, a tese contrária tem sido propalada¹⁸⁷⁴ e supostamente sustentada na argumentação cerzida no considerando 39 do aresto SIMMENTHAL IV, onde se estabeleceu que o atual artigo 277.º do TFUE (ao tempo do acórdão, artigo 184.º do TCEE) confere o direito de impugnar, com vista à obtenção da declaração de invalidade de uma decisão que diz direta e individualmente respeito ao excipiente, a validade dos atos de alcance geral anteriores e que serviram de base jurídica à decisão atacada, contando que "*essa parte não tinha do direito de interpor, ao abrigo do artigo 173.º...*" [hoje artigo 263.º do TFUE] "*...um recurso de anulação contra esses actos de que sofreu as consequências sem ter podido requerer a sua anulação*".

A favor desta tese tem-se acrescentado (i) que o princípio da segurança jurídica, subjacente ao prazo perentório de interposição do recurso de anulação, não se compagina com a atribuição aos recorrentes privilegiados da faculdade de suscitarem a exceção de ilegalidade contra atos que puderam impugnar através da aludida via anulatória; (ii) que tal atribuição teria o efeito de desvincular o Estado excipiente da obrigação de observar o regulamento cuja ilegalidade foi, no âmbito do incidente da exceção, reconhecida pelo TJUE, em desrespeito do princípio da uniformidade da interpretação e aplicação do direito da UE; (iii) que o mecanismo previsto no artigo 277.º do TFUE destinar-se-ia a compensar os particulares pela inibição de atacarem diretamente os atos de alcance geral através o recurso de anulação, bem como a protegê-los das decisões individuais adotadas com base num ato de alcance geral inválido que por eles não pode ser impugnado diretamente, contingência não extensível aos Estados membros; e (iv) que estes,

¹⁸⁷⁴ Parece ser este o entendimento de Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 560, quando refere que "*a exceção de ilegalidade pode ser invocada quando esteja em causa a aplicação de um acto de alcance geral (...) para além do prazo de impugnação de dois meses (...). No entanto, a mesmo só pode ser invocada para além do prazo por quem não pôde impugnar directamente o acto dentro do prazo*".

tendo assento no Conselho, determinam de forma decisiva o conteúdo dos atos da União, além do que podem atacar diretamente e sem quaisquer limitações, salvo as decorrentes do prazo, qualquer ato da UE que considerem ilegal.

Existem, porém, vários argumentos que permitem sustentar o entendimento segundo o qual os recorrentes privilegiados, *maxime* os Estados membros, também podem suscitar a exceção de ilegalidade inclusive contra atos de alcance geral que tiveram a oportunidade de impugnar diretamente através do recurso de anulação.

Antes de mais, o acórdão SIMMENTHAL IV deve ser interpretado no contexto do litígio que lhe deu origem, onde o excipiente foi não um Estado membro mas um particular, ou seja, um sujeito a quem o artigo 173.º do TCEE em princípio coartava a possibilidade de instaurar recursos de anulação contra regulamentos ou atos equiparados. Daí a semântica e a construção lógico-dedutiva utilizadas pelo Tribunal: ter-se-á pretendido justificar o reconhecimento ao particular excipiente da legitimidade necessária para o efeito. De igual forma, é legítimo concluir que o TJ jamais quis responder à questão de saber se um Estado membro pode ou não, suscitar a exceção de ilegalidade relativamente a atos de alcance geral que tempestivamente não impugnou, por via principal e direta, através da do recurso de anulação, pela mais elementar razão de que a mesma não se levantou no processo.

Acresce que os argumentos a favor da tese oposta são reversíveis.

Por um lado, a alegada incompatibilidade entre a legitimidade dos Estados membros para suscitarem incidentalmente a exceção de ilegalidade e o princípio da *segurança jurídica*, além de discutível, é contrabalançada pelo princípio da *legalidade*, que apenas se compagina com a possibilidade de impugnação de atos violadores dos Tratados ou da demais legalidade europeia independentemente de prazos (além do mais, escassos) e da via processual. A ideia segundo a qual a *ratio legis* da norma que estabelece um prazo perentório para a interposição do recurso de anulação reside no princípio da segurança jurídica não é decisiva, uma vez que tal princípio tanto cederia perante exceções de ilegalidade suscitadas por recorrentes ordinários, como por recorrentes privilegiados. Acresce que a necessidade de prosseguir o interesse da segurança jurídica não pode ser insensível a situações gritantes de ilegalidade que contaminam os atos de alcance geral, como aquelas em que estes se afiguram violadores dos Tratados. Com efeito, o princípio da legalidade não é um *minus* que deva ceder perante o princípio da segurança jurídica¹⁸⁷⁵. Tanto mais que mesmo após a expiração do prazo para a interposição do recurso de anulação permanece a possibilidade de a ilegalidade de qualquer ato da UE (portanto, também os

¹⁸⁷⁵ Com efeito, num plano puramente interno ambos são subprincípios concretizadores do princípio do Estado de direito, os quais como tal encontram-se em posição paritária. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 256 e ss. Não cremos que no plano do direito da UE, que se assume como União de direito, tal premissa deva ser questionada.

de alcance geral) ser suscitada sem limites temporais nos processos pendentes nos tribunais nacionais e no quadro do mecanismo do reenvio prejudicial.

Por outro lado, se o princípio da uniformidade da interpretação e aplicação do direito da União cede devido ao efeito desvinculativo para o Estado membro excipiente da obrigação de observar o regulamento cuja ilegalidade foi reconhecida pelo TJUE, tal ocorre por um imperativo de respeito dos Tratados e demais legalidade europeia, o qual deve prevalecer sobre uma uniformidade cega e insensível a atos que afrontam tal bloco da juridicidade. Acresce que os efeitos da decisão judicial favorável são *inter partes* e circunscritos ao caso concreto, pelo que o ato de alcance geral permanece em vigor na ordem jurídica da UE, inclusive no ordenamento do Estado membro que suscitou com sucesso a exceção de ilegalidade, o que obriga o referido Estado a suscitar tal expediente sempre que pretenda beneficiar de uma decisão idêntica do TJ.

O fundamento segundo o qual são os Estados enquanto membros do Conselho que determinam o conteúdo dos atos de alcance geral também é relativo. Desde logo, porque no seio daquela instituição delibera-se, em regra, por maioria qualificada, o que implica que nenhum Estado membro *per se* consegue impedir a aprovação da proposta (salvo, claro está, nos domínios que excepcionalmente permanecem sujeitos a unanimidade) que serve de suporte a um ato¹⁸⁷⁶. Por outro lado, nem todos os atos de alcance geral, como por exemplo os regulamentos, são da autoria do Conselho, podendo emanar da Comissão (v. g. os regulamentos de execução ou delegados). Acresce que atualmente o processo-regra de adoção de atos é o procedimento legislativo ordinário, no qual o poder decisório é repartido entre o Conselho e o PE, este composto por representantes dos cidadãos da União e não, diferentemente daquele, por representantes dos Governos dos Estados¹⁸⁷⁷. Acresce que nas organizações internacionais de integração supranacional, as quais assentam na transferência e partilha democrática de competências soberanas, os atos oriundos das instituições são da autoria e da responsabilidade destas ainda que reportadas às organizações; na verdade, inexistente responsabilidade dos Estados membros pelos atos (ainda que ilegais) aprovados pelas instituições europeias, mesmo que uma delas, dotada de poder decisório, seja composta por representantes dos Estados; qualquer responsabilidade que se pretenda fazer valer deve ser exercida contra a UE e não contra os Estados membros. Também por aqui não faz sentido coartar a estes a prerrogativa prevista no

¹⁸⁷⁶ Para além do mais, não será de excluir que um Estado membro queira impugnar regulamentos na feitura dos quais não participou, como sejam os adotados anteriormente à sua adesão à UE. Numa União que, à semelhança dos seus Estados membros, se assume de direito, tal prerrogativa deve ser-lhes atribuída.

¹⁸⁷⁷ O poder decisório anteriormente concentrado no Conselho, o conseqüente déficit de legitimidade democrática, bem como a opacidade associada aos processos decisórios eram, também, razões apontadas para justificar a necessidade de existir uma Constituição Europeia. Assim Jürgen HABERMAS, *Why Europe..., cit.*, pp. 14 e 15. A alteração verificada com o Tratado de Lisboa no sentido de elevar o antigo processo de codecisão a procedimento-regra de adoção de atos normativos, retomando aliás um dos aspetos do abandonado TeCE, permite de alguma forma atenuar aquelas críticas.

artigo 277.º do TFUE relativa ao controlo incidental e por via de exceção dos atos de alcance geral¹⁸⁷⁸.

Enfim e como começamos por dizer, a tutela jurisdicional efetiva satisfaz-se mais com a solução que reconhece legitimidade aos recorrentes privilegiados para excecionarem a ilegalidade dos atos de carácter geral, não obstante em devido tempo não tenham lançado mão do recurso de anulação contra os mesmos¹⁸⁷⁹. Acresce ainda que a tese da ilegitimidade não encontra sustentação pelo menos na letra do artigo 277.º e, nessa medida, apenas se tornará possível mediante uma interpretação restritiva a que se sujeite tal normativo.

A tese que reconhece legitimidade aos Estados membros para suscitarem o incidente da exceção de ilegalidade contra atos de alcance geral que não impugnaram diretamente e por via principal é de facto a que melhor se compagina com as exigências da tutela jurisdicional efetiva. Mesmo admitindo que a exceção de ilegalidade se destina a compensar os particulares pela impossibilidade de, através do recurso de anulação, impugnarem diretamente a validade da maioria¹⁸⁸⁰ dos atos de alcance geral, bem assim a protegê-los contra decisões que contenham medidas individuais de aplicação adotadas com base nesses atos, tal em nada se afigura incompatível com a possibilidade, suportada no elemento literal daquela disposição, dos recorrentes privilegiados (*maxime* os Estados membros) lançarem mão do referido instrumento.

Uma interpretação literal do artigo 277.º do TFUE, aliás, contempla este resultado, já que a figura da exceção de ilegalidade encontra-se configurada para ser utilizada por "*qualquer parte*", como o TJ já fez questão de enfatizar¹⁸⁸¹. Já uma interpretação declarativa restrita¹⁸⁸² (e por maioria de razão uma interpretação restritiva) pode ter o efeito indesejado e até desvirtuador de justificar o reconhecimento da legitimidade para lançar mão da exceção de ilegalidade apenas em

¹⁸⁷⁸ Aliás, se assim não fosse a coerência e a lógica jurídicas imporiam que aos Estados membros também não fosse reconhecida legitimidade para a interposição de recursos de anulação contra qualquer ato em que tivessem participado. Ora, o TJ já teve ocasião de esclarecer que o recurso de anulação faculta a qualquer Estado membro a faculdade de atacar "*a legalidade de qualquer regulamento do Conselho, sem que o exercício de tal prerrogativa se encontre condicionado pelas posições assumidas pelos representantes dos Estados membros que compõem o Conselho, aquando da adopção do regulamento em causa*". Assim se pode ler no acórdão ITÁLIA vs. CONSELHO, de 12 de julho de 1979, proc. 166/78, Rec. 1969, pp. 2575 e ss.

¹⁸⁷⁹ Assim também L. Neville BROWN e Tom KENNEDY, *op. cit.*, pp. 154 e 155; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 633 e ss; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, pp. 467 e 469.

¹⁸⁸⁰ Naturalmente, fica ressalvada a possibilidade de o fazerem no âmbito das situações previstas no quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE.

¹⁸⁸¹ Nomeadamente nos citados arestos ITÁLIA vs. COMISSÃO e CONSELHO, de 13 de julho de 1966, e SIMMENTHAL IV, n.ºs 35 e 39. No primeiro, aliás, precisamente em resposta à questão colocada pela Comissão relativa à possibilidade de os Estados membros suscitarem a exceção de ilegalidade, tendo o Tribunal respondido afirmativamente, não obstante o respetivo incidente tenha sido julgado inadmissível por inexistência do requisito relativo à relação jurídica direta (ou do nexo de causalidade) entre o ato de alcance geral e o ato relativo às medidas individuais de aplicação que encontra base jurídica naquele.

¹⁸⁸² A qual, segundo José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Ed, Coimbra, 2013, p. 410, prende-se com a ambiguidade do elemento literal da norma jurídica, na medida em que a letra da lei pode ser suscetível de diversos entendimentos. A interpretação declarativa, podendo ser restrita, média ou lata, é restrita quando o intérprete conclui que o resultado da interpretação literal se quedou pelo sentido ou significado menos abrangente da semântica utilizada.

relação aos recorrentes privilegiados e não em relação aos particulares. Quer dizer, de acordo com este tipo de interpretação a expressão "*qualquer parte*" significaria qualquer dos recorrentes privilegiados e não os recorrentes ordinários. Isto porque, se aí se estabelece a possibilidade de "*qualquer parte*" lançar mão deste mecanismo de impugnação dos atos de carácter geral "*mesmo depois de decorrido o prazo previsto no...*" sexto (e não no quinto, como por lapso manifesto consta da norma) "*...parágrafo do artigo 263.º*", uma vez que somente os recorrentes privilegiados podem livremente despoletar a impugnação direta, mediante o recurso de anulação, dos atos de alcance geral, então também apenas esta categoria de recorrentes poderia fazer uso da exceção de ilegalidade.

Não pensamos que seja assim. A legitimidade dos particulares nesta sede é inquestionável. Igualmente parece-nos indubitável a legitimidade dos Estados membros no âmbito da exceção de ilegalidade, tanto mais que tal categoria de sujeitos ocupa um papel nuclear em todos os instrumentos do tradicional contencioso da UE ou contencioso *stricto sensu* (desde a ação por incumprimento ao recurso de anulação, passando pela ações de indemnização e por omissão¹⁸⁸³), não se vislumbrando razões preponderantes para afastá-los daquela.

É verdade que os Estados membros (ou mais amplamente, os recorrentes privilegiados) dispõem de um prazo de dois meses para atacarem diretamente, por via principal e sem quaisquer limitações qualquer ato da União de alcance geral que considerem ilegal. Todavia, além de tal prazo se afigurar demasiado curto, muitas vezes somente perante medidas concretas ou individuais de aplicação, adotadas pelas instituições europeias já após o decurso daquele lapso temporal, é que os Estados se apercebem do vício que afeta um ato de carácter geral que num plano imediato não interferiu com os seus interesses. Ora, nestas situações apenas a exceção de ilegalidade confere aos Estados membros uma efetiva possibilidade de proteção jurisdicional dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

Naturalmente, a dedução da exceção de ilegalidade é feita de acordo com os condicionalismos do artigo 277.º do TFUE, nomeadamente, (i) a título incidental (e não principal); (ii) desde que o excipiente privilegiado seja parte num processo autónomo e principal no qual lança mão da exceção¹⁸⁸⁴; (iii) além do que uma decisão favorável ao excipiente não determina a invalidade do ato de alcance geral cuja validade é apreciada, mas a sua mera

¹⁸⁸³ Inclusivamente, em sede de reenvio prejudicial o artigo 23.º do Estatuto do TJUE reconhece-lhes o direito de apresentarem alegações ou observações escritas.

¹⁸⁸⁴ Por exemplo, no âmbito de impugnação de medidas individuais de aplicação do ato de carácter geral, no quadro de uma ação de indemnização movida contra a UE ou de uma ação por incumprimento instaurada contra um Estado membro.

*inaplicabilidade ao caso concreto*¹⁸⁸⁵ (solução não isenta de críticas, mas foi essa a vontade dos "donos dos Tratados"). Como tal, por força da declaração de inaplicabilidade à situação concreta e real de vida, o ato de carácter geral, qual regulamento, permanece válido e pleno de eficácia (em vigor, se se preferir) inclusivamente no ordenamento do Estado membro que viu proceder o incidente que suscitou alusido à exceção de ilegalidade, pelo que o próprio princípio da uniformidade na aplicação do direito da UE não é absolutamente desrespeitado.

Para finalizar, diremos que recentemente o TJ parece ter resolvido esta querela em favor da tese que sufragamos. No considerando 22 do citado acórdão *ESPAÑA vs. CONSEJO*, de 15 de maio de 2008 foi aclarado que "*Resulta deste artigo [artigo 241.º do TCE, hoje artigo 277.º do TFUE] que um Estado-Membro pode, em caso de litígio, contestar a legalidade de um regulamento contra o qual não interpôs recurso de anulação antes de decorrido o prazo previsto no artigo 230.º, quinto parágrafo, CE. Importa observar a este respeito que, não estando limitado o direito que assiste aos Estados-Membros de interpor recurso de anulação de um regulamento, a razão de inadmissibilidade invocada pelo Conselho e a Comissão, segundo a qual, essencialmente, um Estado-Membro não pode arguir a ilegalidade de um regulamento depois de decorrido o prazo antes referido, visto que podia requerer a sua anulação dentro desse prazo, equivaleria, se fosse acolhida, a negar aos Estados-Membros o direito de contestar, em caso de litígio, a legalidade de um regulamento para invocar, no Tribunal de Justiça, a sua inaplicabilidade. Sendo tal solução, como salientou o advogado-geral no n.º 61 das suas conclusões, contrária à própria letra do artigo 241.º CE, que confere esse direito a «qualquer parte»". Em suma, a única limitação que se vislumbra no artigo 277.º do TFUE, já por si significativa em termos de desafiar a tutela jurisdicional efetiva, prende-se com os atos suscetíveis de constituir idóneo objeto a este controlo incidental: ele é constituído apenas pelos atos de alcance geral; nenhuma restrição deve existir no plano da legitimidade dos excipientes.*

Sendo este o entendimento que deve ser sufragado, será possível aos Estados membros lançarem mão da exceção de ilegalidade para, no âmbito de um recurso de anulação instaurado contra um regulamento de execução adotado ao abrigo da função normativa regulamentar ou secundária, obterem a invalidade deste, arguida a título incidental e no âmbito da exceção de ilegalidade, com base numa decisão de inaplicabilidade fundada em vícios que contaminam o regulamento de base adotado no âmbito da função normativa legislativa ou primária. Imprescindível será a verificação da já referida relação de conexão direta ou do nexa causal entre ambos¹⁸⁸⁶.

¹⁸⁸⁵ Consoante os casos, acrescerá uma solução favorável no âmbito do processo principal, como seja a invalidade das medidas concretas e individuais de aplicação baseadas no ato de alcance geral, ou o reconhecimento e arbitramento de uma indemnização pelos prejuízos sofridos ou a impropriedade de uma ação por incumprimento.

¹⁸⁸⁶ Cfr. Francisco PAES MARQUES, *A exceção...*, cit., p. 93.

3.4. As limitações do mecanismo

Encontrando-se numa relação de subsidiariedade face ao recurso de anulação, na medida em que o interessado continua a poder lançar mão da exceção de ilegalidade mesmo depois de decorrido o prazo para a instauração do referido recurso, a que se soma a coincidência no que tange aos fundamentos invocáveis em ambos os instrumentos, também se vislumbram algumas limitações na exceção de ilegalidade, aspeto onde avulta algum abrandamento da tutela jurisdicional efetiva. Enunciemo-las.

Por um lado, o ato da UE alegadamente inválido, impugnável e objeto do controlo incidental tem de revestir alcance geral, podendo abranger regulamentos ou outros atos que não revestindo essa forma produzam efeitos equivalentes; de fora do objeto de controlo da exceção de ilegalidade situam-se, portanto, atos que não revestem tal carácter geral, ou seja, atos de alcance individual, como as diretivas e as decisões¹⁸⁸⁷. Por outro lado, a exceção de ilegalidade trata-se de um meio processual desprovido de autonomia¹⁸⁸⁸, já que a sua utilização depende da articulação com os outros instrumentos do tradicional contencioso da UE que pressupõem um litígio, ou seja, que se inserem na aceção restrita de contencioso da União. Finalmente, o resultado prático a que os excipientes podem aspirar consiste na declaração judicial dos órgãos que compõem o TJUE de inaplicabilidade dos atos de alcance geral a casos concretos submetidos às respetivas jurisdições; tal, na medida em que na exceção de ilegalidade, ao contrário do que sucede no recurso de anulação, os atos de alcance geral não são anulados (ou melhor, declarados nulos); antes deixam de ser aplicados às situações concretas e reais de vida onde o incidente de ilegalidade da norma foi levantado e julgado procedente; pelo que, em suma, os atos de alcance geral permanecerão em vigor nos ordenamentos jurídicos da UE e dos Estados membros.

No que tange à primeira limitação referimos já que de acordo com a redação que o artigo 277.º do TFUE apresentou até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa a exceção de ilegalidade encontrava-se configurada a permitir a impugnação apenas de regulamentos comunitários. Não obstante, já na altura não era de excluir o cenário de existirem outros atos, porventura atípicos que, independentemente da designação ou da forma adotadas revestiam, à semelhança daqueles, carácter geral, concluindo-se em relação a eles, mediante uma interpretação extensiva, que se tratava de atos equiparáveis para este efeito. Por esta razão, o Tratado de Lisboa operou a que o Tratado de Roma deixasse de falar em regulamentos, dada a semântica restritiva que lhe estava

¹⁸⁸⁷ Cfr. Francisco PAES MARQUES, *A exceção...*, *cit.*, pp. 69 e ss.

¹⁸⁸⁸ Cfr. Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, pp. 509 e 510.

associada, passado a referir, em sua vez, atos "*de alcance geral*", algo que representou um reforço da tutela jurisdicional efetiva.

Seja como for, não menos verdade é que tal tutela continua a ser descurada se levarmos em linha de conta que os atos que não revestam alcance geral, onde avultam as diretivas¹⁸⁸⁹, permanecem sem constituir objeto idóneo da exceção de ilegalidade. Se tal exclusão é compreensível no que tange, por exemplo, às *decisões* (típico ato de alcance individual), nomeadamente, por razões de proteção da confiança e de segurança jurídica, além de estabilização de um sistema contencioso que não pode estar indefinidamente aberto à impugnação da sua legalidade¹⁸⁹⁰, o mesmo não sucede no que respeita às mencionadas *diretivas*, principalmente quando dirigidas a todos os Estados membros¹⁸⁹¹, as quais acabam, indiretamente é certo, isto é, por força do ato de transposição, por adquirir alcance geral e abstrato. Seja como for, a solução criada foi a de tornar inatacável ambas as espécies de atos depois de expirado o prazo de interposição do recurso de anulação.

Quanto à segunda limitação é necessário ter presente que na exceção de ilegalidade o ataque que é dirigido ao ato de alcance geral tem lugar indiretamente, na medida em que a questão da ilegalidade do referido ato é suscitada a título *incidental* no âmbito de um processo onde a questão principal é outra¹⁸⁹². Assim, o interessado apenas poderá lançar mão da exceção de ilegalidade no quadro de outro processo, por exemplo, em sede de ação por incumprimento como argumento de defesa do Estado membro demandado; no cenário de uma ação de indemnização como causa de pedir dos danos sofridos; no contexto do recurso de anulação para invalidar medidas individuais de aplicação. Assim, quando surja no processo como demandante, o excipiente vê-se obrigado a lançar mão de outro mecanismo; na qualidade de demandado, o excipiente suscita o incidente da invalidade do ato de alcance geral para que o instrumento

¹⁸⁸⁹ Assim Patrick DUBOIS, *op. cit.*, p. 421; Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, *cit.*, p. 202. Contra Francisco PAES MARQUES, *A exceção...*, *cit.*, p. 71.

¹⁸⁹⁰ Assim foi justificado pelo TJ no já citado acórdão COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 12 de outubro de 1978, de cujo n.º 2 do respetivo sumário se extrai que "A exceção de ilegalidade prevista no artigo 184.º do Tratado está limitada, nos termos desta disposição, aos litígios «que ponham em causa um regulamento do Conselho ou da Comissão» e não pode ser invocada num recurso com base no n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 93.º do Tratado, pelo Estado-membro destinatário duma decisão individual." No n.º 20 do aresto também se pode ler que "tendo em conta que os prazos do recurso visam proteger a segurança jurídica, evitando que os actos comunitários que produzem efeitos de direito sejam postos em causa indefinidamente, está excluído que um Estado membro que deixou esgotar o prazo peremptório previsto no artigo 173.º, 3.º parágrafo, sem contestar, pela via que esta disposição lhe confere, a legalidade da decisão da Comissão que lhe foi dirigida, possa contestar tal decisão recorrendo ao artigo 184.º do Tratado...". No mesmo sentido encontramos os arestos COMISSÃO vs. FRANÇA, de 15 de novembro de 1983, proc. 52/83, Rec. 1983, pp. 3707 e ss, n.ºs 8 a 10; e COMISSÃO vs. FRANÇA, de 13 de março de 1985, já citado, n.º 9.

¹⁸⁹¹ Contra João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 629, 630 e 646.

¹⁸⁹² No dizer de João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 642, "...os sujeitos de direito podem ser prejudicados nos seus direitos ou interesses legítimos não apenas quando, com base num regulamento ilegal, é adoptada uma medida de aplicação passível de impugnação directa em recurso de anulação mas, em termos mais amplos, sempre que com base num regulamento ilegal se crie para eles uma situação que os prejudique e que possa ser sanada mediante o recurso a qualquer das vias contenciosas previstas no Tratado".

principal não seja julgado procedente; contingências que condicionam a pretensão do excipiente em ver assegurada a tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses.

Relativamente à terceira limitação convém ter presente que a exceção de ilegalidade permite aos interessados, no quadro de um processo que decorre nos órgãos inseridos no TJUE e onde aqueles sejam partes, suscitar, a título incidental (e não por via principal como sucede com o recurso de anulação), a ilegalidade de um ato de alcance geral da União com base no qual se pretende, nomeadamente, impor-lhes uma obrigação ou recusar-lhes um direito, tanto em auxílio de um *pedido principal* que enquanto demandantes deduziram, como em *forma de defesa* num processo em que são demandados. Pelo que, procedendo o incidente relativo à ilegalidade, o ato de carácter geral impugnado (por exemplo, um regulamento comunitário) permanecerá em vigor no ordenamento da UE e nas ordens jurídicas nacionais.

A manutenção da vigência do ato de alcance geral que é reconhecidamente inválido, o qual apenas deixa de ser aplicável ao caso *sub judice*, representa algum abrandamento da tutela jurisdicional efetiva na medida em que os efeitos da decisão favorável ao excipiente são *inter partes*¹⁸⁹³, ou seja, restringem-se ao caso concreto¹⁸⁹⁴. Assim, não será de excluir que em novos casos o mesmo órgão integrado no TJUE e que já desaplicou o ato de alcance geral objeto de controlo num processo onde a exceção de ilegalidade foi suscitada com sucesso, entenda como não procedentes diferentes fundamentos no âmbito de outras exceções de ilegalidade despoletadas contra o mesmo ato de alcance geral, o qual, nesses pleitos, não deixará de ser aplicável.

Não obstante e como é timbre da jurisprudência comunitária, deve ser referido que o sentido da decisão do órgão integrante do TJUE (*maxime* do TJ) proferida no âmbito de uma exceção de ilegalidade não deixará de ter um sentido orientador noutros processos semelhantes, onde idêntica exceção seja suscitada com base no mesmo fundamento.

3.5. As vantagens do instrumento

Já as vantagens da exceção de ilegalidade traduzem-se em importantes incrementos da tutela jurisdicional efetiva.

¹⁸⁹³ Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 936; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 558; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, p. 469.

¹⁸⁹⁴ João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 650, refere, contudo, que na prática o autor do ato acaba por se ver forçado a revogar o ato de alcance geral, porquanto sabe que futuramente serão anulados atos ou medidas individuais de aplicação do mesmo. No mesmo sentido, Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 561. Inexiste, porém, qualquer obrigação ou dever jurídico nesse sentido.

A primeira que ressalta consiste na faculdade conferida aos particulares, que não dispõem de legitimidade para através do recurso de anulação impugnarem atos de alcance geral, de atacarem tais atos indiretamente, suscitando num processo principal que admita conexão com a exceção o incidente da ilegalidade do ato de alcance geral, seja para obter a declaração de invalidade da medida individual de aplicação do mesmo, seja para fundamentar uma ação de indemnização movida contra a UE. Na síntese de João MOTA DE CAMPOS, "*a possibilidade de deduzir a exceção de ilegalidade constitui, assim, uma importante garantia adicional de defesa dos direitos dos particulares e em boa medida obvia aos sérios inconvenientes (...) da reserva para os recorrentes...*" ordinários¹⁸⁹⁵ "...do acesso ao recurso de anulação contra os regulamentos comunitários"¹⁸⁹⁶.

Na exceção de ilegalidade também sobressai, por outro lado, o desaparecimento dos constrangimentos de prazo a que estão sujeitos todos os recorrentes no quadro do recurso de anulação, podendo a referida exceção ser suscitada a todo o tempo¹⁸⁹⁷. Mediante esta via, confere-se aos recorrentes privilegiados a faculdade de, na ausência de possibilidade de interpor recurso de anulação contra um ato de alcance geral ilegal por extemporaneidade, promover casuisticamente a reposição da legalidade violada inviabilizando a aplicação desse tipo de atos; principalmente, permite-se aos particulares uma reação contra as medidas de aplicação de atos de carácter geral que pura e simplesmente não podem atacar por falta de legitimidade.

3.6. Um aspeto crítico. Proposta de resolução em função das exigências da tutela jurisdicional efetiva

A dualidade de juízos de desvalor a que o mesmo ato de alcance geral está permanentemente sujeito (anulação - ou melhor declaração de nulidade - no âmbito do recurso de anulação; inaplicabilidade ao caso concreto no quadro da exceção de ilegalidade¹⁸⁹⁸) poderia ser evitada. Com efeito, não conseguimos vislumbrar o alcance de o mesmo ato de carácter geral, inclusivamente com base no mesmo fundamento, poder ser invalidado com força obrigatória

¹⁸⁹⁵ Muito embora o autor no texto originário refira aos recorrentes "*privilegiados*" (citámos), estamos em crer que o fez por mero lapso de escrita.

¹⁸⁹⁶ Cfr. *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 626. Em sentido idêntico *vide* FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União, cit.*, p. 213. Aliás, recordem-se os n.ºs 40, 41 e 43 do citado acórdão SIMMENTHAL IV.

¹⁸⁹⁷ Relembre-se o précitado acórdão WÖHRMANN e o. *vs.* COMISSÃO, p. 198.

¹⁸⁹⁸ Dessa forma ocorrendo uma *pluralidade de consequências jurídicas ou resultados jurídicos* em virtude da invalidade dos atos de alcance geral de que fala J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria...*, *cit.*, p. 942, a propósito da inconstitucionalidade dos atos normativos.

geral e normalmente até com efeitos retroativos¹⁸⁹⁹, ou alternativamente ser declarado meramente inaplicável a uma determinada situação concreta e real de vida sem colocar em causa a sua validade e sem se afetar a respetiva vigência nos ordenamentos da UE e nacionais.

Esta duplicidade de soluções poderia ser pelo menos atenuada através da possibilidade de, depois de num determinado número de julgamentos de inaplicabilidade de determinado ato de alcance geral em sucessivos casos concretos decididos pelo TJ, este mesmo órgão (não já o TG; muito menos o TFP¹⁹⁰⁰) deveria poder invalidar o ato com efeitos *erga omnes* e consequente expurgação do mesmo dos referidos ordenamentos jurídicos, semelhantemente ao que sucede em alguns Estados membros no âmbito da fiscalização abstrata da constitucionalidade de normas, especificamente como em Portugal no processo de declaração de inconstitucionalidade com base no controlo concreto previsto no n.º 3 do artigo 281.º da CRP.

Para que uma solução deste género seja instituída terá de existir inevitavelmente vontade política dos Estados membros, enquanto "donos dos Tratados", em investir o TJ nessa competência, a qual representaria um importante reforço da tutela jurisdicional efetiva. Tal solução permitiria conciliar a manutenção do mecanismo da exceção de ilegalidade, como concebido desde os primórdios do direito comunitário até à atualidade, com as exigências da primazia da legalidade, que igualmente deve ser desejada, dos atos da UE, não dependente, pelo menos tão apertadamente, de prazos escassos. Tanto mais que através do instrumento processual das questões prejudiciais, o qual também encontra gènesse num processo judicial concreto embora tramitado num tribunal de uma jurisdição nacional de um Estado membro (e não nas do TJUE como sucede com a exceção de ilegalidade), também é possível obter-se uma declaração de invalidade (e não de mera inaplicabilidade) do ato da UE levado ao labor esclarecedor do TJ.

4. A tutela jurisdicional efetiva e a ação por omissão

A tutela jurisdicional efetiva está também subjacente ao instrumento processual previsto nos artigos 265.º (ex-artigo 232.º do TCE e ex-ex-artigo 175.º do TCEE) e 266.º do TFUE, mediante o qual se controla a legalidade das abstenções de agir por parte das instituições, órgãos

¹⁸⁹⁹ Sem prejuízo de, como se ressalva no segundo parágrafo do artigo 264.º do TFUE, o TJUE (ou melhor, os órgãos jurisdicionais que o integram) poder declarar que determinados efeitos produzidos pelo ato de alcance geral (v. g. determinar que ficam salvaguardados os casos decididos com base nas normas do regulamento invalidado e já transitados em julgado ou inclusivamente estabelecer que a sua decisão apenas produz efeitos prospetivos) ficam ressalvados.

¹⁹⁰⁰ Tratando-se de decisões destes dois órgãos jurisdicionais, poder-se-ia conceber uma situação de recurso obrigatório para o TJ a interpor pelo advogado-geral, o qual teria de intervir junto do TFP especificamente para este efeito uma vez que este órgão não conta com a participação daquela figura.

e organismos da UE. Denominada de ação por omissão¹⁹⁰¹ e inspirada na *Untätigkeitsklage* do direito alemão, nela controlam-se as abstenções de comportamentos daqueles entes materializadas em recusas do exercício de competências obrigatórias, cuja prática originaria a adoção de comportamentos ativos que os Tratados lhes impõem¹⁹⁰².

Também aqui a tutela jurisdicional efetiva tem em vista, *prima facie*, a objetiva legalidade europeia, em especial decorrente de problemas orgânicos, uma vez que a inação daqueles sujeitos afigura-se violadora dos Tratados. Porém, a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas, tanto dos particulares como dos Estados membros, não deixará de estar presente; com efeito, na fase pré-contenciosa do mecanismo o demandante deve interpelar a instituição, órgão ou organismo da União com vista à adoção de um ato que satisfaça os seus direitos subjetivos e interesses legítimos. Caso a omissão persista, ao recorrer ao competente órgão integrado no TJUE o demandante pretende obter uma decisão judicial que declare que a abstenção é contrária aos Tratados, dessa forma obrigando o demandado a adotar um ato que satisfaça a sua pretensão subjetiva e reponha a legalidade europeia violada. Na síntese de Jónatas MACHADO¹⁹⁰³, este instrumento deve ser interpretado em conformidade com os princípios da legalidade positiva, da conformidade funcional e, claro está, da proteção jurisdicional efetiva.

4.1. No parâmetro e no objeto de controlo

No escopo desta figura não releva toda e qualquer omissão, nomeadamente, desconsideram-se aquelas que têm lugar no âmbito de competências que as instituições, órgãos ou organismos da UE têm a mera faculdade de exercer, ou seja, cujos atos subjacentes se afiguram, tanto em termos de adoção como no que tange ao conteúdo, discricionários¹⁹⁰⁴. Pela

¹⁹⁰¹ Sobre ele vide Alistair MCDONNAGH, *Pour un élargissement des conditions de recevabilité des recours en contrôle de la légalité par des personnes privées en droit communautaire: le cas de l'article 175.º du traité CE*, in CDE, 1994 (n.ºs 5 e 6), pp. 607 e ss; Marianne DONY e Thierry RONSE, *Réflexions sur la spécificité du recours en carence*, in CDE, 2000 (n.ºs 5 e 6), pp. 595 e ss.

¹⁹⁰² Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 561 e 562, enfatiza um "princípio de legalidade positiva" do qual decorrem obrigações de agir, cujo desrespeito constitui uma ilegalidade por omissão. Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União*, cit., pp. 195 e 196.

¹⁹⁰³ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 562.

¹⁹⁰⁴ Contra A. BARBOSA DE MELO, *op. cit.*, p. 86. Também contra, ainda que de forma mitigada, FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União*, cit., pp. 198 e 199. Porém, o TJ assim se esclareceu desde cedo. Com efeito, no âmbito do acórdão CHEVALLEY vs. COMISSÃO, de 18 de novembro de 1970, proc. 15/70, Rec. 1970, pp. 975 e ss, n.ºs 9 a 11, o demandante solicitou à Comissão a emissão de um parecer cuja adoção se encontrava na disponibilidade desta; como tal, o Tribunal rejeitou a ação.

Um exemplo clássico usualmente referido no âmbito desta questão prende-se com a inação da Comissão perante denúncias de violação de obrigações previstas nos Tratados pelos Estados membros. Recorde-se que, como decorre do segundo parágrafo do artigo 258.º e do n.º 2 do artigo 260.º do TFUE (respetivamente das expressões "...pode recorrer" e "...pode submeter"), a ação por incumprimento é marcada pelos poderes discricionários da referida instituição, pelo que os interessados (v. g. um particular ou outro Estado membro) nada poderão fazer perante a

positiva, é necessário que a entidade demandada recuse o exercício de uma competência obrigatória, eximindo-se da prática de um ato cuja adoção lhe é imposta pelos Tratados¹⁹⁰⁵. Só assim a abstenção de pronúncia se afigura violadora destes.

Por outro lado, o objeto de controlo nas ações por omissão, excetuadas as propostas pelos particulares, também pode recair sobre abstenções cuja supressão dará lugar a atos não vinculativos, aqui residindo uma diferença face ao objeto do recurso de anulação. Porém, sem que tal se vislumbre particularmente reforçador da tutela jurisdicional efetiva. Com efeito, não se vislumbra a razão de ser de os órgãos que integram o TJUE serem chamados a apreciar violações dos Tratados em virtude da ausência da emissão de recomendações, pareceres ou até de informações, na medida em que não só o subsequente acatamento destes atos se afigura facultativo, como eles não são suscetíveis de impugnação contenciosa¹⁹⁰⁶.

referida inação. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 655; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União, cit.*, p. 199.

Questionar-se-á se este aspeto se compagina com as exigências da tutela jurisdicional efetiva. Parece-nos evidente que tal tutela sofre um abrandamento. Ainda assim, a resposta parece-nos dual em função de nos centrarmos perante a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade ou dos direitos e interesses subjetivos. Quanto à tutela jurisdicional efetiva destes, não podemos escamotear que os particulares poderão demandar, nos tribunais nacionais, os Estados membros que violem o direito da UE e que com esse tipo de comportamento lhes causem prejuízos, pelo que não vislumbramos incompatibilidade. Já no que tange à defesa da legalidade, dificilmente se poderá defender a compatibilidade, apesar de, como bem observa João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 655, o tribunal não poderia julgar do bem ou mau fundamento da abstenção da Comissão e da respetiva ilegalidade. Com efeito, isso implicaria que o TJ apurasse a montante se o Estado membro violou as obrigações decorrentes dos Tratados num processo onde este não intervém e como tal onde não se pode defender.

Diferentemente, já existirá objeto para uma ação por omissão se uma empresa pretender que a Comissão assumira uma posição relativamente a uma queixa (*i*) sobre um alegado comportamento anticoncorrencial da autoria de outra empresa por violação dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, ou (*ii*) sobre a atribuição indevida de auxílios de Estado à revelia dos artigos 107.º e 108.º do mesmo Tratado. É que aquelas normas do TFUE, relativas à proteção de uma efetiva e sã concorrência e à delimitação da atribuição de auxílios de Estado às empresas, bem como as do direito derivado (nomeadamente constantes de regulamentos) que as desenvolvem, apresentam um grau de vinculatividade dirigido à Comissão, impondo-lhe deveres de agir no sentido de colocar termo e reprimir as violações às mesmas. Também parece ser esta a posição de Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 565 a 567, e 569.

Não obstante, a prática também demonstra que a Comissão, no que tange aos comportamentos denunciados por alegadamente preencherem a previsão dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, por vezes escuda as suas abstenções de agir na falta de interesse comunitário. Assim sucedeu no caso GUÉRIN AUTOMOBILES *vs.* COMISSÃO, que deu origem ao acórdão do TPI de 27 de junho de 1995, proc. T-186/94, Col. 1995, pp. II-1753 e ss. Com efeito, seria humanamente impossível, até por escassez de meios, a Comissão conseguir dar vazão a todas as denúncias de alegados comportamentos anticoncorrenciais que ocorrem no espaço da UE, razão pela qual pode a mesma estabelecer prioridades em função do interesse comunitário, perseguindo preferencialmente os que sejam mais representativos.

No que concerne aos auxílios de Estado o TPI já teve ocasião de referir que a omissão de abertura dos procedimentos previstos nos artigos 107.º e 108.º do TFUE é suscetível de dar lugar a um processo de ação por omissão. Fê-lo no acórdão proferido no caso PANTOCHIM *vs.* COMISSÃO, de 17 de fevereiro de 1998, proc. T-107/96, Col. 1998, pp. II-314 e ss.

¹⁹⁰⁵ Por exemplo, em sede de ação por incumprimento não se poderá instaurar uma ação por omissão contra a Comissão por esta não formular o parecer fundamentado contra um Estado membro ou não pretender avançar com o pleito para a fase contenciosa. Cfr. o mencionado acórdão STAR FRUIT *vs.* COMISSÃO, n.ºs 11 e 12.

¹⁹⁰⁶ Porém, quando se trate de atos não vinculativos que condicionem a marcha de um processo decisório, como sucede com a necessidade de apresentação de propostas da Comissão na sequência de solicitações nesses sentido tanto do Conselho como do PE, uma válvula de escape deve ser aberta a este entendimento. Neste sentido, acórdão PE *vs.* CONSELHO, caso "Comitologia", já citado, n.º 16.

Ressalvada a limitação com que os particulares se deparam na instauração deste tipo de ação, também aqui é irrelevante a natureza ou forma do ato que as instituições, órgãos ou organismos da UE estão obrigados a adotar, o qual também abrange, portanto, atos atípicos desde que destinados a produzir efeitos jurídicos.

Por outro lado, é necessário que o demandado permaneça ao longo da tramitação processual em omissão, não havendo objeto para a ação quando se pretenda atacar decisões de indeferimento de pretensões requeridas ou atos com um conteúdo diferente do pretendido pelo demandante¹⁹⁰⁷. Uma vez que nestes casos existe ato, as eventuais impugnações deverão ter lugar no âmbito do recurso de anulação¹⁹⁰⁸.

Quanto ao parâmetro de controlo, salienta-se que o Tratado de Lisboa forneceu um importante contributo ao alargá-lo aos Tratados, uma vez que até à entrada em vigor daquele somente o TCE relevava. De outra banda, muito embora o artigo 265.º do TFUE se refira à "*violação dos Tratados*", em causa está também o direito derivado.

4.2. No aspeto das legitimidades

Na legitimidade passiva, o primeiro parágrafo do artigo 265.º do TFUE, fruto de uma tradição iniciada com o Tratado de Roma e mantida ao longo dos subseqüentes tratados de revisão, identifica as instituições que podem ser demandadas na ação por omissão. Inicialmente, o leque de possíveis demandados cingia-se ao Conselho e à Comissão, únicas titulares de poderes decisórios. O Tratado de Maastricht, fruto do progressivo incremento de poderes (nomeadamente legislativo) iniciado com o AUE, acrescentou o PE¹⁹⁰⁹, bem assim o então recém-criado BCE; o de Lisboa adicionou o Conselho Europeu, bem como outras instituições (v. g. o Tribunal de Contas), os órgãos e organismos da UE que se abstenham de se pronunciar¹⁹¹⁰.

Imprescindível é que a entidade demandada seja a titular da competência para a prática do ato pretendido. Assim sendo, apenas por esquecimento se justifica a ausência do Tribunal de

¹⁹⁰⁷ Cfr. acórdão IRISCH CEMENT vs. COMISSÃO, de 15 de dezembro de 1988, procs. apensos 166/86 e 220/86, Col. 1988, pp. 6473 e ss, n.º 17; acórdão do TPI, caso ASIA MOTOR FRANCE III, n.º 38. Cfr. L. Neville BROWN e Tom KENNEDY, *op. cit.*, p. 150; Contra Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 472.

¹⁹⁰⁸ Jónatas MACHADO, *Direito da União..., cit.*, pp. 562 e 563, enfatiza uma relação de subsidiariedade da ação por omissão face ao recurso de anulação, a qual é particularmente visível quando as instituições, órgãos ou organismos da UE, depois de se depararem com um acórdão anulatório transitado em julgado, não procedem à respetiva execução nos termos do artigo 266.º do TFUE.

¹⁹⁰⁹ Também nesta matéria o Tratado de Maastricht mais não fez do que positivar no TCE uma competência do PE que já tinha sido declarada e consolidada na jurisprudência do TJ, nomeadamente a partir do acórdão PE vs. CONSELHO, de 22 de maio de 1985, proc. 13/83, Rec. 1985, pp. 1556 e ss, n.ºs 17 e 18.

¹⁹¹⁰ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema..., cit.*, p. 83.

Contas da UE do conjunto dos possíveis demandados individualizados naquela disposição. Contudo, vislumbra-se ao longo da evolução do TFUE um alargamento das entidades com legitimidade processual passiva, aspeto que também tem subjacente o incremento da tutela jurisdicional efetiva tanto da objetiva legalidade europeia como dos direitos subjetivos e interesses legítimos decorrentes do direito da União.

Na legitimidade ativa e comparativamente com o recurso de anulação, é usual distinguir-se entre autores institucionais, onde encontramos os Estados membros e as instituições europeias, e eventualmente os órgãos e organismos da UE¹⁹¹¹; e ordinários¹⁹¹², onde se enquadram os particulares.

Quanto aos primeiros, por contraposição ao recurso de anulação, o Tratado de Lisboa suprimiu a diferença, introduzida pelo Tratado de Maastricht embora restrita ao BCE, entre demandantes privilegiados e demandantes que gozam de uma legitimidade mitigada, em função da (des)necessidade de demonstração de interesse em agir com vista à salvaguarda das respetivas prerrogativas. Na verdade e relativamente ao BCE, o Tratado de Maastricht introduziu um novo quarto parágrafo ao artigo 175.º (posteriormente artigo 232.º) do TCE, que restringia a instauração de ações por omissão por parte da referida instituição aos domínios das suas atribuições. O Tratado de Lisboa eliminou tal restrição, alargando dessa forma o âmbito da legitimidade do BCE, o que também se traduziu num reforço da tutela jurisdicional efetiva da estrita legalidade europeia.

Efetivamente, nos demandantes institucionais está em causa a tutela jurisdicional efetiva sobretudo da objetiva legalidade da UE, no sentido em que a instauração da ação por omissão não depende da invocação de pretensões de natureza subjetiva¹⁹¹³. Mas não necessariamente; com efeito, a dimensão subjetiva da tutela jurisdicional efetiva também estará subjacente às ações propostas pelos Estados membros, uma vez que estes poderão propor o referido instrumento com vista à salvaguarda dos respetivos interesses.

Já relativamente aos particulares, decorre do terceiro parágrafo do artigo 265.º do TFUE que eles apenas podem socorrer-se da ação por omissão com o objetivo de forçar o demandado a adotar e a dirigir-lhes um ato individual, vinculativo e dotado de eficácia externa (em princípio, uma decisão, podendo tratar-se de outro ato que produza efeitos análogos¹⁹¹⁴)¹⁹¹⁵. Nesta

¹⁹¹¹ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 564 e 565, que interpreta extensivamente o artigo 265.º de forma a que também estas entidades, bem como o Tribunal de Contas da UE, disponham de legitimidade processual ativa para a ação por omissão quando pretendam salvaguardar as suas prerrogativas através dela.

¹⁹¹² Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União*, cit., pp. 200 e ss.

¹⁹¹³ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 565.

¹⁹¹⁴ Já quanto aos regulamentos, como atos normativos e de caráter geral, e às diretivas, que se destinam aos Estados membros que identificarem, muito dificilmente poderão os particulares despoletar um processo de fiscalização do cumprimento da legalidade europeia por omissão. Por outro lado, os visados das omissões que os particulares têm interesse em impugnar quase sempre são o Conselho, o PE, ou a Comissão.

categoria de demandantes avulta a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos¹⁹¹⁶. Simetricamente ao que sucede no recurso de anulação não será de excluir a impugnação pelo autor ordinário de omissões de atos destinados a terceiros contando que os referidos atos afetem direta e individualmente o demandante de forma análoga aos destinatários dos atos em falta.

Aliás, a propósito dos paralelismos entre as duas figuras de controlo do respeito da legalidade europeia a título principal, Jónatas MACHADO¹⁹¹⁷ assinala uma correspondência, que remonta ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, entre os objetos do recurso de anulação e da ação por omissão quando instaurados pelos particulares: através da referida ação controlam-se omissões de atos impugnáveis através do mencionado recurso.

4.3. Na tramitação processual

Uma especificidade da ação por omissão consta da tramitação, a qual, como sucede na ação por incumprimento, conhece duas fases, uma pré-contenciosa (ou administrativa)¹⁹¹⁸ e outra contenciosa, o que extrai do segundo parágrafo do artigo 265.º do TFUE.

A fase pré-contenciosa destina-se a convidar a instituição, órgão ou organismo titular da competência a agir mediante a adoção do ato que os Tratados lhe impõem, evitando-se dessa forma que o assunto prossiga para tribunal, que atuará apenas como solução de último recurso. Tal convite deve ser claro, explícito, preciso¹⁹¹⁹, fundamentado¹⁹²⁰ e formulado por escrito pelo próprio interessado, que deverá aguardar dois meses por um comportamento da entidade interpelada.

O TJ já esclareceu, a propósito desta fase, que a recusa explícita da instituição em causa agir em conformidade com tal convite constitui uma tomada de posição que põe fim à omissão e que tal recusa constitui um ato impugnável na aceção do artigo 263.º do TFUE, ou seja, do

¹⁹¹⁵ No referido acórdão CHEVALLEY vs. COMISSÃO o demandante pretendia obter da Comissão um ato não vinculativo, razão pela qual a ação por omissão foi julgada inadmissível.

¹⁹¹⁶ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 565.

¹⁹¹⁷ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 570.

¹⁹¹⁸ Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 566, qualifica esta exigência como um "*pressuposto pré-processual ou pré-litigioso*", ao qual aponta três funções: de aviso (na medida em que identifica e aponta para a ocorrência de uma omissão ilegal), de filtro (porquanto permite fazer com que o TJUE atue apenas quando o requerente não consiga pela via administrativa que a entidade interpelada se pronuncie) e de identificação (pois delimita o âmbito objetivo, relativo ao ato pretendido, e subjetivo, atinente à entidade em abstenção de pronúncia, do litígio). Em sentido idêntico ver Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 471 e 472.

¹⁹¹⁹ Acórdão MERONI e o. vs. ALTA AUTORIDADE, de 6 de abril de 1962, procs. apensos 21 a 26/61, Rec. 1962, pp. 149 e ss.

¹⁹²⁰ É necessário, pois, "*identificar a obrigação de agir, à luz do direito primário e secundário relevante, juntamente com o acto pretendido*", bem como afirmar a "*intenção de prosseguir para a acção de omissão*". Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 567. Vide também Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 511.

recurso de anulação¹⁹²¹. Não obstante, sem excluir que em certas circunstâncias específicas o silêncio ou a inação de uma instituição, órgão ou organismo possam excepcionalmente ser considerados como equivalendo a uma decisão tácita de indeferimento, o princípio geral determina que "*a simples inação de uma instituição não pode ser equiparada a um indeferimento tácito, salvo quando esta consequência tenha sido expressamente prevista por uma disposição do direito comunitário*"¹⁹²², pelo que inexistente objeto para um recurso de anulação, podendo existir causa de pedir para a ação por omissão nos termos do artigo 265.º do TFUE.

Também pode suceder que a entidade interpelada a agir reconheça a obrigação e opere em conformidade praticando um ato, o que faz com que a ação por omissão fique sem objeto. Com efeito, a mais anódina tomada de posição sobre o assunto, por parte da entidade demandada, faz com que a referida ação caia por terra. Nesse caso poderá o interpelante, caso não concorde com o sentido ou conteúdo do ato, reagir novamente mediante recurso de anulação¹⁹²³. Assim não sucederá, contudo, quando uma empresa dirija uma queixa à Comissão pela violação cometida por uma concorrente sua dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE e a referida instituição responda mediante carta que consubstancie um ato preparatório, sem, porém, adotar uma posição definitiva sobre o objeto da queixa; com efeito, tal carta não é suscetível de colocar termo à omissão¹⁹²⁴.

Mantendo-se a omissão denunciada e indevida nos dois meses seguintes ao convite a agir, existe novo prazo de dois meses para a instauração da ação propriamente dita (ou da fase contenciosa), isto é, para se recorrer ao órgão jurisdicional competente, o qual poderá ser o TJ (quando os demandantes sejam Estados membros ou instituições), o TG (quando os demandantes sejam particulares) ou o TFP (no âmbito da matéria laboral entre os funcionários e as instituições, órgãos ou organismos), em termos semelhantes aos do recurso de anulação¹⁹²⁵.

No arranque do processo judicial, ou seja, na petição, o autor deve fazer alusão à violação do direito da UE mediante a omissão de um ato devido, explicando em que medida tal comportamento é violador daquele ordenamento.

¹⁹²¹ Acórdãos já citados LÜTTICKE II, p. 308; ASTERIS e o. vs. COMISSÃO, n.ºs 32 e 33. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 661 e 662; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 567; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, p. 472; Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 511.

¹⁹²² Acórdão COMISSÃO vs. GREENCORE, já citado, n.º 45.

¹⁹²³ Com efeito, no acórdão DEUTSCHER KOMPONISTENVERBAND vs. COMISSÃO, de 13 de julho de 1971, proc. 8/71, Col. 1971, pp. 247 e ss, n.º 2, o TJ esclareceu que a adoção de um qualquer ato, mesmo que diverso do pretendido ou considerado necessário pelo interpelante, faz com que a ação por omissão fique prejudicada por falta de objeto.

¹⁹²⁴ Acórdão GUÉRIN AUTOMOBILES vs. COMISSÃO (GUÉRIN II), de 18 de março de 1997, proc. C-282/95 P, Col. 1997, pp. I-1531 e ss, n.ºs 36 a 38.

¹⁹²⁵ Vide *supra* Capítulo III da Parte I; Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 563.

Os dois prazos que marcam a fase pré-contenciosa, os quais desde o início da referida fase até à instauração da ação em tribunal contabilizam quatro meses¹⁹²⁶, são imperativos e perentórios, pelo que a sua inobservância faz precluir a possibilidade de se recorrer ao tribunal. Apesar de relativamente curto, a tutela jurisdicional efetiva não sofre aqui o impacto que denunciámos em sede de recurso de anulação. Com efeito, inexistindo qualquer prazo para a apresentação do convite à entidade que deve agir ou pronunciar-se, em princípio, o demandante conhecerá de antemão o caminho que o expediente terá de percorrer, razão pela qual estará alertado para a necessidade de respeitar os prazos inerentes logo que formule tal convite.

A tutela jurisdicional efetiva não deixa de estar presente na articulação entre as duas fases. Na verdade, apenas está legitimado a avançar para tribunal quem na fase administrativa convidou a instituição, órgão ou organismo da União suprir a omissão através da adoção de um ato; por outro lado, o objeto da ação judicial (ou da fase contenciosa) é delimitado pela matéria de facto e de direito constante do convite a agir.

4.4. Na execução do acórdão que declare a violação dos Tratados por inação

O artigo 266.º do TFUE, que enforma a executoriedade dos acórdãos anulatórios, também é, *mutatis mutandis*, aplicável às decisões do TJUE (ou dos órgãos em que este se desdobra) que declarem a violação dos Tratados por omissão por parte das instituições, órgãos ou organismos da União, devendo a entidade demandada adotar as medidas necessárias à execução do acórdão *declarativo* de que um comportamento abstencionista daqueles entes é contrário ao direito da União, de forma a repor a legalidade europeia¹⁹²⁷. Isto é, o autor da abstenção de pronúncia que serviu de fundamento à ação deve adotar um ato que elimine a omissão, ainda que o mesmo não corresponda ao desejado pelo autor.

Igualmente aqui, a liberdade de atuação das referidas entidades não se afigura absoluta porquanto as mesmas devem conformar-se quer com a parte *dispositiva* quer com a *fundamentação* do acórdão do tribunal. Também nesta sede a execução do acórdão deve estar concluída em prazo razoável.

¹⁹²⁶ Semelhantemente ao que sucede com o recurso de anulação também aqui poderá (i) acrescer uma dilação de dez dias em razão da distância; (ii) eventualmente, o interessado invocar caso fortuito ou de força maior com o objetivo de praticar o ato para além daquele prazo.

¹⁹²⁷ Assim não sucederá, porém, quando o ato cuja omissão é objeto do litígio tenha sido adotado depois da propositura da ação mas antes da prolação do acórdão. Neste caso, uma declaração do Tribunal de ilegalidade da abstenção inicial já não pode levar às consequências previstas no artigo 266.º uma vez que o objeto da ação desapareceu. Desta forma, igualmente extinguiu-se a necessidade de tutela jurisdicional no âmbito desta via processual. Cfr. acórdãos do TPI, caso OFICEMEN vs. COMISSÃO, de 10 de julho de 1997, proc. T-212/95, Col. 1997, pp. II-1161 e ss, n.ºs 65 a 68; e PANTOCHIM vs. COMISSÃO, já citado, n.º 29.

Destaca-se a impossibilidade de o tribunal (i) ordenar aos autores da omissão declarada medidas concretas que devam ser tomadas, (ii) substituir-se-lhes nessa tarefa, (iii) dirigir-lhes injunções ou (iv) aplicar-lhes sanções pecuniárias compulsórias¹⁹²⁸, aspeto que fragiliza o instrumento processual de controlo da legalidade por omissão, com repercussões ao nível da tutela jurisdicional efetiva. Com efeito, poderá a entidade demanda adotar um comportamento absolutamente insignificante e alegar que, com ele, deu cumprimento ao acórdão do tribunal.

Também neste contexto nos parece que os órgãos integrantes do TJUE poderiam estar dotados de um maior número de prerrogativas de forma a salvaguardar melhor a tutela jurisdicional efetiva tanto da objetiva legalidade, como de pretensões subjetivas. Nomeadamente, tratando-se de atos administrativos cuja prática e conteúdo sejam vinculados, os referidos tribunais deveriam poder determinar que o seu acórdão produz os efeitos do ato ilegalmente omitido e devido. Igualmente, não causaria admiração se tais órgãos jurisdicionais fossem investidos no poder de aplicar sanções pecuniárias compulsórias às instituições, uma vez que o podem fazer em relação aos Estados membros. De igual modo, a ideia de "prazo razoável" peca por ser vaga e indeterminada, devendo o mesmo ser concretizado em número de dias ou meses. Por outro lado ainda, tanto o TG como o TJ deveriam poder emitir "*guidelines*" ou mesmo injunções acompanhadas de prazo de execução do acórdão; e até, perante a extrema inércia da entidade autora de omissão já declarada, determinar a transferência de competência para a referida execução para outra instituição ou outro órgão.

Não obstante, radicando o objetivo da ação por omissão na obtenção de uma decisão judicial que declare que determinada abstenção de pronúncia é ilegal porque contrária aos Tratados, a obrigação a cargo da entidade demandada de executar o acórdão do tribunal não prejudica a eventual propositura, contra a UE, de ações por responsabilidade extracontratual que possam resultar daquela declaração, o que decorre do segundo parágrafo do artigo 266.º do TFUE, aspeto enfatizado pela jurisprudência do TJUE¹⁹²⁹ e que reforça a tutela jurisdicional

¹⁹²⁸ Efetivamente, também o acórdão preferido nesta sede, fruto de as jurisdições inseridas no TJUE serem *limitadas* e não *plenas*, não poderá condenar as instituições, órgãos ou organismos da UE à prática dos atos devidos e ilegalmente omitidos; muito menos poderá tal decisão adotar as medidas que aqueles compete tomar. Com efeito, o efeito de tal decisão, em princípio e quase sempre, será meramente declarativo da omissão. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 562 e 571.

Não obstante, Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 938, configura um cenário em que a decisão do tribunal poderá ter uma eficácia constitutiva. Se porventura a entidade demandada aceder tardiamente ao convite para agir e adotar o ato já depois de decorridos os dois meses de que dispunha para esse efeito, a procedência da ação por omissão que acabou por ser instaurada, dada a inércia daquela entidade no prazo dos dois meses, faz com que o ato entretanto praticado deverá ser eliminado.

¹⁹²⁹ Cfr. acórdão BUCKL e o. vs. COMISSÃO, de 24 de novembro de 1992, procs. apensos C-15/91 e C-108/91, Col. 1992, pp. I-6092 e ss, n.º 14; acórdão do TPI, caso ASIA MOTOR FRANCE e o. vs. COMISSÃO, de 18 de setembro de 1992, proc. T-28/90, Col. 1992, pp. II-2285 e ss, n.º 36.

efetiva. Porém, não basta que seja declarada a existência de omissão para que a responsabilidade da União exista *ipso facto*¹⁹³⁰.

Por outro lado, se o dever de execução do acórdão declarativo da violação dos Tratados por omissão se extingue nos casos em que no momento da prolação do mesmo a entidade demandada já tiver adotado posição, assim colmatando a omissão de pronúncia, tal não exclui a possibilidade de o autor demandar a UE no âmbito de uma ação de responsabilidade com vista a ser ressarcido dos danos que sofreu durante o lapso de tempo em que a abstenção de pronúncia perdurou¹⁹³¹.

¹⁹³⁰ Acórdão do TPI, caso ASIA MOTOR FRANCE III, já citado, n.ºs 107 e 108.

¹⁹³¹ Acórdão PE vs. CONSELHO, de 12 de julho de 1988, proc. C-377/87, Col. 1988, pp. I-4045 e ss, n.º 9.

Capítulo III

A tutela jurisdicional efetiva no instrumento processual das questões prejudiciais

1. Razão de ordem

Aflorámos o princípio da uniformidade na interpretação e aplicação do direito da UE (pelos tribunais nacionais no território dos respetivos Estados membros) enquanto corolário da doutrina do primado e a importância do mesmo como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva no referido ordenamento. O objetivo da uniformidade na interpretação e aplicação do direito da UE é prosseguido através de vários instrumentos adjetivos, consistindo o principal no processo das questões prejudiciais vulgarmente conhecido como reenvio - a que alguns acrescentam "a título" - prejudicial^{1932/1933}, *nomen* inspirado no *recours sur renvoi de l'autorité judiciaire*

¹⁹³² Sobre este mecanismo *vide* Pierre PESCATORE, *O Recurso Prejudicial do Artigo 177.º do Tratado CEE e a Cooperação do Tribunal de Justiça com as jurisdições nacionais*, tradução portuguesa, Luxemburgo, 1986; *Reenvio prejudicial: evolução do sistema, in 1952-2002: Quinquagésimo aniversário do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Luxemburgo, 2003, pp. 17 e ss; Alberto SOUTO DE MIRANDA, *A competência dos tribunais dos Estados membros para apreciar a validade dos actos comunitários no âmbito do artigo 177.º do Tratado de Roma*, in *Temas de Direito Comunitário*, Coimbra, 1990, pp. 9 e ss; *O Tribunal de Justiça e a apreciação não vinculada das questões prejudiciais*, in *idem*, pp. 65 e ss; Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177.º do Tratado CEE*, Lisboa, 1991; MOITINHO DE ALMEIDA, *O reenvio prejudicial perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra, 1992; Rui MOURA RAMOS, *Reenvio prejudicial...*, *cit.*, pp. 213 e ss; Koen LENAERTZ, *Form and substance of the preliminary rulings procedure*, in AA. VV, *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Dordrecht, 1994, pp. 355 e ss; B. H. Ter KUILE, *To refer or not refer: about the last paragraph of Article 177 of the EC Treaty*, in *idem* pp. 381 e ss; Paulo CANELAS DE CASTRO, *O reenvio prejudicial: um mecanismo de integração através da cooperação de juízes. Apontamentos sobre uma história (ainda?) de sucesso*, in *Temas de Integração*, 1997 (n.º 3), pp. 101 e ss; David O'KEEFFE, *Is the spirit of Article 177 under attack? Preliminary references and admissibility*, in Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini, Vol II: *Diritto dell'Unione Europea*, Milão, 1998, pp. 695 e ss; Georges VANDERSANDEN, *La procédure préjudicielle: à la recherche d'une identité perdue*, in AA. VV, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Vol. I, Bruxelas, 1999, pp. 619 e ss; David EDWARD, *Reform of Article 234 Procedure: The Limits of Possible*, in David O'KEEFFE e Antonio BAVASSO, *op. cit.*, pp. 119 e ss; Giorgio GAJA, *The Growing Variety of Procedures concerning Preliminary Rulings*, in *idem*, pp. 143 e ss; Bo VESTERDORF, *A protecção jurisdicional face aos actos das instituições comunitárias*, in *1952-2002: Quinquagésimo aniversário do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Luxemburgo, 2003, pp. 69 e ss; Inês QUADROS, *A função subjectiva da competência prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra, 2006.

¹⁹³³ Para uma apreciação crítica da terminologia empregue no TFUE e que normalmente é utilizada *vide* os autores da Faculdade de Direito de Lisboa, FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, *cit.*, pp. 67 e ss, os quais sugerem a utilização do termo "*processo de questões prejudiciais*"; no mesmo sentido Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, *cit.*, pp. 71 e ss. *Vide* também Francisco

existente no direito francês¹⁹³⁴, o qual assenta numa dialética judicial entre os órgãos jurisdicionais dos Estados membros e os seus homólogos integrados no TJUE.

Previsto no artigo 267.º do TFUE, o reenvio prejudicial traduz-se, com efeito, num mecanismo de cooperação institucional direta entre o TJUE (ou melhor, entre o TJ) e os tribunais nacionais dos Estados membros que tem por principal objetivo assegurar a interpretação uniforme e a correta aplicação do direito da UE por parte destes sempre que os mesmos, atuando na qualidade de órgãos comuns de aplicação do direito da UE, se deparem com dúvidas relativamente à sua interpretação ou validade¹⁹³⁵. Assim foi esclarecido pelo TJ no célebre acórdão CILFIT¹⁹³⁶, épico nesta matéria.

Em causa está ainda a efetividade do direito da UE nas ordens jurídicas nacionais e o seu primado sobre estas¹⁹³⁷.

O instrumento das questões prejudiciais não se trata de um *processo contencioso de partes*¹⁹³⁸ uma vez que o mesmo não se afigura como uma ação¹⁹³⁹, recurso¹⁹⁴⁰ e, segundo alguns autores, nem sequer se trata de um reenvio propriamente dito¹⁹⁴¹. A sua natureza jurídico-

PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, pp. 103 e ss, que aflora as criticamente as possíveis designações do instrumento. Em Coimbra emprega-se a expressão habitualmente utilizada: "reenvio prejudicial". Cfr. A. BARBOSA DE MELO, *op. cit.*, pp. 99 e ss; Rui MOURA RAMOS, *Reenvio prejudicial..., cit.*, pp. 213 e ss; Jónatas MACHADO, *Direito da União..., cit.*, pp. 572 e ss; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, 497. O mesmo sucede na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; ver o *working paper* pré-citado de Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO.

¹⁹³⁴ Este mecanismo instituiu uma via de diálogo entre os tribunais comuns e os tribunais administrativos, levando a que sobre os primeiros incida o dever de questionarem os segundos sobre a interpretação ou validade dos atos administrativos que se apresentem relevantes no âmbito do ações que os mesmos tenham de decidir.

¹⁹³⁵ Cfr. Gerhard BEBR, *Development of Judicial..., cit.*, p. 5; João MOTA DE CAMPOS, *Direito..., II Vol, cit.*, p. 436; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 498; Miguel PRATA ROQUE, *op. cit.*, pp. 909 e 910. É com este aspeto nuclear que inicia a *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais*, já citada.

¹⁹³⁶ Acórdão de 6 de outubro de 1982, proc. 283/81, Rec. 1982, pp. 3415 e ss. Uma tradução portuguesa dos excertos mais relevantes do aresto pode ver-se em Miguel MOURA E SILVA, *Direito da União..., cit.*, pp. 511 e ss. Sobre ele *vide* Koen LENAERTS, *La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel*, in *CDE*, 1983 (n.º 3), pp. 471 e ss.

¹⁹³⁷ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito..., II Vol*, p. 435; Matthias HERDEGEN, *Europarecht, cit.*, p. 173.

¹⁹³⁸ Cfr. Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal..., cit.*, p. 19; Maria Luísa DUARTE, *Contencioso..., cit.*, p. 45; Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 5; Maria E. M. de NAZARÉ RIBEIRO, em comentário ao artigo 267.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 963.

¹⁹³⁹ A qual traduz-se numa forma de fazer valer um direito em juízo, pressupondo um litígio que opõe duas partes, um pedido e uma causa de pedir. Ora, nada disto se verifica no mecanismo das questões prejudiciais, o qual surge antes marcado por uma relação de cooperação institucional entre o juiz da UE e os juizes nacionais enquanto aplicadores judiciais comuns do direito da União. Há, porém, quem qualifique desta forma o mecanismo das questões prejudiciais. É o caso de Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 925, que a esse propósito fala em "ação prejudicial", provavelmente inspirado em A. BARBOSA DE MELO, *op. cit.*, pp. 99 e ss, que refere-se-lhe como "ação ou reenvio prejudicial".

¹⁹⁴⁰ Como já dissemos, o recurso, num *prima processual* ou *adjetivo*, consiste num pedido de reapreciação de uma decisão jurisdicional dirigido a outro tribunal hierarquicamente superior ao que consubstancia o autor da decisão impugnada; numa ótica *administrativista* como a que vigorou em Portugal até à reforma da justiça administrativa de 2002/2004, o recurso corresponde à impugnação contenciosa de um ato administrativo. Ora, nenhuma destas modalidades se verifica no mecanismo das questões prejudiciais.

¹⁹⁴¹ Nomeadamente, FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário, cit.*, pp. 46 e ss, que lembram que a expressão "reenvio prejudicial" terá sido decalcada do termo francês "*renvoi*"

processual é, aliás, a de *incidente da instância*, sendo enxertado num processo principal nacional (ação, recurso, procedimento cautelar¹⁹⁴², podendo inclusivamente tratar-se de um processo de natureza não contenciosa) que se encontre a ser tramitado num órgão jurisdicional nacional.

Na verdade, o reenvio prejudicial consiste num *processo de cooperação institucional direta entre juízes* uma vez que os seus intervenientes são sempre dois tribunais da UE em sentido amplo: um, nacional, organicamente pertencente a um Estado membro e simultaneamente tribunal da União em sentido funcional; o outro, o TJ, organicamente integrado no TJUE e nessa medida tribunal da União em sentido restrito. O primeiro, confrontado com dúvidas sobre a interpretação ou validade de determinada norma do direito da UE aplicável ao litígio *sub judice*, decide submeter tais dúvidas ao segundo¹⁹⁴³; este, respondendo às questões que lhe foram dirigidas, esclarece utilmente aquele, tanto no tocante à interpretação correta e uniforme do direito da UE, como confirmando ou (numa competência exclusiva sua) infirmando a validade da norma europeia.

Nesta relação, o tribunal (nacional) do reenvio sujeita-se à resposta que lhe for fornecida pelo TJ, devendo decidir o litígio que tem entre mãos de acordo com essa solução vinculativa¹⁹⁴⁴. No entanto, tal não obsta a que a cooperação institucional que no quadro do reenvio prejudicial se estabelece entre os tribunais nacionais e o TJ se baseie no respeito mútuo e recíproco, num relacionamento horizontal entre a jurisdição do TJ e as jurisdições nacionais, e não em verticalização ou hierarquia¹⁹⁴⁵.

préjudiciel" constante da versão francesa do Tratado de Roma, correspondendo à tradução direta do mesmo. Porém, no ordenamento jurídico português reenvio significa devolução e trata-se do instituto do direito internacional privado previsto nos artigos 17.º a 19.º do Código Civil, com o qual se visa determinar a lei nacional (entendida como direito interno substantivo) aplicável às relações jurídicas que apresentam conexão com ordenamentos jurídicos de vários países. Cfr. Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 925.

¹⁹⁴² Por aqui se constata que o mecanismo das questões prejudiciais, à semelhança dos processos de medidas provisórias de natureza cautelar e ainda que por razões distintas, também não goza de autonomia já que depende de um processo principal: uma ação, um recurso ou até um procedimento cautelar que se encontre a ser tramitado num tribunal de um Estado membro.

¹⁹⁴³ Em jurisprudência constante pelo TJ foi dito que a via processual atualmente prevista do artigo 267.º do TFUE "*institui uma cooperação directa entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais através de um processo não contencioso, que reveste carácter de incidente no decurso de um litígio pendente no órgão jurisdicional nacional e que é estranho a qualquer iniciativa das partes, sendo estas convidadas a pronunciar-se apenas no quadro delineado pelo referido órgão jurisdicional*". Vide os pré-citados acórdãos SINGER; BOLLMANN, n.º 4; e PALMISANI, n.º 31.

¹⁹⁴⁴ Contra Carla AMADO GOMES, que entende que se o acórdão prejudicial do TJ colocar em causa alguma garantia constitucional relacionada com o "*Estado de direito democrático*" poderá o órgão jurisdicional nacional que submeteu a questão, por força da ressalva feita na parte final do n.º 4 do artigo 8.º da CRP, deixar de o aplicar. Cfr. *Jurisprudência dirigente ou vinculação à Constituição? Pensamentos avulsos sobre o Acórdão do TJCE de 13 de Setembro de 2005*, in Revista do Ministério Público, 2006 (n.º 107), p. 225. No mesmo sentido Carlos BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pp. 226, 242 e 243, para quem o Tribunal Constitucional português consubstancia a última instância jurisdicional de apreciação da validade de normas aplicáveis no ordenamento jurídico interno.

¹⁹⁴⁵ Esta relação tem, segundo alguns autores, determinado que os próprios tribunais constitucionais se auto-abstenham de apreciar eventuais inconstitucionalidades do direito da UE. É o caso de Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal...*, *cit.*, p. 80 e ss.

Estando em causa a atuação dos tribunais nacionais enquanto órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da UE, o instrumento do reenvio prejudicial assume uma relevância incontornável¹⁹⁴⁶. Por um lado, ele visa garantir a interpretação uniforme e a boa aplicação daquele direito, onde também está em causa a tutela jurisdicional efetiva tanto da objetiva legalidade europeia como das pretensões subjetivas (direitos e interesses) dos particulares derivadas da ordem jurídica da União¹⁹⁴⁷. Por outro lado, o reenvio tem-se revelado o mais importante mecanismo processual inserido na esfera competencial do TJ no sentido em que os principais progressos da integração europeia (v. g. primado, efeito direto, medidas cautelares fundadas no direito da União e que os tribunais nacionais podem decretar, responsabilidade dos Estados por violação do direito da UE, etc.) de impulso jurisprudencial remontam a respostas fornecidas a questões prejudiciais (*maxime* interpretativas) colocadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados membros¹⁹⁴⁸.

2. A tutela jurisdicional efetiva no âmbito das finalidades do instrumento das questões prejudiciais

Os órgãos jurisdicionais nacionais afiguram-se como os tribunais comuns de aplicação do direito da União no território dos respetivos Estados membros, dessa forma assegurando uma descentralização na tarefa aplicativa de tal parcela da juridicidade¹⁹⁴⁹ e uma corresponsabilização daqueles órgãos na sua atuação como juízes comuns da ordem jurídica europeia. Diferentemente da instituição jurisdicional da União que, composta por três órgãos judiciais (TJ, TG e tribunais especializados, até à data apenas o TFP), encerra três jurisdições que correspondem aos tribunais da UE em sentido *orgânico* e *restrito*, os órgãos jurisdicionais dos Estados membros também se traduzem em tribunais da UE mas numa aceção *funcional* e *ampla*¹⁹⁵⁰.

¹⁹⁴⁶ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 573 e 574.

¹⁹⁴⁷ Alguns autores enfatizam a faceta subjetiva do reenvio prejudicial. É o caso de Giuseppe TESAURO, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and the National Courts*, in *Yearbook of European Law*, 1993, pp. 1 a 5; ou de Miguel POIARES MADURO, *A Constituição...*, cit., pp. 28, 59 e 60, que fala numa "*subjetivação dos Tratados*" apelando a uma modificação da base de interpretação dos tratados que deixou de gravitar em torno dos Estados membros para passar a girar em volta dos particulares. No mesmo sentido, Inês QUADROS, *op. cit.*, pp. 87 e ss. e 205, cuja dissertação intitulou de forma a abranger esta dimensão. Outros autores entendem que o reenvio prejudicial permite prosseguir tanto uma função subjetiva como uma função objetiva de proteção da estrita legalidade europeia. Assim FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, cit., pp. 72 a 74; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., pp. 583 e 584.

¹⁹⁴⁸ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 368.

¹⁹⁴⁹ Cfr. Inês QUADROS, *op. cit.*, p. 22.

¹⁹⁵⁰ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 51.

Tendo em conta as relações que se estabelecem entre os dois principais protagonistas dos processos de reenvio prejudicial, a tutela jurisdicional efetiva está presente nas principais finalidades prosseguidas pelo instrumento processual¹⁹⁵¹.

2.1. Na salvaguarda de pretensões de natureza subjetiva fundadas no direito da União Europeia

Dadas as restrições com que os particulares (*maxime* cidadãos e empresas) se confrontam no acesso às jurisdições dos órgãos em que se desdobra o TJUE¹⁹⁵², a investidura dos órgãos jurisdicionais nacionais como tribunais comuns de aplicação do direito da UE e, nessa medida, em tribunais da União em sentido amplo foi a fórmula escolhida para que a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos que lhes são conferidos pela ordem jurídica europeia pudesse ser uma realidade¹⁹⁵³. No reenvio prejudicial também acaba por estar em causa, portanto, a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas fundadas no direito da União que aos tribunais nacionais, enquanto juízes comuns deste direito, compete salvaguardar, para tal socorrendo-se do precioso auxílio esclarecedor que o TJ lhes pode fornecer.

Na verdade, quando mobilizados para aplicar o direito da União os tribunais nacionais frequentemente questionam o TJ sobre a aptidão de determinada norma europeia para a produção de efeito direto e, em caso afirmativo, se só o vertical ou se este e também o horizontal. O TJ responde positiva ou negativamente, em função do caráter incondicional e suficientemente preciso da referida norma, na atribuição de direitos aos particulares e na imposição de obrigações tanto aos Estados membros como aos próprios particulares.

¹⁹⁵¹ Cfr. Inês QUADROS, *op. cit.*, pp. 33 e ss.

¹⁹⁵² Particularmente visíveis tanto em sede de *ação por incumprimento*, na qual os particulares pura e simplesmente têm qualquer tipo de intervenção com exceção da sua participação na fase administrativa ou pré-contenciosa enquanto queixosos, como de *recurso de anulação*, onde os referidos atores processuais se confrontam com uma legitimidade muito restrita no que tange à impugnação de atos da UE, não podendo contestar, designadamente, regulamentos (salvo nas condições previstas no quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE), diretivas nem decisões que não se dirijam a si de forma direta e individual. Ambos os aspetos foram já tratados nos dois capítulos imediatamente anteriores a este.

¹⁹⁵³ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 575.

2.2. No auxílio à interpretação uniforme e à correta aplicação do direito da União Europeia

O mecanismo das questões prejudiciais não assume natureza contenciosa na medida em que, como incidente da instância nacional onde se prossegue uma cooperação institucional entre duas jurisdições (as internas quando aplicam direito da União e a do TJ) que formam os tribunais da UE em sentido lato, na sua base não se encontra qualquer litígio. Nessa medida, o reenvio prejudicial situa-se fora do tradicional contencioso da UE ou contencioso da União *stricto sensu*¹⁹⁵⁴. Por outro lado, enquanto o processo de reenvio não estiver decidido, isto é, enquanto o TJ não responder às questões prejudiciais colocadas pelo tribunal de um Estado membro, a respetiva instância jurisdicional nacional encontrar-se-á, nos termos do artigo 23.º do Estatuto do TJUE, suspensa¹⁹⁵⁵.

Convirá ter presente que os tribunais dos Estados membros estabelecem relações institucionais com o TJ que, distintamente do que sucede no contexto dos esquemas de partilha competencial entre os órgãos jurisdicionais dos Estados federados e os tribunais do respetivo Estado federal, **não se caracterizam pela verticalização nem por vínculos hierárquicos**¹⁹⁵⁶. Essas relações, centradas no instrumento processual das questões prejudiciais, visam que os tribunais nacionais, enquanto jurisdição comum de aplicação do direito da UE, prossigam a uniformidade na interpretação bem como a correta aplicação das normas desse ordenamento no conjunto dos Estados membros¹⁹⁵⁷ e para tal contam com o auxílio esclarecedor e aclaratório¹⁹⁵⁸ do TJ. Esta finalidade do reenvio como mecanismo de **cooperação institucional entre o TJ e os órgãos jurisdicionais nacionais** já foi enfatizada por aquele¹⁹⁵⁹.

O mecanismo das questões prejudiciais assume-se, assim, como o principal instrumento¹⁹⁶⁰ do contencioso da UE em sentido amplo que visa assegurar imediatamente **o princípio da uniformidade do respetivo direito da União** e de forma mediata os princípios do primado, da

¹⁹⁵⁴ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 14; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 505.

¹⁹⁵⁵ A questão prejudicial e respetiva decisão ou resposta assumem uma natureza processual interlocutória. Assim Paulo CANELAS DE CASTRO, *op. cit.*, p. 106.

¹⁹⁵⁶ Com efeito, as jurisdições da UE não são superiores às jurisdições dos Estados membros, pelo que aquelas (com particular destaque para a do TJ) jamais funcionam como instância de apelo ou de recurso das decisões dos tribunais nacionais; de igual forma, os órgãos integrados no TJUE não têm competência para modificar, anular ou revogar as decisões dos tribunais dos Estados membros. Aliás, o TJUE também não se encontra no topo de uma sequência de órgãos jurisdicionais europeus com competências que por vezes se entrecruzam, como por exemplo em matéria de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, já que este lugar é ocupado pelo TEDH. Cfr. Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 3; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 582.

¹⁹⁵⁷ Cfr. Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal...*, cit., pp. 10, 18 e 19; João MOTA DE CAMPOS, *Direito Comunitário*, II Vol, cit., pp. 435 e ss; Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 525; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., pp. 46 e ss; José Luís CAMELO GOMES, *op. cit.*, pp. 54 e ss.

¹⁹⁵⁸ Cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., pp. 147 e 148.

¹⁹⁵⁹ Cfr. n.º 7 do acórdão CILFIT.

¹⁹⁶⁰ Cfr. Rui MOURA RAMOS, *As Comunidades...*, cit., pp. 7 e ss; *O Tratado de Nice...*, cit., pp. 90 e ss.

aplicabilidade direta e do efeito direto do mesmo. Em causa também está a tutela jurisdicional efetiva tanto da objetiva legalidade europeia¹⁹⁶¹, como dos direitos subjetivos dos particulares.

2.3. Na demanda de uma ordem jurídica europeia una e coerente

Através do reenvio prejudicial prossegue-se ainda a unidade e a coerência do ordenamento jurídico da União, que deve ser aplicado pelos órgãos jurisdicionais nacionais, prevenindo-se ainda o surgimento de jurisprudência nacional contrária ao referido direito¹⁹⁶².

Na verdade, ao apreciarem os mais variados processos (entre ações, recursos e procedimentos cautelares) que se inserem na sua esfera competencial e cuja solução substantiva passe pela aplicação de disposições previstas no ordenamento da União, os tribunais nacionais podem deparar-se com dúvidas sobre o sentido e o alcance, ou sobre a validade, dessas normas. Inexistindo a via do reenvio aumentaria exponencialmente o risco de o direito da UE ser interpretado de forma divergente e incorreta pelos múltiplos tribunais dos Estados membros, bem como de regras europeias inválidas serem objeto de aplicação judicial; haveria ainda o perigo de as interpretações sobre normas da ordem jurídica da União, além de erradas, variarem ao sabor das diferentes susceptibilidades, ideologias e idiossincrasias nacionais. Para prevenir estes cenários os juízes nacionais devem resolver as dúvidas relativas à interpretação e validade das disposições europeias de acordo com as orientações que lhes sejam fornecidas pelo TJ¹⁹⁶³. Aliás, muitas dúvidas suscitadas pelos órgãos jurisdicionais dos Estados membros prendem-se com o primado do direito da UE e as suas múltiplas decorrências.

Dessa forma assegura-se uma profícua cooperação institucional entre as jurisdições nacionais e as jurisdições do TJUE, e com ela a interpretação uniforme das normas do direito da União, contribuindo-se também para o reforço da tutela jurisdicional efetiva do referido ordenamento pois em causa está, além da objetiva legalidade europeia (nas questões de validade), a correta aplicação das disposições europeias que atribuem direitos ou impõem obrigações aos sujeitos que sejam partes nos processos judiciais que decorrem nos tribunais nacionais (nos problemas interpretativos). Naturalmente, a tutela jurisdicional efetiva estaria seriamente comprometida se a interpretação e a aplicação das normas do direito da UE pudessem variar em função de cada Estado membro.

¹⁹⁶¹ Cfr. Inês QUADROS, *op. cit.*, p. 36; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, *cit.*, p. 73; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.^a Ed, *cit.*, p. 584.

¹⁹⁶² Cfr. Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹⁶³ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 439; Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, *cit.*, p. 142; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 574.

2.4. Articulação de papéis num tandem formado pelos tribunais nacionais e pelo Tribunal de Justiça

A principal finalidade do reenvio prejudicial, já o dissemos, consiste em garantir a correta aplicação e a interpretação uniforme do direito da União no conjunto dos Estados membros; através dele evita-se o surgimento de divergências jurisprudenciais no interior da UE e protagonizadas pelos tribunais nacionais sobre os mais variados domínios do respetivo ordenamento¹⁹⁶⁴, onde se vislumbra um objetivo de tutela jurisdicional efetiva sobretudo da objetiva legalidade europeia.

Porém, não menos verdade se afigura que o reenvio também funciona como um instrumento de proteção jurídica indireta dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos conferidos aos particulares pelo direito da União, principalmente devido às limitações com que estes se confrontam no acesso às jurisdições do TJUE, ilustradas no quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE quando os mesmos se deparam com a sua ilegitimidade para impugnar atos que não lhes dizem direta e individualmente respeito e/ou atos regulamentares que não lhes digam diretamente respeito e careçam de medidas de execução. Este aspeto também remonta à tutela jurisdicional efetiva, principalmente de pretensões de natureza subjetiva¹⁹⁶⁵, apesar de esta ser uma finalidade mediata ou secundariamente prosseguida pelo instituto¹⁹⁶⁶.

Ressalve-se que os particulares que sejam partes nos processos principais que decorrem nos tribunais nacionais não dispõem de um direito de colocar questões prejudiciais ao TJ, da mesma forma que não conseguem forçar os juízes nacionais a fazê-lo ou a deixarem de o fazer. A apresentação de dúvidas prejudiciais e a formulação dos seus termos depende estritamente do juiz nacional a quem compete dirimir o conflito de interesses enquanto aplicador judicial comum do direito da UE; é, portanto, este julgador que decide se haverá lugar a um processo de reenvio prejudicial independentemente das pretensões que as partes tenham a esse título¹⁹⁶⁷, e em caso afirmativo quais as questões que pretende ver esclarecidas. Por outro lado, o TJ é quem se

¹⁹⁶⁴ Cfr. acórdão CILFIT, n.º 7.

¹⁹⁶⁵ Recorde-se que segundo a Comissão constitui objeto para a eventual instauração de uma ação por incumprimento o comportamento de um Estado membro que tornou excessivamente difícil a colocação, pelos respetivos órgãos jurisdicionais, de questões prejudiciais ao TJ. Para além de violar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, o Estado membro em questão não cumpre o seu dever de cooperação leal, atualmente previsto n.º 3 do artigo 4.º do TUE. Cfr. acórdão UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO, já citado, n.º 30.

¹⁹⁶⁶ Neste sentido, Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal...*, cit., p. 21.

¹⁹⁶⁷ Cfr. Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 5.

encontra em melhor posição para interpretar o direito da UE e prosseguir a sua teleologia global e coerentemente¹⁹⁶⁸.

Não compete ao TJ verificar se a decisão de reenvio foi tomada de acordo com as regras processuais internas¹⁹⁶⁹ nem julgar da pertinência das questões prejudiciais que lhe são apresentadas¹⁹⁷⁰. Pressupondo que as dúvidas dizem respeito à interpretação ou à validade do direito da UE o referido tribunal é, em princípio, obrigado a responder¹⁹⁷¹. No acórdão prejudicial, ele "limita-se" a esclarecer os problemas que lhe foram colocados pelo órgão jurisdicional nacional, pronunciando-se estritamente sobre a interpretação ou validade das pertinentes disposições europeias, o que faz com objetividade, independência e isenção relativamente à questão de fundo que se encontra na base do processo (principal) nacional onde foi enxertado um processo (incidental) de questões prejudiciais.

Por seu turno, incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciar os factos da causa¹⁹⁷² e avaliar, tendo em conta as especificidades dos aspetos jurídicos em discussão no processo nacional, a necessidade de um aresto prejudicial, bem como a pertinência das questões que apresenta ao TJ, para poder proferir a decisão de mérito sobre a questão de fundo.

Também por razões de imparcialidade o TJ jamais se pronuncia sobre o desfecho do caso concreto que se encontra na base do surgimento das dúvidas¹⁹⁷³, uma vez que tal tarefa está confiada ao tribunal nacional enquanto órgão de soberania¹⁹⁷⁴ e juiz natural do processo; será, portanto, este quem procederá à aplicação do direito da UE (ou nacional de aplicação ou execução deste) ao processo principal¹⁹⁷⁵. No dizer de João MOTA DE CAMPOS, o TJ "*conclui por enunciar um princípio comunitário abstracto, de que o juiz nacional fará a aplicação que entender ao caso concreto*"¹⁹⁷⁶. Na verdade e para além (ou até independentemente) do favorecimento dos direitos subjetivos e interesses legítimos das partes dos processos judiciais internos onde as questões prejudiciais encontram génese, outro objetivo do reenvio consiste na

¹⁹⁶⁸ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 444 e 445.

¹⁹⁶⁹ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 451.

¹⁹⁷⁰ Cfr. acórdão MAZZALAI, de 20 de maio de 1976, proc. 111/75, Col. 1976, pp. 291 e ss, n.º 1 do sumário.

¹⁹⁷¹ Cfr. acórdãos IKA, de 25 de fevereiro de 2003, proc. C-326/00, Col. 2003, pp. I-1703 e ss, n.º 27; KELLER, de 12 de abril de 2005, proc. C-145/03, Col. 2005, pp. I-2529 e ss, n.º 33; CONSEIL GÉNÉRAL DE LA VIENNE, de 22 de junho de 2006, proc. C-419/04, Col. 2006, pp. I-5659 e ss, n.º 19.

¹⁹⁷² Cfr. acórdão COSTA/ENEL, p. 555.

¹⁹⁷³ Na síntese de Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, *cit.*, p. 48, "*...não se trata de aplicar a norma ao caso concreto, mas, num momento logicamente anterior, determinar o espaço de significação da(s) norma(s) comunitária(s) relevante(s)*". Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 480.

¹⁹⁷⁴ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 580; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 503; *vide* também ponto 7 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, *cit.*, p. 2.

¹⁹⁷⁵ Cfr. Paulo CANELAS DE CASTRO, *op. cit.*, p. 122; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 519; como se lê no ponto 8 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, *cit.*, p. 2: "*O Tribunal pronuncia-se sobre a interpretação ou a validade do direito da União, procurando dar uma resposta útil para a resolução do litígio, mas é ao órgão jurisdicional do reenvio que cabe tirar as consequências dessa resposta, eventualmente afastando a aplicação da disposição nacional em questão*".

¹⁹⁷⁶ Cfr. *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 488.

consolidação e na potencialização da aplicabilidade da norma europeia. Nesta medida, prevalece aqui a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia, incidindo sobre o TJ o dever de fornecer ao seu homólogo nacional todos os elementos interpretativos relevantes e que se afigurem úteis para a implementação das decorrências das disposições europeias interpretadas, em especial quando estas determinam a incompatibilidade com algumas regras nacionais¹⁹⁷⁷.

3. A tutela jurisdicional efetiva e os sujeitos processuais do reenvio prejudicial

3.1. Os tribunais do reenvio: a noção comunitária de órgão jurisdicional nacional

Não se levantam grandes dúvidas em relação ao tribunal competente para responder às questões prejudiciais colocadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais. Muito embora o artigo 267.º do TFUE se reporte à instituição jurisdicional da União, referindo-se ao TJUE, dos três órgãos em que a mesma se decompõem está em causa apenas o TJ¹⁹⁷⁸.

Menos pacífico se afigura o problema de saber quais os tribunais dos Estados membros habilitados a interpelar aquele¹⁹⁷⁹. Com efeito, o que se deva considerar órgão jurisdicional nacional naturalmente também releva da esfera competencial soberana dos Estados membros e das ordens jurídicas internas, podendo tal conceito variar de Estado para Estado. Devido a essas dificuldades o TJ pronunciou-se sobre a questão e formulou um conceito comunitário de "órgão jurisdicional", de origem pretoriana, com valência na esfera de aplicação do direito da UE e autónomo das noções nacionais¹⁹⁸⁰.

¹⁹⁷⁷ Cfr. acórdão FENDT ITALIANA, de 05 de julho de 2007, procs. apensos C-145/06 e C-146/06, Col. 2007, pp. I-5884 e ss, n.º 30.

¹⁹⁷⁸ Apesar de neste aspeto se poder questionar, tendo em conta a redação do n.º 3 do artigo 256.º do TFUE e como vimos no Capítulo II da Parte I, se apenas o TJ é competente para este efeito ou se o TG também o é? A questão impõe-se porque o referido artigo 267.º refere o TJUE, o qual abrange tanto o TJ como o TG e até o próprio TFP enquanto tribunal especializado. Daquele preceito também resulta que a competência prejudicial do TG, diferentemente da do TJ, além de se circunscrever a matérias específicas, ou seja, não sendo genérica, depende de determinação normativa a inscrever no Estatuto do TJUE. Ora, constatando-se que este é omissivo em relação a tal aspeto e não se levantando dúvidas quanto ao facto de o TFP não dispor de competência para o reenvio, pode-se concluir que apenas o TJ dispõe de competência para apreciar processos de questões prejudiciais.

¹⁹⁷⁹ Sobre a questão ver A. BARBOSA DE MELO, *op. cit.*, pp. 114 e ss; Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, *cit.*, p. 72; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 578 e 579; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, pp. 604 e ss; Maria E. M. de NAZARÉ RIBEIRO, em comentário ao artigo 267.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 963; Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, pp. 65 e ss.

¹⁹⁸⁰ Cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, *cit.*, p. 148; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, p. 502. Vide ponto 9 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, *cit.*, p. 2.

Segundo o TJ esse órgão deve, "*pela própria natureza, designar uma autoridade que tenha a qualidade de terceiro em relação àquela que adotou a decisão objeto do recurso*"¹⁹⁸¹. Nessa medida, o Tribunal referiu que (i) algumas entidades administrativas nacionais, designadamente, os diretores das contribuições e impostos pertencentes à administração fiscal, ainda que dotadas de competência para apreciar litígios em primeira instância, não se trata de órgãos jurisdicionais na aceção do artigo 267.º do TFUE, pelo que não podem colocar questões prejudiciais¹⁹⁸²; isto porque a sua inserção orgânica na pessoa jurídica que determina o sentido da decisão impugnada colide com a referida exigência. O mesmo ocorre em relação (ii) às autoridades administrativas da concorrência que, não obstante independentes, se encontrem sob a tutela de legalidade de membros do poder executivo¹⁹⁸³, na medida em que não se consegue impedir eficazmente a existência de intervenções ou pressões indevidas do referido poder relativamente aos respetivos membros¹⁹⁸⁴. Também aqui encontramos uma exigência de tutela jurisdicional efetiva, a qual tem em vista assegurar a total imparcialidade e a absoluta independência do órgão que decide apresentar as questões prejudiciais face ao litígio.

Ainda de acordo com a noção oferecida pelo TJ, o conceito de órgão jurisdicional nacional parte de um critério *orgânico-funcional* que exige a integração do referido órgão na estrutura judicial de um Estado membro; completado por um critério *material* que impõe vários requisitos que devem ser preenchidos, ainda que não cumulativamente, pelo organismo nacional convocado a decidir o litígio, como (i) a origem legal do mesmo; (ii) o seu caráter público e permanente; (iii) a imperatividade da sua jurisdição; (iv) a sua independência; (v) a natureza contraditória do processo; (vi) o respeito pelos princípios processuais decorrentes do *due process of law*; (vii) e o julgamento de acordo com a aplicação de normas de direito (concretamente, da UE ou nacional de transposição ou execução do mesmo) e não segundo critérios de equidade^{1985/1986}.

Por não preencherem o primeiro critério, uma vez que as partes podem ter a faculdade de designar os juízes, bem como por não reunirem as subalíneas i), ii) e iii) do segundo critério, os

¹⁹⁸¹ Cfr. acórdão CORBIAU, de 30 de março de 1993, proc. C-24/92, Col. 1993, pp. I-1300 e ss, n.º 15.

¹⁹⁸² Cfr. n.ºs 17 dos pré-mencionados acórdãos CORBIAU e PETERBROECK.

¹⁹⁸³ Cfr. acórdão SYFAIT, de 31 de maio de 2005, proc. C-53/03, Col. 2005, pp. I-4638 e ss, n.º 30.

¹⁹⁸⁴ Cfr. acórdão KÖLLENSPERGER e ATZWANGER, de 4 de fevereiro de 1999, proc. C-103/97, Col. 1999, pp. I-566 e ss, n.º 21.

¹⁹⁸⁵ Acórdãos VAASSEN-GÖBBELS, de 30 de junho de 1966, proc. 61/65, Rec. 1966, pp. 403 e ss, em especial, pp. 404 e 405; e pré-mencionados DORSCH CONSULT, n.º 23; e SYFAIT, n.º 29. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 450; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, pp. 36 e ss; Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁸⁶ No fundo, a problemática consiste numa derivação da questão atrás abordada e mais abrangente relativa a que se considera uma jurisdição ou aos elementos da função jurisdicional. Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, *cit.*, pp. 82 e ss; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 605.

tribunais arbitrais, em regra, encontram-se excluídos do processo do reenvio¹⁹⁸⁷, sem que tal, quanto a nós, consubstancie necessariamente um abrandamento à tutela jurisdicional efetiva desde que das decisões daqueles órgãos caiba recurso para os tribunais, judiciais ou administrativos, comuns, uma vez que estes já poderão, ou inclusive deverão, colocar questões prejudiciais.

O TJ acrescentou ainda que os órgãos nacionais apenas poderão apresentar questões prejudiciais se perante eles estiver pendente um litígio que implique um processo conducente a uma decisão de carácter jurisdicional (e não administrativo nem meramente opinativo)¹⁹⁸⁸, o que também enfatiza a finalidade de tutela jurisdicional efetiva, tanto da objetiva legalidade europeia como de pretensões subjetivas derivadas do direito da União, do instrumento em causa.

Em suma, o TJ reserva-se na faculdade de, com ampla latitude e à luz de critérios por si formulados, qualificar um órgão nacional como jurisdicional, ainda que o mesmo não seja qualificado como tal pela respetiva ordem jurídica interna¹⁹⁸⁹, podendo recusar responder se entender que o preteso órgão nacional do reenvio não se afigura jurisdicional¹⁹⁹⁰.

3.2. A participação de outros intervenientes

Outro aspeto prende-se com os intervenientes eventuais num processo de questões prejudiciais. Uma vez que o principal objetivo do reenvio consiste em garantir a correta aplicação e a interpretação uniforme do direito da UE no conjunto dos Estados membros¹⁹⁹¹, além das partes do litígio *sub judice* no processo nacional, também os Estados membros, a Comissão, a instituição, órgão ou organismo da UE que adotou o ato cuja interpretação ou validade é apreciada, têm, nos termos do artigo 23.º do Estatuto do TJUE¹⁹⁹², o direito de apresentar no TJ alegações, memorandos ou observações escritas¹⁹⁹³.

¹⁹⁸⁷ Nessa medida, se por ventura a jurisdição de determinado tribunal arbitral se revelar *obrigatória*, nomeadamente por não depender do acordo das partes do litígio, o referido tribunal arbitral já poderá colocar questões prejudiciais ao TJ. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 448; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 575 e 579; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, *cit.*, p. 502, com apoio em decisões do TJ; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 607; Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 88. Refira-se, no entanto, que recentemente o TJ admitiu um processo de questões prejudiciais colocado pelo tribunal arbitral tributário *voluntário* português que funciona no Centro de Arbitragem Administrativa.

¹⁹⁸⁸ Cfr. acórdão VICTORIA FILM, de 12 de novembro de 1998, proc. C-134/97, Col. 1998, pp. I-7044 e ss, n.º 14.

¹⁹⁸⁹ Cfr. Georges VANDERSANDEN e Ami BARAV, *op. cit.*, pp. 273 e ss.

¹⁹⁹⁰ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 451.

¹⁹⁹¹ Cfr. acórdão GOURMET CLASSIC, de 12 de junho de 2008, proc. C-458/06, Col. 2008, pp. I-4207 e ss, n.º 23.

¹⁹⁹² Esta possibilidade é particularmente importante na medida em que, para efeitos do processo de reenvio, derroga o artigo 40.º do mesmo Estatuto. O processo de participação nos casos referidos no artigo 267.º do TFUE

Assegura-se assim a um leque alargado de sujeitos potencialmente interessados na decisão do TJ, onde se destacam as partes do pleito e os Estados membros, a possibilidade de influenciarem o sentido da decisão deste, o que contribui para reforçar a tutela jurisdicional efetiva das pretensões subjetivas que lhes são reconhecidas pelo direito da União¹⁹⁹⁴. Com efeito, se os tribunais envolvidos são órgãos imparciais, o mesmo não sucede com as partes do processo jurisdicional nacional nem com os Estados membros, os quais têm a faculdade de inculcar no espírito do TJ o entendimento relativo ao direito da UE que melhor satisfaça os seus interesses.

Já as instituições, órgãos e organismos europeus eventualmente envolvidos tenderão a intervir de forma a salvaguardarem a objetiva legalidade europeia.

4. Tutela jurisdicional efetiva e espécies de questões prejudiciais

Podemos conceber dois critérios de classificação das questões prejudiciais que os órgãos jurisdicionais nacionais podem colocar ao TJ. Entre (i) problemas interpretativos do direito da União ou relativos à validade de normas europeias (critério do objeto¹⁹⁹⁵) e (ii) questões obrigatórias ou facultativas (critério da vinculatividade), a tutela jurisdicional efetiva suscita questões interessantes e delicadas.

4.1. O objeto do reenvio: questões interpretativas e relativas à validade do direito da União

Um elemento impreterivelmente presente no reenvio prejudicial, sem o qual este não poderá ser despoletado por falta de objeto, consiste no surgimento, no espírito dos órgãos jurisdicionais nacionais (também designados de tribunais do reenvio), de dúvidas relacionadas

resulta do artigo 23.º do Estatuto do TJUE, o qual limita o direito de apresentar ao Tribunal memorandos ou observações às partes em causa, aos Estados membros, à Comissão, bem como, se for o caso, à instituição, órgão ou organismo da UE que tiver adotado o ato cuja validade ou interpretação é contestada. Segundo o TJ, "*pela expressão «partes em causa» esta disposição visa apenas as partes que gozam da referida qualidade no litígio pendente perante o órgão jurisdicional nacional*". Tal disposição especial seria desprovida de sentido se o direito de participar no processo do artigo 267.º fosse reconhecido a todos os interessados nos termos do artigo 40.º do Estatuto. Consequentemente, "*uma pessoa que não pediu para intervir perante o órgão jurisdicional nacional e não foi admitida a intervir perante o mesmo não tem o direito de apresentar observações ao Tribunal na aceção desta disposição*". Cfr. despacho do Presidente do TJ proferido no caso BIOGEN, já citado, n.º 6.

¹⁹⁹³ Porém, no que tange às partes, sem contraditório, como notam Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 5.

¹⁹⁹⁴ No entanto, sobre o TJ não incide qualquer dever de responder às observações e alegações que as partes apresentem relativamente à interpretação ou validade do direito da UE. Cfr. acórdão SANTESTEBAN, de 12 de agosto de 2008, proc. C-296/08, Col. 2008, pp. 1-6307, n.º 47.

¹⁹⁹⁵ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 511.

com a aplicação do direito da União a litígios submetidos à sua jurisdição e cuja resolução passa pela aplicação de disposições do referido ordenamento. O objeto do reenvio reside, portanto, nas *dúvidas*, ou se se preferir em *questões*, com que os tribunais dos Estados membros se deparam aquando da aplicação de normas da ordem jurídica europeia ou nacionais de transposição daquelas nos processos *sub judice*; tal aplicação deve ser antecedida dos esclarecimentos revelados pelo TJ pois só assim se assegura um dos objetivos imediatamente prosseguido nos processos de reenvio: além da uniformidade interpretativa, está em causa a correta aplicação dessas disposições.

As dúvidas que se encontram na base das questões prejudiciais apresentadas devem relacionar-se com o direito da UE¹⁹⁹⁶ e não com direito nacional¹⁹⁹⁷, ainda que constitucional¹⁹⁹⁸, ressalvadas as disposições internas que procedem à transposição de diretivas desde que as questões colocadas se prendam com as normas objeto de receção. Isto porque o TJ, à partida, não dispõe de competência para interpretar disposições pertencentes aos ordenamentos jurídicos nacionais e muito menos para declarar a sua invalidade.

No entanto, da jurisprudência do TJ resulta, por um lado, que a falta de poderes do mesmo para, no âmbito da aplicação do artigo 267.º do TFUE, decidir sobre a compatibilidade de uma norma nacional com o direito da UE não colide com a sua faculdade para "*extrair do texto das questões formuladas pelo juiz nacional, à luz dos factos por este expostos, os elementos que dependem da interpretação do direito comunitário, a fim de permitir a esse juiz resolver o problema jurídico que lhe foi submetido*"¹⁹⁹⁹. Da mesma jurisprudência também decorre, por outro lado, que o TJ deve ter em conta, no quadro da repartição das competências entre si e os órgãos jurisdicionais nacionais, o contexto factual e o quadro regulamentar no qual se inserem as questões prejudiciais tal como definidos na decisão de reenvio²⁰⁰⁰.

¹⁹⁹⁶ Ainda assim o TJ não dispõe de competência para interpretar nem para indagar da validade de toda e qualquer norma pertencente ao ordenamento jurídico da UE. Em FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário, cit.*, pp. 58 e 59, pode ver-se uma lista de atos que se encontram excluídos do mecanismo processual das questões prejudiciais; *vide* também Maria Luísa DUARTE, *Contencioso..., cit.*, p. 72; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União..., 3.ª Ed, cit.*, p. 585. Às listas que aí podemos consultar acrescentam-se as disposições do TUE relativas à PESC e os atos aprovados com base nessas disposições (no âmbito do antigo segundo pilar, portanto), expressamente excluídos da competência do TJUE pelo artigo 275.º do TFUE. No que tange aos atos aprovados nos domínios do antigo terceiro pilar (CPJMP) convém ter presente que até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa o mecanismo processual das questões prejudiciais regia-se pelo ex-artigo 35.º do TUE, o qual permanecerá em vigor transitoriamente até ao dia 1 de dezembro de 2014 para os atos aprovados naqueles domínios até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa (retomaremos este aspeto no último ponto deste capítulo).

¹⁹⁹⁷ Cfr. Matthias HERDEGEN, *Europarecht, cit.*, p. 173.

¹⁹⁹⁸ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário, cit.*, p. 77. O TJ não pode, designadamente, declarar a invalidade de uma norma europeia de direito derivado por contrariar uma disposição de uma Constituição nacional.

¹⁹⁹⁹ Cfr. acórdão EURICO ITALIA e o, de 3 de março de 1994, procs. apensos C-332/92, C-333/92 e C-335/92, Col. 1994, pp. I-711 e ss, n.º 19.

²⁰⁰⁰ Cfr. acórdãos AMBULANZ GLÖCKNER, de 25 de outubro de 2001, proc. C-475/99, Col. 2001, pp. I-8137 e ss, n.º 10; DÖRR E ÜNAL, de 2 de junho de 2005, proc. C-136/03, Col. 2003, pp. I-4779 e ss, n.º 46; e CONSEIL GÉNÉRAL DE LA VIENNE, já referido, n.º 24.

Com base nestas formulações e desde que as questões prejudiciais circulem em torno do direito da UE, o TJ acaba por interpretar as disposições nacionais (v. g. de transposição de diretivas para a ordem jurídica interna) de forma a indagar da sua compatibilidade com as disposições europeias²⁰⁰¹. Muito embora não possa declarar a invalidade daquelas, na medida em que tal pressupõe uma competência reservada aos órgãos jurisdicionais nacionais (v. g. dos tribunais constitucionais), o TJ pronuncia-se sobre a compatibilidade das mesmas com o ordenamento jurídico da UE, competindo depois às autoridades nacionais agirem em conformidade com o juízo valorativo da autoria daquele²⁰⁰².

Devendo as questões prejudiciais ser despoletadas em virtude de dúvidas relacionadas com a aplicação do direito da UE pelos órgãos jurisdicionais nacionais, no plano das variáveis o primeiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE prevê que o TJ seja interpelado para responder a dois tipos de perguntas.

O primeiro género está presente em ambas as alíneas daquele parágrafo e é composto por *questões interpretativas*, isto é, problemas relativos ao sentido e ao alcance do direito da UE, cujo âmbito material abrange, principalmente, as normas dos Tratados (incluindo os protocolos anexos, os tratados de revisão e de adesão e outros textos de valor jurídico idêntico como a CDFUE²⁰⁰³) e dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União (onde se inserem os acordos internacionais celebrados pela UE)²⁰⁰⁴ independentemente de produzirem efeito direto²⁰⁰⁵. Neste género de questões também se compreendem os próprios acórdãos dos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE^{2006/2007} e ainda os atos não vinculativos, como as

²⁰⁰¹ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 520; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., pp. 585 e 586.

²⁰⁰² Ao poder legislativo caberá adequar tais normas de forma a que as mesmas passem a estar conformes à legalidade europeia, podendo simplesmente optar por eliminá-las; ao poder judicial competirá recusar a respetiva aplicação.

²⁰⁰³ Aquilo que alguns autores apelidam de "*bloco de constitucionalidade europeia*". Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 576.

²⁰⁰⁴ Devido à extensão do bloco de normatividade europeia cuja interpretação pode passar, mediante mobilização dos órgãos jurisdicionais nacionais, pelo TJ, alguns autores vislumbram aqui uma diferença face ao controlo da constitucionalidade a que operam as jurisdições constitucionais nacionais, bem como uma aproximação às funções de controlo da legalidade normativa a que procedem os juízes administrativos internos. É o caso de Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 142.

²⁰⁰⁵ Assim foi aclarado no mencionado acórdão MAZZALAI, n.º 7; Ver também João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 442.

²⁰⁰⁶ Por exemplo, no citado caso KÖBLER o objeto do reenvio foram questões interpretativas relacionadas com normas do TCE e com a jurisprudência resultante dos arestos BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME, e DORSCH CONSULT.

²⁰⁰⁷ Uma ressalva deve ser feita a este entendimento, na medida em que não pode ser objeto de questões prejudiciais o problema da determinação das medidas nacionais necessárias à execução de um acórdão declarativo do incumprimento por parte de um Estado membro de obrigações previstas nos Tratados, proferido no âmbito do instrumento contencioso atualmente constante dos artigos 258.º a 260.º do TFUE, uma vez que essas medidas são estranhas ao objeto de tal acórdão e à competência prejudicial do TJ. Neste sentido *vide* o pré-citado acórdão COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 18 de julho de 2007, n.º 15.

recomendações ou os pareceres, os quais não têm sequer carácter normativo desde logo devido à ausência de imperatividade.

Nestas dúvidas prejudiciais releva a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas dos particulares derivadas do direito da UE. Com efeito, um número significativo de questões interpretativas tem em vista a indagação da produção de efeito direto (vertical e/ou horizontal) por disposições do ordenamento jurídico da União bem como das respetivas consequências, em termos de salvaguarda das situações dos particulares, tanto nos casos positivos (v. g. o sentido e a extensão dos inerentes direitos) como negativos (v. g. a eventual responsabilidade do Estado membro pela não produção de efeito direto horizontal caso aquele tenha contribuído para esse facto). Ainda que também possa estar em causa a tutela jurisdicional da objetiva legalidade europeia por força da prevalência aplicativa da norma da União em detrimento da disposição nacional incompatível, tal proteção ocorre reflexa ou indiretamente uma vez que em causa está sobretudo a salvaguarda das posições subjetivas dos particulares, partes (sobretudo demandantes) nos processos principais que decorrem nos tribunais nacionais do reenvio, com base na juridicidade europeia.

A segunda espécie consta da alínea b) do primeiro parágrafo do artigo 267.º e é relativa às *questões de validade* dos atos vinculativos das instituições, órgãos ou organismos europeus, onde se apreciam alegadas invalidades sobretudo de disposições normativas, mas também de decisões, vigentes no ordenamento jurídico da União. Este tipo de dúvidas prejudiciais reconduz-se a um controlo *concreto e concentrado* da validade do direito derivado (secundário e terciário) da UE²⁰⁰⁸, aproximando-se da fiscalização de constitucionalidade de normas que existe na Alemanha e em Itália²⁰⁰⁹.

Comparativamente ao género anterior, de fora deste tipo de questões ficam, portanto, as regras constantes dos Tratados²⁰¹⁰ (e demais direito primário), os atos não vinculativos (normativos ou individuais) e, obviamente, os acórdãos dos órgãos que integram o TJUE²⁰¹¹.

Existe, portanto, um paralelismo entre o objeto material deste tipo de questões prejudiciais e o objeto do recurso de anulação²⁰¹², embora neste instrumento o controlo da legalidade dos atos

²⁰⁰⁸ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 577; Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 169.

²⁰⁰⁹ Cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 143. Na realidade, nestes dois Estados membros, contrariamente ao que sucede em Portugal, os órgãos jurisdicionais comuns não têm acesso direto à Constituição e estão obrigados a suspender a instância até que o tribunal constitucional lhes responda ao incidente de inconstitucionalidade despoletado a propósito de determinada norma ordinária.

²⁰¹⁰ Com efeito, estas normas relevam do direito internacional público, estando por isso excluídas da competência do TJ. Vários autores referem-se às normas dos Tratados como *Constituição* ou *lei suprema* da UE, razão pela qual não podem ser objeto de questões prejudiciais de validade. Cfr. Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal...*, cit., p. 17.

²⁰¹¹ Na verdade, seria, no mínimo, *venire contra factum proprium*, além de se atentar contra o valor do caso julgado, se pela via das questões prejudiciais se lograsse obter uma decisão do TJ que invalidasse anteriores decisões deste mesmo órgão.

das instituições, órgãos ou organismos da União ocorra por via principal e sem dependência de um processo judicial nacional. No entanto, a tutela jurisdicional efetiva não é prosseguida de igual forma nos dois mecanismos já que o reenvio prejudicial de validade permite compensar, de alguma forma, os particulares pelo défice de legitimidade com que se deparam na interposição do recurso de anulação. Na verdade, se o quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE admite que os particulares impugnem, no prazo previsto no sexto parágrafo do mesmo preceito e perante o TG, apenas atos de que sejam destinatários ou que lhes digam direta e individualmente respeito ou que sendo atos regulamentares lhes digam diretamente respeito e não careçam de medidas de execução, ao artigo 267.º subjaz a possibilidade de os mesmos sujeitos invocarem, a todo o tempo e ante um órgão jurisdicional nacional, a invalidade de qualquer ato vinculativo das instituições, órgãos ou organismos da UE, incluindo os de alcance geral e de natureza legislativa, como sucede nomeadamente com os regulamentos de base, muito embora inexista qualquer garantia de submissão da questão prejudicial ao TJ pelos órgãos jurisdicionais nacionais.

No segundo tipo de questões prejudiciais e semelhantemente ao que ocorre no recurso de anulação e na exceção de ilegalidade, é sobretudo a proteção da legalidade da atuação normativa e decisória das instituições, órgãos e organismos da União que está em causa, avultando por isso a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia²⁰¹³. Porém, não é de excluir que possa estar em causa a proteção de pretensões subjetivas, assentes no direito da União, dos particulares contra os Estados membros decorrentes da invalidade de uma decisão ou norma europeia onde o ato individual e concreto (da autoridade comunitária ou das autoridades nacionais enquanto extensão daquela) de aplicação daquela encontra base jurídica.

4.1.1. O incremento da tutela jurisdicional efetiva na evolução dos Tratados relativamente ao objeto das questões prejudiciais de validade

Nas dúvidas atinentes à validade de disposições normativas europeias merecem um apontamento os incrementos oferecidos pelos Tratados de Maastricht e de Lisboa à tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, onde inicialmente se consagrava apenas a possibilidade de o TJ se pronunciar a título prejudicial relativamente à validade e interpretação dos atos adotados pelas

²⁰¹² Como refere João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 446, as causas de invalidade também coincidem. *Vide* também FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 593.

²⁰¹³ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 575 e 577.

instituições da então CEE²⁰¹⁴ (muito embora crescesse a eventualidade de o Tribunal se pronunciar "sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por acto do Conselho, desde que estes estatutos"²⁰¹⁵ o previssem²⁰¹⁶), os Estados membros através do Tratado de Maastricht acrescentaram à alínea b) do primeiro parágrafo artigo 177.º do TCE a possibilidade de o TJ se pronunciar prejudicialmente sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelo BCE, criado por ocasião daquele Tratado. Alargou-se assim o bloco comunitário suscetível de dar azo a questões submetidas pelos tribunais nacionais e reforçou-se a tutela jurisdicional efetiva.

Com o Tratado de Lisboa ocorre nova alteração ao mecanismo das questões prejudiciais e com ela novo desenvolvimento, agora mais acentuado, para a tutela jurisdicional efetiva.

Por um lado, eliminou-se a alínea c) do primeiro parágrafo do artigo 234.º²⁰¹⁷ do TCE, no âmbito da qual a competência prejudicial do TJ, além de eventual por depender de previsão constante dos estatutos dos organismos criados por ato do Conselho, era restrita a questões interpretativas (dela excluindo-se, portanto, os problemas de validade) suscitadas em torno daqueles diplomas.

Por outro lado, a nova alínea b) do primeiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE passou a prever a competência do TJUE para decidir a título prejudicial sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da UE. Através de uma fórmula simplista coadjuvada de uma alteração sublime, aos atos das instituições europeias²⁰¹⁸, acrescentaram-se os atos dos órgãos e dos organismos da União. Por força desta modificação não só os estatutos dos organismos criados por ato do Conselho passaram a estar *ipso facto* sujeitos à competência prejudicial do TJ, deixando de depender de vontade nesse sentido daquela instituição, como essa competência deixou de ser somente interpretativa para ser alargada às questões de validade. Acresce que os próprios atos adotados por esses organismos (bem como os da autoria de quaisquer outros órgãos ou organismos) passaram a estar sujeitos à competência prejudicial do TJ.

Com este quadro será difícil sustentar a exclusão de um qualquer ato, por mais anódino que seja, oriundo de uma instituição, órgão ou organismo da UE do objeto material do reenvio

²⁰¹⁴ Vide a redação originária da alínea b) do primeiro parágrafo do artigo 177.º do TCEE, a qual vigorou até à entrada em vigor do Tratado de Maastricht, sendo que o elenco de tais instituições surgia no então artigo 4.º daquele Tratado.

²⁰¹⁵ Assim se podia ler na então alínea c) do primeiro parágrafo do artigo 177.º do TCEE, posteriormente artigo 234.º do TCE, a qual vigorou até ao início de vigência do Tratado de Lisboa.

²⁰¹⁶ Desta forma conferindo-se ao Conselho (ou seja, à instituição onde os Estados membros exercem a sua influência de forma mais decisiva) um poder verdadeiramente discricionário de decidir pela atribuição, ou não, dessa competência prejudicial interpretativa ao TJ.

²⁰¹⁷ De acordo com a (re)numeração conferida ao artigo 177.º do Tratado de Roma pelo Tratado de Amesterdão.

²⁰¹⁸ Entre elas o BCE que através do Tratado de Lisboa foi elevado à categoria de instituição, passando a estar previsto no artigo 13.º do TUE, que elenca o quadro institucional da União.

prejudicial. Essencial é que em torno do mesmo se levantem dúvidas cujo esclarecimento, oferecido pelo TJ mediante solicitação do órgão jurisdicional nacional, seja necessário ao julgamento da causa.

Também aqui poder-se-á questionar em que medida esta crescente abertura se coaduna com a celeridade processual. Uma vez mais diremos que tal objetivo não poderá ser alcançado mediante a imposição de sacrifícios ao valor da *justiça*, nomeadamente, em virtude de restrições impostas, em razão do critério da autoria do ato, à colocação de questões prejudiciais ao TJ por parte das jurisdições estaduais; mediante esta densificação do objeto do reenvio a tutela jurisdicional efetiva do direito da UE tende mais a ganhar do que a perder.

4.1.2. Tutela jurisdicional efetiva e justificação das espécies de questões prejudiciais. Repercussões ao nível dos efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça

A razão de ser dos dois tipos de questões prejudiciais não coincide.

Nos problemas interpretativos avulta a indispensabilidade de se conferir aos tribunais nacionais uma assistência técnica que se revela imprescindível à sua tarefa de aplicadores judiciais comuns do direito da União; igualmente ressalta a preocupação de se assegurar o desenvolvimento coerente e uniforme da ordem jurídica europeia. Nas questões de validade de normas que integram o ordenamento da UE está mormente em causa, como corolário da necessidade de se levar a cabo um controlo incidental da legalidade dos atos adotados, a unidade e a preservação do direito europeu.

Neste âmbito, contudo, merece-nos destaque a posição de Nuno PIÇARRA²⁰¹⁹, para quem é nas questões relativas à interpretação do direito da União que assume especial evidência o objetivo da preservação da unidade jurídica europeia. Já nas questões referentes à validade é mais diretamente perceptível a função subjetiva de proteção dos direitos fundamentais; isto porque e como é sabido, esta via processual também procura compensar os particulares dos limites e das restrições com que eles se deparam em matéria de legitimidade na interposição de recursos de anulação. Assim, segundo o autor, a *ratio* de tutela jurisdicional efetiva encontra-se mais presente nas questões prejudiciais de apreciação de validade de disposições do direito da UE²⁰²⁰.

Quanto a nós, a tutela jurisdicional efetiva encontra-se presente em ambos os tipos de questões prejudiciais. É certo que as questões relativas à validade de normas também têm

²⁰¹⁹ Cfr. *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal...*, cit., pp. 21 e 22.

²⁰²⁰ O autor enfatiza inclusivamente a valência do reenvio de questões de validade em colmatar a lacuna do sistema de proteção jurídica do direito da União resultante dos termos amplamente restritivos de admissibilidade do recurso de anulação interposto diretamente contra os atos de direito derivado.

subjacente o défice com que os particulares se confrontam no acesso às jurisdições do TJUE através da via anulatória e, nessa medida, avulta a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas (direitos e interesses) resultantes do direito da UE. Mais: em sede de reenvio de dúvidas sobre a validade desaparecem os constrangimentos de prazo que caracterizam o recurso de anulação. Todavia, também nos parece que o auxílio dado aos tribunais nacionais, na missão de órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da UE, através das questões interpretativas tem como resultado a obtenção de uma clarificação das soluções jurídicas substantivas previstas naquele ordenamento, sem a qual a interpretação uniforme e a aplicação correta do mesmo estariam comprometidas, algo que não se compagina com as exigências da tutela jurisdicional efetiva.

Seja como for, as diferenças existentes entre as duas espécies de questões repercutem-se na eficácia dos acórdãos prejudiciais proferidos pelo TJ, a qual varia consoante estejamos perante decisões proferidas no âmbito de questões interpretativas ou respeitantes à validade das disposições do direito da UE. Dúvidas não se levantam relativamente ao caráter vinculativo das respostas fornecidas às dúvidas prejudiciais colocadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais e à sujeição destes a essas soluções²⁰²¹. Mas qual a extensão dos efeitos obrigatórios das mesmas: *inter partes* ou *erga omnes*?

O acórdão que responde a questões sobre a interpretação do direito da UE, devendo fornecer ao órgão jurisdicional nacional os elementos úteis e necessários para a decisão do processo principal²⁰²², tem a sua força vinculativa restringida às instâncias jurisdicionais que decidem o litígio onde se suscitaram as dúvidas objeto do reenvio; o mesmo é dizer que a força obrigatória do acórdão encontra-se limitada ao processo onde o TJ foi chamado a pronunciar-se, embora alargada a todas as instâncias nacionais, inferiores ou superiores, que se ocuparam do

²⁰²¹ O tribunal do reenvio, isto é, que coloca a questão prejudicial, encontra-se sempre vinculado à resposta fornecida pelo TJ. O não acatamento do sentido do acórdão preferido por este não deixará de consubstanciar uma situação de incumprimento de obrigações previstas no TFUE, imputável ao Estado membro onde o órgão jurisdicional nacional se insira, logo justificador da instauração de uma ação por incumprimento; igualmente, poderá o particular, lesado em consequência desse comportamento do tribunal nacional, instaurar uma ação de indemnização contra o Estado. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 590 e 594.

²⁰²² Segundo jurisprudência consolidada do TJ, este deve fornecer ao juiz nacional "*uma resposta útil que lhe permita decidir o litígio que lhe foi submetido*". Cfr. acórdãos KRÜGER, de 17 de julho de 1997, proc. C-334/95, Col. 1997, pp. I-4538 e ss, n.º 22; ROQUETTE FRÈRES (ROQUETTE XV), de 28 de novembro de 2000, proc. C-88/99, Col. 2000, pp. I-10481 e ss, n.º 18; e AIR LIQUIDE INDUSTRIES BELGIUM, de 15 de junho de 2006, procs. apensos C-393/04 e C-41/05, Col. 2006, pp. I-5321 e ss, n.º 23. Caso tal não se verifique e o órgão jurisdicional nacional se considere insuficientemente esclarecido, nomeadamente, deparando-se com dificuldades de compreensão ou de aplicação do acórdão, poderá proceder a um novo reenvio, eventualmente com novos elementos de facto e novas questões de direito. Cfr. acórdão KABA, de 6 de março de 2003, proc. C-466/00, Col. 2003, pp. 2256 e ss, n.º 39.

conflito. Não deixará de se tratar, contudo, de uma força obrigatória *tendencialmente inter partes*²⁰²³.

Tal decisão produz efeitos *retroativos*, pelo que o sentido e o alcance da norma interpretanda reportam à data da sua entrada em vigor e não ao momento da decisão proferida pelo TJ²⁰²⁴. Ainda assim e com base no princípio da segurança jurídica, este órgão tem a faculdade de restringir os efeitos temporais que normalmente decorrem dos acórdãos interpretativos, determinando em certas situações a produção de efeitos *ex nunc*, podendo, porém e por um imperativo de tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva, ressaltar os casos que tenham sido instaurados nos tribunais nacionais previamente a essas decisões²⁰²⁵.

Os acórdãos que respondem a questões de validade dos atos das instituições (*maxime* normativos legislativos e de execução, designadamente, regulamentos e diretivas) nos quais o TJ se pronuncie pela respetiva invalidade têm *força obrigatória geral* e não somente para o tribunal do reenvio²⁰²⁶, vinculando instituições, órgãos e organismos da UE, bem como os tribunais e as administrações nacionais, aliás, em termos idênticos aos proferidos no recurso de anulação²⁰²⁷; trata-se aqui, portanto, de uma eficácia *erga omnes*²⁰²⁸, a que acrescem os efeitos retroativos (ou *ex tunc*)²⁰²⁹ e repristinatórios, sem prejuízo da faculdade decorrente do princípio da segurança jurídica de o TJ determinar consequências mais limitadas²⁰³⁰. Tal princípio aconselha,

²⁰²³ Sobre os efeitos dos acórdãos prejudiciais interpretativos *vide*, em especial, MOITINHO DE ALMEIDA, *O reenvio...*, *cit.*, pp. 48 e ss; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Efeitos dos acórdãos prejudiciais do artigo 177.º do TR (CEE)*, Lisboa, 1988, pp. 13 e ss e 55 e ss; Miguel de ALMEIDA ANDRADE, *Guia prático do reenvio prejudicial*, Gabinete de DDC, Lisboa, 1991, pp. 116 e ss; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, *cit.*, pp. 88 e 89.

²⁰²⁴ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 591; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 611.

²⁰²⁵ Assim aconteceu, em matéria de remunerações, no pré-citado aresto DEFRENNE II, n.º 75; e, no domínio das pensões, no acórdão BARBER, de 17 de maio de 1990, proc. C-262/88, Col. 1990, pp. I-1944 e ss, n.ºs 41 e 44.

²⁰²⁶ Contra João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, *cit.*, p. 198, ainda que reconhecendo que na prática acaba por se verificar os efeitos *erga omnes*; no mesmo sentido, Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 928.

²⁰²⁷ Naturalmente com a nuance de no recurso de anulação o controlo da legalidade dos atos ocorrer por via principal e no reenvio prejudicial tal controlo ser levado a cabo por via incidental.

²⁰²⁸ Assim também Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 196. Contra Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 593 e 594, que propala a desaplicação do ato litigioso ao caso concreto mesmo quando se trate de violações muito graves dos Tratados, as quais determinam a inexistência daquele; no entanto, o autor reconhece uma tendência *erga omnes* nos efeitos de tais decisões e defende que o sistema deveria ser aperfeiçoado com a previsão expressa de possibilidade de declaração de invalidade com força obrigatória geral. Igualmente contra *vide* João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 491 e 496, que reconhece que a decisão de declaração de invalidade de um ato das instituições europeias produz, na prática, efeitos *erga omnes*.

²⁰²⁹ Assim se estabeleceu no acórdão INTERNATIONAL CHEMICAL CORPORATION, de 13 de maio de 1981, proc. 66/80, Rec. 1981, pp. 1191 e ss, n.º 13. Sobre os efeitos dos acórdãos prejudiciais em questões de validade ver, entre outros, MOITINHO DE ALMEIDA, *O reenvio...*, *cit.*, pp. 48 a 52; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Efeitos...*, *cit.*, pp. 91 e ss; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 491 e ss; Miguel de ALMEIDA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 114 e ss; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, *cit.*, pp. 88 e 89.

²⁰³⁰ A instituição da qual emanou o ato declarado inválido deverá, por isso, adotar as medidas necessárias à execução do acórdão do TJ, nos termos do artigo 266.º do TFUE, nomeadamente, revogando-o. Cfr. acórdão

nomeadamente, a que a referida eficácia retroativa, em regra, se cinja ao processo onde se sucitou a questão prejudicial de validade; noutros casos, que ela não tenha lugar²⁰³¹.

Com efeito, não fará muito sentido que uma norma sobre a qual recaia um juízo valorativo de invalidade continue a ser aplicável a outros casos; naturalmente, também no âmbito de outros litígios tal disposição será inválida. No entanto, quando a análise das questões prejudiciais colocadas não revele a existência de elementos suscetíveis de afetar a validade do ato de alcance geral e o TJ não declare a sua invalidade, nada obsta a que uma nova questão de invalidade, no âmbito de um processo distinto, recaia sobre o mesmo ato, com base em idênticos ou em diferentes fundamentos. Nessa medida, sempre que o TJ não declare a invalidade do ato objeto de controlo, as decisões têm efeitos *inter partes*²⁰³².

A força obrigatória geral dos acórdãos proferidos nas questões de validade dos atos europeus onde o TJ concluiu pela invalidade não merece unanimidade na doutrina. Porém, é no tocante aos efeitos das respostas dadas a questões interpretativas que se têm suscitado as maiores dúvidas, aspeto onde se tem discutido a amplitude da vinculatividade das decisões do Tribunal.

Na verdade, o facto de os acórdãos proferidos em sede de questões prejudiciais relativas à interpretação do direito da UE disporem de força vinculativa no processo principal, embora estendida a todas as instâncias jurisdicionais internas que dele se encarregaram, já levou alguns autores a considerarem que tais decisões também produzem uma eficácia obrigatória geral²⁰³³. Este entendimento é alicerçado na aceitação pelo TJ, plasmada no acórdão DA COSTA²⁰³⁴, da ideia segundo a qual a autoridade dos seus acórdãos interpretativos pode extravasar os casos concretos onde foram proferidos, na medida em que dispensam os tribunais supremos dos Estados membros da obrigação de reenvio que lhes é imposta pelo terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE sempre que a questão de interpretação já tenha sido objeto de acórdão anterior proferido no âmbito de um processo análogo ou mesmo no quadro de outra via processual para além da do reenvio²⁰³⁵.

Parece-nos que não podemos ir tão longe²⁰³⁶. Na verdade, o facto de a vinculatividade das decisões prejudiciais interpretativas poder ultrapassar as fronteiras dos casos concretos onde

INTERNATIONAL CHEMICAL CORPORATION, já mencionado, n.º 15; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 198.

²⁰³¹ Neste sentido Jean Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, cit., p. 711.

²⁰³² Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 593.

²⁰³³ É nomeadamente o caso de Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 592. Sobre esta questão ver, em especial, A. TRABUCCHI, *L'effet "erga omnes" des décisions préjudicielles rendues par la Cour de Justice des Communautés*, in *RTDE*, 1974 (n.º 1), pp. 56 e ss.

²⁰³⁴ Acórdão de 27 de março de 1963, procs. apensos 28/62, 29/62 e 30/62, Col. 1963, pp. 235 e ss.

²⁰³⁵ Neste sentido FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, cit., p. 115; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., pp. 609 e 610; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, pp. 73 e 74.

²⁰³⁶ Assim também João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 491 e ss.

foram tomadas, inclusive exonerando os tribunais nacionais supremos da obrigação de reenvio prevista no TFUE, quando se trate de questões que já foram objeto de acórdão anterior do TJ, não é sinónimo de força vinculativa geral. Tanto mais que o Tribunal admite que um órgão jurisdicional nacional lhe possa apresentar questões prejudiciais mesmo que já tenha respondido a problemas idênticos^{2037/2038}; aliás, por vezes, os tribunais nacionais pretendem saber se um precedente sentido normativo definido pelo TJ se mantém ou se entretanto conheceu alterações.

Todavia, não podemos deixar de reconhecer que nas questões de interpretação, desde que fique salvaguardada a possibilidade de os juízes nacionais procederem ao reenvio de problemas já respondidos, os efeitos das decisões, de facto, acabam por poder ultrapassar o caso concreto que lhes deu azo, não se limitando a vincular o tribunal do reenvio (e demais órgãos jurisdicionais nacionais que se ocuparam do processo), antes "se impoem" a todos os sujeitos das ordens jurídicas da União e internas²⁰³⁹. Contudo, ainda que aqui se possa falar de uma vinculatividade geral, justificada nomeadamente pelo princípio da igualdade, no respeito e na coerência do direito da UE, e na interpretação uniforme e na aplicação correta do mesmo, ela só existirá *de facto* e não *de direito*, pelo que, não só não é forçoso seguir o entendimento definido no acórdão interpretativo, como a questão pode ser colocada novamente ao TJ. É que relativamente aos demais tribunais, ou seja, excluindo o órgão jurisdicional do reenvio e eventualmente os tribunais nacionais das instâncias superiores que com ele partilharam o litígio concreto, o acórdão interpretativo tem "apenas" uma autoridade de *caso interpretado* e um *efeito orientador* na decisão de questões idênticas²⁰⁴⁰. Inclusivamente é possível conceber-se que o mesmo juiz nacional num caso aplique uma norma objeto de esclarecimento no âmbito de um processo de reenvio interpretativo, porém, sem seguir o sentido que neste lhe foi fornecido pelo TJ no âmbito da resolução de outros casos análogos por entender que deve colocar nova questão prejudicial; necessário é que estejamos perante processos distintos. Com efeito, o juiz nacional deve ter a liberdade de, mesmo perante casos análogos, entender que deve colocar as questões prejudiciais ao TJ.

²⁰³⁷ Cfr. pré-citados acórdãos DA COSTA, p. 237; BARBER. Ver também FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 87; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 493; Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, cit., pp. 98 e 99.

²⁰³⁸ Sobre os efeitos materiais das decisões prejudiciais ver Ana Maria GUERRA MARTINS, *Efeitos...*, cit., pp. 17 e ss.

²⁰³⁹ Cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., pp. 148 e 149. Este extravasamento dos efeitos, como dissemos, tendencialmente *inter partes* do acórdão prejudicial interpretativo relativamente ao caso concreto onde foi preferido justifica o alargamento, para lá das partes do litígio que se suscitou num Estado membro, do leque de sujeitos autorizados a produzir observações escritas, de acordo com o artigo 23.º do Estatuto do TJUE.

²⁰⁴⁰ Alguns autores identificam aqui uma espécie de "regra de precedente" própria dos sistemas anglo-saxónicos. É o caso de Paulo de PITTA E CUNHA, *Direito Europeu...*, cit., pp. 94 e 95; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 609; e Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 519 e 520, que também vislumbra na questão eficácia das decisões prejudiciais um aspeto que remonta ao instituto dos assentos.

Esta harmonização entre a possibilidade de a eficácia dos acórdãos interpretativos extravasar os casos concretos onde foram proferidos e a permissão dos tribunais do reenvio recolocarem questões interpretativas já respondidas pelo TJ decorre precisamente da tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva dos particulares envolvidos. Note-se, porém, que não será de excluir que o tribunal nacional, após receber os esclarecimentos que solicitou ao TJ, conclua que afinal a norma interpretada a título prejudicial não é aplicável ao caso *sub judice*²⁰⁴¹.

4.1.3. A competência exclusiva do Tribunal de Justiça para declarar a invalidade de normas europeias: abrandamento da tutela jurisdicional efetiva?

A competência do TJ para declarar a invalidade de normas constantes de atos de direito derivado (secundário e terciário) da UE caracteriza-se pela *exclusividade*, o que é particularmente visível nas questões prejudiciais de validade. Assim, os órgãos jurisdicionais nacionais apenas podem desaplicar os atos nacionais contrários ao direito da União, não dispondo de idêntica faculdade relativamente às disposições europeias nem de competência para declarar a invalidade dos atos das instituições, órgãos ou organismos da União.

Assim foi estabelecido no mencionado acórdão FOTO-FROST²⁰⁴² e confirmado na pré-citada decisão ZUCKERFABRIK²⁰⁴³ ou no aresto WOODSPRING *vs.* BAKERS OF NAILSEA²⁰⁴⁴. Nestas decisões o TJ determinou que o juiz nacional quando se depara com dúvidas sobre a validade de um ato das instituições europeias não poderá declará-lo inválido nem desaplicá-lo, antes deve submeter a questão prejudicial de validade ao primeiro. O Tribunal mais acrescentou que este procedimento dos órgãos jurisdicionais nacionais deve ter lugar mesmo quando das suas decisões caiba recurso, acrescentando assim para estes uma obrigação de reenvio que não decorre da letra do terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE²⁰⁴⁵.

²⁰⁴¹ Também a este propósito poder-se-á invocar o brocardo latino *jura novit curia*. Cfr. A. BARBOSA DE MELO, *op. cit.*, pp. 132 e 133; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 490.

²⁰⁴² Cfr. n.ºs 15, 19, 20. Sobre este aresto ver MOITINHO DE ALMEIDA, *O reenvio...*, *cit.*, pp. 33 e 34; Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal...*, *cit.*, pp. 22 e ss; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 461 e ss; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, *cit.*, pp. 65 e 66. Para uma apreciação crítica deste acórdão *vide* Alberto SOUTO DE MIRANDA, *A competência...*, *cit.*, pp. 25 e ss.

²⁰⁴³ Cfr. n.ºs 17 e 23.

²⁰⁴⁴ Acórdão de 15 de abril de 1997, proc. C-27/95, Rec. 1997, pp. I-1857 e ss, n.ºs 19 e 20.

²⁰⁴⁵ Vendo nesta interpretação extensiva, que qualifica de *contra legem*, um contributo para a consolidação da ideia da UE como União de direito *vide* Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, *cit.*, pp. 367 e 368; Denys SIMON, *Le système...*, *cit.*, p. 502, vê neste aspeto uma "*révision judiciaire*" a que o artigo 267.º, apenas na parte em que prevê questões prejudiciais de validade, foi sujeito.

Com efeito, no acórdão FOTO-FROST o TJ determinou que as jurisdições nacionais dispõem apenas de competência para se pronunciar no sentido da validade dos atos das instituições comunitárias, não dispondo da competência inversa, isto é, para desaplicar tais atos por julgá-los inválidos, uma vez que só aquele dispõe dessa prerrogativa²⁰⁴⁶. Através desta construção o TJ estabeleceu o monopólio da sua jurisdição para declarar a invalidade dos atos de direito derivado, pelo que tal possibilidade se encontra vedada aos órgãos jurisdicionais nacionais. Estes, no fundo, são competentes somente para decidirem pela validade dos atos impugnados rejeitando as causas de invalidade invocadas²⁰⁴⁷. Daqui deriva a obrigatoriedade de reenvio para o TJ de todas as questões prejudiciais atinentes à validade dos atos de direito derivado se o tribunal nacional considerá-los inválidos e desde que tal invalidade ainda não tenha sido reconhecida pelo TJ²⁰⁴⁸. Mais: note-se que esta necessidade de apresentação de questões prejudiciais de validade existe mesmo quando se trate de órgão jurisdicional nacional cujas decisões admitem recurso nos termos do direito interno²⁰⁴⁹.

No referido aresto GASTON SCHUL II o Tribunal acrescentou que o terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE obriga os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não sejam objeto de recurso judicial previsto no direito interno a submeter-lhe questões relativas à validade de

²⁰⁴⁶ Com efeito, se no considerando 14 do referido acórdão se lê que "*Esses órgãos jurisdicionais podem apreciar a validade de um acto comunitário e, se não considerarem procedentes os fundamentos de invalidade invocados pelas partes, podem rejeitar esses fundamentos concluindo que o acto é plenamente válido. Com efeito, ao agirem deste modo, não põem em causa a existência do acto comunitário*"; no n.º 15 do aresto pode ler-se que "*Em contrapartida, não têm poder para declarar inválidos os actos das instituições comunitárias. Efectivamente, (...), as competências reconhecidas ao Tribunal pelo artigo 177.º visam essencialmente garantir uma aplicação uniforme do direito comunitário pelos órgãos jurisdicionais nacionais. Esta exigência de uniformidade é especialmente imperiosa quando está em causa a validade de um acto comunitário. Divergências entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros quanto à validade dos actos comunitários seriam susceptíveis de comprometer a própria unidade da ordem jurídica comunitária e de prejudicar a exigência fundamental da segurança jurídica*".

²⁰⁴⁷ Cfr. acórdão IATA/ELFAA, de 10 de janeiro de 2006, proc. C-344/04, Col. 2006, pp. I-443 e ss, n.º 29; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 598; Carlos BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, p. 226.

²⁰⁴⁸ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 512; vide n.º 15 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, cit., p. 3.

²⁰⁴⁹ Devido a este aspeto caracterizador do reenvio prejudicial já tivemos oportunidade de defender a existência de um desvio à regra, consagrada na jurisprudência FOTO-FROST, da obrigatoriedade de apresentação de questões prejudiciais de validade sempre que os órgãos jurisdicionais nacionais entendessem que o ato comunitário era inválido, justificando tal posição precisamente na tutela jurisdicional efetiva do direito da União. Concretamente, defendemos a não aplicação daquela jurisprudência aos domínios previstos no anterior Título IV do TCE, relativo às políticas de vistos, asilo, imigração e outras matérias relativas à livre circulação de pessoas. Com efeito, no âmbito daqueles domínios, por força do regime especial de reenvio prejudicial, previsto no n.º 1 do artigo 68.º do TCE (no qual se vedava a colocação de questões prejudiciais ao TJ pelos tribunais nacionais que não julgassem litígios em última instância) e que vigorou até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, entendemos que os órgãos jurisdicionais nacionais, perante a impossibilidade de reenviarem questões de validade relativamente aos atos adotados em aplicação do Título IV do TCE, eram competentes para, em homenagem ao princípio da tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos dos particulares, desaplicar as normas que apreciassem como inválidas, adotadas em execução daquele título. A questão deixou de merecer relevo dada a revogação, operada pelo Tratado de Lisboa, daquele regime especial de reenvio prejudicial. Poderá, no entanto, haver interesse em rever a questão na nossa dissertação de mestrado, *O princípio da flexibilidade...*, cit., p. 261.

disposições de um ato da UE, inclusivamente quando a invalidade de normas análogas, constantes de outros atos semelhantes, já tenha sido declarada por si²⁰⁵⁰.

Na mencionada decisão FOTO-FROST o TJ abriu apenas uma válvula de escape à forma de atuação das jurisdições dos Estados membros, a qual radica na tutela jurisdicional efetiva, admitindo que os tribunais nacionais possam formular juízos de invalidade relativamente às normas europeias como medida provisória de natureza cautelar e no âmbito de processos urgentes²⁰⁵¹. Contudo, mesmo neste cenário, o juiz nacional que se depare com sérias dúvidas sobre a validade de um ato da União que serve de base a um ato interno de aplicação poderá, a título excepcional, suspender provisoriamente a aplicação deste último ou decretar outra medida provisória de natureza cautelar que considere útil. Note-se que não se trata de declarar a invalidade da norma europeia, mas antes suspender a sua execução traduzida num ato nacional de aplicação; assinale-se, portanto, que tal juízo incide diretamente sobre este ato e apenas reflexamente sobre a disposição da União. Ainda assim, o tribunal *a quo* é obrigado a colocar a questão prejudicial de validade ao TJ, referindo as razões pelas quais entende que o ato da UE é inválido²⁰⁵².

Ressalvada esta possibilidade, não dispondo os tribunais nacionais de competência para julgar a invalidade de normas europeias nem para desaplicá-las, pode-se levantar o problema da compatibilidade entre a tutela jurisdicional efetiva e a imposição praticamente total daqueles em colocarem questões prejudiciais de validade ao TJ. Este justificou o seu monopólio para julgar a invalidade das normas europeias em que se autoinvestiu com a necessidade de se garantir a unidade da ordem jurídica europeia, a aplicação uniforme do direito da União, e a própria segurança jurídica, aspetos que sairiam comprometidos com a mera possibilidade de existência de divergências entre os órgãos jurisdicionais nacionais quanto à validade dos atos de direito derivado da UE²⁰⁵³. Porém, no seu entendimento parece haver um certo abrandamento da tutela jurisdicional efetiva.

Na verdade, tal tutela seria melhor prosseguida se os tribunais nacionais que não julgassem os litígios em última instância dispusessem de competência para desaplicar as normas comunitárias que qualificassem como inválidas²⁰⁵⁴. Com Miguel GORJÃO-HENRIQUES,

²⁰⁵⁰ Cfr. n.º 25; vide Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 583.

²⁰⁵¹ Segundo o TJ (vide n.º 19 do aresto), "*Convém acrescentar que sob determinadas condições, na hipótese do processo de medidas provisórias (todavia não evocado na questão do órgão jurisdicional nacional), podem impor-se alterações à regra segundo a qual os órgãos jurisdicionais nacionais não são competentes para declarar a invalidade dos actos comunitários*".

²⁰⁵² Cfr. ponto 17 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, cit., p. 3.

²⁰⁵³ Cfr. Matthias HERDEGEN, *Europarecht*, cit., p. 175.

²⁰⁵⁴ Esta ideia é partilhada pelos autores que se debruçaram criticamente sobre o referido aspeto da jurisprudência FOTO-FROST. É o caso de Alberto SOUTO DE MIRANDA, *A competência...*, cit., pp. 9 e ss; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 150; Nuno PIÇARRA, *A justiça* 550

diremos que "ao modelo de justiça da União repugna uma hierarquização judiciária, assentando antes na clássica afirmação de relações de colaboração *inter partes* ("diálogo juiz a juiz", refere o Tribunal de Justiça), em que os tribunais nacionais são considerados tribunais comuns de direito da União Europeia (não se compreendendo que tenham autonomia para afirmar a validade mas já não o contrário)"²⁰⁵⁵. Tanto mais que o TJ reconhece-lhes o poder de suspenderem os atos nacionais de aplicação no âmbito de processos judiciais sujeitos a tramitação urgente, como sucede em matéria de procedimentos cautelares.

Tendo em vista a proteção da unidade e da aplicação uniforme do direito da UE, a segurança jurídica e o primado das decisões do TJ sobre matéria de invalidade de atos das instituições, órgãos ou organismos europeus, naturalmente que o reconhecimento de tal faculdade aos órgãos jurisdicionais nacionais poderia ser temperado (*i*) através de uma eficácia restrita de tais decisões, isto é, com efeitos meramente *inter partes* ou restritos ao caso concreto decorrentes das mesmas; bem assim (*ii*) com a possibilidade de as instâncias superiores, em caso de interposição de recurso ordinário nos termos do direito interno, alterarem ou confirmarem o sentido da decisão de invalidade oriunda das instâncias inferiores; ainda coadjuvada (*iii*) com a obrigatoriedade, decorrente do terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE, para os órgãos jurisdicionais nacionais que se ocupassem do processo em última instância de colocarem a questão prejudicial ao TJ, para que este confirmasse ou infirmasse o julgamento de invalidade feito pela jurisdição nacional²⁰⁵⁶; (*iv*) eventualmente, prevendo um reenvio obrigatório a submeter pelo órgão jurisdicional nacional que desaplicasse o ato europeu; e, enfim, (*v*) com uma reserva da força obrigatória geral para os juízos de invalidade da autoria do TJ²⁰⁵⁷.

Faz com certeza sentido que o TJ tenha a última palavra em matéria de invalidade de atos de direito da UE e que as suas decisões, enquanto órgão especializado na matéria, prevaleçam sobre as dos tribunais nacionais; o que não parece ter muita razão de ser é que somente aquele disponha de uma competência absolutamente exclusiva sobre invalidade da normatividade europeia²⁰⁵⁸, principalmente quando admite que os tribunais nacionais possam concluir pela sua validade.

Identicamente ao que sucede em relação às questões prejudiciais interpretativas, não seria descabido que apenas os tribunais nacionais que julgassem litígios sem que das suas decisões

constitucional da União Europeia, in Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. III, Lisboa, 2006, pp. 477 e 478; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 512.

²⁰⁵⁵ Cfr. *Direito da União*, cit., p. 513.

²⁰⁵⁶ Há autores que propalam um modelo onde os órgãos jurisdicionais nacionais possam interpretar e apreciar a validade do direito da UE, semelhante ao que sucede nos sistemas de fiscalização concreta e difusa de constitucionalidade, com recurso para o TJ. Neste sentido Carol HARLOW, *A Common European Law of Remedies?*, in Claire KILPATRICK, Tonia NOVITZ e Paul SKIDMORE (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000, pp. 81 e ss; entre nós, VITAL MOREIRA, *A tutela...*, cit., p. 78.

²⁰⁵⁷ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 513 e 514.

²⁰⁵⁸ Contra FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 599.

coubesse recurso estivessem sujeitos à obrigatoriedade de submissão de questões relativas à validade dos atos da UE, de forma a que o TJ pudesse confirmar ou alterar a decisão eventualmente tomada em primeiro pelas instâncias nacionais inferiores e eventualmente já objeto de manutenção ou revogação pelo órgão jurisdicional interno que decidiu o litígio em última instância. Na eventualidade de não ser instaurado recurso ordinário até à instância suprema do caso concreto, os efeitos da decisão positiva de invalidade tomada pelo tribunal nacional cingir-se-iam ao caso concreto. Por outro lado, a possibilidade de os efeitos de tal decisão alcançarem força obrigatória geral verificar-se-ia apenas se o TJ confirmasse o juízo de invalidade efetuado pelos tribunais nacionais.

Desta forma, conjugar-se-ia a possibilidade, imposta pela tutela jurisdicional efetiva, de todos os tribunais nacionais (enquanto órgãos jurisdicionais comuns do direito da União) desaplicarem os atos europeus que julgassem inválidos aos casos concretos submetidos às suas jurisdições, ao mesmo tempo que se garantia que a última palavra em matéria de invalidade da norma europeia fosse do TJ assim se assegurando o primado das suas decisões em matéria de contencioso de legalidade atos das instituições, órgãos ou organismos da UE. A este título, parece inquestionável que os efeitos *erga omnes* de uma decisão positiva de invalidade de normas da União, extensíveis a todos os Estados membros, apenas possam ser atingidos em virtude de uma decisão do TJ e não através dos órgãos jurisdicionais nacionais (com jurisdição limitada ao território do respetivo Estado) ainda que se trate de supremos tribunais.

4.2. Questões prejudiciais facultativas e obrigatórias: o princípio do livre acesso das jurisdições nacionais ao Tribunal de Justiça

Da conjugação entre o segundo e o terceiro parágrafos do artigo 267.º do TFUE resulta uma regra de ouro relativamente ao reenvio, concretamente no que tange à faculdade ou necessidade de colocação de questões prejudiciais ao TJ, a qual estabelece que todos os órgãos jurisdicionais nacionais *podem* submeter-lhe questões²⁰⁵⁹; alguns, porém, estão *obrigados* a fazê-lo. Concretizando: os juízes nacionais apresentam questões prejudiciais facultativa ou

²⁰⁵⁹ No citado acórdão RHEINMÜHLEN alude-se a uma "*faculdade ilimitada de recorrer ao Tribunal de Justiça*", por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais; basta que os mesmos considerem "*que um processo neles pendente suscita questões relativas à interpretação ou à apreciação de validade de disposições de direito comunitário com base nas quais têm de decidir*" (vide n.º 3). Entre nós, Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 582, chama-lhe "*reenvio discricionário*".

vinculadamente consoante as suas decisões sejam ou não suscetíveis de recurso judicial ordinário previsto no direito interno²⁰⁶⁰.

Tal obrigatoriedade é aferida pela teoria do *litígio concreto*, segundo a qual qualquer tribunal nacional cujas decisões não admitam recurso interno deve colocar questões prejudiciais ao TJ. Não foi acolhida, portanto, a teoria do *fator orgânico*²⁰⁶¹, segundo a qual tal obrigação vincularia apenas os supremos tribunais dos Estados membros²⁰⁶², uma vez que, para além daqueles, também os tribunais supremos dos litígios concretos onde as questões prejudiciais se levantam estão sujeitos ao dever de reenvio²⁰⁶³. Assim, qualquer tribunal nacional que decida um litígio sem que a sua decisão contemple recurso poderá, independentemente do lugar que ocupe na organização judiciária interna (v. g. de primeira instância), estar sujeito à obrigação (não dispondo de uma mera faculdade) de reenvio; bastará, portanto, que a sua decisão não admita recurso de acordo com o direito interno²⁰⁶⁴.

A faculdade de reenviar deve ser ampla, não podendo ser contornada, designadamente, pela possibilidade conferida aos tribunais superiores de considerarem que no caso *sub judice* não se justificava a apresentação de questões prejudiciais²⁰⁶⁵. De igual forma, não poderá tal prerrogativa ser obstaculizada por normas nacionais²⁰⁶⁶, nomeadamente, que imponham um prévio recurso aos tribunais constitucionais²⁰⁶⁷. Por outro lado, a ampla faculdade de reenviar

²⁰⁶⁰ Como lembram João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 456; e FAUSTO DE QUADROS, 3.^a Ed, *Direito da União...*, *cit.*, p. 594, de fora ficam os recursos extraordinários, os quais se interferissem neste aspeto praticamente aniquilariam o dever de reenvio; também não relevam para este efeito os "recursos" para instâncias internacionais, como por exemplo para o TEDH. Ver também Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 72.

²⁰⁶¹ Cfr. Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, *cit.*, pp. 376 e ss; Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, *cit.*, p. 149; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 584; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, *cit.*, p. 515; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.^a Ed, *cit.*, p. 595; Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, pp. 186 e ss. Contra, Pierre PESCATORE, *O Recurso Prejudicial...*, *cit.*, p. 28; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 458 a 461.

²⁰⁶² Segundo esta teoria, nomeadamente, em Portugal apenas o Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito da jurisdição cível, o Supremo Tribunal Administrativo, no quadro da sua homóloga administrativa e fiscal, e o Tribunal Constitucional, na inerente jurisdição, estariam vinculados ao dever de reenvio. Exemplos de órgãos jurisdicionais nacionais de outros Estados membros sujeitos à obrigação de reenvio podem ver-se em João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 457.

²⁰⁶³ Assim foi decidido no acórdão HOFFMANN-LA ROCHE e o, de 24 de maio de 1977, proc. 107/76, Col. 1977, pp. 334 e ss, n.ºs 5 e 6; e confirmado nos arestos CRISTIAN DIOR e o, de 4 de novembro de 1997, proc. C-337/95, Col. 1997, pp. I-6034 e ss, n.ºs 26 e 27; INTERMODAL TRANSPORTS, de 15 de setembro de 2005, proc. C-495/03, Col. 2005, pp. I-8191 e ss, n.ºs 30 e 31.

²⁰⁶⁴ Sobre este aspeto ver MOITINHO DE ALMEIDA, *O reenvio...*, *cit.*, p. 32; Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, *cit.*, p. 88; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, *cit.*, pp. 66 e 67. Em especial ver Paulo CANELAS DE CASTRO, *op. cit.*, p. 104, nota de rodapé n.º 8.

²⁰⁶⁵ Cfr. acórdão RHEINMÜHLEN II, de 12 de fevereiro de 1974, proc. 146/73, Rec. 1974, pp. 140 e ss, n.º 3. Ao invés, o que os tribunais superiores poderão entender é que a resolução do litígio não passa pela aplicação do direito da UE, o que acaba por prejudicar o processo de reenvio; mas tal é algo diferente do que tentar simplesmente aniquilar um despacho de reenvio. Contra Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 587. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 454 e 455.

²⁰⁶⁶ Cfr. acórdão RHEINMÜHLEN, já citado, n.ºs 2 a 4; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 451 e 452.

²⁰⁶⁷ Cfr. os pré-citados acórdãos SIMMENTHAL III; e MECANARTE, n.ºs 44 e 45.

permite aos tribunais não supremos a assunção de um protagonismo judiciário que normalmente se encontra reservado aos tribunais supremos, exprimindo uma espécie de "*judicial empowerment*" daqueles²⁰⁶⁸.

O dever de reenvio decorre do terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE; do n.º 3 do artigo do 4.º do TUE²⁰⁶⁹, que consagra o princípio da cooperação leal (ou da lealdade comunitária); e da segunda parte do n.º 1 do artigo 19.º do mesmo Tratado²⁰⁷⁰, relativo ao TJUE como instituição jurisdicional a quem compete a última e decisiva palavra em matéria de interpretação e validade do direito da União. Tal dever visa prevenir o surgimento, na atividade dos órgãos judiciais (*maxime* dos supremos tribunais) dos Estados membros, de orientações e sentidos jurisprudenciais contrários ao direito da UE, na medida em que tal comprometeria a unidade da ordem jurídica europeia, bem como a uniformidade interpretativa e a correta aplicação das suas normas²⁰⁷¹. Na verdade, o dever de reenvio previne que os tribunais dos diferentes Estados membros construam interpretações não uniformes e aplicações incorretas do direito da UE²⁰⁷², risco que se agudizaria se tais órgãos pudessem proceder isoladamente à tarefa interpretativa do direito da União.

Não obstante, é possível que os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não possam ser impugnadas mediante recurso (*a fortiori*, também aqueles cujas decisões admitem recurso), confrontados com dúvidas interpretativas, se considerem suficientemente esclarecidos pela jurisprudência pré-existente do TJ, proferida a propósito das normas cuja aplicação está iminente no âmbito de situações materialmente idênticas²⁰⁷³. Nesses casos, podem aqueles decidir com base nos arestos que integram a orientação do TJ sobre a matéria da interpretação do direito da União e da sua correta aplicação às situações concretas que lhes cabe dirimir.

Seja como for, o princípio do **livre acesso dos órgãos jurisdicionais nacionais ao TJ**, que vigora nesta matéria, em princípio, parece ser o que melhor se compagina com as exigências da tutela jurisdicional efetiva do direito da UE. Convirá não ignorar, contudo, que tal princípio tem como revés a possibilidade de a jurisdição do TJ ser excessivamente solicitada e por ventura até sobrecarregada com questões, algumas de relativa importância, por parte das jurisdições

²⁰⁶⁸ Assim Joseph H. H. WEILER, *The Transformation...*, *cit.*, p. 2426.

²⁰⁶⁹ Nitidamente inspirado no ex-artigo 10.º do TCE (ex-ex-artigo 5.º do TCEE), hoje revogado. Cfr. Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 4.

²⁰⁷⁰ Este decalcado do ex-artigo 220.º do TCE (ex-ex-artigo 164.º do TCEE), hoje igualmente revogado.

²⁰⁷¹ Cfr. Maria E. M. de NAZARÉ RIBEIRO, em comentário ao artigo 267.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 964; *vide* também os pontos 11 e 12 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, *cit.*, p. 2.

²⁰⁷² Cfr. acórdãos HOFFMANN-LA ROCHE e o, já citado, n.º 5; GOMES VALENTE, de 22 de fevereiro de 2001, proc. C-393/98, Col. 2001, pp. I-1341 e ss, n.º 17.

²⁰⁷³ Cfr. acórdãos pré-citados CRISTIAN DIOR e o, n.º 29; INTERMODAL TRANSPORTS, n.º 33.

nacionais²⁰⁷⁴. Ora, tal poderá não se coadunar com as exigências de uma boa administração da justiça, nomeadamente, com a sempre almejada diminuição de morosidade, tanto na formulação das respostas que o TJ tem de dar às questões prejudiciais que lhe são colocadas, como na resolução dos processos judiciais nacionais que estão na base de tais questões.

Considerando as vantagens e os inconvenientes do princípio do livre acesso dos órgãos jurisdicionais nacionais à jurisdição do TJ com os benefícios e desvantagens da tese que propala a existência de restrições ao livre acesso, entendemos que a tutela jurisdicional efetiva é melhor prosseguida através da solução vigente. Com efeito, a celeridade processual, ou pelo menos a ausência de morosidade, deve ceder quando se trata de assegurar o acesso universal dos órgãos jurisdicionais nacionais ao mecanismo de cooperação institucional com a jurisdição do TJ que, *prima facie*, visa a obtenção de esclarecimentos decisivos sobre a interpretação uniforme e a correta aplicação do direito da UE nos Estados membros. Na verdade, a celeridade processual não pode ser alcançada com sacrifício para a interpretação uniforme e aplicação correta do direito da União devido à impossibilidade de esclarecimento de dúvidas em virtude da não permissão do acesso de todas as jurisdições nacionais à jurisdição do TJ. De igual modo, só o princípio de livre acesso permite garantir o princípio da uniformidade do direito da UE.

4.2.1. O contributo do Tratado de Lisboa para o reforço da tutela jurisdicional efetiva

Pressupondo que o princípio do livre acesso das jurisdições nacionais ao TJ é o que melhor prossegue as exigências da tutela jurisdicional efetiva no direito da UE, merece destaque o incremento imposto ao mesmo pelo quadro jurídico-institucional que a UE apresenta desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Referimo-nos à revogação do antigo artigo 68.º do TCE, inserido neste pelo Tratado de Amesterdão em virtude da comunitarização parcial do primitivo terceiro pilar tal como concebido originariamente pelo Tratado de Maastricht²⁰⁷⁵.

Não se justificarão grandes desenvolvimentos em torno de um aspeto que já não vigora²⁰⁷⁶. Relembremos apenas que nas matérias relativas aos vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas, as quais compunham o anterior Título IV do TCE, o n.º 1

²⁰⁷⁴ Ainda que o livre acesso ao TJ seja combinado com a faculdade de reenviar, pelo que tal opção não significa necessariamente morosidade. Cfr. Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 70; Elspeth BERRY e Sylvia HARGREAVES, *European Union Law*, 2.ª Ed, Oxford, 2007, p. 82; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 594.

²⁰⁷⁵ Cfr. José Narciso da CUNHA RODRIGUES e António José ROBALO CORDEIRO, em comentário ao artigo 19.º do TUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, pp. 98 e 99; Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, *cit.*, p. 84; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 587.

²⁰⁷⁶ Sobre as especificidades que marcaram o reenvio prejudicial previsto no artigo 68.º do TCE *vide* a nossa dissertação de mestrado, *O princípio da flexibilidade...*, *cit.*, pp. 260 e ss.

do referido artigo 68.º do referido Tratado excluía do mecanismo das questões prejudiciais os tribunais nacionais cujas decisões admitissem recurso ordinário previsto no direito interno²⁰⁷⁷, o que se traduzia num abrandamento da tutela jurisdicional efetiva. Nesta medida, a revogação operada pelo Tratado de Lisboa de um regime desviante e mais restritivo face ao quadro geral do livre acesso dos órgãos jurisdicionais nacionais ao TJ, constante do artigo 267.º do TFUE, também representou um reforço para a referida tutela²⁰⁷⁸.

4.2.2. A pertinência das questões prejudiciais

O acesso dos tribunais nacionais à jurisdição do TJ com vista à colocação de dúvidas relacionadas com a interpretação ou com a validade do direito da UE, caracterizado pelo princípio do livre acesso, está sujeito a uma condição de fundo que consta do segundo parágrafo do artigo 267.º do TFUE²⁰⁷⁹. Referimo-nos à locução da norma que prevê que o órgão jurisdicional nacional considere que uma decisão do TJ sobre as referidas dúvidas é necessária ao julgamento da causa. Também por esta ordem de ideias a questão é prejudicial, porquanto trata-se "*de um juízo pré-judicial, isto é, anterior à decisão de fundo do litígio*"²⁰⁸⁰.

Pese embora a ausência de tal segmento do teor literal do terceiro parágrafo do referido preceito, tal condição também se encontra subjacente a este por força da conjugação entre os dois parágrafos. Com efeito, no acórdão CILFIT o TJ esclareceu que em sede de reenvio obrigatório, semelhantemente ao que ocorre com o seu homólogo facultativo, também é necessário que a dúvida apresentada seja relevante para a decisão da lide, clarificando que a expressão "*...se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa...*", constando do segundo parágrafo do artigo 267.º, não carece, por força da interpretação

²⁰⁷⁷ Com efeito, de acordo com a redação que vigorou desde a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão até ao início da vigência do Tratado de Lisboa, o referido preceito permitia apenas a colocação, ao TJ, de questões prejudiciais da autoria de tribunais nacionais cujas decisões fossem insuscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, muito embora o n.º 3 do referido artigo 68.º do TCE admitisse a colocação de questões interpretativas (o mesmo não sucedendo com as relativas à validade) por parte da Comissão, do Conselho e dos próprios Governos dos Estados membros, as quais podiam ser colocadas em abstrato, isto é, independentemente de estarem associadas a um qualquer litígio concreto.

²⁰⁷⁸ A questão, porém, não se afigura pacífica uma vez que há autores que entendiam que o regime restritivo da faculdade de os tribunais nacionais em interpelarem o TJ com vista ao esclarecimento de dúvidas sobre os atos adotados em aplicação do anterior Título IV do TCE e que encontrávamos no n.º 1 do seu artigo 68.º, era o que melhor se harmonizava face às exigências da tutela jurisdicional efetiva precisamente em homenagem aos princípios da celeridade processual e a um muito menor número de solicitações a que o TJ estava sujeito. Era o caso de Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, cit., p. 88, e de Sally LANGRISH, *The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights, in ELR*, 1998 (Vol. 23; n.º 1), p. 8.

²⁰⁷⁹ No dizer de Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 196, as questões prejudiciais não têm carácter automático; na esteira de Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 581, elas devem assumir "*uma relevância crítica para o processo principal*".

²⁰⁸⁰ Assim FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 583.

conjugada entre ambos os parágrafos a que é necessário operar, de ser repetida no parágrafo seguinte²⁰⁸¹.

Em decorrência de um papel ativo e verdadeiramente decisivo desempenhado pelo TJ na aplicação do direito da União e na boa administração da justiça nos Estados membros, não se tratando aquele de um órgão meramente consultivo que se limita a emitir opiniões sobre questões gerais, abstratas e hipotéticas²⁰⁸², exige-se, tanto nas questões prejudiciais obrigatórias como nas facultativas, que as dúvidas com que os juízes nacionais se deparam, relativamente à interpretação ou à validade do direito da UE, sejam *individuais, concretas e reais*²⁰⁸³. Por outro lado, as mesmas devem ser pertinentes ou no mínimo úteis para a correta decisão do litígio concreto que se encontra subjacente ao processo jurisdicional onde foram suscitadas²⁰⁸⁴. Só assim as questões se afiguram efetivamente *prejudiciais*, ou seja, relevantes.

Também não poderão ser colocadas questões prejudiciais que não se revelem, de alguma forma, *profícuas*, na aceção do segundo e do terceiro parágrafos do artigo 267.º do TFUE, isto é, se o julgamento da causa não depender do seu esclarecimento. Excluídas também estarão, por maioria de razão, dúvidas que se relacionem com aspetos dilatatórios, despicientes ou inúteis²⁰⁸⁵.

Ao juiz nacional compete exclusivamente expor em que medida a interpretação solicitada ou a apreciação da validade de certa norma do ordenamento da União é necessária para proferir a sua decisão²⁰⁸⁶. Se tal não impede o TJ de verificar a sua própria competência nem de examinar as condições em que está a ser consultado pelo seu homólogo nacional²⁰⁸⁷, podendo inclusivamente reformular as questões que lhe foram submetidas²⁰⁸⁸, não menos verdade é que o referido Tribunal não poderá julgar a necessidade das questões formuladas para a solução do processo pendente no órgão jurisdicional nacional²⁰⁸⁹.

Dúvidas que recaiam sobre normas excluídas do ordenamento da UE, como as nacionais ou as pertencentes à ordem jurídica internacional, estão excluídas do mecanismo das questões prejudiciais²⁰⁹⁰.

²⁰⁸¹ Vide n.ºs 10 e 11 do aresto. Cfr. Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, cit., p. 379.

²⁰⁸² Acórdão MEILICKE, já citado, n.º 25.

²⁰⁸³ Acórdão LECLERC-SIPLEC, de 9 de fevereiro de 1995, proc. C-412/93, Col. 1995, pp. I-209 e ss, n.º 12.

²⁰⁸⁴ Cfr. Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 5, que aludem ao estabelecimento, pelo TJ, de uma presunção de pertinência das questões prejudiciais que lhe são remetidas.

²⁰⁸⁵ Cfr. citado acórdão GOURMET CLASSIC, n.ºs 25 e 26.

²⁰⁸⁶ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 506; vide ponto 14 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, cit., p. 2.

²⁰⁸⁷ Cfr. o mencionado acórdão LECLERC-SIPLEC, n.º 12.

²⁰⁸⁸ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 482 e 483; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 48; acórdãos KRÜGER, já referido, n.º 23; e CAMPINA, de 8 de março de 2007, proc. C-45/06, Col. 2007, pp. I-2091 e ss, n.º 30.

²⁰⁸⁹ Cfr. os pré-citados acórdãos VAN GEND EN LOOS e MAZZALAI.

²⁰⁹⁰ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 465, 488 e 489; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 580; acórdão COSTA/ENEL, já citado, p. 554.

4.2.3. Tutela jurisdicional efetiva e limitações à atividade cognitivo-decisória dos tribunais nacionais na interrogação prejudicial do Tribunal de Justiça

Em matéria de reenvio o juiz nacional é soberano, ou seja, é ele quem decide se deve ou não colocar questões prejudiciais ao TJ, pois é ele quem interpreta e aplica o direito da UE no respetivo Estado membro, da mesma forma aliás que procede à interpretação e aplicação do direito interno²⁰⁹¹. Por outras palavras, tendo o litígio sido submetido à apreciação do competente órgão jurisdicional nacional e impendendo sobre ele o poder-dever de o dirimir enquanto tribunal comum de aplicação do direito da UE, também somente a ele compete apreciar, tendo em conta as especificidades processuais e do direito aplicável, a necessidade de uma decisão prejudicial que lhe permita decidir o litígio e a pertinência da(s) questão(ões) que coloca ao TJ²⁰⁹².

O órgão jurisdicional nacional é, em suma, detentor de um monopólio em assumir-se como juiz *a quo*, isto é, como tribunal do reenvio²⁰⁹³. Consequentemente, o pedido de decisão prejudicial, uma vez formulado, apenas pode ser retirado por ele, ou seja, pelo mesmo órgão que

²⁰⁹¹ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.^a Ed, *cit.*, p. 605. Pode aqui ser invocado o brocardo latino *jura novit curia*, ou seja, o tribunal conhece livremente o direito, sem estar sujeito às alegações das partes; somente a ele compete, no exercício da sua autonomia decisória, determinar a regra de direito aplicável ao caso *sub judice*. Cfr. José LEBRE DE FREITAS, *op. cit.*, p. 115. *Vide* também o pré-citado acórdão PETERBROECK, onde o TJ referiu que os órgãos jurisdicionais nacionais não podem ser impedidos de apreciar oficiosamente uma norma de direito da UE, inclusive quando o conhecimento da mesma depende de invocação, em determinado prazo, pelo interessado.

²⁰⁹² Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, *cit.*, pp. 98 e 99; Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, *cit.*, p. 149; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 577.

Como o TJ esclareceu desde cedo, "*Deve-se realçar que as competências respectivas do Tribunal de Justiça e dos órgãos jurisdicionais nacionais estão delimitadas com nitidez no Tratado. Com efeito, tanto o artigo 177.º (atual artigo 267.º) do Tratado como o artigo 20.º (atual artigo 23.º) do Protocolo prevêm que é o órgão jurisdicional nacional que decide suspender a instância e suscitar a questão perante o Tribunal de Justiça. Se as partes num processo pendente num órgão jurisdicional nacional se pudessem dirigir directamente ao Tribunal de Justiça para pedir uma decisão a título prejudicial, podiam obrigar o juiz nacional a suspender a instância aguardando a decisão do Tribunal de Justiça. Contudo, nem o Tratado nem o Protocolo prevêm semelhante limitação dos poderes do juiz nacional*". *Vide* acórdão WÖHRMANN e o. vs. COMISSÃO, já citado, p. 199.

Posteriormente, o referido órgão acrescentou que "*compete apenas aos órgãos jurisdicionais nacionais, aos quais é submetido um litígio e que devem assumir a responsabilidade da decisão judicial a proferir, apreciar, face às especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poderem proferir a sua decisão como a pertinência das questões que colocam ao Tribunal de Justiça*". Cfr. acórdão BRUYÈRE e o, de 21 de março de 1996, proc. C-297/94, Col. 1996, pp. I-1560 e ss, n.º 19; ver também os referidos acórdãos CILFIT, n.ºs 10 e 11; LECLERC-SIPLEC, n.º 10; IKA, n.º 27; e KELLER, n.º 33.

²⁰⁹³ Contra parece ser a posição de João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 640 e 641. O autor traça um paralelismo entre a competência contenciosa das jurisdições que integram o TJUE no âmbito da exceção de ilegalidade e a habilitação dos órgãos jurisdicionais nacionais para submeterem ao TJ questões prejudiciais sobre a validade dos atos da UE, pelo que, segundo ele, perante a arguição da invalidade de um ato das instituições europeias por um qualquer sujeito de direito num tribunal nacional, este estará, nos termos do terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE, obrigado a apresentar a questão prejudicial de validade ao TJ. Igualmente contra *vide* Inês QUADROS, *op. cit.*, p. 156, para quem os particulares são titulares de um direito ao reenvio fundado precisamente na tutela jurisdicional efetiva.

decidiu apresentá-lo²⁰⁹⁴. Não se levantam dúvidas, portanto, quanto à faculdade de o tribunal nacional atuar oficiosamente neste domínio²⁰⁹⁵. Nesta medida, não deixará de existir o risco, algo comprometedor da tutela jurisdicional efetiva, de os órgãos jurisdicionais nacionais errarem na avaliação preliminar que fazem - *maxime* no âmbito de questões de validade - sobre os atos das instituições europeias, desvalorizando os direitos subjetivos e os interesses legítimos dos particulares fundados no direito da União²⁰⁹⁶.

Igualmente, é o juiz nacional quem, de forma exclusiva, estabelece o objeto do reenvio, formulando as questões prejudiciais que pretende ver esclarecidas²⁰⁹⁷. Embora aquele juiz também possa agir a requerimento das partes do processo principal²⁰⁹⁸, a verdade é que o processo de reenvio acaba por ser alheio à iniciativa destas²⁰⁹⁹, apesar de, em homenagem à tutela jurisdicional efetiva das suas pretensões de natureza subjetiva, lhes assistir o direito, previsto no artigo 23.º do Estatuto do TJUE, de apresentarem observações ou alegações, sem, contudo, poderem modificar, ampliar, restringir ou impugnar as questões que o órgão jurisdicional nacional decidiu colocar²¹⁰⁰.

Sendo as partes do processo principal nacional os visados da decisão jurisdicional que será tomada na sequência da resposta do TJ, a tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos particulares também exige que o tribunal do reenvio fundamente adequadamente o pedido de questões prejudiciais²¹⁰¹.

²⁰⁹⁴ Cfr. acórdão SIMMENTHAL III, pré-citado, n.º 10; artigo 100.º do novo RPTJ.

²⁰⁹⁵ Cfr. mencionado acórdão CILFIT, n.º 9. Ainda assim no ponto 19 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, cit., p. 3, salienta-se a utilidade que decorre para a boa administração da justiça se as questões prejudiciais forem colocadas após um debate contraditório.

²⁰⁹⁶ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 537.

²⁰⁹⁷ Cfr. acórdão KERAFINA, de 12 de novembro de 1992, procs. apensos C-134/91 e C-135/91, Col. 1992, pp. I-5713, n.º 16.

²⁰⁹⁸ Assim ocorreu, designadamente, no âmbito do mencionado caso GOMES VALENTE.

²⁰⁹⁹ Cfr. acórdão BOLLMANN, já citado, n.º 4, no qual se lê que o artigo 267.º do TFUE "*estabelece um processo não contencioso, que reveste o carácter de um incidente suscitado no decurso de um litígio pendente perante o órgão jurisdicional nacional, sendo as partes no processo principal chamadas a pronunciar-se apenas no quadro delineado pelo órgão jurisdicional nacional*". Ver também o referido acórdão DA COSTA, p. 237.

²¹⁰⁰ Ainda que as partes do processo principal apresentem um requerimento dirigido ao tribunal nacional no sentido de este apresentar questões prejudiciais ao TJ, a verdade é que tal requerimento não vincula aquele órgão a reenviar uma vez que a ele compete interpretar e aplicar o direito livremente. Cfr. Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal...*, cit., p. 19; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 475 e 485; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 48; ponto 10 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, cit., p. 2.

De igual forma, o reenvio não se destina a conferir direitos aos particulares, uma vez que as partes do processo principal não podem modificar as questões prejudiciais nem fazê-las declarar desprovidas de objeto, nem tão-pouco pretender um problema prejudicial interpretativo colocado pelo tribunal nacional para alterado para questão de validade. Ver os referidos acórdãos SINGER; KÖBLER, n.º 22, e SLOB, n.ºs 28 a 31; ver também o aresto SAFA, de 9 de janeiro de 1990, proc. C-337/88, Col. 1990, pp. I-14 e ss, n.º 20.

No citado aresto PALMISANI, n.º 31, o tribunal do reenvio inclusivamente rejeitou as alegações da demandante, conduta que vinculou o TJ, o qual não pôde atender à matéria delas constante.

²¹⁰¹ Naturalmente, tal fundamentação assentará na necessidade de do esclarecimento da dúvida *sub judice* depender a boa resolução do litígio onde a mesma se levanta. O ponto 22 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, cit., pp. 3 e 4, elucida o *iter* para que o pedido de decisão prejudicial seja bem formulado.

Igualmente não se suscitam dúvidas quanto à discricionariedade de que gozam os órgãos jurisdicionais nacionais, independentemente dos lugares detidos nas organizações judiciárias internas, na valoração da necessidade de questionarem prejudicialmente o TJ para que possam solucionar de forma correta os litígios subjacentes aos processos principais. Ora, tratando-se de tribunais de cujas decisões não cabe recurso, somente após a extração da ilação relativa à pertinência das questões prejudiciais para as resoluções dos casos *sub judice* é que os mesmos se deparam com a obrigatoriedade de submeter tais dúvidas ao TJ. Tais prerrogativas são, porém, poderes funcionais dos juízes nacionais, ou seja, poderes-deveres sujeitos a vinculações, o que significa que a referida discricionariedade de que dispõem os juízes nacionais na colocação de questões prejudiciais confronta-se com algumas limitações, as quais também têm subjacente a tutela jurisdicional efetiva.

I. A necessidade prudencial de reenviar

O primeiro cenário que podemos colocar ocorre quando o juiz nacional, *maxime* se decide um litígio em última instância - ou seja, perante a obrigação de reenviar constante do terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE - confrontado com uma questão nova que suscita a necessidade de determinação de um sentido interpretativo uniforme com vista à correta aplicação do direito da UE, entende não ter dúvidas sobre o alcance da norma europeia aplicável ao litígio *sub judice*; conseqüentemente, opta por não colocar ao TJ a questão prejudicial, quando a "prudência interpretativa" impunha-lhe decisão inversa uma vez que a referida disposição suscita questões ambíguas, obscuras ou pouco claras²¹⁰².

Se for possível concluir que o órgão jurisdicional nacional não se encontrava em condições de decidir a questão por si enquanto "juiz comunitário" - o que significa que os demais magistrados dos Estados membros, bem como os do próprio TJ, confluíam no mesmo sentido da decisão do primeiro - tal comportamento pode perfeitamente traduzir-se numa violação à tutela jurisdicional efetiva, designadamente, à garantia do juiz natural (ou legal). Independentemente do sentido da decisão tomada pelo juiz nacional relativamente à necessidade

²¹⁰² Apesar de o problema se levantar nas questões interpretativas, um problema idêntico poderá, *mutatis mutandis*, ser colocado em sede de questões de apreciação de validade das normas europeias. Na verdade, nestas, o juiz nacional não pode deixar de aplicar a norma da União por entender que a mesma é inválida; com efeito, se for este o seu entendimento deverá colocar a questão prejudicial ao TJ, mesmo que a sua decisão possa ser objeto de recurso. Contudo, o referido juiz já é competente para rejeitar os argumentos pelos quais a invalidade da norma é suscitada e aplicá-la; logo, também neste tipo de questões, perante normas cuja validade nunca tenha sido apreciada pelo TJ, poderá o juiz nacional entender não ter dúvidas, deixando de reenviar e, rejeitando os fundamentos de invalidade invocados, aplicando a norma, quando a "prudência aplicativa" aconselharia à submissão da questão ao TJ.

de colocar a questão prejudicial ao TJ, sobre ele incide um *dever prudencial*²¹⁰³ de avaliar a exigência de reenviar.

A jurisprudência CILFIT, reportando-se ao objeto das questões prejudiciais interpretativas, ou seja, ao direito da UE suscetível de despoletar dúvidas no espírito dos tribunais nacionais enquanto seus aplicadores comuns, ficou célebre por reconhecer a aplicação, no âmbito do reenvio, da conhecida *teoria do ato claro*²¹⁰⁴, segundo a qual os órgãos jurisdicionais nacionais apenas se encontram desonerados da obrigação de colocarem as dúvidas prejudiciais se as mesmas puderem ser adequadamente resolvidas por si enquanto "juízes da UE". Para se poder concluir afirmativamente quanto a este aspeto é necessário (i) que a resolução da questão de direito levantada resulte de jurisprudência assente do TJ²¹⁰⁵ ou (ii) que a tarefa interpretativa da norma europeia aplicável se imponha com tamanha evidência que "*não dá margem para qualquer dúvida razoável sobre a maneira de resolver a questão suscitada*"²¹⁰⁶.

Conferiu-se, assim, às jurisdições nacionais uma margem de apreciação relativamente à obrigatoriedade de reenvio, na medida em que a norma europeia em análise não suscite dúvidas plausíveis quanto ao seu sentido²¹⁰⁷.

É certo que um eventual cenário de não extensão da teoria do ato claro ao mecanismo das questões prejudiciais previstas no terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE teria como efeito um carácter semiautomático da obrigação de reenvio, coartando aos juízes nacionais que decidem os litígios como tribunais supremos qualquer margem de discricionariedade sobre a necessidade de submeterem questões prejudiciais interpretativas em torno do direito da UE e levando-os a reenviar praticamente sempre. Com efeito, à luz do referido parágrafo os órgãos jurisdicionais nacionais supremos encontram-se investidos num *dever de reenvio* do qual só estão dispensados (i) se concluírem que a questão não é pertinente, ou seja, desnecessária ao julgamento da causa; (ii) se a questão já foi esclarecida, isto é, a disposição do direito da UE já foi objeto de

²¹⁰³ A expressão é inspirada em A. BARBOSA DE MELO, *op. cit.*

²¹⁰⁴ Tal conceção inspira-se no brocardo *in claris non fiat interpretatio* (ou seja, a lei ou disposição clara não carece de interpretação) tendo sido construída em França a propósito da repartição constitucional de competências entre o Governo e os tribunais relativamente aos tratados internacionais, cuja interpretação está entregue àquele, ficando a aplicação dos mesmos a cargo destes. A teoria do ato claro tem origem jurisprudencial e visou limitar a interferência do Executivo na atividade judicial uma vez que através dela os juízes adquiriram o poder de controlar a interpretação feita pelo Governo das normas dos tratados internacionais que suscitassem reais dificuldades interpretativas bem como uma ampla margem de discricionariedade. Cfr. Inês QUADROS, *op. cit.*, p. 51.

²¹⁰⁵ Cfr. n.º 14 do acórdão CILFIT, no qual o TJ prescindiu da verificação de uma identidade estrita entre as questões em litígio, contentando-se com uma similitude material. Por outro lado, se o órgão jurisdicional nacional entender oportuno voltar a questionar o TJ sobre um problema a que este já respondeu, pode fazê-lo. Assim se esclareceu nos já referidos acórdãos DA COSTA, p. 237; e EURICO ITALIA e o, n.º 15. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 466; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 596.

²¹⁰⁶ Vide o n.º 16 do acórdão CILFIT, onde o TJ esclareceu que tal evidência só ocorre se se impuser aos órgãos jurisdicionais dos outros Estados membros e a ele próprio; cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, *cit.*, p. 150; Inês QUADROS, *op. cit.*, p. 52.

²¹⁰⁷ Assim Miguel MOURA E SILVA, *Direito da União...*, *cit.*, p. 516; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, *cit.*, p. 517.

interpretação pelo TJ²¹⁰⁸; ou (iii) se considerarem que a correta aplicação do direito da União se impõe com tamanha clarividência que não existe margem para o surgimento de qualquer dúvida razoável²¹⁰⁹.

Nessa medida, a tarefa interpretativa do direito da UE acabaria por estar reservada ao TJ porque apesar de a aplicação do referido direito se tratar de uma competência dos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto tribunais comuns da União, aquela tarefa situa-se previamente à função aplicativa e esta pressupõe-na.

O objetivo da teoria do ato claro foi nitidamente restringir, no âmbito da aplicação do terceiro parágrafo do hoje artigo 267.º do TFUE, as situações de não colocação de questões prejudiciais em função de o órgão jurisdicional nacional não considerar necessária ao julgamento da causa uma decisão do TJ relativamente à interpretação do direito da União²¹¹⁰. Tal é especialmente visível nos requisitos que devem estar reunidos para que os tribunais nacionais se possam considerar dispensados da obrigação de reenvio. Com efeito, tal dispensa deve ser aquilatada em função (i) das características específicas do direito da UE, que emprega uma terminologia própria e cujos conceitos a que recorre nem sempre coincidem com os que proliferam nos Estados membros; (ii) das dificuldades que a norma interpretanda suscita devido à multiplicidade de línguas oficiais da UE, principalmente quando emprega termos técnicos; e (iii) do risco de surgirem divergências jurisprudenciais no espaço da União, em virtude das potenciais idiosincrasias das jurisdições nacionais que aplicam direito da UE²¹¹¹. Nesta medida, sobre o juiz nacional também incide um dever de fundamentar a ausência de *dúvida razoável* em torno da interpretação da referida norma²¹¹². Ora, tais exigências tornam improvável que os órgãos jurisdicionais nacionais se possam exonerar do dever de reenvio na medida em que raramente conseguirão cumprir os requisitos enunciados no acórdão CILFIT.

Fora dos escassos casos em que os tribunais nacionais estejam em condições de se auto eximirem da obrigação de reenvio, o acórdão CILFIT estabeleceu um **princípio de obrigação de reenvio de todas as questões prejudiciais pertinentes para a decisão de mérito a tomar pelo tribunal a quo**, exceto quando a correta interpretação do direito da União já tenha sido objeto de

²¹⁰⁸ Desde que "o quadro eventualmente novo não suscite nenhuma dúvida real quanto à possibilidade de aplicar essa jurisprudência", como se esclarece no ponto 12 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, cit., p. 2.

²¹⁰⁹ Cfr. acórdão INTERMODAL TRANSPORTS, n.º 33.

²¹¹⁰ Também parece ser esta a posição de FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., pp. 597 e 598; e de Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, pp. 75 e 76. Contra Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 582 e 583.

²¹¹¹ Cfr. acórdão CILFIT, n.ºs 17 a 20; Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal...*, cit., p. 21; Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, p. 6, em especial nota de rodapé n.º 15; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 585; Maria E. M. de NAZARÉ RIBEIRO, em comentário ao artigo 267.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. p. 964.

²¹¹² Cfr. Elspeth BERRY e Sylvia HARGREAVES, *op. cit.*, p. 77.

tomada de posição pelo TJ. Daqui decorre que inexistindo decisão anterior do TJ sobre um caso análogo, bem como jurisprudência consolidada sobre a questão jurídica levantada, o tribunal nacional apenas poderá deixar de colocar a questão interpretativa se estiver convencido de que a solução que encontrou para ela se imporia com a mesma certeza aos órgãos jurisdicionais dos outros Estados membros e ao próprio TJ. No fundo, a ideia é a de que só é claro o ato já aclarado pelo TJ²¹¹³, pressupondo que o órgão jurisdicional nacional conformar-se-á com o sentido interpretativo definido por aquele.

A solução gizada favorece a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos que o ordenamento da União confere aos particulares, uma vez que a mesma postula uma regra de mobilização da jurisdição do TJ com vista à interpretação uniforme e à correta aplicação do direito da UE no espaço dos Estados membros. Com o nítido propósito de restringir os casos de dispensa da obrigação de reenvio, o juiz nacional deve estar em condições de decidir o litígio adequadamente por si, ou seja, como juiz da UE, o que implica que "*o modo correto de interpretar a norma jurídica em causa seja inequívoca*"²¹¹⁴; caso não reúna esse requisito, deverá colocar a dúvida prejudicial ao TJ, sob pena de violar o dever de reenvio e com esse comportamento fazer incorrer o respetivo Estado membro em responsabilidade pelos danos causados no âmbito de ações de indemnização²¹¹⁵ e no sofrimento de sanções no quadro das ações por incumprimento²¹¹⁶.

O órgão jurisdicional nacional deve reenviar, em suma, caso não possa considerar que a resolução da questão de direito resulta de jurisprudência assente do TJ ou não deixa margem para qualquer dúvida razoável²¹¹⁷.

²¹¹³ Cfr. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., pp. 150 e 151.

²¹¹⁴ Assim se pode ler na parte final do ponto 12 da *Nota Informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial...*, cit., p. 2.

²¹¹⁵ Apesar de se vislumbrar aqui uma violação do direito da UE da parte de um órgão jurisdicional nacional, nomeadamente, um supremo tribunal, e que é imputável ao respetivo Estado membro, o TJ exige que tal violação seja suficientemente caracterizada, ou seja, manifesta e grave. Só neste cenário se justifica o direito do particular à indemnização. Cfr. acórdão KÖBLER, já citado, n.ºs 120 a 124.

²¹¹⁶ Assim também Denys SIMON, *Le système...*, cit., p. 678; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 158; Trevor C. HARTLEY, *The Foundations...*, cit., p. 308. Contra Inês QUADROS, *op. cit.*, p. 72.

²¹¹⁷ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A teoria do acto claro e o artigo 177.º do Tratado CEE*, in *Revista Jurídica (AAF DL)*, 1986, n.º 6, pp. 223 e ss; Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal...*, cit., p. 19; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 467 e ss.

II. As violações do dever de reenvio e do sentido interpretativo previamente definido em acórdão prejudicial do Tribunal de Justiça

Cenário distinto embora relacionado com o problema anterior ocorre quando o juiz nacional viola a obrigação de reenvio ao decidir não colocar ao TJ questões prejudiciais que deveria ter submetido. Vários cenários ilustram violações do dever de reenvio.

Imaginemos que um órgão jurisdicional nacional ao julgar um litígio sem que a sua decisão comporte recurso decide não submeter uma questão interpretativa de cujo esclarecimento depende o correto julgamento da causa (isto é, pertinente), sobre a qual (i) inexistente jurisprudência anterior fixada pelo TJ; ou (ii) havendo, o sentido jurisprudencial definido afigura-se inaplicável dado o quadro factual ser novo ou inédito; ou ainda (iii) quando a correta interpretação da disposição em causa não se afigure clara ou inequívoca. Portanto, o juiz nacional, soberano na apreciação do litígio, depara-se com uma dúvida razoável que não pode ser adequadamente (ou seja, enquanto juiz comunitário) resolvida por si; como tal, devendo colocar a questão prejudicial ao TJ, decide da interpretação do direito da UE e aplica a norma de acordo com o sentido que a mesma lhe merece.

Suponhamos ainda um tribunal nacional que em vez de apresentar ao TJ a questão prejudicial de validade de norma europeia opta por desaplicá-la ao litígio por considerá-la inválida; ou um supremo tribunal que decide rejeitar os fundamentos de invalidade invocados e aplicar a disposição de direito da União quando a questão da validade da referida norma se apresenta dúbia.

Questão distinta mas merecedora de solução idêntica ocorre se por ventura o órgão jurisdicional nacional, embora respeitando o dever de reenvio, não se conforma com o sentido da decisão prejudicial proferida pelo TJ e (i) decide por um sentido interpretativo distinto ou (ii) aplica uma norma declarada inválida por aquele ou (iii) desaplica uma norma cujos fundamentos de invalidade foram declarados improcedentes pelo TJ²¹¹⁸.

Trata-se de dois problemas delicados na medida em que relançam questões como as da independência dos tribunais, soberania do poder judicial, autoridade do caso julgado e da certeza e segurança jurídicas²¹¹⁹. Além disso, vislumbram-se várias violações à tutela jurisdicional efetiva; desde logo, desrespeita-se o princípio do juiz natural (ou legal) previsto no artigo 47.º da CDFUE, garantia processual que tem subjacente tal tutela; igualmente, posterga-se o artigo 6.º da CEDH na suas dimensões de *fair trial* e *due process of law*²¹²⁰.

²¹¹⁸ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 706.

²¹¹⁹ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, cit., p. 426.

²¹²⁰ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 471 e 586.

A) A violação do dever de reenvio consubstancia, antes de mais, um comportamento imputável ao Estado membro em cuja organização judiciária se insere o tribunal nacional que optou por não submeter ao TJ questões prejudiciais que estava obrigado a apresentar, o qual traduz um menosprezo de obrigações previstas nos Tratados. Assim, tal cenário legitima a Comissão a instaurar no TJ uma **ação por incumprimento** contra aquele Estado²¹²¹ com vista a, *in extremis*, sancioná-lo²¹²². Acresce, por outro lado, a possibilidade de os lesados proporem nos tribunais nacionais **ações de indemnização** com vista ao ressarcimento dos danos sofridos²¹²³. Efetivamente, a jurisprudência CILFIT estabeleceu critérios apertados quanto à obrigação que impende sobre os órgãos jurisdicionais nacionais de colocarem questões prejudiciais ao TJ, pelo que a tutela jurisdicional efetiva exige que a violação do dever de reenvio faça despoletar tanto a possibilidade de a Comissão mover contra os Estados membros ações por incumprimento pelo desrespeito de uma obrigação que se encontra prevista no TFUE (terceiro parágrafo do artigo 267.º) como o princípio da responsabilidade daqueles pela violação do direito da União. A causa de pedir de ambas as espécies de ações será a decisão do tribunal nacional optar pela não colocação de questões prejudiciais quando estava vinculado a fazê-lo.

Da jurisprudência KÖBLER²¹²⁴ resultou que, em homenagem à tutela jurisdicional efetiva, os particulares afetados, deparando-se com uma ofensa aos direitos que a ordem jurídica europeia lhes confere, poderão, mediante a verificação de determinados pressupostos²¹²⁵, exigir do Estado membro o ressarcimento dos prejuízos sofridos em consequência de uma violação do direito da UE decorrente de uma errada decisão de um órgão jurisdicional seu, incluindo os que apreciam litígios em última instância e, dentro destes, *maxime* os supremos tribunais nacionais²¹²⁶. No mesmo aresto o TJ referiu ainda que o terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE, impondo aos órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno a obrigação de submissão àquele de questões prejudiciais, também visa evitar que os direitos conferidos aos particulares pelo direito da UE

²¹²¹ Neste sentido João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 471 e 512; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 77; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 511; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, pp. 596 e 706.

²¹²² Cfr. A. BARBOSA DE MELO, *op. cit.*, p. 128.

²¹²³ Cfr. Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 78; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 586; Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, pp. 281 e ss.

²¹²⁴ Proferida num processo de reenvio prejudicial motivado no quadro de uma ação de indemnização que o senhor Gerhard Köbler instaurou contra o Estado austríaco em virtude de o órgão jurisdicional administrativo supremo (o *Verwaltungsgerichtshof*) ter violado, numa decisão que preferiu, uma disposição comunitária.

²¹²⁵ Sobre este aspeto ver *infra* o Capítulo II da Parte IV.

²¹²⁶ Cfr. Denys SIMON, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême (À propos de l'arrêt Köbler, CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, in Europe, 2003, p. 3; Marten BREUER, State Liability for Judicial Wrongs and Community Law: the case of Gerhard Köbler v Austria, in ELR, 2004 (Vol. 29; n.º 2), pp. 243 e ss; Francisco PEREIRA COUTINHO, op. cit., pp. 271 e ss.*

sejam violados²¹²⁷. Nessa medida, a violação do dever de reenvio consubstancia um elemento, a par de outros²¹²⁸, que o órgão jurisdicional nacional competente para apreciar a ação de responsabilidade civil instaurada contra o Estado membro motivada no menosprezo do direito da UE deve ter em consideração, concretamente, para determinar se o incumprimento do mencionado dever consubstancia uma *violação suficientemente caracterizada do referido direito*²¹²⁹.

No acórdão TRAGHETTI²¹³⁰ o TJ também foi questionado, entre outros aspetos, sobre se os Estados membros são responsáveis perante os particulares pelos erros dos juízes na aplicação do direito comunitário, em especial pelo incumprimento do dever de reenvio imposto aos órgãos jurisdicionais nacionais que decidem em última instância nos termos do terceiro parágrafo do então artigo 234.º do TCE. Interpelado para o efeito pelo TJ, o órgão jurisdicional nacional decidiu retirar a questão prejudicial por se sentir suficientemente esclarecido em função da resposta afirmativa proferida no âmbito do precedente caso KÖBLER²¹³¹.

Em ambos os arestos supramencionados o Tribunal referiu perentoriamente que ocorre uma violação manifesta do direito da União quando o órgão jurisdicional nacional que julga sem que a sua decisão admita recurso, incumpra a obrigação de reenvio e em consequência interpreta (e aplica) erradamente as normas europeias. Tal comportamento é objetivamente comprovável se ou quando o referido órgão desrespeitou de forma manifesta um sentido interpretativo previamente oferecido pelo TJ²¹³².

No plano doutrinário, Jónatas MACHADO entende que tal tipo de atuação dos tribunais nacionais justificará o direito dos particulares à indemnização desde que se possa concluir que o cumprimento do dever de reenvio determinaria uma decisão diferente no processo principal²¹³³.

Quanto a nós, parece que existem pelo menos duas situações em que a violação do dever de reenvio é geradora da responsabilidade dos Estados membros. A primeira prende-se com a

²¹²⁷ Cfr. n.º 35.

²¹²⁸ A título meramente indicativo o TJ enunciou, para além daquele, (i) o grau de clareza e de precisão da regra comunitária violada; (ii) a intencionalidade da violação; (iii) a desculpabilidade ou não do erro de direito; e (iv) o eventual comportamento adotado por uma instituição europeia. Cfr. n.º 55 do referido aresto KÖBLER.

²¹²⁹ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, pp. 426 e 427.

²¹³⁰ Acórdão de 13 de junho de 2006, proc. C-173/03, Col. 2006, pp. I-5204 e ss. Tal decisão foi proferida num processo de reenvio prejudicial despoletado no âmbito de uma ação de indemnização instaurada pelo administrador de insolvência de uma empresa italiana de transportes marítimos (a TDM) contra o Estado italiano precisamente com base na violação do dever de reenvio, uma vez que no quadro de um litígio anterior o supremo tribunal italiano (a Corte Suprema di Cassazione), decidindo em última instância, não submeteu ao TJ, ao contrário do que lhe havia sido requerido por aquele, várias questões prejudiciais interpretativas relativamente a normas do TCE sobre concorrência e auxílios de Estado; na ótica do demandante da ação de indemnização essas normas do Tratado foram objeto de uma interpretação errada, o que se traduziu num prejuízo para a empresa.

²¹³¹ Cfr. n.ºs 21 e 22; Denys SIMON, *Consolidation de la responsabilité des États membres du fait des violations imputables aux juridictions nationales, in Europe, 2006* (n.ºs 8-9), pp. 9-11.

²¹³² Cfr. n.º 56 do acórdão KÖBLER e n.º 35 do aresto TRAGHETTI.

²¹³³ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 471. Contra Alexander THIELE, *Europarecht*, 6.ª Ed, Niederle, 2008, p. 151.

omissão de tal dever nas questões de validade nos casos em que o órgão jurisdicional nacional entende que a norma europeia é inválida; uma vez que aqui a obrigação de submeter a questão prejudicial ao TJ se encontra devidamente enunciada, parece-nos que estaremos perante uma situação de manifesta violação do direito da UE se o órgão jurisdicional nacional decidir, sem colocar a questão, deixar de aplicar a norma europeia por considerá-la inválida. A segunda ocorre nas questões interpretativas: será manifesta a violação do direito da UE se o tribunal nacional deixar de reenviar com base na existência de anterior jurisprudência do TJ sobre uma questão de direito fundada num quadro factual idêntico ao que se encontra *sub judice*, contudo, desrespeitando a orientação aí definida.

Nos restantes casos parece-nos que a violação do direito da UE dificilmente poder-se-á considerar manifesta, excluindo assim o direito à indemnização dos particulares lesados. Não obstante, nada obsta a que o órgão jurisdicional nacional competente para a apreciação da ação de responsabilidade, observando o preenchimento dos elementos enunciados pelo TJ no acórdão KÖBLER, considere que tal direito afinal existe.

De igual forma, a Comissão já instaurou contra a Alemanha e Suécia ações por incumprimento, ainda que sem avançar para a fase contenciosa, por violação do dever de reenvio²¹³⁴.

No âmbito da referida ação, declarada a violação de obrigações decorrentes dos Tratados pelo TJ, deverá o Estado membro faltoso tomar as medidas necessárias à execução do acórdão, promovendo, através de vias internas idóneas, pelo respeito prospetivo da disposição do TFUE que impõe o dever de reenvio pelos órgãos jurisdicionais nacionais²¹³⁵. No entanto, a certeza e a segurança jurídicas opõem-se a que sejam alteradas decisões já transitadas em respeito ao princípio da intangibilidade do caso julgado.

B) Outra questão que se poderá colocar é a de saber se perante violações do dever de reenvio ou do sentido (interpretativo ou de validade) definido pelo TJ em acórdão prejudicial anterior, também será admissível o **recurso direto às jurisdições constitucionais nacionais**, obviamente nos sistemas jurídicos internos que o admitem, por parte dos particulares afetados por aqueles tipos de atuações dos órgãos jurisdicionais comuns, através da instauração de uma

²¹³⁴ Quanto a Portugal nada fez, não obstante o Tribunal Constitucional nunca ter submetido qualquer questão prejudicial e o Supremo Tribunal de Justiça (que até à data efetuou dois reenvios) ter feito o seu primeiro reenvio apenas decorridos vinte anos desde a adesão de Portugal às Comunidades, como observa Alessandra SILVEIRA, *Da (ir)responsabilidade do Estado-juiz por violação do Direito da União Europeia*, in *Scientia Iuridica*, 2009 (n.º 320), p. 773. Alguns dados estatísticos sobre os órgãos jurisdicionais portugueses enquanto tribunais de reenvio, onde se destacam os tribunais integrados na jurisdição administrativa e tributária, podem ver-se em FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, pp. 613 e ss; Nuno PIÇARRA e Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, pp. 13 e ss, bem como em Miguel PRATA ROQUE, *op. cit.*, pp. 913 e 914. Relativamente à Alemanha *vide* Inês QUADROS, *op. cit.*, p. 65.

²¹³⁵ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 471.

ação constitucional de defesa de direitos fundamentais²¹³⁶. Nomeadamente, na Alemanha será permitido aos referidos sujeitos recorrerem à queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) que a *GG* prevê no artigo 93.º, I § (n.ºs 4a. e 4b.), a propósito da competência do *BVerfG*? Em Espanha será de conceber a interposição de um recurso de amparo, previsto nos artigos 53.º, n.º 2, e 161.º, n.º 1, alínea b), da Constituição Espanhola de 1978, perante o respetivo Tribunal Constitucional²¹³⁷?

O escopo de ambas as figuras reside na existência de formas de reação por parte dos cidadãos contra as atuações, tanto positivas como negativas (ou seja, ações e omissões), dos poderes públicos, nomeadamente da função judicial, que **violem ilegalmente os seus direitos fundamentais**. A sua razão de ser reside, pois, na tutela jurisdicional efetiva dos referidos direitos²¹³⁸. Os dois institutos têm subjacente a ideia de *subsidiariedade* uma vez que o recurso às jurisdições constitucionais surge condicionado pela ideia de esgotamento das vias processuais ordinárias.

A *GG* afirma no artigo 23.º, I §, um compromisso de abertura da Alemanha face ao processo de integração europeia, o qual visa a realização de uma Europa unida (*Europarechtsfreundlichkeit*), no âmbito do qual a UE, comprometida com princípios como os do Estado de direito e da subsidiariedade, garante uma proteção dos direitos fundamentais comparável, na sua essência, à garantia constante na Lei Fundamental de Bona. Por outro lado, devido a um labor interpretativo levado a efeito pelo *BVerfG*, motivado pela ausência de norma expressa e que teve por escopo impedir o surgimento de conflitos entre as obrigações internacionais assumidas pelo Estado Alemão e o respetivo direito constitucional nacional, a *GG* admite, a título excecional, um controlo *a priori* de constitucionalidade das leis de aprovação de tratados internacionais (entre eles os relativos à UE)²¹³⁹ e de incorporação dos mesmos no ordenamento jurídico interno²¹⁴⁰.

Assim sendo, apesar de ser preferível que a fiscalização da constitucionalidade dos tratados internacionais - e também dos europeus - ocorra *ex ante*, não está excluído que tal controlo possa ser feito *ex post* através dos vários mecanismos que a *GG* prevê, entre eles o procedimento de queixa/recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). A violação do dever de reenvio por parte de um órgão jurisdicional alemão não deixará, portanto, de ser um comportamento

²¹³⁶ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pp. 885 e 886.

²¹³⁷ Igualmente, na Áustria existe uma figura semelhante: a *Staatsrechtliche Beschwerde*, prevista no artigo 144.º da Lei Constitucional Federal.

²¹³⁸ Cfr. Rudolf STREINZ, *Europarecht*, 8.ª Ed, Heidelberg, 2008, p. 85.

²¹³⁹ Esse controlo *a priori* afigura-se excecional uma vez que a regra do sistema alemão de fiscalização da constitucionalidade de normas é a de um controlo efetuado *a posteriori*, ou seja, após a entrada em vigor dos diplomas.

²¹⁴⁰ Note-se que o controlo de constitucionalidade que incide sobre os tratados internacionais acaba por ser *indireto* já que incide sobre a lei que incorpora as suas normas no ordenamento jurídico interno.

contrário à Lei Fundamental de Bona na medida em que viola os seus artigos 23.º I § e 101.º, I §, segunda parte²¹⁴¹.

Mais parca nas referências à UE e ao processo europeu de integração apresenta-se a Constituição Espanhola²¹⁴². No entanto e por um lado, a mesma não deixa de assumir a vinculação do Estado espanhol aos tratados internacionais validamente celebrados, mencionando ainda que eles fazem parte do ordenamento interno (n.º 1 do artigo 96.º); por outro lado, a referida Constituição também refere que as normas relativas aos direitos e liberdades fundamentais nela reconhecidos (artigos 14.º a 55.º) devem ser interpretadas em conformidade com os tratados internacionais sobre tais matérias que tenham sido ratificados por Espanha (n.º 2 do artigo 10.º). Entre os direitos fundamentais previstos na Constituição Espanhola consta o relativo à tutela jurisdicional efetiva (n.º 1 do artigo 24.º), o qual abrange a garantia processual do juiz natural ou legal (n.º 2 do artigo 24.º).

Nesta medida, a violação do dever previsto no terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE por parte de um órgão jurisdicional espanhol será contrária à Constituição Espanhola por violar os seus artigos 10.º, n.º 2, 24.º, e 96.º, n.º 1²¹⁴³.

Temos, assim, que o recurso direto aos tribunais constitucionais nacionais nos sistemas internos que o admitem, designadamente mediante a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o recurso de amparo espanhol ou a *Staatsrechtliche Beschwerde* austríaca, poder-se-á revelar uma importante via processual de reação às condutas de não reenvio dos órgãos jurisdicionais nacionais comuns²¹⁴⁴, pelo menos nas situações em que os comportamentos omissivos dos tribunais nacionais colidam com pretensões subjetivas fundamentais que o ordenamento da União reconhece aos particulares. Em causa está a tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais

²¹⁴¹ Assim, implicitamente, Matthias PECHSTEIN, *La constitutionnalisation du droit au juge en Allemagne*, in Joël RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, Paris, 1998, pp. 61 e ss. Acrescente-se, aliás, que o citado caso alemão SOLANGE II esteve na base precisamente de uma *queixa constitucional* motivada por uma alegada violação do artigo 101.º da *GG* relativo à garantia do *juiz legal* ou natural (*gesetzlicher richter*), tendo o *BVerfG* esclarecido que esse estatuto havia sido transferido para a esfera competencial do TJ *enquanto* (*solange*) o sistema comunitário de direitos fundamentais fornecesse uma proteção equiparável à conferida pelo sistema constitucional alemão. Cfr. Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal...*, cit., pp. 88 e 89; Carlos BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pp. 229 e 230.

²¹⁴² Na verdade, as referências expressas que este texto dedica à UE constam do artigo 135.º, tendo sido nele introduzidas em 2011 embora com eficácia diferida a partir do ano de 2020. Em causa está a limitação constitucional ao défice e ao endividamento excessivo na sequência da crise das dívidas soberanas iniciada em 2009.

²¹⁴³ Assim Ricardo ALONSO GARCIA e J. M. BAÑO LÉON, *El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1990 (Ano 10; n.º 29), p. 215; Araceli MANGAS MARTINS e Diego LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 2.ª Ed, Madrid, 1999, p. 271.

²¹⁴⁴ Também parece ser esta a posição de Bruno de WITTE, *The Past and Future...*, cit., p. 893; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, cit., p. 97; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 707; Francisco PEREIRA COUTINHO, *op. cit.*, pp. 301 e ss; claramente neste sentido Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, cit., p. 156; Inês QUADROS, *op. cit.*, pp. 139 e ss. e 150 e ss. Esta posição, porém, tem merecido alguma resistência, ainda que infletida num passado recente, da parte do Tribunal Constitucional espanhol; já na Alemanha tem merecido o acolhimento do *BVerfG*.

previstos na ordem jurídica europeia, assegurada através de uma declaração de nulidade dos atos processuais praticados após a violação do dever de reenvio, eventualmente acrescida de uma vertente indemnizatória.

C) Nos Estados membros (aliás, a maioria e de que é exemplo Portugal) cujos sistemas judiciais não preveem um mecanismo de acesso direto dos particulares aos respetivos tribunais constitucionais e nos quais estes se limitam a apreciar a conformidade constitucional de normas ordinárias, o recurso ao TEDH através da petição ou queixa individual (a que alguns autores chamam de recurso de amparo internacional²¹⁴⁵) prevista no Protocolo Adicional n.º 11, em concretização dos artigos 34.º e seguintes da CEDH, poderá consubstanciar uma reação às violações do dever de reenvio por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais, na medida em que as mesmas afiguram-se incompatíveis com o artigo 6.º da Convenção²¹⁴⁶. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico da UE efetivar-se-á, neste caso, através do direito ao ressarcimento.

Também esta via surge marcada pela ideia de *subsidiariedade*, ou seja, a mesma poderá ser instaurada depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, como resulta do artigo 35.º, n.º 1, da CEDH.

Em suma, mediante recurso aos tribunais constitucionais nacionais, nos Estados membros onde tal seja possível, ou através da mobilização do TEDH, os particulares vêm reforçada a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos que lhes são conferidos pelo ordenamento da União, podendo lograr o reconhecimento do direito à reparação pelos prejuízos sofridos em consequência da violação do dever de reenvio.

4.3. As prerrogativas do Tribunal de Justiça perante questões prejudiciais

Incide sobre o juiz nacional, que deverá ter em conta as especificidades do processo submetido à sua apreciação, o dever de justificar a necessidade de uma decisão prejudicial para estar em condições de poder proferir a sentença, ou seja, a pertinência das questões que submete ao TJ. Desde que tal ocorra e partindo do pressuposto que as dúvidas apresentadas dizem respeito à interpretação do direito da UE, a tutela jurisdicional efetiva exige que sobre o Tribunal

²¹⁴⁵ Cfr. Rosario TUR AUSINA, *Garantía de Derechos y Jurisdicción Constitucional - Efectividad del Amparo tras la Sentencia Estimatoria*, Valência, 2008, p. 132; Catarina SANTOS BOTELHO, *Quo vadis "doutrina da margem nacional de apreciação"? O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional*, in AA. VV, *Direito e Justiça. Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume I, Lisboa, 2011, pp. 331 e ss; Patrícia FRAGOSO MARTINS, *Um "Supremo Tribunal"...*, *cit.*, p. 136.

²¹⁴⁶ Assim Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico...*, *cit.*, pp. 156; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 586.

recaia, em regra, o dever de se pronunciar e de responder às dúvidas colocadas^{2147/2148}. Excepcionalmente, porém, deverá o TJ indagar as circunstâncias em que foi interpelado a pronunciar-se com o propósito de verificar se deve, ou não, responder às questões submetidas²¹⁴⁹, mas sem que tal prerrogativa signifique que o referido Tribunal possa julgar da pertinência das referidas questões.

O TJ não se deverá pronunciar, incumbindo-lhe ao invés rejeitar as questões prejudiciais por considerá-las inadmissíveis, nomeadamente, (i) nas situações em que seja manifesta a ausência de prejudicialidade, ou seja, de qualquer tipo de conexão entre a questão colocada com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal pendente no tribunal nacional; (ii) quando a questão suscitada se afigura meramente hipotética e não real; e (iii) se não dispuser de todos elementos, fácticos e jurídicos, necessários para estar em condições de responder utilmente às questões que lhe foram colocadas²¹⁵⁰. A primeira e a segunda vicissitudes em nada colidem com as exigências da tutela jurisdicional efetiva uma vez que é evidente a desnecessidade e a impertinência de uma resposta "prejudicial" por parte do TJ; já na terceira, a prudência aconselha o TJ a tentar, antes de recusar responder, a obtenção do aperfeiçoamento dos elementos em falta junto do órgão jurisdicional do reenvio.

Para além da faculdade de reformular as questões que lhe são apresentadas, o TJ, por um imperativo de uniformidade na interpretação e correta aplicação do direito da União, pode ter em conta disposições europeias não referidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais no contexto das questões prejudiciais submetidas, devendo, no quadro dos litígios que as despoletaram, proceder à determinação do bloco de juridicidade europeia que exige ou carece de interpretação²¹⁵¹.

²¹⁴⁷ Cfr. acórdão PREUSSENELEKTRA, de 13 de março de 2001, proc. C-379/98, Col. 2001, pp. I-2159 e ss, n.º 38; e acórdãos, já citados, IKA, n.º 27; e KELLER, n.º 33; CONSEIL GÉNÉRAL DE LA VIENNE, n.º 19.

²¹⁴⁸ Como observa FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, p. 590, nas respostas que oferece o TJ tem demonstrado o duplo cuidado de não formular interpretações excessivamente abstratas, que não permitam resolver as dúvidas com que os juízes nacionais se confrontam, nem interpretações que se aproximem demasiado do litígio concreto onde a questão prejudicial foi despoletada, que pré-julguem o caso, tarefa exclusiva dos tribunais nacionais.

²¹⁴⁹ Cfr. acórdão FOGLIA, de 16 de dezembro de 1981, proc. 244/80, Rec. 1981, pp. 3045 e ss, n.º 21; e pré-citado acórdão PREUSSENELEKTRA, n.º 39.

²¹⁵⁰ Cfr. acórdãos BOSMAN, de 15 de dezembro de 1995, proc. C-415/93, Col. 1995, pp. I-5040 e ss, n.º 61; CELESTINI, de 5 de junho de 1997, proc. C-105/94, Col. 1997, pp. I-3001, n.º 22; acórdão SCHNEIDER, de 5 de fevereiro de 2004, proc. C-380/01, Col. 2004, pp. I-1403 e ss, n.º 22; CONSEIL GÉNÉRAL DE LA VIENNE, já citado, n.º 20.

Por exemplo, no despacho do Presidente do TJ, de 30 de junho de 1997, caso BANCO DE FOMENTO E EXTERIOR, proc. C-66/97, Col. 1997, pp. I-3759 e ss, o pedido de questões prejudiciais formulado pelo tribunal de reenvio português foi objeto de recusa pelo TJ por ausência de indicações suficientes quanto à situação de facto e de direito do litígio colocado à apreciação do órgão jurisdicional nacional, limitando-se este a reproduzir as questões sugeridas pelos demandados no processo principal.

²¹⁵¹ Cfr. acórdão GAUCHARD, de 08 de dezembro de 1987, proc. 20/87, Col. 1987, pp. 4893 e ss, n.º 7.

5. O reforço da tutela jurisdicional efetiva operado pelo Tratado de Lisboa através da introdução de reenvios prejudiciais com tramitação abreviada

O Tratado de Lisboa introduziu no mecanismo do reenvio a necessidade de alguns processos serem decididos, pelo TJ, de forma mais concisa, na medida em que na inerente ação judicial que decorre no tribunal nacional se discute um dos mais elementares direitos fundamentais: o direito à liberdade.

Nesta medida, o novo quarto parágrafo do artigo 267.º do TFUE estabelece que se as questões prejudiciais forem suscitadas "*em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível*". Trata-se de uma exigência configurada para processos de reenvio suscitados no âmbito de ações de natureza criminal, uma vez que é nestas que se vislumbra a existência de pessoas privadas da liberdade²¹⁵².

Convirá lembrar que o Tratado de Lisboa extinguiu, ainda que do ponto de vista meramente formal apenas, a estrutura de pilares em que a UE assentou desde o início da vigência do Tratado de Maastricht. Consequentemente, as matérias previstas no quadro jurídico-institucional do antigo terceiro pilar - a CPJMP - antes previstas no Título VI do TUE, foram transferidas para o TFUE, passando o seu tratamento e desenvolvimento normativo a decorrer de acordo com o método da *integração supranacional*²¹⁵³ e não de acordo com a lógica da cooperação intergovernamental que antes prevalecia²¹⁵⁴.

Desta alteração decorre a sujeição daqueles domínios às inferências do método de funcionamento que impera nas organizações internacionais supranacionais²¹⁵⁵. Consequentemente, os órgãos jurisdicionais nacionais passaram a poder questionar, nos termos

²¹⁵² Cfr. Ilaria OTTAVIANO, *Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009 (n.º 2), p. 466.

²¹⁵³ Ressalvado o risco de desatualização, poder-se-á empregar uma derivação do adjetivo comunitário, falando-se em "comunitarização".

²¹⁵⁴ Ainda que o antigo terceiro pilar, contrariamente ao segundo relativo à PESC, não se tratasse de um típico ou puro pilar de cooperação ao nível dos Governos dos Estados membros, uma vez que o mesmo surgia temperado, principalmente após a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, com elementos do método da integração supranacional, proliferando expressões como "*intergovernamentalização institucionalizada*" ou "*intergovernamentalismo mitigado*" para traduzir a sua natureza dual ou híbrida. Sobre esta questão, que não importa desenvolver dado o seu interesse ser essencialmente histórico, veja-se a nossa dissertação de mestrado, *O princípio da flexibilidade...*, cit., pp. 304 e 305.

²¹⁵⁵ O que significa, por um lado, que a regulamentação dessas matérias é decidida ou pelo Conselho juntamente com o PE ou pelo Conselho, e somente a Comissão tem direito de iniciativa. O referido Conselho delibera, em regra, por maioria qualificada. Por outro lado, os atos adotados assumem a natureza de atos típicos da UE (*maxime* regulamentos e diretivas, mas também decisões, pareceres e recomendações), com os consequentes primado, aplicabilidade direta, efeito direto, interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da UE e responsabilidade dos Estados membros por violação deste direito. Por outro lado ainda, outra consequência da passagem dessas matérias do TUE para o TFUE é a submissão da atuação das instituições europeias e dos Estados membros às jurisdições do TJUE.

do artigo 267.º do TFUE (e não já no âmbito do ex-artigo 35.º²¹⁵⁶ do TUE), prejudicialmente o TJ sobre a matéria penal que se insere no âmbito das atribuições da UE, a qual consta dos artigos 67.º, n.º 3, e 82.º a 86.º do TFUE. Em causa estarão, sobretudo, os domínios relativos ao *espaço de liberdade, segurança e justiça*.

Fruto de um aumento das atribuições da UE, ou melhor, do reforço do método de integração supranacional²¹⁵⁷ que se estendeu àquelas matérias, compreende-se o novo parágrafo introduzido no artigo 267.º do TFUE, o qual tem subjacente a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas previstas no ordenamento jurídico europeu, concretamente, do direito à liberdade²¹⁵⁸ dos particulares dele privados ao abrigo de processos judiciais internos de natureza criminal onde se levantem questões prejudiciais da competência do TJ. A exigência de este órgão responder às referidas questões "*com a maior brevidade possível*" não corresponde a mais do que uma harmonização com a natureza urgente dos processos nacionais que envolvam arguidos presos²¹⁵⁹.

Nessa medida e como vimos, os artigos 23.º-A do Estatuto do TJUE e 107.º a 114.º do novo RPTJ preveem um reenvio prejudicial urgente para os domínios do Título V da Parte III do TFUE, ou seja, no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça²¹⁶⁰. O mesmo preceito do Estatuto e os artigos 105.º e 106.º do aludido regulamento, por sua vez, preveem um processo prejudicial com uma tramitação acelerada, este já de âmbito geral.

6. O reenvio prejudicial especial do contencioso do antigo terceiro pilar previsto no n.º 1 do ex-artigo 35.º do Tratado da União Europeia: distorções temporárias à tutela jurisdicional efetiva?

Já referimos por diversas ocasiões a manutenção da vigência até ao dia 1 de dezembro de 2014, por força do artigo 10.º do Protocolo n.º 36, anexo ao TUE, TFUE e TCEEA, relativo às disposições transitórias do Tratado de Lisboa, do ex-artigo 35.º do TUE, isto é, com a redação

²¹⁵⁶ Apesar de este permanecer em vigor transitoriamente até ao dia 1 de dezembro de 2014 para os atos da UE aprovados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa ao abrigo do n.º 2 do ex-artigo 34.º do TUE. Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema..., cit.*, p. 84.

²¹⁵⁷ Isto porque a UE, contrariamente à CE, já dispunha de competência em matéria penal.

²¹⁵⁸ Previsto nos mais variados instrumentos jurídicos europeus e nacionais, como seja a CDFUE (artigo 6.º), as Constituições nacionais (v. g. artigos 27.º, n.º 1, da CRP, 2.º, II §, da GG; e 17.º, n.º 1, da Constituição Espanhola) e a CEDH (artigo 5.º).

²¹⁵⁹ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União..., 3.ª Ed, cit.*, p. 603 e 604.

²¹⁶⁰ Assinale-se que na tramitação urgente o órgão jurisdicional nacional deve, nos termos do n.º 2 do artigo 107.º do novo RPTJ, indicar, ainda que apenas na medida do possível, a resposta que propõe para as questões prejudiciais.

que o mesmo apresentava previamente à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, para os atos previstos no n.º 2 do ex-artigo 34.º igualmente do TUE e aprovados pelas instituições antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. O referido ex-artigo 35.º, prevendo o contencioso da UE nas matérias do antigo terceiro pilar, contém, nos n.ºs 1 a 4, determinadas especificidades que o mecanismo do reenvio prejudicial conhece, as quais encerram algumas questões relacionadas com a tutela jurisdicional efetiva²¹⁶¹.

6.1. Âmbito objetivo do reenvio

Com o objetivo de garantir a interpretação e a aplicação uniformes do direito da UE adotado nos domínios da CPJMP, o n.º 1 do ex-artigo 35.º do TUE, de acordo com a redação a que se aludiu, atribui ao TJ competência para decidir a título prejudicial questões sobre a interpretação das convenções adotadas no âmbito do antigo terceiro pilar, tal como sobre a validade e a interpretação das medidas de aplicação dessas convenções, das decisões-quadro, decisões e respetivas medidas de execução destas.

A mesma disposição exclui as convenções do mecanismo das questões prejudiciais de *validade*. Tal decorre do imperativo de tais atos normativos terem sido celebrados pelos Estados membros de acordo com as respetivas normas constitucionais (ratificação, aprovação e aceitação), não se tratando de atos do Conselho em sentido próprio (apesar de ser este órgão a elaborá-las e a recomendar a sua adoção), pelo que não se vislumbra nesta exclusão nenhuma ofensa à tutela jurisdicional efetiva. As medidas de aplicação de convenções que devam ser adotadas pelos Estados membros naqueles termos também se encontram subtraídas à apreciação de validade do TJ²¹⁶².

Relativamente às posições comuns, previstas na alínea a) do n.º 2 do ex-artigo 34.º, o TUE era omissivo quanto à possibilidade de serem objeto deste reenvio prejudicial especial. Ainda assim, a nossa doutrina²¹⁶³ inclina-se no sentido afirmativo, pugnando pela sua sujeição ao reenvio de interpretação e ao seu homólogo de apreciação de validade. Tal opção explica-se sobretudo pelo facto de a posição comum, definindo a abordagem da UE em relação a uma questão específica, poder revestir uma relevância jurídica decisiva, o que justifica a atuação

²¹⁶¹ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 88.

²¹⁶² Cfr. Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, cit., p. 109; Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro...*, cit., p. 894, nota de rodapé n.º 74.

²¹⁶³ Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, cit., p. 109; Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro...*, cit., pp. 895 e 896.

daquele mecanismo por um imperativo de tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares afetados por esse tipo de atos²¹⁶⁴.

Discutia-se ainda se o n.º 1 do ex-artigo 35.º limitava a competência prejudicial do TJ aos atos de direito derivado da UE adotados nos domínios do terceiro pilar ou se o mesmo também poderia interpretar as disposições do TUE, pelo menos as relativas ao seu ex-Título VI²¹⁶⁵. A questão perdeu interesse uma vez que a manutenção da vigência da referida norma tem em vista somente os atos adotados em desenvolvimento do referido Título, ou seja, o objeto de controlo são, não as normas do antigo Título VI do TUE, mas os atos de direito derivado enunciados na norma. Diremos apenas que para quem defendeu a existência de competência prejudicial interpretativa em relação às normas de direito primário, como foi o nosso caso, acresce o facto de a alínea a) do primeiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE ser bem elucidativa ao esclarecer que a competência prejudicial interpretativa do TJ, atualmente, abrange os "*Tratados*", pelo que hoje não se levantarão grandes dúvidas sobre a existência de competência prejudicial interpretativa das normas do antigo Título VI do TUE, se a mesma se afigurar pertinente a propósito da interpretação dos atos referidos no n.º 1 do seu ex-artigo 35.º.

²¹⁶⁴ O TUE era igualmente omissivo relativamente à aplicação do reenvio prejudicial aos atos normativos adotados antes da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão. Também aqui a nossa doutrina concluiu que tal não implicava que os mesmos estivessem excluídos do processo das questões prejudiciais. Com efeito, a superioridade hierárquica do TUE e a competência jurisdicional genérica conferida ao então TJCE pelo ex-artigo 46.º daquele Tratado apoiavam a interpretação de que o TJ também podia interpretar e apreciar a validade das ações e posições comuns adotadas ao abrigo do artigo K.3 do TUE que permanecessem relevantes no âmbito do antigo Título VI do TUE, bem como interpretar as convenções celebradas ao abrigo do Título VI tal como configurado antes da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão ainda que estas não contenham disposições relativas à competência prejudicial de interpretação do TJ. Neste sentido Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, cit., pp. 120 e 121; Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro...*, cit., p. 895. As disposições das convenções celebradas ao abrigo do ex-artigo K.3 do Tratado de Maastricht sobre a competência prejudicial interpretativa do TJ podem considerar-se revogadas por força do artigo 59.º da CVDT, que dispõe que a vigência de um acordo internacional cessa quando as mesmas partes concluem um novo convénio sobre os mesmos domínios se deste resultar que tal matéria deve ser regulada por ele. Neste sentido Lorenzo SALAZAR, *Il controverso ruolo della Corte de Giustizia nel "Terzo Pilastro": prime applicazioni dell'art. K.3 del Trattato sull'Unione Europea*, in Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini, Vol. II: Diritto dell'Unione Europea, Milão, 1998, p. 931.

²¹⁶⁵ Fazendo uma interpretação sistemática entre este preceito e o ex-artigo 46.º do TUE, atendendo à *ratio legis* deste último e particularmente à tutela jurisdicional efetiva, dever-se-ia considerar que do espírito do ex-artigo 35.º resultava a competência do TJ para interpretar pelo menos as disposições do Título VI do TUE. Neste sentido Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro...*, cit., p. 895; Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, cit., p. 119; Alejandro VALLE GÁLVEZ, *La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar e Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, in RDCE, 1998 (Ano 2; n.º 3), p. 68. Posição oposta era a defendida por Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 200; J. J. ALMEIDA LOPES, *op. cit.*, p. 425; Luis Norberto GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.*, pp. 532 e 536. Para estes autores, a competência prejudicial do TJ só podia incidir sobre os atos de direito derivado e sobre as convenções internacionais, mas não sobre as normas do Título VI do TUE, ou seja, excluía-se o direito primário relativo ao antigo terceiro pilar. Conceção intermédia era a defendida Volker RÖBEN, *op. cit.*, p. 3, que entendia que o TJ tinha competência prejudicial para interpretar as normas do Título VI do TUE mas apenas a título incidental e não já a título principal, ou seja, somente quando tal problema se levantasse em sede de fiscalização do direito secundário da UE adotado com base no Título VI.

6.2. O caráter não imperativo da competência prejudicial

O n.º 2 do ex-artigo 35.º do TUE determinava que a aceitação da competência prejudicial do TJ era facultativa²¹⁶⁶. Tal competência encontrava-se portanto subordinada à contingência de uma declaração prévia pelos Estados membros que pretendiam conferir aos tribunais nacionais a faculdade de suscitarem ao TJ questões prejudiciais nos termos do n.º 1, aspeto onde se denotava um forte abrandamento da tutela jurisdicional efetiva.

Os Estados membros que não tivessem feito tal declaração no momento da assinatura do Tratado de Amesterdão podiam fazê-lo posteriormente a todo o tempo; no atual quadro, em homenagem à tutela jurisdicional efetiva, faz sentido que o possam fazer enquanto vigorar o regime transitório²¹⁶⁷.

Uma questão que a doutrina levanta, dada a omissão do TUE, é a de saber se os Estados membros podem revogar a declaração de aceitação da competência prejudicial do TJ.

Nuno PIÇARRA entende que estando o ex-Título VI do TUE enquadrado num contexto predominantemente intergovernamental e tendo também em consideração o caráter facultativo do reenvio prejudicial especial, nada obstará a que os Estados possam revogar tal declaração. No entanto, o autor não deixa de reconhecer que tal pode implicar um retrocesso em matéria de proteção jurisdicional efetiva dos particulares²¹⁶⁸.

Precisamente por um imperativo de tutela jurisdicional efetiva aderimos à posição de Constança URBANO DE SOUSA²¹⁶⁹, segundo a qual a competência prejudicial facultativa traduz uma solução de compromisso entre a necessidade de garantir aos particulares uma tutela jurisdicional efetiva, bem como a uniformidade da interpretação e aplicação uniformes do direito da UE emergente do ex-Terceiro Pilar e o respeito da soberania nacional, não sujeitando os Estados a uma jurisdição obrigatória. Todavia, apenas num primeiro momento é que os Estados membros têm liberdade para aceitar ou não essa jurisdição. A partir do momento em que estes decidem, mediante declaração expressa nesse sentido, admitir tal competência prejudicial, a

²¹⁶⁶ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 600. Levantando o problema de este caráter facultativo de jurisdição ser violador do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade vide Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., pp. 200 e 201. Esta autora, nas páginas 202 e 203, levanta o problema de saber se o caráter facultativo da jurisdição do TJ no terceiro pilar não seria o embrião da internacionalização do referido órgão.

²¹⁶⁷ Independentemente de terem aceitado a competência prejudicial do TJ, o n.º 4 do ex-artigo 35.º do TUE conferia a todos os Estados membros o direito de apresentarem alegações ou observações escritas perante o referido Tribunal sobre a forma ou o sentido da resolução de qualquer questão prejudicial. Tal, para que o TJ pudesse conhecer as posições defendidas por todos os potenciais interessados sempre que fosse chamado a pronunciar-se sobre uma questão de validade ou de interpretação de um ato do Conselho.

²¹⁶⁸ Cfr. *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo...*, cit., pp. 110 e 111.

²¹⁶⁹ Cfr. *O "novo" terceiro...*, cit., pp. 897 e 898. No mesmo sentido, Volker RÖBEN, *op. cit.*, p. 3; Claude BLUMANN, *Aspects institutionnels*, in *Le Traité d'Amsterdam*, in *RTDE*, 1997 (Extrato n.º 4), Paris, 1998, p. 39, nota de rodapé n.º 72.

mesma torna-se imperativa e aquela declaração irrevogável²¹⁷⁰. A possibilidade de revogação desta declaração seria incompatível com o objetivo afirmado pelos Estados membros, aquando da assinatura e ratificação do Tratado de Amesterdão, de desenvolver a União enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça, bem como com o princípio da tutela jurisdicional efetiva dos particulares subjacente à conceção de Estado de direito em que a UE assenta como resulta do artigo 2.º do TUE. Por outro lado, a possibilidade de os Estados membros se furtarem superveniente e erraticamente a uma jurisdição primeiramente assumida, implicaria um retrocesso do processo de integração, contrário à obrigação de respeito pelo acervo da UE e incompatível com a natureza para-comunitária e com o caráter evolutivo da ação da União desenvolvida no antigo Terceiro Pilar²¹⁷¹.

Nesta medida, a eliminação do ex-artigo 35.º do TUE e a decorrente imperatividade da competência prejudicial do TJ nos domínios da CPJMP, agora "comunitarizados", representa um reforço na tutela jurisdicional efetiva na UE²¹⁷².

6.3. Âmbito subjetivo do reenvio

Enfim, de acordo com o n.º 3 do ex-artigo 35.º do TUE era obrigatório especificar na declaração de aceitação da competência prejudicial do TJ, se todos os órgãos jurisdicionais nacionais ou se somente aqueles de cujas decisões não cabe recurso²¹⁷³ podiam submeter questões prejudiciais nos termos do n.º 1 do mesmo artigo, suscitadas em processo pendente e necessárias ao julgamento da causa²¹⁷⁴.

Independentemente do sentido dessa declaração, em circunstância alguma um tribunal nacional teria a obrigação de submeter ao TJ questões de interpretação ou de validade do direito da União relativo às matérias do ex-Título VI do TUE. Neste sentido aponta inequivocamente a letra da alínea b) do n.º 2 do ex-artigo 35.º do TUE ao referir "*pode pedir*", pelo que todas as questões prejudiciais que aqui surjam revestem caráter facultativo. Também aqui se vislumbra

²¹⁷⁰ Também parece ser esta a posição de J. J. ALMEIDA LOPES, *op. cit.*, p. 410, ao referir que a competência para o TJ decidir a título prejudicial "*não é uma competência compulsória, mas quase compulsória*".

²¹⁷¹ A possibilidade que vislumbramos de um Estado membro mudar a posição que inicialmente assumiu verifica-se em relação às duas modalidades da competência prejudicial do TJ referidas nas alíneas a) e b) do n.º 3 do ex-artigo 35.º do TUE. Nada obsta a que um Estado que num primeiro momento tenha optado pela primeira altere a sua declaração no sentido da segunda ou vice-versa.

²¹⁷² Cfr. José Narciso da CUNHA RODRIGUES e António José ROBALO CORDEIRO, em comentário ao artigo 19.º do TUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 99.

²¹⁷³ Tal, novamente, de acordo com a já referida *teoria do litígio concreto*.

²¹⁷⁴ Um panorama geral baseado numa comunicação do TJ sobre o sentido em que alguns Estados membros fizeram essa declaração pode ser visto em Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza..., cit.*, p. 200, nota de rodapé n.º 448.

um afrouxamento à prossecução da tutela jurisdicional efetiva, pois esta seria melhor assegurada através da existência de questões prejudiciais obrigatórias²¹⁷⁵. Nessa medida, os Estados membros não se sujeitam às consequências decorrentes da violação do dever de reenvio.

Ao caráter facultativo destas questões prejudiciais há, no entanto, que abrir a válvula de escape que resulta da jurisprudência FOTO-FROST, da qual resulta a falta de competência das jurisdições nacionais para declarar a invalidade dos atos das instituições europeias. Ou seja, o juiz nacional que se depare com dúvidas sobre a validade de uma norma de direito da União deve colocar a questão prejudicial ao TJ e não desaplicar a norma, ainda que da sua decisão caiba recurso. Na verdade, não vislumbramos razões para que o princípio da interpretação uniforme do direito da UE, bem como a competência exclusiva do TJ para declarar a invalidade das normas europeias, sofram aqui desvios²¹⁷⁶. Curiosamente e com alguma ironia, acaba por ser através de uma jurisprudência que acima tivemos oportunidade de criticar, dado impor a exclusividade da jurisdição do TJ para a declaração da invalidade de disposições europeias e nessa medida afrouxando a tutela jurisdicional efetiva, que esta, neste particular, acaba por ser melhor prosseguida.

²¹⁷⁵ Ainda assim a *Declaração anexa ao Tratado de Amesterdão relativa ao artigo 35.º do TUE* prevê a possibilidade de os Estados membros preverem nos seus ordenamentos internos a necessidade de reenvio por parte dos tribunais nacionais que apreciem litígios sem que as suas decisões admitam recurso ordinário previsto no respetivo direito interno.

²¹⁷⁶ Assim também Constança URBANO DE SOUSA, *O "novo" terceiro...*, cit., pp. 896 e 897, nota de rodapé n.º 80; J. J. ALMEIDA LOPES, *op. cit.*, pp. 410 e 411; Volker RÖBEN, *op. cit.*, pp. 4 e 5. Contra Anthony ARNULL, *Taming...*, cit., p. 119.

Capítulo IV

A tutela jurisdicional efetiva no instrumento contencioso de apuramento da responsabilidade extracontratual da União Europeia

1. Razão de ordem

A tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia, sobretudo de direitos subjetivos e interesses legítimos conferidos por esta, também reclama vias processuais que assegurem aos potenciais lesados (particulares e Estados membros) o ressarcimento pelos prejuízos sofridos em consequência de comportamentos ilícitos das instituições, órgãos e organismos da União, bem como dos respetivos agentes e funcionários no exercício de funções. Na verdade, estando a UE dotada de parcelas de poderes soberanos outrora pertencentes aos Estados membros e que estes lhe transferiram ao aderirem a ela, os quais foram incrementados à medida do aprofundamento do processo europeu de integração, pode a mesma, através de atuações de quem a represente, assumir comportamentos lesivos dos direitos de outrem, o que determina que sobre a União incida o dever de reparar os efeitos decorrentes das suas condutas ilegais²¹⁷⁷.

Nessa medida, em matéria de responsabilidade civil extracontratual da União por danos causados pelas instituições, órgãos ou organismos europeus, ou pelos seus agentes, o artigo 268.º do TFUE (ex-artigo 235.º do TCE e ex-ex-artigo 178.º do TCEE) atribui competência ao TJUE para dirimir os litígios surgidos naquele domínio e remete para o segundo parágrafo do artigo 340.º do mesmo Tratado (ex-artigo 288.º do TCE e ex-ex-artigo 215.º do TCEE), que determina a aplicação dos "*princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros*"²¹⁷⁸. Por força da remissão igualmente constante daquela disposição para o terceiro parágrafo desta, tal critério é

²¹⁷⁷ Vide Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 449 e 450, que levanta o problema de a UE também incorrer em responsabilidade internacional, ainda que não prevista nos Tratados europeus, por violações ao direito internacional *causadoras* de danos a outros sujeitos de direito internacional. Ver também Giorgio GAJA, *Some Reflections on the European Community's International Responsibility*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (eds.), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, p. 351.

²¹⁷⁸ Cfr. Bruno du BAN, *Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté*, in *CDE*, 1977 (n.º 4), p. 397; Jürgen SCHWARZE, *The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights*, in *CMLR*, 1986 (Vol. 23; n.º 2), p. 401.

extensível ao mesmo tipo de responsabilidade que incida sobre o BCE, por danos causados por si ou pelos seus agentes no exercício funcional.

Vimos que o TJ e o TG têm feito uma interpretação alargada do referido segundo parágrafo do artigo 340.º, especialmente do segmento transcrito, aplicando-o com um carácter geral e não restrito aos domínios da responsabilidade civil aquiliana, destacando-se, nomeadamente, a sua aplicação à matéria da proteção dos direitos fundamentais pela UE a título de princípios gerais de direito comuns aos Estados membros. Não obstante, os "*princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros*" também se afiguram como parâmetro normativo de apreciação da matéria da responsabilidade civil extracontratual da UE e do BCE, nesta sede aliás por maioria de razão dada a inserção sistemática da norma em apreço.

Tratando-se do domínio da responsabilidade civil e sem embargo da cogitação da hipótese de a UE também poder responder por facto lícito, avulta a ideia de *ilicitude*, a qual traduz-se em comportamentos contrários à legalidade ou juridicidade europeia, isto é, condutas jurídicas ou materiais violadoras do direito da União, consubstanciadas no incumprimento de deveres impostos por este ou na adoção de condutas proibidas por ele. Imprescindível ainda é que tais situações sejam geradoras de *danos* para outrem. Com efeito, a prática de atos ilícitos, violadores de direitos e interesses alheios (sobretudo dos particulares, mas também dos Estados membros) e dos quais resultem prejuízos para os titulares dos direitos e interesses violados, da autoria das instituições europeias ou dos seus agentes no exercício de funções, obriga a União a indemnizar os lesados. Em suma, qualquer ente jurídico que sofra prejuízos em virtude da adoção ou aplicação de um ato ilegal ou de um comportamento ilícito imputável à UE pode arrogar-se, em consequência, no direito à reparação dos prejuízos sofridos.

Também nesta matéria as jurisdições integradas no TJUE e repartidas sobretudo entre TJ e TG caracterizam-se por ser *plenas*, sendo competentes para apreciar e decidirem ações que normalmente assumem natureza declarativa de condenação²¹⁷⁹. Tais ações, visando efetivar o direito ao ressarcimento pelo sofrimento de prejuízos, prosseguem, na síntese feliz de Jónatas MACHADO, "*o direito fundamental à protecção jurisdicional efetiva através de sanções e remédios adequados*", o qual "*é um princípio geral do direito da UE, decorrendo das tradições constitucionais dos Estados-membros, dos artigos 6.º e 13.º da CEDH e dos artigos 47.º a 50.º da CDFUE*"²¹⁸⁰.

²¹⁷⁹ No entanto, a instituição jurisdicional da UE admite que a ação de indemnização possa ser de simples declaração da responsabilidade da UE.

²¹⁸⁰ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 448.

2. Tutela jurisdicional efetiva e ação de indemnização

2.1. Noção e âmbito positivo da ação

A via processual idónea para a determinação da existência e da medida da responsabilidade civil extracontratual²¹⁸¹ da UE consiste na *ação de indemnização*, que se trata de um instrumento contencioso de finalidade declarativa através do qual o demandante pretende obter do competente órgão integrante do TJUE uma decisão judicial condenatória da União no pagamento de uma indemnização por danos causados aquele e que a esta são imputáveis²¹⁸².

O comportamento ilícito e danoso normalmente traduz-se na adoção de atos jurídicos europeus ilegais²¹⁸³, os quais podem ser de alcance geral (normativos, principalmente regulamentos legislativos ou de base e administrativos ou de execução) ou de cariz individual (medidas de aplicação daqueles ou dos próprios Tratados, *maxime* decisões). No primeiro caso poder-se-á estabelecer uma relação entre a ação de indemnização e a exceção de ilegalidade, ou entre aquela e o recurso de anulação ou ainda entre as ações de indemnização e por omissão; no segundo, a possibilidade de demandar a UE no âmbito da ação de indemnização resulta do **princípio geral da autonomia das vias contenciosas no âmbito do direito da União**, segundo o qual cada instrumento do contencioso europeu *stricto sensu* depende apenas das condições que lhe são próprias e previstas nos Tratados²¹⁸⁴. Por outro lado e apesar de não ser frequente, tal comportamento nem sempre se traduz na prática de atos jurídicos, podendo consistir em atuações materiais lesivas; imagine-se, por exemplo, um titular de um cargo numa instituição europeia que em serviço provoca um acidente de viação²¹⁸⁵.

Referindo-se, por vezes, à ação de indemnização como se a mesma se tratasse de um recurso, o que também permite comprovar a ilação já extraída relativamente à irrelevância da distinção entre ações e recursos no tradicional contencioso da União, pelo TJ foi esclarecido que

²¹⁸¹ Com efeito, o apuramento da responsabilidade emergente do incumprimento de contratos nos quais a UE seja parte apenas se insere na esfera de atuação do TJUE se dos respetivos acordos constar uma cláusula compromissória atributiva de competência à referida instituição jurisdicional. Cfr. Ton HEUKELS, *The Contractual Liability of the European Community Revisited*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL, *op. cit.*, p. 101.

²¹⁸² No acórdão HOLTZ & WILLEMSSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 2 de julho de 1974, proc. 153/73, Rec. 1974, pp. 675 e ss, n.º 5, pode ler-se que "*cette action vise seulement à la reconnaissance d'un droit à réparation et, par conséquent, à une prestation destinée à produire ses effets uniquement à l'égard de la requérante*".

²¹⁸³ Cfr. Marc H. van der WOUDE, *Liability for Administrative Acts under Article 215(2) EC*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL, *op. cit.*, p. 109.

²¹⁸⁴ Cfr. acórdão ALFONS LÜTTICKE vs. COMISSÃO (LÜTTICKE IV), de 28 de abril de 1971, proc. 4/69, Rec. 1971, pp. 325 e ss, n.º 6; e os já citados arestos HOLTZ & WILLEMSSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, n.º 3; e o do TPI, proferido no caso HOLCIM vs. COMISSÃO, n.º 50.

²¹⁸⁵ Cfr. Henry G. SCHERMERS e Christof R. A. SWAAK, *Official Acts of Community Servants and Article 215(4) EC*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL, *op. cit.*, p. 169.

ela "não faz parte do sistema de fiscalização da validade dos actos comunitários que produzem efeitos jurídicos obrigatórios susceptíveis de afectar os interesses do recorrente, mas está disponível quando uma parte sofreu um prejuízo devido a um comportamento ilegal de uma instituição"²¹⁸⁶. Desta forma, a referida ação visa prosseguir, sobretudo, a tutela jurisdicional efetiva de pretensões de natureza subjetiva dos potenciais lesados e não tanto da objetiva legalidade europeia²¹⁸⁷, sem prejuízo de a causa de pedir da mesma residir numa conduta (jurídica ou material) ilegal²¹⁸⁸. Na verdade, a responsabilidade da União (e do BCE) que nesta sede se visa apurar é, sobretudo, de natureza extracontratual (ou aquiliana ou ainda delitual), resultante da prática de atos jurídicos ou materiais ilícitos, porque violadores de direitos ou interesses juridicamente protegidos, culposos e causadores de danos a outrem.

2.2. Âmbito negativo da ação

Como sucede em relação a qualquer sujeito de direito, a outra subespécie de responsabilidade civil em que a UE pode incorrer é a responsabilidade contratual, na qual o facto ilícito e gerador dos danos advém do incumprimento de relações jurídicas obrigacionais, ou assentes em direitos de crédito, emergentes de acordos celebrados pela UE ou por conta dela. Com efeito, enquanto organização internacional dotada de personalidade jurídica a UE pode, através das suas instituições, dos seus órgãos ou organismos, celebrar com os mais diversos entes variadíssimos contratos, tanto de direito público como de direito privado²¹⁸⁹. Ora, a UE poderá surgir como alegada incumpridora destes acordos ou/e como lesada em virtude de incumprimentos que impute às contrapartes com quem contratou. De outra banda, podem suscitar-se questões relativas à interpretação, validade ou execução dos referidos acordos.

A responsabilidade emergente da celebração de negócios jurídicos surge referida no primeiro parágrafo do artigo 340.º do TFUE, o qual assume-se como *norma de conflitos*²¹⁹⁰ ao remeter a determinação daquela fonte de obrigações para a lei nacional aplicável ao contrato

²¹⁸⁶ Cfr. acórdão REYNOLDS TOBACCO vs. COMISSÃO, já citado, n.º 83.

²¹⁸⁷ Assim Alexander THIELE, *op. cit.*, p. 154. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, pp. 447 e 448, que coloca o assento tónico do presente instrumento tanto no dever jurídico de não causar danos a outrem (*alterum non laedere*) como no "objectivo de garantir a legalidade comunitária".

²¹⁸⁸ Vide Maria Luísa DUARTE, que fala na "«instrumentalização» da acção de indemnização, assim condicionada por imperativos alheios ao objectivo fundamental da reposição da legalidade comunitária". Cfr. *A acção de indemnização por responsabilidade extracontratual da Comunidade Económica Europeia. Âmbito, natureza e condições de acesso dos particulares*, in ROA, 1993 (Ano 53; Vol. I; abril), p. 89

²¹⁸⁹ Pense-se, por exemplo, em contratos de empréstimo, de fornecimento de bens ou serviços, de compra e venda de móveis ou imóveis, de empreitada de obras públicas, etc.

²¹⁹⁰ Cfr. Ton HEUKELS, *op. cit.*, p. 94; Luís MENEZES LEITÃO, em comentário ao artigo 340.º do TFUE, in Manuel LOPES PORTO e Gonçalo ANASTÁCIO, *op. cit.*, p. 1188.

litigioso; nessa medida e em regra, também compete aos órgãos jurisdicionais nacionais o apuramento deste tipo de responsabilidade. Quer dizer, como a responsabilidade emergente do incumprimento contratual é regulada pelo direito nacional de antemão aplicável ao contrato litigioso, inerentemente é nos tribunais nacionais dos Estados (membros ou terceiros) cujo ordenamento já rege o acordo - em termos de interpretação das respetivas cláusulas, apreciação da validade, termos da execução e existência de incumprimento - que aquela é efetivada.

Tanto assim que o artigo 268.º do TFUE remete apenas para o segundo e terceiro (e não já para o primeiro) parágrafos do artigo 340.º, o que *per si* indicia a falta de competência das jurisdições do TJUE para as ações onde se discuta a responsabilidade contratual. Efetivamente, só a título muito residual é que o TJ e o TG terão competência para a apreciação de ações de responsabilidade civil emergente de contratos celebrados pela União uma vez que quase sempre a apreciação das mesmas recai na esfera competencial dos tribunais nacionais²¹⁹¹.

Contudo, conjugando o primeiro parágrafo do artigo 340.º com o artigo 272.º do TFUE (ex-artigo 238.º do TCE e ex-ex-artigo 181.º do TFUE), não será de excluir a existência de *cláusulas compromissórias*, constantes de contratos celebrados pela UE ou por sua conta, atributivas de competência às jurisdições integradas no TJUE para a apreciação da responsabilidade civil decorrente do incumprimento dos mesmos. Tal determinará que os respetivos órgãos sejam competentes para apreciar os litígios emergentes desses contratos em termos que se assemelham à atuação dos tribunais arbitrais²¹⁹². Ao contrário do que sucede com o apuramento da responsabilidade extracontratual, a sua homóloga contratual não se trata, portanto, de uma competência obrigatória ou imperativa dos órgãos em que se reparte a instituição jurisdicional da UE.

Refira-se ainda que na eventualidade de tal cláusula existir é possível configurar-se **o raro cenário de os particulares serem demandados nos tribunais que integram o TJUE**. Na verdade, apesar de o primeiro parágrafo do artigo 340.º do TFUE focar apenas a possibilidade de a UE surgir como demandada no âmbito da respetiva ação, não será de excluir a possibilidade de ela aparecer também como a demandante na medida em que o incumprimento seja imputável ao outro outorgante do contrato litigioso.

²¹⁹¹ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito*, II Vol, *cit.*, p. 669; Ton HEUKELS, *op. cit.*, p. 97; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 459.

²¹⁹² Cfr. Ton HEUKELS, *op. cit.*, p. 101.

2.3. Os possíveis demandados

Com a ação de indemnização prevista no segundo e no terceiro parágrafos do artigo 340.º do TFUE o demandante visa efetivar a responsabilidade civil extracontratual da União pelos prejuízos que sofreu em consequência de comportamentos ilícitos das instituições europeias - sem embargo da autonomização que o BCE merece - ou dos seus agentes aquando do exercício das suas funções.

Não obstante a ação deva ser instaurada contra a UE²¹⁹³, esta é representada pela instituição (ou instituições) a quem o facto gerador dos danos é imputado²¹⁹⁴, sendo esta(s) que figurará(ão) no processo como demandada(s)²¹⁹⁵. Destacam-se neste leque a Comissão, o Conselho e o PE, com particular relevo para a primeira uma vez que as suas amplas competências normativas, executivas e de guardiã dos Tratados fazem com que boa parte das condutas potencialmente lesivas sejam da sua autoria. Do segundo parágrafo do artigo 340.º do TFUE também se extrai a possibilidade de a conduta lesiva ser da autoria dos órgãos jurisdicionais em que se reparte o TJUE²¹⁹⁶.

A exclusão (ou melhor, a emancipação) do BCE do leque de instituições abrangidas pelo referido segundo parágrafo e consequente derrogação deste pelo terceiro parágrafo da aludida disposição, deve-se ao facto de o mesmo surgir como o único ente que, apesar de pertencer ao quadro institucional da UE (*vide* n.º 1 do artigo 13.º do TUE), reúne os requisitos necessários para beneficiar de autonomização no âmbito deste tipo de ações.

Na verdade e apesar de se encontrar sujeito às normas do direito da União, ou não se tratasse de uma instituição europeia, o BCE goza, nos termos do artigo 133.º do TFUE (ex-artigo 108.º do TCE), de uma independência funcional e institucional²¹⁹⁷ impar que se traduz, desde logo, no facto de dispor de recursos distintos dos que provêm do orçamento da União, os quais são oriundos, nos termos dos artigos 28.º a 30.º dos Estatutos do SEBC, exclusivamente das subscrições dos bancos centrais nacionais, bem como dos proveitos monetários obtidos no âmbito das operações realizadas por si ou pelos bancos centrais nacionais e repartidos em conformidade com os artigos 32.º e 33.º dos mesmos Estatutos. Por outro lado, usufruindo de personalidade jurídica e de orçamento próprio, ao BCE também são reconhecidos os

²¹⁹³ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União...*, cit., p. 285; Afonso Nunes de FIGUEIREDO PATRÃO, *Responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia*, Coimbra, 2008, pp. 97 e 98.

²¹⁹⁴ Cfr. o já citado acórdão WERHAHN vs. CONSELHO, n.º 7. Tal decorre de uma interpretação extensiva da parte final do renovado artigo 335.º do TFUE (ex-artigo 282.º do TCE e ex-ex-artigo 211.º do TCEE).

²¹⁹⁵ Já nas ações de responsabilidade contratual que os tribunais nacionais sejam chamados a conhecer a UE será representada pela Comissão.

²¹⁹⁶ Assim Sephan HOBÉ, *Europarecht*, 4.ª Ed, Munique, 2009, p. 118.

²¹⁹⁷ Cfr. AA. VV, *Organizações...*, cit., p. 32; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O sistema...*, cit., p. 84.

pressupostos processuais inerentes à possibilidade de ser demandado neste tipo de ações, a saber personalidade e capacidade judiciárias, e legitimidade processual. Nesta medida, sendo o BCE, ou algum dos seus agentes no exercício das inerentes funções, o alegado autor dos prejuízos, será contra ele, e não já contra a UE, que a ação de indemnização deve ser instaurada.

Por outro lado, muito embora o segundo parágrafo do artigo 340.º do TFUE refira "apenas" as instituições e os seus agentes no exercício das respetivas funções, justifica-se inteiramente, em observância ao espírito do sistema do direito primário alcançado desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, uma interpretação extensiva de forma a permitir contemplar, também, as situações em que os danos são causados por órgãos e organismos da UE²¹⁹⁸ bem como pelos seus agentes no exercício das suas funções. Assim o exige a tutela jurisdicional efetiva.

2.4. Alguns aspetos relativos aos pressupostos processuais

2.4.1. Legitimidade processual ativa

Visto o aspeto da legitimidade passiva, importa referir que a legitimidade ativa encontra-se atribuída sobretudo aos particulares (indivíduos ou empresas), mas também aos Estados membros²¹⁹⁹, na medida em que são eles os potenciais lesados dos prejuízos causados em consequência de um comportamento ilícito de uma instituição, órgão ou organismo da UE, ou de um agente seu agindo no exercício funcional.

Também este aspeto ilustra que a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos que decorrem da ordem jurídica europeia não se afigura apanágio dos particulares, sendo um atributo igualmente dos Estados membros no quadro das relações que estabelecem com a União. Com efeito, no âmbito da legitimidade para a instauração de ações de indemnização particulares e Estados membros são tratados num plano rigorosamente paritário em termos de poderem demandar a União (ou o BCE). Assim o exige a natureza da UE enquanto organização internacional baseada numa associação supranacional de Estados.

²¹⁹⁸ Também parece ser esta a posição de Jónatas MACHADO, *Direito da União..., cit.*, p. 454.

²¹⁹⁹ Assim Georges VANDERSANDEN e Ami BARAV, *op. cit.*, p. 344; João MOTA DE CAMPOS, *Direito..., II Vol, cit.*, p. 671; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 373; Afonso Nunes de FIGUEIREDO PATRÃO, *op. cit.*, pp. 93. Contrária a esta parece ser a posição de Jónatas MACHADO, *Direito da União..., cit.*, p. 456, referindo apenas a possibilidade de a ação ser instaurada por particulares.

2.4.2. Tribunal competente

Decorre do artigo 268.º do TFUE que as jurisdições habilitadas a apreciar estas ações são as da União em sentido estrito ou orgânico, ou seja, as jurisdições compostas pelos órgãos que integram o TJUE. Porém, a concretização do pressuposto processual relativo à competência do tribunal não deixará de se repartir entre TJ e TG consoante o lesado e autor (ou demandante) se insira, respetivamente, na categoria dos Estados membros ou no grupo dos particulares²²⁰⁰.

2.5. Condições positivas de procedência da ação

Pecando pela assunção de um carácter demasiado vago e indeterminado, o segundo (e o terceiro) parágrafo(s) do artigo 340.º do TFUE determina(m) que a UE (e o BCE) deve(m) indemnizar "*...de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros*". Também nesta matéria o ativismo judicial do TJ tem levado a cabo um esforço considerável de concretização do âmbito normativo e do programa normativo da(s) referida(s) norma(s).

Antes de mais, por aqueles princípios deve entender-se, na esteira de FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, os "*princípios do direito geral da responsabilidade civil*" transversais aos diversos Estados membros, o que abrange os princípios jurídicos da responsabilidade delitual públicos e privados^{2201/2202}.

Não se exige que tais princípios sejam comuns a todos os Estados membros, pois a norma não é preenchida pela ideia de *mínimo denominador comum* nem de *standard mínimo de tutela*²²⁰³; de igual forma, o regime da responsabilidade delitual da UE dificilmente poderá ser decalcado com base num único direito nacional de um Estado membro²²⁰⁴; basta portanto que o

²²⁰⁰ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 672; Francette FINES, *A General Analytical Perspective on Community Liability*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL, *op. cit.*, p. 15.

²²⁰¹ Cfr. *Contencioso Comunitário*, *cit.*, p. 234; *Contencioso da União...*, *cit.*, p. 281. Na síntese dos autores, "*o Tratado não tomou como modelo nenhum dos concretos modelos nacionais de responsabilidade, tendo preferido a síntese desses diferentes Direitos nacionais*"; em sentido idêntico, invocando o "*princípio da pluralidade de fundamentos*", ver João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 691. Há, todavia, quem entenda que apenas relevam os princípios que regem a responsabilidade extracontratual do Estado ou pública; é o caso de Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, *cit.*, p. 224; e Trevor C. HARTLEY, *The Foundations...*, *cit.*, p. 452.

²²⁰² Incluindo os não fundadores, ou seja, os que aderiram às Comunidades e à União Europeias nos sucessivos alargamentos; por outro lado, excluem-se de ante mão princípios sobre a matéria que vigorem em países terceiros.

²²⁰³ Vide Maria Luísa DUARTE, *A acção de indemnização...*, *cit.*, p. 88.

²²⁰⁴ Porém, há quem opte por uma metodologia que preconiza uma apreciação crítica das disposições vigentes nos vários Estados membros e uma valoração de resultados que conduzem a regimes distintos, optando pelas soluções que assegurem o melhor sistema. Este método permite que o sistema da responsabilidade extracontratual da UE possa ser extraído de apenas um sistema nacional contando que o mesmo se revele o mais eficiente, o que se coaduna melhor com a tutela jurisdicional efetiva das pretensões subjetivas dos lesados. Assim MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil extracontratual das Comunidades Económicas Europeias*, in BFDUC (n.º especial), Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, Vol. I, 1986, Coimbra, p. 855.

princípio seja *geralmente* reconhecido e que, não obstante se verifiquem diferenças, os direitos internos dos Estados membros revelem a existência de critérios comuns²²⁰⁵.

Para tal é imprescindível, como acrescenta Jónatas MACHADO²²⁰⁶, proceder-se a uma análise comparativa e valorativa dos vários ordenamentos jurídicos internos, devendo tais princípios ser acolhidos pela esfera da UE na sua generalidade e não em todas as dimensões concretizadoras que os mesmos possam comportar no âmbito nacional. Por outro lado, como dissertou Afonso Nunes de FIGUEIREDO PATRÃO²²⁰⁷ tais princípios não são estanques nem estáticos, assumindo caráter dinâmico e evolutivo, devendo determinar-se ao tempo da ação de indemnização.

Também convirá lembrar que os comportamentos que nesta sede são analisados, quase sempre, prendem-se com a atuação normativa da UE (ou do BCE) uma vez que esta praticamente não exerce atividade material²²⁰⁸.

Subjacente aos referidos princípios e segundo o TJ, são essencialmente três os pressupostos dos quais depende a responsabilidade extracontratual da UE (e do BCE), logo do direito subjetivo dos lesados à reparação pelos prejuízos sofridos: a *ilicitude*, o *dano* e o *nexo de causalidade*²²⁰⁹. No dizer do referido órgão, "*só existe responsabilidade extracontratual da Comunidade [hoje dir-se-á da União] se estiver reunido um conjunto de condições no que respeita à ilegalidade do comportamento censurado à instituição comunitária, à realidade do dano e à existência de um nexo de causalidade entre o comportamento ilegal e o prejuízo invocado*"²²¹⁰. Apesar de não surgir tão destacado como aqueles três, já que não tem sido apresentado como uma categoria analítica autónoma, acresce ainda um quarto elemento: a *culpa*.

²²⁰⁵ Assim Werner LORENZ, *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Community*, in *AJCL*, 1964 (Vol. 13), pp. 8 e 9.

²²⁰⁶ Cfr. *Direito da União...*, *cit.*, pp. 450 e 451.

²²⁰⁷ Cfr. *op. cit.*, pp. 38 e 39.

²²⁰⁸ Não obstante, já foram instauradas ações de indemnização contra a UE, ou pelo menos contra as Comunidades em que a mesma se fundava, baseadas em comportamentos materiais imputáveis a esta. Por exemplo, no acórdão GRIFONI *vs.* CEEA, de 27 de março de 1990, proc. C-308/87, Col. 1990, pp. I-1203 e ss, a causa da responsabilidade da Comissão prendeu-se com um acidente de trabalho sofrido pelo demandante quando efetuava obras de melhoramento em instalações da referida instituição devido ao incumprimento de normas de segurança imputável à mesma.

²²⁰⁹ Assim se extrai dos já citados acórdãos LÜTTICKE IV, n.º 10; HOLTZ & WILLEMSSEN *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, n.º 7; ZUCKERFABRIK BEDBURG e o. *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, n.º 17; POOL *vs.* CONSELHO, de 4 de março de 1980, proc. 49/79, Rec. 1980, pp. 569 e ss, n.º 7; OLEIFICI MEDITERRANEI *vs.* CEE, de 29 de setembro de 1982, proc. 26/81, Rec. 1982, pp. 3057 e ss, n.º 16; KYDEP *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 15 de setembro de 1994, proc. C-146/91, Col. 1994, pp. I-4223 e ss, n.º 19; GRIFONI *vs.* CEEA, de 27 de março de 1990, já citado, n.º 6.

²²¹⁰ Cfr. A. G. TOTH, *The Concepts of Damage and Causality as Elements of Non-Contractual Liability*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL, *op. cit.*, p. 179. Para além dos arestos jurisprudenciais referidos na nota de rodapé anterior *vide* também os acórdãos do TPI proferidos no caso EXPORTEURS IN LEVENDE VARKENS e o. *vs.* COMISSÃO, de 13 de dezembro de 1995, procs. apensos T-481/93 e T-484/93, Col. 1995, pp. II-2941 e ss, n.º 80; no pleito PANTOCHIM *vs.* COMISSÃO, já citado, n.º 48; e no caso BEAMGLOW *vs.* PE e o, de 14 de dezembro de 2005, proc. T-383/00, Col. 2005, pp. II-5465 e ss, n.º 79.

Subjacente aos quatro requisitos está, naturalmente, a adoção de um determinado *comportamento* que, podendo ser material, normalmente se traduz na adoção de um ato destinado à produção de efeitos jurídicos em relação a terceiros do qual emergem os danos.

Tal conjunto de elementos deve ser carreado para o processo logo aquando do arranque do mesmo, ou seja, na petição inicial. Com efeito, os órgãos jurisdicionais integrantes do TJUE já esclareceram que uma ação que vise a reparação de danos causados por uma instituição europeia deve conter logo na petição os "*elementos que permitam identificar o comportamento que o recorrente reprova à instituição, as razões pelas quais considera que existe um nexo de causalidade entre o comportamento e o prejuízo que pretende ter sofrido, bem como a natureza e a extensão deste prejuízo*"²²¹¹. Relativamente ao nexo de causalidade entre o comportamento ilícito e o prejuízo invocado, resulta da jurisprudência que tais elementos devem ser relatados com clareza e precisão, como aliás decorre em termos genéricos dos artigos 21.º do Estatuto do TJUE e das alíneas c) dos n.ºs 1 dos artigos 120.º do novo RPTJ e 44.º do RPTG, sob pena de a ação improceder²²¹².

Por outro lado, tratando-se de condições cumulativas²²¹³, concluindo o tribunal pela falha da primeira, relativa à ilegalidade da atuação da instituição europeia, está o mesmo dispensado de verificar se estão reunidos os restantes requisitos podendo desde logo julgar a ação improcedente²²¹⁴.

2.5.1. A atuação da União Europeia

Os comportamentos violadores da juridicidade europeia passíveis de despoletar o dever de indemnizar da União podem ser positivos, traduzidos em ações, ou negativos, vertidos em abstenções de agir²²¹⁵. Nesta última situação, há quem preconize que a recusa da Comissão em despoletar um processo por incumprimento contra um Estado membro poderá dar origem a uma ação de indemnização contra a UE desde que o particular demonstre que sofreu danos em

²²¹¹ Cfr. já citados acórdãos do TPI, casos ASIA MOTOR FRANCE III, n.º 107; e GUÉRIN III, n.º 21.

²²¹² Acórdãos do TPI proferidos nos casos ASIA MOTOR FRANCE III (n.º 110) e GUÉRIN III (n.º 24), ambos já mencionados.

²²¹³ Vide acórdão OLEIFICI MEDITERRANEI vs. CEE, n.º 17.

²²¹⁴ Acórdãos KYDEP vs. CONSELHO e COMISSÃO, pré-citado, n.ºs 80 e 81; LUCACCIONI vs. COMISSÃO, de 9 de setembro de 1999, proc. C-257/98 P, Col. 1999, pp. I-5251 e ss, n.º 14; acórdão do TPI, proferido no caso BEAMGLOW vs. PE e o, de 14 de dezembro, já citado, n.º 168.

²²¹⁵ Saliente-se (ou relembre-se) que as omissões das instituições, órgãos ou organismos europeus só são suscetíveis de gerar a responsabilidade da UE na medida em que aqueles entes tenham violado uma obrigação legal de agir resultante de uma disposição comunitária. Cfr. acórdão do TPI, caso DUBOIS ET FILS vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 29 de janeiro de 1998, proc. T-113/96, Col. 1998, pp. II-125 e ss, n.º 56.

consequência de tal omissão²²¹⁶. Não obstante a bondade desta posição relativamente à tutela jurisdicional efetiva, *maxime* das pretensões de natureza subjetiva dos particulares afetados, parece-nos que a mesma dificilmente se compatibiliza com o contexto de poderes discricionários de que goza a referida instituição no quadro das ações por incumprimento. Acresceria sempre a *probatio diabolica*, a recair sobre os particulares, de demonstração de que os prejuízos sofridos (pressupondo a sua prova) se deveram à falta de atuação da Comissão.

Os referidos comportamentos devem ser da autoria das instituições (sem prejuízo da autonomização que o BCE merece) ou dos órgãos ou organismos da União, bem como dos seus agentes desde que no exercício das respetivas funções²²¹⁷. Tais condutas podem ocorrer no exercício da função legislativa (v. g. pense-se num regulamento ou numa diretiva violadores dos Tratados e de cuja execução resultem prejuízos)²²¹⁸, no desempenho da função administrativa (tanto por atos individuais e concretos, como normativos, por exemplo atos regulamentares na aceção do quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE)²²¹⁹ ou simplesmente (apesar de pouco frequente) no âmbito de atuações materiais da UE.

Naturalmente, se os comportamentos relativos à aplicação ou execução do direito da União forem imputáveis às autoridades nacionais enquanto extensão da administração pública europeia (ou administração indireta da União), será contra os Estados membros (e não já contra a UE) e nos respetivos tribunais (e não nos que integram o TJUE), que a ação de indemnização deve ser instaurada²²²⁰. Nessa medida e tendo por escopo condutas dos Estados membros, pelo TJ foi esclarecido que "*o órgão jurisdicional comunitário não pode conhecer de uma acção de indemnização intentada contra uma instituição comunitária quando o acto na origem do prejuízo alegado foi cometido por um Estado de modo autónomo*"²²²¹. Para que a responsabilidade recaia sobre os Estados membros exige-se, porém, que os mesmos atuem no exercício da sua margem de apreciação, ou de discricionariedade, na execução do direito da UE.

Afigura-se, pois, necessário apurar claramente, entre a UE e os Estados membros, sobre quem recai a imputação da responsabilidade delitual uma vez que naquele domínio a efetivação

²²¹⁶ Assim Trevor C. HARTLEY, *The Foundations...*, cit., p. 321.

²²¹⁷ Quanto aos atos lesivos cometidos por agentes quando atuem no exercício de funções verifica-se uma transferência da responsabilidade destes para a UE, mas existe direito de regresso desta em relação àqueles como se extrai do último parágrafo do artigo 340.º do TFUE.

²²¹⁸ Cfr. Anthony ARNULL, *Liability for Legislative Acts under Article 215(2) EC*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL, *op. cit.*, p. 129; Sophie G. TISSOT, *La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission*, in *RTDE*, 2002 (n.º 1), pp. 91 e ss.

²²¹⁹ Cfr. Marc H. van der WOUDE, *op. cit.*, p. 109 e ss.

²²²⁰ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 683. No acórdão KROHN vs. COMISSÃO, de 26 de fevereiro de 1986, proc. 175/84, Col. 1986, pp. 763 e ss, n.º 18, pode ler-se que "*os danos causados pelas instituições nacionais apenas são susceptíveis de pôr em jogo a responsabilidade dessas instituições e os tribunais nacionais são os únicos competentes para assegurar a sua reparação*". Em sentido idêntico vide acórdão OLEIFICIO BORELLI, já citado, n.º 20.

²²²¹ Acórdão ÉTOILE COMMERCIALE e CNTA vs. COMISSÃO, de 7 de julho de 1987, procs. apensos 89/86 e 91/86, Col. 1987, pp. 3005 e ss, n.ºs 18 a 20.

da tutela jurisdicional passa por essa clarificação²²²². Basta ter presente que uma errada imputação da responsabilidade implicará, entre outros aspetos, a improcedência da ação ou até a incompetência do tribunal, uma vez que o órgão jurisdicional materialmente competente para apreciar estes tipos de ações varia: tribunais nacionais para as movidas contra os Estados membros; TJ e TG nas instauradas contra a UE (ou contra o BCE)²²²³.

Não será de excluir, portanto, que determinados atos lesivos embora praticados por órgãos dos Estados membros que agiram em execução de normas europeias sejam, afinal, imputáveis à União²²²⁴. Assim ocorre quando a autoridade europeia, normalmente a Comissão, num quadro de cooperação com os órgãos nacionais encarregues de aplicar ou executar o direito da UE, goza do privilégio de impor àqueles o sentido das solicitações que os mesmos lhes dirigiram. Se a referida autoridade exercer tal prerrogativa e os órgãos nacionais agirem em conformidade, será sobre a União que recairá a responsabilidade inerente²²²⁵.

Também é verdade, porém, que, em regra, as autoridades nacionais gozam de total autonomia para executar o direito da UE, pelo que o cenário atrás enunciado não ocorre com frequência; neste caso, já será contra os Estados membros e nos tribunais nacionais que as ações de indemnização devem ser instauradas.

No entanto, nenhuma responsabilidade deverá ser assacada aos Estados membros pela correta e regular execução de atos europeus que afinal se venham a revelar inválidos, mas cuja invalidade ainda não havia sido declarada aquando daquela execução, uma vez que sobre os Estados recai o dever executarem os atos europeus cuja invalidade não tenha sido ainda declarada. Nesta situação, a responsabilidade pelos danos causados aos particulares recai sobre a UE e efetiva-se através da ação prevista no Tratado de Roma.

Contudo, a responsabilidade da UE é admitida em moldes restritivos²²²⁶, o que é particularmente visível nos requisitos da ilicitude e da culpa, algo que não deixa de desafiar o postulado fundamental segundo o qual **a responsabilidade extracontratual daquela**, resultante da delegação de competências a que os Estados membros operaram, **não deve implicar uma diminuição da proteção dos particulares**, designadamente no que tange às legítimas expectativas de verem ressarcidos os danos causados por autoridades públicas.

²²²² Cfr. Francette FINES, *op. cit.*, pp. 16 e 17; L. Neville BROWN e Tom KENNEDY, *op. cit.*, pp. 175 e 176; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, pp. 377 a 380.

²²²³ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 671, 672, e 688; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, *cit.*, pp. 464 e 465.

²²²⁴ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 672; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, *cit.*, p. 465; Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 924.

²²²⁵ Cfr. acórdão KROHN vs. COMISSÃO, já citado, n.º 19.

²²²⁶ No dizer de Maria Luísa DUARTE, a propósito das dificuldades de delimitação dos princípios gerais de direito, "...nota-se a constante preocupação de limitar o direito à indemnização, mesmo a excluí-lo, de modo a garantir a autonomia de decisões dos órgãos comunitários no domínio das opções de política económica". Cfr. *A acção de indemnização...*, *cit.*, p. 89.

2.5.2. A ilicitude e a responsabilidade da União por facto lícito

Para o preenchimento da categoria analítica da ilicitude não releva qualquer incumprimento, violação ou inobservância de regras europeias. Na verdade, a referida categoria resulta de comportamentos ilegais (das instituições, ou dos órgãos ou organismos da UE) que violem de forma "*suficientemente caracterizada uma regra superior de direito que protege os particulares*"²²²⁷, sendo esta exigência aferida pela ocorrência de uma "*violação grave e manifesta dos limites que se impõem ao exercício dos seus poderes*"²²²⁸.

Estas locuções foram edificadas em torno de situações nas quais o ato europeu ilícito tem alcance normativo (v. g. regulamento) e correspondem à "*fórmula Schöppenstedt*"²²²⁹, através da qual os órgãos jurisdicionais integrados no TJUE têm-se revelado particularmente exigentes na verificação do requisito da ilicitude, impondo uma inequívoca violação de um direito subjetivo ou interesse legítimo tutelado pela ordem jurídica europeia. Isto porque, passando a atividade normativa da União pela realização de opções de política económica, a eventual recondução de toda e qualquer violação de regras comunitárias à categoria da ilicitude relevante para este efeito, restringiria drasticamente os poderes discricionários de conformação das autoridades europeias e estrangularia a sua margem de manobra na aplicação e execução do direito da UE²²³⁰. Exige-se, assim, que a violação seja *suficientemente caracterizada*, ou seja, *manifesta e grave dos limites que se impõem ao poder de apreciação das instituições, órgãos ou organismos da União*, o que permite desconsiderar como ilícitos todo e qualquer comportamento ilegal destes, ainda que culposos. Ensina Jónatas MACHADO²²³¹ que a violação deve ser "*séria*", isto é, "*suficientemente qualificada*", o que só ocorre quando a margem de discricionariedade razoável de que

²²²⁷ Cfr. acórdãos, já citados, HOLTZ & WILLEMSSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, n.º 7; HNL e o. vs. CONSELHO e COMISSÃO, n.º 6; WERHAHN vs. CONSELHO, n.º 10; CNTA vs. COMISSÃO, n.º 16; e ZUCKERFABRIK BEDBURG e o. vs. CONSELHO e COMISSÃO, n.º 18.

²²²⁸ Cfr. acórdãos do TPI proferidos no caso STAHLWERKE PEINE-SALZGITTER vs. COMISSÃO, de 27 de junho de 1991, proc. T-120/89, Col. 1991, pp. II-366 e ss, n.º 74; e no caso BEAMGLOW vs. PE e o, já citado, n.º^{os} 97 e 98.

²²²⁹ Assim Trevor C. HARTLEY, *The Foundations...*, cit., p. 443. Tal fórmula encontra-se vertida no respetivo aresto jurisprudencial: o acórdão AKTIEN-ZUCKERFABRIK SCHÖPPENSTEDT vs. CONSELHO, de 2 de dezembro de 1971, proc. 5/71, Col. 1971, pp. 376 e ss, n.º 11.

²²³⁰ Vide os já citados acórdãos WERHAHN vs. CONSELHO, n.º 10; HOLTZ & WILLEMSSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, n.º 7. É que, como observa Margarida Telles ROMÃO, *op. cit.*, pp. 13 e 14, no âmbito de poderes discricionários de que as instituições europeias (*maxime* o Conselho e a Comissão) dispõem, não só os poderes de cognição dos órgãos que integram o TJUE são limitados, o que desde logo implica uma diminuição das garantias dos particulares e dos Estados membros, como os Tratados não preveem, com a ressalva da figura do desvio de poder prevista em sede de fundamentos de interposição de um recurso de anulação, expressamente os requisitos a que deve obedecer o exercício daquele tipo de poderes.

²²³¹ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 452.

beneficiam aqueles entes é manifesta e gravemente postergada. João MOTA DE CAMPOS²²³² alerta que a expressão "*manifesta*" prende-se com a natureza da infração; já o termo "*grave*" concerne às consequências, ou seja, à dimensão dos danos.

Nomeadamente, quando a validade de um regulamento europeu (ou, mais abrangentemente, dos atos normativos) é colocada em causa no contexto de uma ação de responsabilidade civil extracontratual movida contra a União, a fiscalização jurisdicional despoletada não abrangerá todos os elementos suscetíveis de afetar a legalidade do referido ato dado o seu conteúdo ser composto por disposições de alcance geral; antes limita-se a sancionar as "*violações suficientemente caracterizadas*" de regras superiores de direito que tenham por efeito conferir direitos aos particulares²²³³. Não será de excluir, portanto, a ocorrência de situações em que a regra europeia invocada não visa atribuir direitos aos particulares, o que compromete o sucesso da ação de indemnização²²³⁴. Para ser grave exige-se que os danos sofridos ultrapassem os limites dos riscos económicos normais inerentes à atividade exercida no setor em causa.

De igual forma, é possível que a violação do direito da União não se afigure suficientemente caracterizada²²³⁵. Nomeadamente, a "simples" anulação de atos (v. g. normativos ou de natureza individual), baseada por exemplo em vício de desvio de poder, pode não ser suficiente para determinar a existência de responsabilidade da UE²²³⁶. O TPI também considerou inexistir fundamento para a procedência de uma ação de indemnização fundada numa errada valoração da Comissão, cuja inerente decisão foi por ele anulada, relativamente à compatibilidade com o mercado comum de um projeto de operação de concentração pretendida por uma empresa²²³⁷. Igualmente, a eventual insuficiência de fundamentação de um regulamento também não é suscetível de implicar responsabilidade da União²²³⁸.

Ao invés, se a instituição, o órgão ou organismo da UE dispõem de uma reduzida margem de apreciação ou esta simplesmente inexistente, qualquer infração ao direito da UE pode ser

²²³² Cfr. *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 699.

²²³³ Neste sentido acórdão BERGADERM e GOUPIL *vs.* COMISSÃO, já citado, n.ºs 41 a 43; e acórdão do TPI, caso DIECKMANN & HANSEN *vs.* COMISSÃO, de 23 de outubro de 2001, proc. T-155/99, Col. 2001, pp. II-3143 e ss, n.ºs 42 e 43.

²²³⁴ Foi o que sucedeu no caso AREA COVA *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, decidido através de acórdão do TPI de 6 de dezembro de 2001, proc. T-196/99, Col. 2000, pp. II-3597 e ss, n.º 43.

²²³⁵ Cfr. acórdão MULDER e o. *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 19 de maio de 1992, procs. C-104/89 e C-37/90, Col. 1992, pp. I-3061 e ss, n.ºs 18 e 19.

²²³⁶ Cfr. o já mencionado aresto do TPI proferido no caso STAHLWERKE PEINE-SALZGITTER *vs.* COMISSÃO, n.ºs 76 e 77.

²²³⁷ Assim ocorreu no acórdão de 9 de setembro de 2008, caso MYTRAVEL *vs.* COMISSÃO, proc. T-212/03, Col. 2008, pp. II-1967 e ss. Cfr. Valeria CAPUANO, *Responsabilità extracontrattuale della Comunità per errata valutazione di una concentrazione da parte della Commissione: il caso MyTravel*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009 (n.º 2), pp. 501 e ss.

²²³⁸ Cfr. acórdãos KIND *vs.* CEE, de 15 de setembro de 1982, proc. 106/81, Rec. 1982, pp. 2885 e ss, n.º 14; AERPO e o. *vs.* COMISSÃO, de 6 de junho de 1990, proc. C-119/88, Col. 1990, pp. I-2189 e ss, n.º 20.

suficiente para demonstrar a existência de uma violação suficientemente caracterizada²²³⁹. É o que sucede, nomeadamente, quando os direitos de defesa das empresas investigadas em processos de infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE são claramente violados²²⁴⁰. Na verdade, trata-se aqui do menosprezo de normas superiores de direito claras, precisas, determinadas e que não conferem qualquer margem de discricionariedade às autoridades europeias.

É possível, pois, estabelecer que quanto mais ampla for a dose de discricionariedade de que beneficiam os entes europeus e maior for a complexidade das questões litigiosas, menor será a probabilidade de obtenção de sucesso no âmbito da ação de indemnização ou, pelo menos, tal diminuirá a responsabilidade em que a União incorre²²⁴¹. Com efeito, nas situações caracterizadas por elevadas doses de discricionariedade e complexidade apenas os *erros manifestos* na apreciação de factos ou na aplicação das pertinentes disposições permitirá justificar um pedido de indemnização.

A violação suficientemente caracterizada atinge "*normas superiores*", por estas entendendo-se tanto o direito primário, secundário e terciário (por exemplo, um regulamento de execução relativamente ao regulamento de base), como os princípios gerais de direito da UE (v. g. o da proteção da confiança e da segurança jurídica na sua dimensão de não retroatividade de normas), com especial destaque para aquelas que têm por escopo atribuir *direitos fundamentais* aos particulares²²⁴².

A fórmula alcançada pelos órgãos jurisdicionais em que se subdivide o TJUE refere ainda a necessidade de as normas jurídicas violadas deverem compreender no respetivo âmbito normativo a proteção de interesses individuais "*dos particulares*". Tal deve-se ao facto de estes se apresentarem como os demandantes por excelência neste tipo de ação. Nessa medida avultam, uma vez mais, as normas atributivas de direitos fundamentais; por outro lado, a violação dos princípios gerais de direito da UE, como o da igualdade (*maxime* na sua dimensão de proibição de discriminação em razão da nacionalidade) ou o relativo à proteção da confiança e à segurança jurídica, também pode despoletar a responsabilidade da UE.

Pensamos, todavia, que à partida não deverá ser excluída a possibilidade de as disposições violadas pretenderem proteger antes os interesses dos Estados membros, já que estes também se apresentam como potenciais lesados de determinadas atuações da UE e dispõem de legitimidade

²²³⁹ Cfr. o já citado acórdão BERGADERM e GOUPIL vs. COMISSÃO, n.º 44; e o também já mencionado acórdão do TPI, proferido no caso BEAMGLOW vs. PE e o, n.º 99.

²²⁴⁰ Cfr. Caroline CAUFFMAN, *Schneider IV: The Commission can indeed be liable for its merger decisions... if the conditions for liability are satisfied*, in *European Competition Law Review*, 2010 (Vol. 31; n.º 1), pp. 1 e ss.

²²⁴¹ Cfr. acórdão ROQUETTE FRÈRES vs. COMISSÃO (ROQUETTE XII), de 30 de maio de 1989, proc. 20/88, Col. 1989, pp. 1582 e ss, n.º 23.

²²⁴² Cfr. Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 393.

ativa para a instauração deste instrumento. Já as eventuais violações de normas que visem única e exclusivamente a salvaguarda do interesse geral da União não são suscetíveis de despoletar a responsabilidade desta²²⁴³.

Uma questão que se pode colocar prende-se com a admissibilidade da responsabilidade da UE por *ato lícito*, a qual visa conciliar a necessidade de prossecução do interesse público ou geral da União com o imperativo da proteção dos particulares especial e gravemente (ou anormal e desproporcionalmente) afetados por uma ação lícita ou válida dos poderes públicos europeus²²⁴⁴.

A tutela jurisdicional efetiva reclama uma resposta afirmativa, a qual encontra acolhimento no segundo parágrafo do artigo 340.º do TFUE, desde que tal tipo de responsabilidade seja admissível nos sistemas jurídicos nacionais de forma a poder considerado como princípio geral de direito comum aos Estados membros²²⁴⁵; em Portugal, por exemplo, a responsabilidade por factos lícitos encontra acolhimento, sob a epígrafe "*indemnização pelo sacrifício*", no artigo 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, relativa à responsabilidade do Estado e outras entidades públicas²²⁴⁶. E os órgãos em que se desdobra o TJUE aceitam a figura, pendulando terminologicamente entre responsabilidade "*sans faute*" ou com "*absence d'illégalité*"²²⁴⁷ (TJ) e responsabilidade "*por facto lícito*" ou "*na inexistência de atuação ilícita dos seus órgãos*"²²⁴⁸ (TG). Nesta modalidade, o pressuposto da ilicitude é "trocado" pelo caráter anormal e especial do prejuízo em causa, mantendo-se os requisitos do dano e do nexo de causalidade entre este e a atuação (lícita) das instituições europeias²²⁴⁹. O dano anormal e especial é aquele que ultrapassa "*os limites dos riscos económicos inerentes às atividades do sector em causa*"²²⁵⁰, apresentando-se manifestamente desproporcionado²²⁵¹.

²²⁴³ Nessa medida, os órgãos jurisdicionais que integram o TJUE já esclareceram que o exercício da função legislativa não deve ser dificultado pela perspectiva de pedidos de indemnização sempre que o interesse geral da UE imponha que se adotem medidas normativas suscetíveis de afetar os interesses dos particulares. *Vide* o já mencionado acórdão proferido pelo TPI no caso BEAMGLOW vs. PE e o, n.º 124.

²²⁴⁴ Cfr. H. J. BRONKHORST, *The Valid Legislative Act as a Cause of Liability of the Communities*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL, *op. cit.*, pp. 153 e ss; Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 556; Afonso Nunes de FIGUEIREDO PATRÃO, *op. cit.*, pp. 427 e ss.

²²⁴⁵ Assim Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, *cit.*, p. 252. Cfr. Georges VANDERSANDEN e Ami BARAV, *op. cit.*, p. 340.

²²⁴⁶ Na dissertação de Afonso Nunes de FIGUEIREDO PATRÃO, *op. cit.*, p. 430, nota de rodapé 753, encontra-se um périplo sobre os principais sistemas jurídicos dos Estados membros que admitem este tipo de responsabilidade.

²²⁴⁷ Cfr. acórdão BIOVILAC NV vs. CEE, de 6 de dezembro de 1984, proc. 59/53, Rec. 1984, pp. 4057 e ss, onde nos n.ºs 8 e 28 usa a primeira fórmula e no n.º 27 emprega a segunda.

²²⁴⁸ *Vide* os acórdãos do TPI, de 28 de abril de 1998, caso DORSCH CONSULT vs. CONSELHO e COMISSÃO (DORSCH CONSULT II), proc. T-184/95, Col. 1998, pp. II-667 e ss, no subtítulo com que iniciam os n.ºs 25 e ss; e pré-citado BEAMGLOW vs. PE e o, subtítulo que antecede os n.ºs 169 e ss.

²²⁴⁹ Acórdão do TPI, caso DORSCH CONSULT II, n.º 19.

²²⁵⁰ Acórdãos BIOVILAC NV vs. CEE, n.º 28; e do TPI, DORSCH CONSULT II, n.º 77.

²²⁵¹ Cfr. Afonso Nunes de FIGUEIREDO PATRÃO, *op. cit.*, p. 444.

2.5.3. O dano e a sua quantificação

Como ocorre em qualquer ação de responsabilidade civil (delitual ou contratual; por facto ilícito ou lícito; fundada na culpa ou no risco) também nas ações de indemnização movidas contra a União (ou contra o BCE) é necessário que os comportamentos imputáveis a esta sejam causa de prejuízos ocorridos na esfera jurídica de terceiros (particulares ou Estados membros²²⁵²), por aqui se aferindo, também, quem dispõe de legitimidade e interesse em demandar. Relevando a violação de qualquer bem jurídico protegido pelo direito da UE, normalmente o dano verifica-se na esfera patrimonial do lesado.

Exige-se que o prejuízo seja *direto e especial*²²⁵³ na medida em que foi provocado pela atuação (normativa, decisória ou material) ilícita e culposa das instituições ou dos órgãos ou organismos da União, devendo ter-se em conta não somente a sua intensidade, como a afetação de um número restrito e delimitado de agentes económicos²²⁵⁴. Quanto à intensidade, segundo o Tribunal é necessário indagar se o dano "*ultrapassa largamente aquilo que é legítimo exigir a um particular que suporte, dentro de limites razoáveis, sem direito a indemnização dos fundos públicos, pelo facto de terem sido lesados os seus interesses económicos por um acto normativo culposo*"²²⁵⁵.

Em princípio, também se impõe que o dano seja *real, certo e concreto*²²⁵⁶. Porém, segundo jurisprudência assente, o segundo parágrafo do artigo 340.º do TFUE não impede que o recurso ao Tribunal para que este declare a responsabilidade da União por danos iminentes e previsíveis com um grau suficiente de certeza, ainda que o prejuízo não possa ainda ser quantificado com precisão²²⁵⁷. Ou seja, como ensina Sephan HOBE²²⁵⁸, o dano pode ser potencial (ou futuro) desde que a sua verificação seja previsível e certa. Admite-se, portanto, que tal prejuízo apenas possa ser contabilizado mais tarde, desde que ainda na fase escrita do processo.

Igualmente, abrange-se o *dano emergente* e o *lucro cessante*.

Por outro lado, em caso de acidente ou mais abrangentemente de comportamentos materiais, admite-se o ressarcimento tanto de danos *patrimoniais* como de danos *não*

²²⁵² Contra Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 456, que não refere os Estados membros como potenciais lesados das atuações ilícitas e danosas das instituições, órgãos ou organismos da UE.

²²⁵³ Cfr. acórdão do TPI proferido no caso STAHLWERKE PEINE-SALZGITTER vs. COMISSÃO, n.º 119.

²²⁵⁴ Cfr. V. J. HERMANN-RODEVILLE, *Un exemple de contentieux économique: Le recours en indemnité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in RTDE, 1986 (n.º 1), p. 6; vide também o acórdão do TPI proferido no caso STAHLWERKE PEINE-SALZGITTER vs. COMISSÃO, n.º 131.

²²⁵⁵ Cfr. acórdão do TPI proferido no caso STAHLWERKE PEINE-SALZGITTER vs. COMISSÃO, n.º 132.

²²⁵⁶ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 700.

²²⁵⁷ Cfr. acórdão ZUCKERFABRIK BEDBURG e o. vs. CONSELHO e COMISSÃO, n.º 14.

²²⁵⁸ Cfr. op. cit., p. 119.

*patrimoniais*²²⁵⁹. Nesses domínios, o TJ já teve oportunidade de esclarecer que a reparação do prejuízo tem por objeto reconstituir, na medida do possível, o património da vítima de um acidente, o que passa pela tomada em conta da depreciação monetária posterior ao facto danoso²²⁶⁰.

Excluídos do âmbito da ação de indemnização encontram-se os danos hipotéticos bem como os encargos habituais inerentes aos riscos económicos associados à normal atividade do setor em análise²²⁶¹.

Naturalmente, assumindo natureza acusatória e sancionatória, é sobre o demandante que incide o ónus da prova relativamente aos danos que imputa à UE.

Frequentemente, o pedido de pagamento de determinado montante indemnizatório quantificado pelo próprio lesado é julgado improcedente pelo tribunal na medida em que este considera tal pretensão prematura. Nesses casos, o referido órgão ordena que o processo seja devolvido à instituição autora do comportamento lesivo a fim de esta, de comum acordo com o lesado e dentro de determinado prazo, adotar as medidas adequadas a garantir uma reparação equitativa do dano e atribuir, se necessário, uma justa indemnização. Na ausência de acordo entre as partes da ação, compete ao tribunal definir tais medidas.

Por outro lado, o demandante não é sequer obrigado a quantificar o montante indemnizatório pretendido, pelo que a ação prevista no artigo 268.º e nos segundo e terceiro parágrafos do artigo 340.º do TFUE também pode assumir natureza declarativa de *simples apreciação*. Nestes casos, o TJ e o TG limitam-se a declarar a existência de responsabilidade por parte da União "*por danos eminentes e previsíveis com uma razoável certeza, embora o prejuízo não possa ainda ser calculado com precisão*"²²⁶², devendo a instituição, órgão ou organismo visado adotar as medidas adequadas à sua reparação. Se tal não suceder, o tribunal poderá ser de novo mobilizado para determinar o montante indemnizatório²²⁶³.

²²⁵⁹ Cfr. acórdão GRIFONI vs. CEEA (GRIFONI II), de 3 de fevereiro de 1994, proc. C-308/87, Col. 1994, pp. I-356 e ss, n.º 8. Referindo-se aos danos não patrimoniais o TJ mais referiu que "*a vítima dum acidente, independentemente de qualquer prejuízo patrimonial, deve ser indemnizada de todo e qualquer prejuízo que afecte a sua pessoa, o que compreende todo o sofrimento físico ou psíquico*" (n.º 37).

²²⁶⁰ Cfr. acórdão GRIFONI vs. CEEA II, n.º 40.

²²⁶¹ Cfr. acórdãos pré-ciados do TPI, caso DORSCH CONSULT II; e caso BEAMGLOW vs. PE e o, n.º 208.

²²⁶² Cfr. acórdão KAMPFFMEYER e o. vs. COMISSÃO e CONSELHO, de 2 de junho de 1976, procs. apensos 56 a 60/74, Col. 1976, pp. 317 e ss, n.º 6. No mesmo sentido, acórdão CNTA vs. COMISSÃO, já citado, n.ºs 2 a 5.

²²⁶³ Vide o já citado acórdão GRIFONI vs. CEEA, de 27 de Março de 1990.

2.5.4. O nexo de causalidade

Inevitavelmente, também se exige o tradicional nexo de causalidade entre o comportamento (ativo ou omissivo, ilícito ou lícito; culposo ou que tenha inerente um risco) e os danos comprovadamente sofridos, sendo o seu preenchimento feito através do critério da *condition sine qua non*, segundo o qual a atuação das instituições, órgãos ou organismos da UE afigura-se apta a produzir o prejuízo se este não se verificasse na sua ausência; é necessário, portanto, comparar a situação verificada depois da ocorrência do facto com aquela que se verificaria na ausência deste²²⁶⁴. Exige-se ainda que o dano seja uma consequência *direta, normal e provável* da atuação ilegal.

No que respeita a este requisito, o segundo parágrafo do artigo 340.º do TFUE prende-se com os prejuízos provocados pelas instituições, pelos órgãos ou organismos da UE, bem como pelos os seus agentes no respetivo exercício funcional, excluindo-se a responsabilidade que possa incidir sobre os Estados membros²²⁶⁵.

2.5.5. A culpa e a responsabilidade objetiva da União

Referindo-se à "*culpa susceptível de determinar a responsabilidade da Comunidade*" [atualmente dir-se-á da UE], o TJ exige ainda um requisito de imputação subjetiva para que sobre esta recaia a obrigação de indemnizar²²⁶⁶.

O Tribunal tem oscilado entre dois graus que tal categoria analítica comporta, em função de estarmos perante situações em que a responsabilidade advém de atos normativos ou que implicam opções de política económica e o exercício de poderes discricionários, onde exige *culpa grave*²²⁶⁷, ou casos em que a responsabilidade emerge de atos não normativos (v. g. atuações materiais), nos quais se contenta com a *mera culpa* ou *negligência*²²⁶⁸. No primeiro caso avulta, novamente, a exigência de a instituição, órgão ou organismo da União ter incorrido numa "*violação suficientemente grave de uma regra superior de direito tuteladora dos*

²²⁶⁴ Sobre a questão *vide* Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 457.

²²⁶⁵ Acórdãos GRANARIA, de 13 de fevereiro de 1979, proc. 101/78, Rec. 1979, pp. 623 e ss; EURICO vs. COMISSÃO, de 18 de outubro de 1984, proc. 109/83, Rec. 1984, pp. 3581 e ss.

²²⁶⁶ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, *cit.*, p. 244; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, *cit.*, pp. 496 e ss; Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, pp. 923 e 925.

²²⁶⁷ Cfr. acórdão AKTIEN-ZUCKERFABRIK SCHÖPPENSTEDT vs. CONSELHO, já citado; FIAMM vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 9 de setembro de 2008, procs. apensos C-120/06 P e C-121/06 P, Col. 2008, pp. 6513 e ss, n.º 174.

²²⁶⁸ Acórdãos já citados KAMPFFMEYER e o. vs. COMISSÃO, p. 317; LÜTTICKE IV, p. 331; ROQUETTE XII, n.ºs 23 e 26.

particulares", ou de "ter violado, de forma manifesta e grave, os limites impostos ao exercício dos seus poderes"²²⁶⁹. Desta forma, os órgãos jurisdicionais em que o TJUE se desdobra colocam o problema da atuação ilícita das instituições, órgãos ou organismos europeus num prisma de desculpabilidade/indesculpabilidade²²⁷⁰, havendo responsabilidade da União apenas no segundo cenário.

Por outro lado, é possível atenuar ou mesmo excluir a responsabilidade da UE em função da contribuição da culpa do lesado na produção ou no agravamento dos danos verificados²²⁷¹.

A exigência do requisito de imputação subjetiva, tendo em conta as exigências decorrentes da tutela jurisdicional efetiva, parece-nos criticável. Isto porque, como vimos a propósito da ação por incumprimento e como veremos a pretexto da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da UE²²⁷², prescinde-se da culpa para que os inerentes instrumentos processuais possam proceder, dada a natureza *objetiva* do incumprimento dos Estados e da responsabilidade destes por violação do direito da União. Ora, **o TJ não deveria ser menos exigente face à UE do que o é relativamente aos Estados membros**²²⁷³. Tanto mais que foi ele próprio quem referiu que as condições de efetivação da responsabilidade dos Estados membros por danos causados aos particulares em virtude da violação do direito da UE não devem, caso não existam razões específicas, diferir das que regulam a responsabilidade da União em circunstâncias equiparáveis²²⁷⁴.

Assim sendo, da mesma forma que, como veremos *infra*, o referido órgão jurisdicional determinou que a responsabilidade dos Estados prescinde de culpa, também o deveria fazer, pelo menos em alguns casos (por exemplo, relativamente às atuações ilícitas das instituições, órgãos ou organismos), em relação à UE, tanto mais que os princípios gerais comuns aos direitos dos

²²⁶⁹ Segundo o TJ, os termos restritos em que é admissível a responsabilidade da UE decorrente do exercício da atividade normativa justifica-se "pelo facto de, por um lado, o exercício da função legislativa, mesmo quando existe uma fiscalização jurisdicional da legalidade dos atos, não dever ser dificultado pela perspectiva de pedidos de indemnização sempre que o interesse geral da [União] imponha que se adoptem medidas normativas susceptíveis de prejudicar os interesses dos particulares e de, por outro, num contexto normativo que se caracteriza pela existência de um amplo poder de apreciação, indispensável à execução de uma política comunitária". Vide o aresto FIAMM vs. CONSELHO e COMISSÃO, já mencionado, n.º 174. Ver também o já citado acórdão do TPI proferido no caso STAHLWERKE PEINE-SALZGITTER vs. COMISSÃO, n.º 72.

²²⁷⁰ Cfr. acórdão do TPI proferido no caso STAHLWERKE PEINE-SALZGITTER vs. COMISSÃO, n.º 108. Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 697.

²²⁷¹ No referido caso GRIFONI vs. CEEA o TJ repartiu as culpas na proporção de 50% entre o demandante e a Comissão (vide n.º 17 do aresto de 27 de Março de 1990).

²²⁷² Cfr. *infra* Parte IV, Capítulo II.

²²⁷³ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *Contencioso...*, *cit.*, p. 104; *União Europeia e direitos...*, *cit.*, p. 382.

²²⁷⁴ Cfr. acórdão BERGADERM e GOUPIL vs. COMISSÃO, já citado, n.º 41, no qual mais se lê que: "com efeito, a protecção dos direitos que os particulares retiram do direito comunitário não pode variar em função da natureza nacional ou comunitária da autoridade que está na origem do prejuízo".

Estados membros admitem a responsabilidade objetiva (ou pelo risco), encontrando-se a mesma prevista na maior parte dos direitos nacionais^{2275/2276}.

Devemos acrescentar que os órgãos integrantes do TJUE, por prudente opção de princípio, nunca excluíram tal tipo de responsabilidade do quadro jurídico da UE, reconhecendo inclusive que o segundo parágrafo do artigo 340.º do TFUE não restringe o alcance dos "*princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros*" à responsabilidade extracontratual por atuação ilícita da União²²⁷⁷. Os referidos órgãos inclusivamente enunciaram os pressupostos de que depende a procedência de uma ação de indemnização baseada na responsabilidade objetiva (apesar de a identificarem com a responsabilidade por ato lícito, que é uma realidade distinta), a saber: (i) verificação do prejuízo, (ii) nexo de causalidade entre este e a atuação das instituições europeias; e (iii) carácter anormal e especial do prejuízo em causa²²⁷⁸. Igualmente certo é que sempre que os lesados tentaram obter deles uma decisão que reconhecesse a existência de responsabilidade sem culpa por parte da UE, inclusivamente argumentando com o sofrimento de um prejuízo especial e anormal em benefício do interesse geral desta, os tribunais da UE em sentido orgânico julgaram improcedentes as inerentes ações²²⁷⁹.

Poder-se-á configurar uma situação de responsabilidade objetiva ou pelo risco sempre que um ato europeu, formal e materialmente conforme à legalidade europeia, viole um princípio geral de direito, como seja o da segurança jurídica e da proteção da confiança²²⁸⁰ (v. g. prevendo uma situação inesperada de retroatividade).

²²⁷⁵ Neste sentido Miguel POIARES MADURO, nas conclusões que apresentou no caso FIAMM e o. vs. CONSELHO e COMISSÃO, já mencionado, disponíveis in *www.curia.europa.eu*, n.º 65. Contudo, a posição do Advogado-geral não mereceu acolhimento do TJ no respetivo aresto, com a argumentação contante dos n.ºs 164 a 176. O Tribunal, aliás, reconduziu o problema da responsabilidade *objetiva* ao da responsabilidade por *facto lícito*, misturando as categorias analíticas da *culpa* e da *ilicitude*; por outro lado, no esforço que empreendeu para rejeitar a responsabilidade objetiva, acabou por recuar na própria admissibilidade da responsabilidade por ato lícito (n.ºs 167 e 169).

²²⁷⁶ Em Portugal veja-se os artigos 482.º, n.º 2, e 500.º e ss. do Código Civil; bem como o artigo 11.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

²²⁷⁷ Vide, nomeadamente, os acórdãos do TPI proferidos no caso AFRIKANISCHE FRUCHT-COMPAGNIE e o. vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 10 de abril de 2004, proc. apensos T-64/01 e T-65/01, Col. 2004, pp. II-527 e ss, n.º 150; e no caso BEAMGLOW vs. PE e o, já citado, n.ºs 171 a 173.

²²⁷⁸ Acórdão DORSCH CONSULT vs. CONSELHO e COMISSÃO (DORSCH CONSULT III), de 15 de junho de 2000, proc. C-237/98 P, Col. 2000, pp. I-4549 e ss, n.º 19.

²²⁷⁹ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 695; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 453.

²²⁸⁰ Cfr. J. F. COUZINET, *La faute dans de régime de la responsabilité non contractuelle des Communautés Européennes*, in *RTDE*, 1986 (n.º 3), p. 367.

2.6. Condição negativa de procedência da ação

A certeza e a segurança jurídicas impõem que o direito de exigir judicialmente, mediante a propositura de ações de indemnização, o ressarcimento de prejuízos sofridos em resultado de atuações imputáveis à UE prescreve no prazo de cinco anos a contar da ocorrência dos factos que lhes deram origem, como decorre da primeira parte do artigo 46.º do Estatuto do TJUE²²⁸¹. O TJ, porém, já esclareceu que a contagem do referido prazo apenas se inicia a partir da data da efetivação do prejuízo²²⁸², ou seja, do dia em que emerge o direito à reparação, o que favorece a tutela jurisdicional efetiva na medida em que tal situação pode dilatar o prazo²²⁸³.

Poder-se-á questionar se o mencionado prazo se coaduna com as exigências da tutela jurisdicional efetiva. A resposta que sufragamos é afirmativa. Por um lado, cinco anos é um prazo consideravelmente superior face aquele que vigora em alguns Estados membros em matéria de responsabilidade civil aquiliana²²⁸⁴. Acresce que tal prazo afigura-se minimamente razoável de forma a permitir ao lesado uma ponderação sobre se deve ou não agir judicialmente contra a UE. Ainda assim, a tutela jurisdicional efetiva seria melhor prosseguida se o referido prazo contasse, não a partir da simples ocorrência do facto gerador dos danos, nem sequer da data da efetivação do prejuízo, mas do momento em que o lesado tem conhecimento do direito que lhe assiste²²⁸⁵, à semelhança aliás do que sucede no âmbito do direito interno português²²⁸⁶.

Relativamente à interrupção da prescrição, a segunda e a terceira partes do referido artigo 46.º determinam que a mesma ocorre "*quer pela apresentação do pedido no Tribunal de Justiça*", ou seja, pela interposição da ação de indemnização neste ou no TG; "*quer através de pedido prévio que o lesado pode dirigir à instituição competente da União*", isto é, autora do comportamento de onde emerge a responsabilidade da UE. No segundo caso, "*o pedido deve ser*

²²⁸¹ Aderimos ao esclarecimento de Afonso Nunes de FIGUEIREDO PATRÃO, *op. cit.*, p. 179, para quem, muito embora a referida norma se refira à prescrição *da ação*, em rigor o que está em causa é a prescrição *do direito à reparação dos danos* no âmbito do referido instrumento processual.

²²⁸² Cfr. acórdão BIRRA WÜHRER vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 13 de novembro de 1984, procs. apensos 256/80, 257/80, 265/80, 267/80, 51/81 e 282/82, Rec. 1984, pp. 3693 e ss, n.º 15.

²²⁸³ Configure-se, por exemplo, uma ação em que a responsabilidade aquiliana emerge de um ato normativo ilícito da UE. O prazo de prescrição não inicia a contagem a partir da publicação ou da entrada em vigor dos atos, mas antes do momento da produção dos efeitos prejudiciais decorrentes daquele ato.

²²⁸⁴ Em Portugal, por exemplo, ele é de três anos, tanto nos termos do artigo 498.º do Código Civil, como por força do artigo 5.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, o qual, aliás, remete para aquele.

²²⁸⁵ No nosso panorama doutrinário, Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 458, na ausência de elemento gramatical, interpreta a norma com este sentido. Devido à falta do referido elemento interpretativo parece-nos que não podemos ir tão longe, exceto fazendo uma interpretação extensiva da norma.

²²⁸⁶ De facto, o já aludido prazo de três anos previsto no artigo 498.º do Código Civil português para instauração da ação de indemnização constante do artigo 483.º do mesmo Código apenas inicia contagem depois de o lesado ter conhecimento do direito que lhe assiste, ainda que desconheça o responsável e a extensão integral dos danos, sem prejuízo do decurso do prazo de prescrição ordinária (de 20 anos) se, considerando o momento do facto danoso, entretanto tiver decorrido. Estas regras devem ser aplicadas, também, em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público, bem como dos titulares dos respetivos órgãos, funcionários e agentes, por força do já mencionado artigo 5.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

apresentado no prazo de dois meses previsto no artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; o disposto no segundo parágrafo do artigo 265.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia é aplicável, sendo caso disso". Note-se que esta norma não tem por fito diminuir o referido prazo de prescrição; antes visa proteger os interessados evitando que determinados lapsos temporais sejam contabilizados no cálculo do mesmo²²⁸⁷.

Assim, a tutela jurisdicional efetiva impõe, por um lado, a rejeição da interpretação segundo a qual uma pessoa que no prazo de cinco anos dirigiu um pedido prévio à instituição competente deve ficar privada do seu direito se não intentou uma ação de indemnização (i) ou no prazo de dois meses previsto no artigo 263.º do TFUE na eventualidade de ser notificada de uma decisão de recusa desse pedido (ii) ou no prazo de dois meses previsto no segundo parágrafo do artigo 265.º do mesmo Tratado no caso de a instituição em causa não ter tomado posição dentro dos dois meses a contar desse mesmo pedido²²⁸⁸; por outro lado, a tutela jurisdicional efetiva também exige que a terceira parte do artigo 46.º do Estatuto do TJUE tenha apenas por objetivo o adiamento do termo do prazo de cinco anos quando uma petição inicial ou um pedido extrajudicial prévio, apresentados dentro desse prazo, deem início à contagem dos prazos previstos nos artigos 263.º ou 265.º do TFUE. Em caso algum, portanto, a sua aplicação pode conduzir à diminuição do prazo de prescrição de cinco anos previsto na primeira parte do artigo 46.º²²⁸⁹.

À semelhança do que ocorre na maioria dos ordenamentos nacionais e constituindo um princípio geral comum aos direitos dos Estados membros, versando a ação de indemnização sobre direitos disponíveis os órgãos integrantes do TJUE não conhecem oficiosamente da questão da prescrição do direito à indemnização²²⁹⁰; torna-se, portanto, necessário o levantamento de tal exceção pelo interessado (ou seja, pela União, naturalmente, representada pela competente instituição).

2.7. Tutela jurisdicional efetiva e contextualização da ação de indemnização no sistema geral de proteção jurisdicional dos particulares previsto nos Tratados

Tem sido recorrente a afirmação de acordo com a qual o sistema geral de proteção jurisdicional dos direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares existente no direito da

²²⁸⁷ Acórdão do TPI, caso *HOLCIM vs. COMISSÃO*, já citado, n.º 39. Cfr. Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 405.

²²⁸⁸ Acórdão do TPI, caso *HOLCIM vs. COMISSÃO*, pré-mencionado, n.º 38.

²²⁸⁹ Acórdão *KAMPFFMEYER e o. vs. COMISSÃO*, já citado; acórdão do TPI, caso *HOLCIM vs. COMISSÃO*, já citado, n.º 39.

²²⁹⁰ Cfr. acórdão *ROQUETTE FRÈRES XII*, já mencionado, n.º 12.

UE é composto tanto por vias processuais que estão a cargo dos órgãos em que se desdobra o TJUE, como por aquelas que surgem inseridas na competência dos órgãos jurisdicionais nacionais. Por essa razão têm-se levantado os problemas (i) da autonomia da ação de indemnização face a dois instrumentos do contencioso da UE *stricto sensu* e (ii) da subsidiariedade daquela face aos mecanismos existentes nos direitos internos²²⁹¹.

2.7.1. A autonomia da ação de indemnização face ao recurso de anulação e à ação por omissão

Outrora colocou-se a questão, hoje pacífica, da *autonomia* ou, inversamente, da *dependência* da ação de responsabilidade civil extracontratual da UE instaurada por particulares face aos instrumentos do contencioso da UE *stricto sensu*, a propor pelos mesmos e por via principal, de controlo da legalidade propriamente dita da atuação das instituições, dos órgãos ou organismos da UE, ou seja, face ao recurso de anulação e à ação por omissão²²⁹².

Para tal contribuiu uma linha jurisprudencial inicialmente adotada pelo TJ no aresto PLAUMANN²²⁹³, bem como o facto de o segundo parágrafo do artigo 266.º do TFUE estabelecer que a obrigação a cargo daquelas entidades de execução do acórdão anulatório ou declarativo de omissão violadora dos Tratados não prejudica o dever de indemnizar que possa decorrer da aplicação do segundo parágrafo do artigo 340.º, relativo à responsabilidade civil aquiliana da UE, aspeto enfatizado na jurisprudência dos órgãos em que se desdobra o TJUE²²⁹⁴.

Sem prejuízo de possíveis relações de subsidiariedade²²⁹⁵ ou de complementaridade²²⁹⁶ que se possam estabelecer entre o recurso de anulação e a ação de indemnização e de eventuais

²²⁹¹ Cfr. Gerhard BEBR, *Development of Judicial...*, cit., p. 226; Denys SIMON, *Le système...*, cit., p. 425; Afonso Nunes de FIGUEIREDO PATRÃO, *op. cit.*, p. 103.

²²⁹² Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A acção de indemnização...*, cit., pp. 90 e ss; FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário*, cit., pp. 224 e ss; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, pp. 370 a 372; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 521.

²²⁹³ Com efeito, neste célebre aresto, paradigmático em matéria de (i) legitimidade dos particulares para a interposição de recursos de anulação contra decisões dirigidas a outras pessoas e que não os atingissem direta e individualmente, o Tribunal também recusou o pedido de indemnização formulado cumulativamente com o de anulação, argumentando, entre outros aspetos, que "*um acto administrativo não anulado não pode constituir uma falta lesiva dos administrados; portanto, estes não têm direito a uma indemnização devido a esse acto*" (vide p. 285). Cfr. Philip MEAD, *The Relationship between the Action for Damages and an Action for Annulment: The Return of Plaumann*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL, *op. cit.*, p. 243.

²²⁹⁴ Cfr. o já citado acórdão BUCKL e o. vs. COMISSÃO, n.º 14; do TPI vide os mencionados arestos ASIA MOTOR FRANCE e o. vs. COMISSÃO, n.º 36; PANTOCHIM vs. COMISSÃO, n.º 28.

²²⁹⁵ Por exemplo, no já citado acórdão do TPI, de 15 de janeiro de 2003, proferido no caso PHILIP MORRIS e o. vs. COMISSÃO, determinou-se que "*...os particulares não estão privados do acesso à justiça pelo facto de um comportamento desprovido de carácter decisório não poder ser objecto de um recurso de anulação, uma vez que a acção de indemnização em matéria de responsabilidade extracontratual, prevista nos artigos 235.º CE e 288.º, segundo parágrafo, CE, é ainda possível se esse comportamento for susceptível de desencadear a responsabilidade*

conexões de alternatividade²²⁹⁷ e de complementaridade²²⁹⁸ entre esta e a ação por omissão, em reforço da tutela jurisdicional efetiva prevaleceu o entendimento segundo o qual estamos perante instrumentos autónomos²²⁹⁹.

O mencionado acórdão LÜTTICKE IV (considerando 6) iniciou a transição da linha jurisprudencial do TJ ao adaptar o *princípio geral da autonomia das vias contenciosas previstas nos Tratados* à ação de indemnização. Esta, segundo o Tribunal, trata-se de "*uma via processual autónoma, dotada de uma função particular no quadro do sistema das vias contenciosas e subordinada a condições de exercício concebidas em atenção ao seu objecto específico*". No fundo, trata-se de uma especificação do referido princípio, segundo o qual cada instrumento do contencioso da UE, previsto nos Tratados, depende apenas das condições que lhe são próprias²³⁰⁰. Referindo-se à autonomia da ação de indemnização face ao recurso de anulação, os órgãos jurisdicionais em que se desdobra o TJUE referiram que aquela visa "*não a supressão de uma determinada medida, mas a reparação de um prejuízo causado por uma instituição no exercício da sua missão*"²³⁰¹.

Tais órgãos, no entanto, também ressaltaram que a ação de indemnização deve ser julgada inadmissível (i) quando o demandante a instaure de forma a alcançar o mesmo resultado que obteria se tivesse movido em devido tempo um recurso de anulação, ou seja, a declaração de nulidade de um ato das instituições²³⁰², ou (ii) quando a mesma tenda, de facto, à revogação de uma decisão individual tornada definitiva²³⁰³.

da Comunidade" (n.º 123); conclusão confirmada pelo TJ, em sede de recurso de tal decisão, no já citado acórdão REYNOLDS TOBACCO (n.º 82).

²²⁹⁶ No mencionado aresto do TPI proferido no caso FRESH MARINE vs. COMISSÃO esclareceu-se que "*a ação de indemnização destina-se também a sancionar o desrespeito pela Comissão da obrigação prevista no artigo 233.º, primeiro parágrafo, CE*" (atual artigo 266.º, primeiro parágrafo, do TFUE), ou seja, a obrigação de cumprir o acórdão anulatório. Por outro lado, frequentemente os recorrentes cumulam com o pedido de anulação do ato um pedido de indemnização pelos prejuízos alegadamente sofridos na sequência da adoção do ato impugnado, como sucedeu, designadamente, no caso ASIA MOTOR FRANCE III.

²²⁹⁷ Por exemplo, perante a inexecução (total ou parcial) ou execução defeituosa ou tardia de um acórdão anulatório, a parte interessada pode reagir, alternativamente, mediante ação por omissão ou de indemnização. Neste sentido *vide* os mencionados acórdãos ASTERIS e o. vs. COMISSÃO, n.ºs 22 a 24 e 32; COMISSÃO vs. GREENCORE, n.º 46; e acórdão do TPI, caso HOLCIM vs. COMISSÃO, n.º 33.

²²⁹⁸ Assim sucedeu, designadamente, no caso PANTOCHIM vs. COMISSÃO.

²²⁹⁹ Acórdãos, já citados, HOLTZ & WILLEMSSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, n.ºs 3 e 4; KROHN vs. COMISSÃO, n.ºs 26 e 32; acórdão do TPI, caso COBRECAF e o. vs. COMISSÃO, de 15 de março de 1995, proc. T-514/93, Col. 1995, pp. II-621 e ss, n.º 58. *Vide* Albertina ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, pp. 510 e 512.

²³⁰⁰ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A ação de indemnização...*, *cit.*, p. 91; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 674; Henry G. SCHERMERS e Denis F. WELBROECK, *op. cit.*, pp. 535 e ss; acórdão KROHN vs. COMISSÃO, n.º 26.

²³⁰¹ Cfr. acórdãos, já citados, AKTIEN-ZUCKERFABRIK SCHÖPPENSTEDT vs. CONSELHO, n.º 3; KROHN vs. COMISSÃO, n.º 32; acórdão do TPI, caso FRESH MARINE vs. COMISSÃO, de 24 de outubro de 2000, proc. T-178/98, Col. 2000, pp. II-3331 e ss, n.º 45.

²³⁰² Cfr. acórdão KROHN vs. COMISSÃO, n.ºs 32 e 33; e aresto do TPI, caso ASTIPESCA vs. COMISSÃO, de 17 de outubro de 2002, proc. T-180/00, Col. 2002, pp. II-3988 e ss, n.º 139.

²³⁰³ Cfr. acórdão do TPI, caso COBRECAF e o. vs. COMISSÃO, citado, n.º 59.

Referindo-se à relação entre a ação por omissão e a ação de indemnização, o TJ esclareceu que "*serait contraire à l'autonomie de ce recours autant qu'à l'efficacité du système général des voies de droit instituées par le traité, de considérer comme cause d'irrecevabilité le fait que, dans certaines circonstances, l'exercice du recours en indemnité pourrait conduire à un résultat comparable à celui du recours en carence institué par l'article 175.º; que l'action en indemnité se différencie du recours en carence en ce qu'elle tend non à l'adoption d'une mesure déterminée, mais à la réparation du préjudice causé par une institution dans l'exercice de ses fonctions*"²³⁰⁴.

Tal solução é, a diversos níveis, a que melhor salvaguarda a posição dos possíveis lesados, logo, a que mais se harmoniza com a tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos subjetivos e interesses legítimos decorrentes do ordenamento da União²³⁰⁵.

Desde logo, à ação de responsabilidade civil não se aplicam as limitações relativas a prazos que condicionam a interposição daqueles dois distintos instrumentos; igualmente não se exige, como condição de procedência da mesma, que o ato que originou os danos tenha sido previamente anulado (ou sequer objeto de recurso de anulação) ou que a omissão da qual emergiu o prejuízo tenha sido anteriormente declarada pelos órgãos integrantes do TJUE (nem tão-pouco que tenha existido ação por omissão).

De tal autonomização decorre que tanto a inadmissibilidade como, por maioria de razão, a improcedência de um recurso de anulação ou de uma ação por omissão não implicam, por si só, sorte idêntica para uma ação de indemnização fundada na ilegalidade do ato ou na abstenção que esteve na base daqueles instrumentos. Assim sendo, a intempestividade do recurso de anulação ou da ação por omissão não implicam efeito semelhante quanto à ação de indemnização²³⁰⁶; por outro lado, a legitimidade para a instauração da ação de indemnização é aferida independentemente das legitimidades para a propositura quer do recurso de anulação, quer da ação por omissão²³⁰⁷.

²³⁰⁴ Cfr. acórdão HOLTZ & WILLEMSSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, já citado, n.º 4.

²³⁰⁵ Neste sentido Maria Luísa DUARTE, *A ação de indemnização...*, cit., pp. 91 e 92.

²³⁰⁶ Este aspeto é particularmente importante nos casos em que os destinatários de decisões individuais ilegais não as impugnaram no devido prazo tornando-as inatacáveis. Cfr. acórdão KROHN vs. COMISSÃO, n.º 32: "...a existência de uma decisão individual tornada definitiva não poderia ser obstáculo à admissibilidade de uma tal acção".

²³⁰⁷ É perfeitamente possível que um particular se confronte com uma situação de ilegitimidade para impugnar um regulamento ou uma diretiva, mas disponha de legitimidade para demandar os autores daqueles atos com vista a obter o ressarcimento pelos prejuízos que demonstre ter sofrido em virtude da sua ilegalidade.

2.7.2. A subsidiariedade da ação de indemnização face às vias jurisdicionais internas

Outra questão que a tutela jurisdicional efetiva suscita prende-se com o facto de a autonomia reconhecida à ação de indemnização movida contra a UE não colidir com a *subsidiariedade* da mesma perante os instrumentos processuais que existem nos ordenamentos jurídicos nacionais. Isto porque a referida ação insere-se no *sistema geral de proteção jurisdicional a que os particulares têm acesso no quadro dos Tratados*, dele fazendo parte os órgãos em que se reparte o TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais quando atuem como tribunais comuns de aplicação do direito da União²³⁰⁸.

Assim, se um particular se sentir lesado por uma medida individual da autoria das autoridades nacionais que atuaram enquanto extensão da administração pública europeia²³⁰⁹, por exemplo de aplicação de um regulamento europeu ilegal, em princípio, será nos tribunais nacionais e contra o respetivo Estado membro que aquele deve tentar obter o respetivo ressarcimento (v. g. através de uma ação de indemnização, de repetição do indevido, etc.)²³¹⁰. Os competentes órgãos jurisdicionais nacionais poderão mobilizar a intervenção do TJ através do reenvio prejudicial, de forma a que este verifique da ilegalidade do regulamento que serviu de base jurídica à adoção da medida individual de aplicação²³¹¹.

Daí que a ação de indemnização prevista no artigo 268.º e segundo e terceiros parágrafos do artigo 340.º do TFUE evidencie um carácter subsidiário face às vias contenciosas existentes nos direitos nacionais; isto é, tal ação afigurar-se-á inadmissível se o lesado puder alcançar o ressarcimento dos danos sofridos exercendo o seu direito de ação através das vias processuais idóneas e nas jurisdições nacionais.

O TJ já esclareceu que a admissibilidade da ação de indemnização contra a União "*pode estar subordinada, em determinados casos, ao esgotamento das vias de recurso internas disponíveis para se obter satisfação da parte das autoridades nacionais*", seja a anulação de decisões ilegais das autoridades nacionais, seja à obtenção de indemnização pelos prejuízos sofridos em consequência da ilegalidade. No entanto, também acrescentou (e bem!) que para que assim seja é necessário que as "*vias de recurso nacionais garantam de forma eficaz a proteção dos particulares que se considerem lesados pelos actos das instituições comunitárias e sejam*

²³⁰⁸ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A acção de indemnização...*, cit., p. 91; Arjen W. H. MEIJ, *Article 215(2) EC and Local Remedies*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL, *op. cit.*, p. 273; Afonso Nunes de FIGUEIREDO PATRÃO, *op. cit.*, pp. 122 e ss.

²³⁰⁹ Portanto, atuando num quadro de administração europeia indireta ou instrumental.

²³¹⁰ Cfr. Denys SIMON, *Le système...*, cit., pp. 426 e 427.

²³¹¹ Cfr. acórdãos, já citados, AMILUM vs. CONSELHO e COMISSÃO, n.º 14; e UNIFREX vs. CONSELHO e COMISSÃO, n.º 11.

*susceptíveis de conduzir à reparação do dano alegado*²³¹². Ou seja, a ação de indemnização movida contra a UE apenas pode ser instaurada quando nenhuma via de direito nacional permita assegurar aos particulares lesados a reparação eficaz dos prejuízos alegadamente sofridos. Ao invés, se as vias processuais internas permitirem obter a anulação das decisões das autoridades nacionais bem como a compensação dos danos causados, a ação de indemnização que vise a UE não terá cabimento. Para que esta via contenciosa seja admissível, afigura-se, portanto, necessário que a mesma se apresente como a *única adequada* para a obtenção da reparação, pelos particulares, dos prejuízos provocados com a aplicação de um ato europeu ilícito.

No fundo, esta contingência destina-se a aliviar a pendência, nos órgãos integrantes do TJUE, de ações de indemnização por responsabilidade extracontratual da UE quando os prejuízos invocados advêm da cobrança excessiva, pelas administrações nacionais, de montantes compensatórios, uma vez que os tribunais nacionais têm competência exclusiva para julgar as ações de reembolso dessas importâncias. Os particulares não disporão de instrumentos processuais nacionais de reembolso das quantias compensatórias indevidamente pagas, nomeadamente, quando a invalidade do regulamento europeu que as fixou não é suscetível de colocar em causa as cobranças efetuadas antes de proferido o acórdão declarativo da nulidade do referido ato, tornando essas cobranças definitivas. Apesar de nestes casos a ação de indemnização contra a UE ser admissível, a mesma será julgada improcedente no que tange aos danos resultantes de montantes compensatórios indevidamente pagos, podendo proceder quanto aos prejuízos advinentes dos lucros cessantes, o que implica um carácter *residual* da atuação do TG e do TJ²³¹³.

Numa clara alusão à tutela jurisdicional efetiva, exige-se, porém, que **as vias de recurso internas assegurem eficazmente a proteção dos particulares lesados através da reparação dos danos sofridos**. Só esta constatação permite exigir daqueles a exaustão das vias jurisdicionais internas²³¹⁴ e dispensar as jurisdições integradas no TJUE da apreciação de ações de responsabilidade civil extracontratual instauradas contra a UE.

²³¹² Cfr. os já mencionados acórdão ROQUETTE XII, n.º 15; bem como os também já mencionados arestos UNIFREX vs. COMISSÃO e CONSELHO; e KROHN vs. COMISSÃO, n.º 27.

²³¹³ Assim Maria Luísa DUARTE, *A ação de indemnização...*, cit., p. 93.

²³¹⁴ Vide João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., pp. 684 e ss.

Parte IV

Corolários da tutela jurisdicional efetiva no contencioso da União Europeia *lato sensu* a cargo das jurisdições nacionais

Capítulo I

A tutela jurisdicional efetiva e a interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União Europeia

1. Razão de ordem

O princípio da interpretação conforme, que semelhantemente aos princípios da aplicabilidade direta e do efeito direto também é um corolário do primado, impõe aos tribunais e às autoridades administrativas nacionais enquanto aplicadores do direito a obrigação de interpretar as normas internas em conformidade com a letra e a finalidade das disposições do ordenamento europeu. Tal princípio decorre ainda do princípio da cooperação leal (outrora princípio da lealdade comunitária)²³¹⁵ previsto no n.º 3 do artigo 4.º do TUE e tem subjacente a tutela jurisdicional efetiva do direito da União, na medida em que o direito interno deve ser interpretado de forma a não comprometer irremediavelmente tal tutela enquanto direito fundamental. Em causa, estão, também, os imperativos da efetividade, plena eficácia e aplicação uniforme do direito da UE nas ordens jurídicas nacionais.

O princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o ordenamento europeu poderá mesmo ilibar um Estado membro de responsabilidade civil extracontratual por violação do direito da UE, nomeadamente pelo incumprimento da obrigação de transposição (correta e atempada) de diretivas, se os seus órgãos (*maxime* jurisdicionais) aplicadores de direito conferirem às disposições destas uma interpretação caracterizada pela boa fé e compatível com o seu teor literal²³¹⁶.

Este princípio, sendo recente e acrescentando algo às doutrinas do primado e da aplicabilidade direta e do efeito direto, também foi precursor de uma verdadeira *transição paradigmática*²³¹⁷ ocupando lugar cativo na interpretação de todas as normas do direito interno anteriores ou posteriores às disposições do direito da União, com ou sem efeito direto. Todavia, é

²³¹⁵ Alessandra SILVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 127.

²³¹⁶ Assim Sephan HOBE, *op. cit.*, p. 123.

²³¹⁷ A expressão inspira-se em Boaventura de SOUSA SANTOS, *op. cit.*, p. 47.

relativamente às disposições desprovidas deste efeito, *maxime* horizontal como sucede com as normas constantes de diretivas não transpostas ou transpostas de forma incorreta ou intempestiva, que esta obrigação dos órgãos nacionais assume sensível importância²³¹⁸.

2. A interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União Europeia

Tradicionalmente enunciado como princípio regulador das relações entre as ordens jurídicas nacionais e o ordenamento da União, a exigência de interpretação das normas estaduais em conformidade com as europeias surge direcionada a todas as autoridades, jurisdicionais e administrativas, dos Estados membros que aplicam o respetivo direito interno. Como lembra J. J. GOMES CANOTILHO, fala-se hoje "*de princípio da interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário para exprimir o dever de os órgãos de aplicação de direito, sobretudo os juízes (legal review), interpretarem o direito nacional em conformidade com o direito comunitário*"²³¹⁹. No fundo, o princípio da interpretação conforme apela à necessidade de todas as autoridades estaduais, quando confrontadas com dúvidas sobre o sentido das disposições nacionais, interpretarem estas à luz do direito da UE²³²⁰.

Em causa está a efetividade²³²¹, o efeito útil²³²² e a plena eficácia²³²³ do direito da UE, objetivos que legitimam, ainda que de forma não impositiva, a interpretação das normas nacionais com as disposições de diretivas sobre os mesmos domínios e cujo prazo de transposição ainda não decorreu²³²⁴. No fundo, trata-se de uma atuação *prospetiva* que antecipa a aplicação de um direito que estará em vigor dentro de determinado período.

Por outro lado, sendo extensível a todas as autoridades nacionais que apliquem direito, onde se incluem também as entidades da administração pública, o dever de interpretação do direito nacional em conformidade com os termos, sentido e finalidades das disposições europeias

²³¹⁸ Há inclusive autores que, a este propósito, falam numa *outra dimensão da invocabilidade das diretivas* ou numa *dupla invocabilidade das mesmas*: a invocabilidade no âmbito do efeito direto e invocabilidade para além deste. É o caso de Philip MANIN, *L'invocabilité des directives: quelques interrogations*, in *RTDE*, 1990 (n.º 4), p. 669.

²³¹⁹ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 1211.

²³²⁰ Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 73; Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 947.

²³²¹ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 417 e ss.

²³²² Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 1211.

²³²³ Cfr. acórdão ADENELER e o, de 4 de julho de 2006, proc. C-212/04, Col. 2006, pp. I-6091 e ss, n.º 109 e 111.

²³²⁴ Assim José Luís da CRUZ VILAÇA, *A propósito dos efeitos...*, cit., p. 14. Cfr. o mencionado acórdão ADENELER e o, n.º 114 e 115.

está vocacionado sobretudo para os órgãos jurisdicionais nacionais. Afinal, eles são os aplicadores comuns do direito da UE, além do que controlam a atuação daquelas.

Nessa medida, a observância de tal dever permite assegurar outro desígnio: a uniformidade interpretativa e a consequente correta aplicação do direito da UE no espaço dos Estados membros. O reenvio prejudicial, *maxime* de questões interpretativas, desempenha a este propósito um papel de grande relevo: através dele garante-se a interpretação do direito nacional em conformidade com o ordenamento jurídico da União e previne-se o surgimento de contradições daquele face a este²³²⁵.

2.1. Valência como instrumento de prossecução da tutela jurisdicional efetiva

Se no plano doméstico vigora um princípio de interpretação dos atos normativos internos em conformidade com a Constituição²³²⁶, no plano europeu os órgãos jurisdicionais nacionais deverão escolher as opções interpretativas conducentes aos juízos de compatibilidade das disposições normativas internas face às regras europeias. Nesta medida, o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da UE permite prosseguir a tutela jurisdicional efetiva a dois níveis: imediata e positivamente, através da salvaguarda dos direitos subjetivos e interesses legítimos que a ordem jurídica europeia confere aos particulares; mediata e negativamente, mediante a descaracterização de certos comportamentos (legislativos, regulamentares, administrativos) dos Estados membros de incumprimento de obrigações decorrentes dos Tratados, resguardando-os de possíveis ações por incumprimento perante o TJ e de ações de indemnização a instaurar nos tribunais nacionais.

No que tange ao primeiro nível, o artigo 204.º da CRP, bem como os seus homólogos de outras Constituições de Estados membros onde os juízes sejam os seus guardiões (*judicial review*), abrange uma dimensão implícita: **o dever officioso de não aplicação, pelos juízes, do direito interno desconforme com o direito da UE**²³²⁷.

O princípio da interpretação conforme, omnipresente na interpretação de qualquer fonte nacional quando confrontada com o direito da União, encontra a sua principal valência em relação às disposições europeias que não beneficiam de efeito direto (principalmente, no âmbito

²³²⁵ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 576.

²³²⁶ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 948. Tal princípio permite, perante situações hermenêuticas polissémicas, considerar tais atos não inconstitucionais enquanto puderem ser interpretados de acordo com a lei fundamental, o que configura um instrumento de os tribunais neutralizarem eventuais violações constitucionais.

²³²⁷ Também parece ser esta a posição de J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 920.

das relações entre particulares)²³²⁸. Na verdade, ele surgiu para **obviar aos efeitos nefastos que o não reconhecimento do efeito direto horizontal poderá implicar para os particulares**²³²⁹. Sem prejuízo da salvaguarda da objetiva legalidade europeia que também é alcançada, é sobretudo a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos conferidos aos particulares pela ordem jurídica da União que se visa prosseguir com a exigência de interpretação do direito nacional em conformidade com o europeu.

Nessa medida, compreende-se que as disposições das diretivas não transpostas ou incorreta e/ou intempestivamente recebidas surjam como uma referência na interpretação das disposições nacionais adotadas para a sua execução²³³⁰; no fundo elas traduzem-se num elemento interpretativo que o juiz nacional deve ter em consideração, pelo que podem ser invocadas pelos particulares com vista à interpretação das normas nacionais em conformidade com as suas disposições, mesmo que não dotadas de efeito direto.

Um limite, no entanto, se impõe e decorre de um princípio geral de direito da UE, nomeadamente, do princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica dos cidadãos, em especial na sua dimensão de proibição de retroatividade²³³¹. As diretivas não podem ter como efeito, por si próprias e independentemente das leis internas adotadas por um qualquer Estado membro para sua aplicação, gerar ou agravar a responsabilidade criminal de particulares que atuem violando as suas normas²³³². Generalizando, o dever de interpretação conforme cessa quando implique a imposição a um particular de obrigações previstas em diretivas não transpostas²³³³.

2.2. Vinculação da administração pública nacional e repercussão ao nível da tutela jurisdicional efetiva

Enfatiza-se que o princípio da interpretação conforme não se apresenta apanágio do poder judicial, estendendo-se também às administrações públicas dos Estados membros. Na verdade, a obrigação de os juízes nacionais interpretarem as disposições do direito interno, anterior ou posterior às diretivas (e outras disposições europeias), em conformidade com o texto e finalidade

²³²⁸ Cfr. acórdão ADENELER e o, já citado, n.º 113.

²³²⁹ Cfr. Sónia TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 45.

²³³⁰ Cfr. Sofia OLIVEIRA PAIS, *O Acórdão Marleasing - Rumo à consagração implícita do efeito horizontal das diretivas*, in BFDUC (Vol. 68), Coimbra 1992, p. 288; Sob a coordenação da mesma autora *vide* o respetivo comentário ao referido aresto, in *Princípios Fundamentais...*, *cit.*, p. 94.

²³³¹ Cfr. acórdão ADENELER e o, já citado, n.º 110.

²³³² Cfr. acórdão KOLPINGHUIS NIJMEGEN, de 8 de outubro de 1987, proc. 80/86, Col. 1987, pp. 3982 e ss, n.º 13.

²³³³ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, p. 419.

destas, enquanto medida compensatória da ausência de efeito direto horizontal das mesmas, envolve a consagração de um conceito amplo de Estado, o qual abrange a própria administração pública descentralizada²³³⁴. As diretivas podem, portanto, ser invocadas contra os Estados membros, estejam eles a agir ou não no uso do seu *jus imperii*²³³⁵.

A necessidade de tutela jurisdicional (efetiva) diminui proporcionalmente em virtude de as administrações nacionais agirem de acordo com a vinculação decorrente do princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da UE.

3. Tutela jurisdicional efetiva e ativismo judiciário na formulação do princípio da interpretação conforme

Embora não escrito, o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da UE encontra-se inerente ao sistema do Tratado²³³⁶, tendo sido declarado no já mencionado acórdão VON COLSON e KAMANN e reafirmado, entre outros, nos arestos MARLEASING²³³⁷ e FACCINI DORI²³³⁸.

3.1. A jurisprudência *Von Colson e Kamann*

A decisão VON COLSON e KAMANN foi proferida num processo de questões prejudiciais despoletado no âmbito de uma ação laboral que duas cidadãs alemãs (Sanibe Von Colson e Elisabeth Kamann) moverem, no Tribunal do Trabalho (*Arbeitsgericht*) de Hamm, contra o *Land Nordrhein-Westfallen*, por lhes ter sido recusada a admissão como assistentes sociais num estabelecimento prisional, alegando terem sido alvo de discriminação em razão do sexo no acesso ao emprego e solicitando ao referido tribunal a condenação do réu a apresentar-

²³³⁴ Já no citado acórdão FRATELLI CONSTANZO o Tribunal havia afirmado esta linha jurisprudencial.

²³³⁵ Vide Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 80.

²³³⁶ Cfr. acórdão ADENELEER e o, já citado, n.º 109.

²³³⁷ Acórdão de 13 de novembro de 1990, proc. C-106/89, Col. 1990, pp. I-4156 e ss. Sobre o caso MARLEASING vide Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, cit., pp. 121 e ss; em especial vide Sofia OLIVEIRA PAIS, *O acórdão Marleasing...*, cit., pp. 313 e ss; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, cit., pp. 211 e ss.

²³³⁸ Acórdão de 14 de julho de 1994, proc. C-91/92, Col. 1994, pp. I-3347 e ss.

lhes uma oferta de emprego ou, alternativamente, a pagar-lhes seis meses de salários a título de lucros cessantes²³³⁹.

Confrontado com dúvidas sobre a correta interpretação da diretiva comunitária que regulava a matéria, o tribunal do reenvio colocou ao TJ, entre outras, as questões prejudiciais de saber (i) se, em caso de discriminação, daquele ato de direito derivado decorre outra sanção para além do direito à celebração de um contrato de trabalho e (ii) se a diretiva, segundo a interpretação que lhe deve ser conferida, pode ser invocada perante os órgãos jurisdicionais nacionais pelas pessoas lesadas?

No acórdão prejudicial o Tribunal relacionou a igualdade de oportunidades com a tutela jurisdicional, dizendo que ambas devem ser efetivas, e determinou que a efetividade da igualdade de oportunidades não pode ser estabelecida fora de um sistema de sanções (administrativas e jurisdicionais) adequado. Tal resulta da *finalidade* da diretiva, em especial de uma disposição desta que ao conferir aos candidatos a um posto de trabalho que se considerem discriminados um *direito de recurso judicial*²³⁴⁰, reconhece a existência na respetiva esfera jurídica de direitos suscetíveis de serem invocados judicialmente²³⁴¹.

O TJ mais referiu que se a aplicação completa da diretiva não impõe uma determinada forma de sancionamento para as situações de violação da proibição de discriminação, ela implica no entanto que as sanções adotadas sejam aptas a assegurar uma *tutela jurisdicional efetiva e eficaz dos direitos que a mesma prevê*, devendo ter também um efeito dissuasor relativamente aos empregadores. Daí resulta que quando um Estado membro optar por sancionar a violação da proibição de discriminação mediante a atribuição de um direito à indemnização, esta deve ser adequada a abranger o prejuízo sofrido²³⁴².

Nesta sequência, o Tribunal acrescentou que as disposições nacionais de transposição da diretiva não podem limitar o direito à reparação das pessoas que foram objeto de uma situação de discriminação no acesso ao emprego a uma indemnização meramente simbólica²³⁴³, concluindo com a enunciação do princípio da interpretação conforme nos seguintes termos: "*...a obrigação dos Estados membros, decorrente de uma directiva, de atingir o resultado por ela prosseguido,*

²³³⁹ O princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de acesso ao emprego e de condições de trabalho, bem como a inerente proibição de discriminação em razão do sexo, eram objeto da Diretiva (CEE) n.º 76/207, do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976, que impunha aos Estados membros a adoção das medidas necessárias à supressão das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas contrárias ao referido princípio. A legislação alemã que transpôs a referida diretiva estabelecia como consequência da violação do princípio da igualdade o direito à indemnização mas apenas quando ocorressem danos emergentes.

²³⁴⁰ Especificamente, o seu artigo 6.º ao estipular que "*Os Estados membros devem introduzir na respectiva ordem jurídica interna as medidas necessárias para permitir a qualquer pessoa que se considere lesada pela não aplicação do princípio da igualdade de tratamento, na aceção dos artigos 3.º, 4.º e 5.º, fazer valer judicialmente os seus direitos, eventualmente, após recurso a outras instâncias competentes*".

²³⁴¹ Cfr. n.º 22.

²³⁴² Cfr. n.º 23.

²³⁴³ Cfr. n.º 24.

bem como o seu dever, por força do artigo 5.º do Tratado [posteriormente artigo 10.º do TCE e atual n.º 3 do artigo 4.º do TUE], de tomar todas as medidas gerais ou especiais adequadas a assegurar a execução dessa obrigação, impõem-se a todas as autoridades dos Estados membros, incluindo, no âmbito das suas competências, os órgãos jurisdicionais. Daqui resulta que, ao aplicar o direito nacional, e designadamente as disposições de uma lei nacional introduzida especialmente com vista a dar execução à Directiva 76/207, o órgão jurisdicional nacional é obrigado a interpretar a respectiva lei nacional à luz do texto e da finalidade da Directiva, para atingir o resultado prescrito pelo artigo 189.º [seguidamente artigo 249.º do TCE; hoje artigo 288.º do TFUE], terceiro parágrafo”²³⁴⁴.

O TJ recusou o efeito direto vertical da diretiva devido à ausência de incondicionalidade e de suficiente precisão das obrigações (nomeadamente, no que tange às sanções a aplicar a situações de discriminação) que a mesma impõe aos Estados membros. Consequentemente, na ausência de medidas nacionais de aplicação tomadas dentro do prazo de transposição não podia a diretiva ser invocada pelos particulares com vista à obtenção da reparação determinada por ela, uma vez que tal consequência não encontrava acolhimento na legislação nacional²³⁴⁵.

Trazendo à colação o recém-proclamado princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o ordenamento comunitário, o TJ investiu os órgãos jurisdicionais nacionais na tarefa de conferir às legislações nacionais adotadas com vista à transposição da diretiva, e dentro de toda a margem de apreciação que tais atos legislativos nacionais lhes conferem, uma interpretação e uma aplicação conformes às exigências do direito comunitário²³⁴⁶.

3.2. A jurisprudência *Marleasing*

O caso MARLEASING teve a sua origem em Espanha. No pleito interno uma sociedade de direito espanhol (a *Barviesá S.A.*), pretendendo subtrair-se às suas obrigações perante os respetivos credores, constituiu outra sociedade (a *La Comercial S.A.*) para a qual transferiu parte do seu património. No universo dos credores da primeira figurava a *Marleasing S.A.*, que alegou

²³⁴⁴ Cfr. n.º 26; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, cit., p. 209.

²³⁴⁵ Cfr. n.º 27. Na verdade, a diretiva conferia aos Estados membros liberdade de escolha entre diferentes soluções aptas a realizar o objetivo nela previsto. Nos artigos 6.º e 7.º é visível a margem de manobra que a mesma concede aos Estados membros na cominação das violações ao princípio da proibição de discriminação; designadamente, esses normativos (ou outros) não impõem aos Estados membros que, nas medidas nacionais de transposição da diretiva, prevejam a aplicação de sanções. Contudo, optando por sancionar as infrações ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso ao emprego através da atribuição aos lesados do direito à indemnização, deverá esta assegurar eficazmente o efeito dissuasor da proibição de discriminação e ser adequada aos prejuízos sofridos, o que não se coaduna com uma indemnização meramente simbólica, como por exemplo a que se cinge ao reembolso das despesas motivadas pela apresentação da candidatura.

²³⁴⁶ Cfr. n.º 28.

que o ato constitutivo da segunda empresa se tratava de um negócio simulado cujo objetivo era defraudar os credores daquela, tendo requerido ao competente tribunal espanhol a anulação do referido ato²³⁴⁷.

Confrontado com dúvidas interpretativas sobre o direito comunitário aplicável, o *Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Oviedo* questionou o TJ sobre a produção de efeito direto do artigo 11.º da Diretiva (CEE) n.º 68/151, do Conselho, de 9 de março, de forma a impossibilitar uma declaração judicial de invalidade do ato constitutivo de uma sociedade anónima baseada em motivos distintos dos enumerados na referida disposição. À data do litígio, a referida diretiva não tinha sido transposta para a ordem jurídica espanhola.

Na resposta, o TJ consolidou a sua conceção inabalável de **negação de efeito direto horizontal às disposições constantes das diretivas** traduzida, portanto, na impossibilidade de um particular invocar em juízo tais normas contra outro particular com vista a beneficiar de direitos que as mesmas lhe confirmam, eventualmente em detrimento da aplicação de normas nacionais contrárias. Com efeito, diferentemente do que sucede com outras fontes (v. g. os regulamentos ou os próprios Tratados) os destinatários das diretivas são os Estados membros e não os particulares²³⁴⁸.

Não obstante, seguidamente firmou a sua recente jurisprudência relativa ao princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito comunitário, isto é, à luz do texto e da finalidade deste, estabelecendo que "*...a obrigação dos Estados membros, decorrente de uma directiva, de atingir o resultado por ela prosseguido, bem como o seu dever, por força do artigo 5.º²³⁴⁹ do Tratado, de tomar todas as medidas gerais ou especiais adequadas a assegurar a execução dessa obrigação, impõe-se a todas as autoridades dos Estados membros, incluindo, no âmbito das suas competências, os órgãos jurisdicionais. Daqui resulta que, ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do*

²³⁴⁷ A *La Comercial S.A.* defendeu-se com base no artigo 11.º da Diretiva (CEE) n.º 68/151, do Conselho, de 9 de março de 1968, relativa à coordenação das garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58º do TCEE (posteriormente artigo 48.º do TCE e atual artigo 54.º do TFUE), a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade, alegando que o mesmo estabelece um elenco taxativo das causas de invalidade das sociedades anónimas.

²³⁴⁸ Nas palavras do TJ, "*...uma directiva não pode, por si própria, criar obrigações na esfera de um particular e, por conseguinte, a disposição de uma directiva não pode ser invocada, enquanto tal, contra essa pessoa*". Cfr. n.º 6, no qual o Tribunal remeteu para o mencionado acórdão MARSHALL, épico na doutrina da negação de efeito direto horizontal das disposições das diretivas. Uma perspetiva crítica sobre a jurisprudência MARLEASING pode ver-se em Sofia OLIVEIRA PAIS, *O acórdão Marleasing...*, cit., pp. 302 e ss, onde a autora defende a consagração do efeito direto horizontal das diretivas.

²³⁴⁹ Também neste areto o TJ evocava o princípio da cooperação leal, atualmente constante do n.º 3 do artigo 4.º do TUE.

possível, à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o art.º 189.º, terceiro parágrafo, do Tratado"²³⁵⁰.

Como observa J. J. GOMES CANOTILHO²³⁵¹, daqui resulta que intimamente ligados ao princípio da interpretação conforme estão os princípios do efeito útil e da finalidade do direito europeu. Na verdade, aquele princípio foi concebido como uma espécie de medida compensatória da impossibilidade com que os particulares se confrontam de, em juízo, invocarem os direitos constantes de disposições de diretivas contra outros particulares.

Com este corolário do primado²³⁵² e simultaneamente paliativo da negação do efeito direto horizontal às normas das diretivas, o Tribunal, por um lado, deu um passo importantíssimo no sentido de garantir uma tutela jurisdicional efetiva aos direitos conferidos aos particulares pelas disposições de diretivas que não têm efeito direto vertical devido à insuficiência de precisão e à ausência de incondicionalidade.

Por outro lado, a tutela jurisdicional efetiva também fica assegurada quando o prazo de transposição da diretiva ainda não ocorreu, ou a sua aplicação se situa no âmbito das relações *horizontais*, não sendo possível a invocação da diretiva perante o tribunal nacional²³⁵³. Saliente-se que nestes dois cenários a aplicação do princípio da interpretação conforme pode, na prática, conduzir a uma efetiva execução (ou, se se preferir, a um verdadeiro efeito direto horizontal) da diretiva, embora restrita ao caso concreto, pois como ensina João MOTA DE CAMPOS, "*se é de excluir que uma directiva comunitária não transposta seja fonte de obrigações para os particulares, parece não haver dúvidas de que o aludido princípio da interpretação conforme pode na prática conduzir ao mesmo resultado, isto é, ao efeito directo horizontal da directiva*"²³⁵⁴.

O caso MARLEASING confirma estas afirmações. O TJ determinou ao juiz nacional a obrigação de, num litígio entre particulares, interpretar o direito interno de forma a que as disposições da diretiva não transposta pudessem ter aplicação ao caso *sub judice*, chegando assim à mesma conclusão a que chegaria se a tivesse aplicado diretamente, o que equivaleria a atribuir efeito direto horizontal às normas da diretiva em questão. Na verdade, o Tribunal concluiu que "*a exigência de uma interpretação do direito nacional conforme ao artigo 11.º da Directiva 68/151 proíbe interpretar as disposições do direito nacional relativas às sociedades*

²³⁵⁰ Vide n.º 8.

²³⁵¹ Cfr. *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 1212.

²³⁵² Cfr. Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, cit., pág. 432.

²³⁵³ Cfr. Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, cit., p. 118.

²³⁵⁴ Cfr. *Direito...*, II Vol, cit., p. 303. No mesmo sentido, Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, cit., p. 522, refere que "*é certo que em relação às directivas, o Tribunal ainda não admitiu o efeito directo horizontal, mas, ao impor aos tribunais nacionais a interpretação conforme à directiva, acaba por indirectamente levar à aplicação da directiva não transposta*". Neste setor vide ainda Sofia OLIVEIRA PAIS, *O acórdão Marleasing...*, cit., pp. 316 e ss.

anónimas de modo a que a invalidade de uma sociedade anónima possa ser declarada por motivos diferentes dos limitativamente enunciados no artigo 11.º da directiva em causa"²³⁵⁵.

Neste caso, em suma, o TJ não procedeu a uma identificação completa entre a diretiva e o regulamento²³⁵⁶, tal como não cedeu nos requisitos constitutivos do efeito direto, nem reconheceu o efeito direto horizontal das normas das diretivas; em contrapartida, porém, estabeleceu que o juiz nacional deve, no âmbito das suas competências, interpretar o direito nacional à luz do texto e da finalidade da diretiva de forma a atingir o resultado por ela prosseguido, o que equivale na prática a uma projeção na esfera dos particulares semelhante àquela que ocorreria por força do reconhecimento, à mesma, de efeito direto horizontal. Na esteira de Maria Luísa DUARTE diremos que a "*directiva pode não ter efeito direto, mas enquanto fonte de direitos para os particulares condiciona a interpretação do direito nacional que, no limite, pode significar a desaplicação sob a forma de interpretação correctiva*"²³⁵⁷ e pode ainda fundamentar um direito à reparação pecuniária.

3.3. A jurisprudência *Faccini Dori*

Uma referência deve ser feita ao acórdão FACCINI DORI, não somente pela consolidação e síntese que faz dos dois anteriores²³⁵⁸, nomeadamente, negando o efeito direto horizontal às disposições das diretivas²³⁵⁹ e compensando tal negação através do princípio da interpretação conforme, como pela consequência em que incorrem os Estados membros quando a interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da UE não se afigura possível. Segundo o TJ, "*no caso de o resultado prescrito pela diretiva não poder ser atingido por via de interpretação, deve recordar-se que (...) o direito comunitário impõe aos Estados membros a reparação dos danos causados a particulares pela não transposição de uma diretiva...*"²³⁶⁰.

Portanto, quando a interpretação conforme não se apresente possível pode o Estado membro ser responsabilizado no âmbito de ações de indemnização, cujos termos retomaremos *infra*, que os particulares lesados em virtude de não poderem invocar os direitos previstos na diretiva contra outros particulares instaurem contra aquele. Isto para além de o referido Estado também poder ser declarado incumpridor da obrigação decorrente do terceiro parágrafo do artigo 288.º do TFUE, no quadro da ação por incumprimento.

²³⁵⁵ Cfr. n.º 9. Vide também o n.º 10.

²³⁵⁶ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A Cidadania...*, cit., p. 73; *A teoria dos poderes...*, cit., p. 314.

²³⁵⁷ Cfr. *A Cidadania...*, cit., p. 74.

²³⁵⁸ Vide n.º 26.

²³⁵⁹ Cfr. n.ºs 20 a 25.

²³⁶⁰ Cfr. n.º 27.

3.4. A jurisprudência *Adeneler*

Uma nota de destaque merece ainda o mencionado aresto ADENELER. Isto porque a atividade interpretativa do direito interno surge vinculada a critérios que o legislador nacional forneceu aos juízes²³⁶¹ e, naturalmente, nem sempre a interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da UE se vislumbra possível, dadas as discrepâncias entre os teores literais e os possíveis sentidos das normas em confronto. Nessa medida o TJ esclareceu que os órgãos jurisdicionais nacionais devem interpretar as disposições nacionais com vista à implementação do ordenamento da UE "*na medida do possível*"²³⁶².

Por outro lado, em caso de concurso de vários resultados interpretativos conformes ao direito da União devem os tribunais nacionais privilegiar aquele que melhor corresponda à letra e finalidade do resultado prescrito na disposição europeia²³⁶³.

4. O princípio da interpretação conforme aplicado ao próprio direito da União

Uma interpretação sistemática e dinâmica do princípio da interpretação conforme permite retirar dele uma inferência, motivada pela tutela jurisdicional efetiva, direcionada aos órgãos jurisdicionais nacionais quando apliquem disposições pertencentes ao ordenamento da UE. Com efeito, quando esteja em causa a atuação dos tribunais dos Estados membros como órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da União é possível conceber-se um cenário de recusa de aplicação de normas pertencentes ao ordenamento da União (sem embargo do obrigatório processo de reenvio prejudicial previamente à essa desaplicação) que, ainda que formalmente respeitadoras dos cânones da legalidade europeia, sejam contrárias ao princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica dos cidadãos.

Numa articulação dialética entre princípios gerais de direito da UE, o princípio da tutela jurisdicional efetiva relaciona-se particularmente com o seu homólogo da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica, também ele concretizador do princípio do Estado de direito, comum aos Estados membros e subjacente ao valor da *União de direito*. Nesta lógica, será

²³⁶¹ Em Portugal, veja-se o artigo 9.º do Código Civil.

²³⁶² Cfr. n.º 108; no mesmo sentido *vide* acórdão LUCCHINI, de 18 de julho de 2007, proc. C-119/05, Col. 2007, pp. I-6228 e ss, n.º 60.

²³⁶³ Cfr. acórdão ADENELER, já citado, n.º 124.

questionável a eventual faculdade de as instituições europeias poderem a todo o tempo modificar disposições legislativas e regulamentares, ainda que justificando tais alterações com a necessidade de adaptar a regulamentação europeia a conjunturas económicas fortuitas e imprevisíveis, principalmente quando tais variações determinam a eliminação de efeitos jurídicos favoráveis aos particulares constituídos ao abrigo do regime anterior.

Daí que seja imperativo manter um ponto de equilíbrio entre a atividade legiferante da UE e a legalidade dela resultante bem como entre a vinculação à legalidade europeia e a proteção da legítima confiança dos cidadãos, o que passa por uma limitação imposta pelo princípio da proteção da confiança à liberdade do legislador da União e do próprio legislador nacional quando transpõe para a ordem jurídica interna diretivas europeias.

Tratando-se de um princípio que orienta a atividade legislativa, regulamentar e administrativa no seio da UE, como tal omnipresente no amplo conceito de legalidade europeia, o controlo do respeito do princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica também passa pelo exercício da função jurisdicional, onde avulta a tutela jurisdicional efetiva. É assim possível conceber-se o cenário de desaplicação, pelos tribunais nacionais, (i) de normas de direito da UE derivado (secundário e terciário) ainda que previamente devam reenviar prejudicialmente ao TJ a respetiva questão de validade e aguardar deste a necessária resposta confirmativa da invalidade, ou (ii) de normas nacionais de transposição de diretivas, por contrariarem manifestamente determinados princípios como o da proteção da confiança e da segurança jurídica dos cidadãos, aqui já sem necessidade de reenvio.

Na verdade, os atos administrativos, regulamentares e legislativos atentatórios deste princípio, na medida em que goraram expectativas legítimas na manutenção de determinada medida e/ou direitos adquiridos dos particulares conformes à legalidade europeia, devem ver a sua aplicação recusada pelos competentes tribunais nacionais, ressalvando-se as situações em que na base dessa frustração esteja um relevante interesse público²³⁶⁴.

²³⁶⁴ Alguma doutrina entende que o princípio da proteção da confiança merece tutela jurisdicional mediante declaração de invalidade dos atos que o contrariam, nas mesmas situações em que os Estados ou a UE estariam obrigados a indemnizar por responsabilidade civil extracontratual por ato lícito. É o caso de Federico CASTILLO BLANCO, *La protección de la confianza en el derecho administrativo*, Madrid, 1988, p. 189; entre nós, de Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 916.

Capítulo II

A tutela jurisdicional efetiva e o apuramento da responsabilidade extracontratual dos agentes nacionais por violação do direito da União Europeia

Considerações introdutórias

Dedicámos o último capítulo da parte precedente à questão da responsabilidade da UE por danos causados a terceiros em virtude de comportamentos, por ação ou por omissão, levados a efeito fora do âmbito da sua atividade contratual pelas suas instituições, seus órgãos ou organismos bem assim pelos respetivos agentes desde que atuando no exercício das respetivas funções, contrários à legalidade europeia por serem violadores dos direitos de outrem (particulares ou Estados membros).

Todavia, no que tange aos particulares o problema da responsabilidade civil *aquiliana* pelo menosprezo dos direitos subjetivos que a ordem jurídica europeia reconhece é mais abrangente, uma vez que os autores dos comportamentos ilícitos e danosos podem ser outros, designadamente, os Estados membros e os próprios particulares. Naturalmente, o *princípio da efetividade do direito da UE* ficaria gravemente amputado, com notório prejuízo para a tutela jurisdicional efetiva, se situações daquele género, em que o comportamento é imputável a entes nacionais, não merecessem uma proteção jurídica plena e eficaz a cargo dos tribunais. Os problemas gerados por este género de factualidade encontram acolhimento no campo de atuação dos órgãos jurisdicionais nacionais, os quais, ao decidirem este tipo de ações declarativas de condenação, intervêm como órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da UE. Afigura-se necessário estarmos perante comportamentos da autoria (i) dos Estados (ou melhor, dos seus órgãos) ou (ii) dos próprios particulares, contando que nos mesmos se vislumbre, na categoria analítica da ilicitude, uma situação contrária à legalidade emergente da ordem jurídica europeia, causadora de danos a outrem, potenciais lesados, traduzida na violação de direitos seus decorrentes da referida ordem.

Com efeito e como temos vindo a referir de forma recorrente, os Estados membros atuam frequentemente em aplicação ou em execução do direito da UE (v. g. quando transpõem diretivas europeias para as ordens jurídicas internas; quando através das respetivas administrações públicas adotam medidas individuais e concretas de aplicação dos regulamentos europeus que delas carecem; quando os respetivos tribunais decidem litígios cujo critério material de resolução passa por soluções substantivas que direta ou indiretamente remontam ao direito da UE, etc.), sendo-lhes naturalmente imputáveis as violações ao mesmo decorrentes da sua má aplicação ou execução. Ora, se esse tipo de atuações causar prejuízos a outrem, sobretudo aos particulares, os Estados membros incorrerão em responsabilidade civil aquiliana por violação do direito da UE.

Contudo, não menos certo é que os autores de comportamentos contrários à juridicidade europeia e geradores de danos para terceiros também podem ser os próprios particulares. Pense-se na eventualidade de imputação a estes de violações de normas constantes de regulamentos europeus ou, desde que dotadas de efeito direto horizontal, dos Tratados, como a constante do artigo 102.º do TFUE, que proíbe às empresas a exploração abusiva de posições dominantes que detenham no mercado europeu.

Veremos ambas as situações pela ordem atrás aludida.

Recorde-se que do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE decorre que os ordenamentos dos Estados membros devem prever instrumentos contenciosos adequados a assegurar uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos consagrados e da legalidade prevista na ordem jurídica europeia, nomeadamente e por um lado, ações de indemnização (contra o Estado ou outros particulares em função de quem tiver sido o autor do menosprezo da juridicidade europeia) que permitam o exercício, pelos particulares, da pretensão ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em consequência da violação ilícita daqueles direitos. Por outro lado e como vimos genericamente quando abordámos a temática da proteção judicial provisória de natureza cautelar decorrente do direito da União, a tutela jurisdicional efetiva exige, particularmente neste domínio, que os tribunais nacionais possam decertar, acessória e instrumentalmente às referidas ações indemnizatórias, providências cautelares fundadas no ordenamento europeu, inclusive nos sistemas nacionais que não as prevejam²³⁶⁵. Na verdade, a tutela jurisdicional efetiva, tal como delimitada na jurisprudência dos órgãos integrantes do TJUE e positivada no n.º 1 do artigo 19.º do TUE, exige que os tribunais nacionais deem guarida a todas as vias, substantivas e adjetivas,

²³⁶⁵ Não se inscreve neste setor o caso do direito português uma vez que o mesmo prevê, no âmbito do contencioso administrativo, a possibilidade de decretamento das providências cautelares, conservatórias ou antecipatórias, adequadas para assegurar o efeito útil da decisão (n.º 1 e alínea m) do n.º 2 do artigo 2.º do CPTA), o mesmo sucedendo no quadro do contencioso judicial comum (n.º 2 do artigo 2.º conjugado com o n.º 1 do artigo 362.º do novo CPC). Neste, para além do procedimento cautelar comum, que contempla medidas provisórias de natureza conservatória ou antecipatória, assume especial destaque a eventualidade de os tribunais ordenarem a providência cautelar especificada "*arbitramento de reparação provisória*" (vide os artigos 388.º e ss. do novo CPC).

mesmo que não consagradas nas ordens jurídicas nacionais, que os particulares despoletem, de forma a salvaguardar adequadamente os direitos subjetivos e os interesses legítimos conferidos a estes pela ordem jurídica europeia. Os princípios da efetividade do direito da União e da equivalência entre medidas fundadas neste e aquelas que decorrem dos ordenamentos internos, enquanto inferências da doutrina do primado, inclusivamente impõem que os órgãos jurisdicionais estaduais deixem de aplicar as legislações nacionais se as mesmas constituírem um obstáculo ao decretamento das referidas medidas de índole cautelar.

§ 1.º

A responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União Europeia

1. Razão de ordem

Se a ação por incumprimento, caracterizada entre outros aspetos por poder ser instaurada apenas contra os Estados membros, se trata de um instrumento contencioso que se insere na competência imperativa e exclusiva da jurisdição do TJUE (ou melhor, do TJ), a par dela e tendo igualmente por escopo a punição de violações da legalidade europeia imputáveis aos Estados membros²³⁶⁶, existe a possibilidade de tal tipo de comportamentos ser perseguido e reprimido pelos órgãos jurisdicionais nacionais, ainda que por impulso processual dos lesados (já que o princípio do dispositivo o exige), normalmente particulares (mas não necessariamente), através de instrumentos processuais regulados pelo direito interno²³⁶⁷.

Nessa medida, os acórdãos proferidos pelo TJ em sede de ações por incumprimento e declarativos de violações de obrigações decorrentes dos Tratados (ou, mais amplamente, do direito da UE) revelam-se, ainda que indiretamente, úteis e importantes para o quadro nacional, na medida em que permitem aos lesados invocarem as situações de incumprimento neles declaradas de forma a obterem dos tribunais nacionais o reconhecimento do direito ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em consequência dos comportamentos dos Estados que se encontram subjacentes aos referidos arestos. Aliás, nas páginas que dedicámos à tutela jurisdicional efetiva no âmbito daquele instrumento processual do contencioso da UE *stricto sensu*, vimos que mesmo que a situação de incumprimento cesse, poderá a ação continuar se for necessário apurar os prejuízos causados pelos Estados membros, designadamente, aos particulares²³⁶⁸.

Convirá recordar também que os particulares, ressalvado o estatuto que detêm quando se apresentem como queixosos, não têm qualquer intervenção na tramitação da ação por

²³⁶⁶ Naturalmente e de forma semelhante à que vimos quando abordámos a tutela jurisdicional efetiva em sede de ação por incumprimento, também aqui está em causa a aceção ampla e unitária de Estado soberano, titular dos poderes constituinte e constituídos (legislativo, executivo e judicial), e não só o Estado-administração. Tal aceção inclusivamente abrange os comportamentos adotados pelo Estado enquanto titular de participações sociais em entidades privadas como as sociedades comerciais anónimas.

²³⁶⁷ Cfr. Sophie PEREZ FERNANDES, *A Responsabilidade Civil do Estado-Legislador por violação do Direito da União Europeia*, Cascais, 2012, pp. 110 e ss.

²³⁶⁸ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Efeitos...*, *cit.*, pp. 111 e ss.

incumprimento, não podendo, designadamente, impugnar, contenciosa ou sequer graciosamente, o comportamento (v. g. de arquivamento do processo) adotado pela Comissão face às suas denúncias. Contudo, se eles se apresentarem como lesados em virtude do incumprimento de obrigações decorrentes dos Tratados da autoria de determinado Estado membro, poderão, na ordem jurídica nacional e nos respetivos tribunais estaduais, demandá-lo com o objetivo de serem ressarcidos dos prejuízos sofridos em virtude da infração ao direito da UE²³⁶⁹.

Uma diferença fundamental sobressai desde já: se a ação por incumprimento visa salvaguardar sobretudo a legalidade europeia, o processo nacional visa proteger mormente os direitos subjetivos ou os interesses legítimos dos lesados, que podem ser entes públicos. Na primeira avulta, portanto, a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade; no segundo destaca-se a tutela jurisdicional efetiva de posições ativas e subjetivas decorrentes do direito da União.

Ainda que possam existir coincidências na matéria de facto e no aspeto jurídico subjacente às duas espécies de causas²³⁷⁰, deve-se salientar que estamos perante figuras processuais autónomas. Isto é, não se exige a declaração de incumprimento pelo TJ para se poder demandar o Estado membro no quadro nacional; de igual forma, o "simples" facto de o incumprimento ter sido declarado por aquele órgão não implica, sem mais, que o Estado membro venha a ser condenado pelo tribunal nacional. Com efeito, a violação da legalidade europeia pelos Estados membros está, também, submetida a um controlo e a sanções jurisdicionais no âmbito nacional, independentemente de o ter sido no quadro da UE²³⁷¹. Não obstante, o cutelo de eventuais sucessivas ações de indemnização não deixará de ser um importante meio dissuasor da prática de infrações ao direito europeu²³⁷².

Para que possa existir responsabilidade do Estado membro por violação do direito da União não se afigura necessário que a norma europeia violada produza efeito direto, isto é, que gere na esfera jurídica dos particulares efeitos jurídicos imediatos traduzidos na atribuição de direitos contra o Estado membro, ou outros particulares, cuja salvaguarda incumba aos tribunais nacionais. Até pelo contrário, já que se estivermos no âmbito do efeito direto (vertical ou horizontal), como ao direito que a ordem jurídica da UE atribui ao particular corresponde uma correlativa obrigação que impende sobre o Estado membro ou outro particular, tratará aquele de

²³⁶⁹ Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 460, reporta a responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da UE ao constitucionalismo federal europeu e à ideia de União de direito.

²³⁷⁰ Na verdade, por norma na ação por incumprimento não se discutirão os prejuízos sofridos pelos demandantes da ação que será tramitada nas instâncias jurisdicionais nacionais.

²³⁷¹ Sobre esta matéria vide a monografia da Marta CHANTAL RIBEIRO, *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*, Coimbra, 1996.

²³⁷² Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Efeitos...*, cit., p. 117.

ver reconhecido o seu direito em juízo²³⁷³. Será, portanto, nas situações onde inexistente efeito direto, ou seja, impossibilidade de o particular se fazer valer em juízo da norma europeia violada, que avulta a possibilidade de o mesmo responsabilizar o Estado. No entanto, já se afigura imprescindível que do conteúdo da norma europeia menosprezada se extraíam direitos subjetivos que aproveitariam ao particular caso a norma dispusesse de efeito direto. Por outro lado, também é de conceber que o Estado, enquanto pessoa coletiva integrante da administração pública interna, possa ser demandado por outros organismos públicos (v. g. uma autarquia; uma região autónoma) que integram a referida administração.

A ligação do princípio da responsabilidade dos Estados por violação do direito da UE com a tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais no quadro da União é bem visível. Como ensina Maria Luísa DUARTE, diremos que "*a evolução na doutrina e na jurisprudência sobre a responsabilidade por facto de lei não é linear, mas nela é possível descortinar uma preocupação de coerência e adequação ao modelo constitucional de Estado, em especial a exigência de uma tutela efectiva dos direitos fundamentais do cidadão*"²³⁷⁴.

2. A responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União Europeia

É um dado assente que o dever do Estado (e demais autoridades públicas) de indemnizar pelos prejuízos resultantes da sua atuação na esfera patrimonial dos particulares constitui um subprincípio concretizador do princípio fundamental do Estado de direito²³⁷⁵. Para tal, afigura-se imprescindível a existência, nas ordens jurídicas internas, de sistemas jurídicos que permitam a efetivação da responsabilidade dos Estados, de base normativa (constitucional ou legislativa)²³⁷⁶ ou jurisprudencial²³⁷⁷.

²³⁷³ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, pp. 555 e 556. Nessa medida, aliás, remonta ao citado acórdão VAN GEND EN LOOS a possibilidade de os particulares invocarem tais direitos/obrigações perante os tribunais nacionais, sob pena de supressão da tutela jurisdicional efetiva direta dos direitos individuais dos respetivos nacionais. *Vide* p. 212 do referido aresto jurisprudencial.

²³⁷⁴ Cfr. *A Cidadania...*, *cit.*, p. 77.

²³⁷⁵ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, p. 501; Maria Luísa DUARTE, *A Cidadania...*, *cit.*, p. 55; João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 566; Ana Maria GUERRA MARTINS, *A natureza...*, *cit.*, p. 364; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 460.

²³⁷⁶ Em Portugal, por exemplo, vigora a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro que, revogando o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967 e alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho, em concretização do artigo 22.º da CRP, aprovou um novo regime jurídico da responsabilidade civil aquiliana do Estado e demais entidades públicas, o qual se estende, para além da administrativa, às funções legislativa e jurisdicional. Sobre este regime *vide* Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra, 2009, pp. 33 e ss. *Vide* também FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, *cit.*, pp. 691 e 706, que entende que Portugal se encontra numa situação de incumprimento do direito da UE uma vez que a parte final do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007 não acolheu,

Por outro lado, a obrigação de os Estados membros ressarcirem os danos causados aos particulares em virtude de uma *violação manifesta e grave* do direito da UE que lhes seja imputável constitui um princípio fundamental da ordem jurídica europeia construído com base na ideia de princípio geral comum aos direitos dos Estados membros²³⁷⁸ (uma vez que estes acolhem tal dever por violações do direito interno). Com efeito e na esteira de alguns autores²³⁷⁹, diremos que a *efetividade* (ou o inerente princípio) da norma da União ficaria diminuída se verificando-se o seu desvalor, o Estado membro infrator não fosse obrigado a repor a legalidade europeia e a reparar, por via de indemnização, todos os prejuízos causados aos particulares lesados.

Na verdade, o efeito útil das disposições do direito da UE exige que o Estado membro que viole tais disposições garanta a reparação dos prejuízos provocados por esse comportamento, sendo tal responsabilidade apurada no âmbito de ações de indemnização fundadas na responsabilidade civil extracontratual instauradas nos órgãos jurisdicionais nacionais.

Inerente a este regime está ainda o princípio da cooperação leal dirigido aos Estados membros, já que o dever de indemnizar decorrente da ausência de medidas estaduais (gerais ou individuais) destinadas a assegurar a plena execução das obrigações que lhes incumbem por força do direito da União não deixa de ser uma decorrência do referido princípio²³⁸⁰.

Em suma, o dever de indemnizar a cargo dos Estados apresenta-se como uma consequência da tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas conferidas aos particulares pela ordem jurídica europeia.

Talvez não seja despiciendo recordar, contudo, que nem sempre a responsabilidade pela adoção, por parte dos órgãos nacionais, de atos contrários ao direito da União e nessa medida lesivos dos interesses dos particulares recairá sobre os Estados membros, mas antes sobre a própria UE. Assim ocorrerá sempre que os referidos órgãos internos embora agindo em execução de normas europeias não disponham de qualquer margem de conformação (autonomia ou discricionariedade) dos atos em questão, uma vez que o sentido dos mesmos é-lhes imposto pelas autoridades europeias, normalmente pela Comissão. Esta circunstância implicará que tais atos

como deveria, o princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito da União, *maxime* no que tange à responsabilidade emergente de erros do poder judicial resultantes da violação do dever de reenvio tal como aclarado na jurisprudência KÖBLER e TRAGHETTI.

²³⁷⁷ Assim sucede, nomeadamente, na Bélgica, Estado membro onde o princípio foi reconhecido pela *Cour de Cassation*, nomeadamente, no acórdão DE KEYSER, de 19 de dezembro de 1991, publicado no *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 141.

²³⁷⁸ Cfr. Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, cit., p. 131.

²³⁷⁹ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição (notas de uma reflexão crítica)*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa, 1995, p. 674; *A teoria dos poderes...*, cit., p. 314; Henry G. SCHERMERS e Denis F. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 204; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., pp. 423 e 424.

²³⁸⁰ Cfr. n.º 36 do citado acórdão FRANCOVICH; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 472.

sejam, afinal, imputáveis à União sendo sobre ela que irá incidir a inerente responsabilidade, a qual será apreciada pelas jurisdições do TJUE no âmbito da ação de indemnização prevista no segundo parágrafo do artigo 340.º do TFUE²³⁸¹.

Porém, não menos verdade se afigura que normalmente os órgãos nacionais gozam de plena autonomia para executar o direito da UE. Nesse cenário, já será contra os Estados membros e nos tribunais nacionais que as respetivas ações de indemnização devem ser propostas, o que ocorre por força de um princípio fundamental de criação jurisprudencial e que permanece sem consagração positiva expressa nos Tratados, apesar de se encontrar inerente ao seu sistema e espírito: o *princípio da responsabilidade dos Estados membros pela violação do direito da UE*²³⁸², o qual permitiu continuar a transição paradigmática²³⁸³ na esfera de competências dos órgãos jurisdicionais estaduais iniciada com o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União.

Subjacente a tal princípio encontra-se, também, a doutrina do primado como aspeto estruturante e regulador das relações entre a ordem jurídica europeia e os ordenamentos nacionais, a qual vincula todos os órgãos públicos internos (*maxime* os tribunais e as administrações públicas), independentemente do seu desempenho na estrutura organizatória fundamental do Estado. Com efeito, uma disposição europeia, dependendo do tipo e extensão do seu âmbito normativo traduzido nos respetivos pressupostos de facto, pode determinar a atuação de qualquer um dos poderes internos, legislativo (na feitura de normas), administrativo (na sua execução), ou judicial (na interpretação e aplicação das mesmas). Contudo, no âmbito do controlo do respeito pela legalidade europeia e da averiguação de eventuais situações de ilicitude lesivas dos direitos dos particulares daí resultantes, o Estado é o único sujeito a quem pode ser imputada a violação do direito da UE.

Igualmente se afigura inquestionável que ao executar o direito da União, seja no plano legislativo, administrativo ou jurisdicional, as autoridades nacionais, pressupondo que dispõem de autonomia ou discricionariedade na conformação dos atos de aplicação, ficam adstritas ao regime da responsabilidade extracontratual emergente dessa execução. Nessa medida, importa destacar que os Estados membros não poderão manter em vigor, no respetivo ordenamento jurídico, normas internas contrárias às disposições europeias, podendo incorrer em responsabilidade se o fizerem, reportando a ilicitude ao momento da conflitualidade normativa.

²³⁸¹ Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso Comunitário, cit.*, pp. 228 e ss; João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso..., cit.*, p. 465; Luís CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 924.

²³⁸² Cfr. n.º 35 do aresto FRANCOVICH.

²³⁸³ Cfr. Boaventura de SOUSA SANTOS, *op. cit.*, p. 47.

Ainda a propósito dos princípios da *efetividade* e da *equivalência*, afigura-se indispensável que nos ordenamentos jurídicos nacionais, tendo em conta que é neles que este tipo de responsabilidade é efetivado, existam instrumentos processuais, designadamente ações de indemnização ou de responsabilidade civil contra os Estados membros, adequados para atingir tal finalidade. Na verdade, tais vias afiguram-se imprescindíveis para a efetivação da pretensão ao ressarcimento pelos prejuízos decorrentes da violação do direito da União devido à adoção, pelos Estados, de comportamentos atentatórios dos direitos subjetivos dos particulares previstos em normas europeias²³⁸⁴.

2.1. Ativismo judiciário do Tribunal de Justiça na formulação do princípio da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União Europeia

Foi no citado acórdão FRANCOVICH²³⁸⁵ que o princípio da responsabilidade dos Estados membros pelos danos causados aos particulares por comportamentos das autoridades nacionais violadores do direito da UE foi consagrado, embora desenvolvido em arestos jurisprudenciais posteriores dos quais se destacam os acórdãos BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME²³⁸⁶, DILLENKOFER²³⁸⁷ e KÖBLER (já mencionado)²³⁸⁸.

2.1.1. A jurisprudência *Francovich*

No acórdão FRANCOVICH o TJ considerou que a não transposição de uma diretiva no prazo prescrito constitui uma violação grave do direito da União²³⁸⁹, *maxime* do terceiro

²³⁸⁴ Cfr. João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, *cit.*, p. 566; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 427.

²³⁸⁵ Sobre ele *vide* Gerhard BEBR, *Joined Cases C-6/90 and 9/90, Francovich v. Italy, Bonifaci v. Italy Judgment of the Court of Justice of 19 November 1991, in CMLR*, 1992 (Vol. 29; n.º 3), pp. 557 e ss; Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Efeitos...*, *cit.*, pp. 112 e ss; Denis F. WAELBROECK, *Treaty Violations and Liability of Member States: the Effect of the Francovich Case Law*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL, *op. cit.*, pp. 311 e ss. Ligando tal aresto ao princípio da tutela jurisdicional efetiva *vide* John Temple LANG, *The Principle of Effective Protection of Community Law Rights*, in David O'KEEFFE e Antonio BAVASSO (eds.) *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*. Vol. I: *Judicial Review in European Union Law*, Haia, 2000, pp. 235 e ss; Ana Maria GUERRA MARTINS, *Curso...*, *cit.*, pp. 452 e 453; *Manual...*, *cit.*, pp. 534 e ss; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court...*, *cit.*, pp. 295 e ss.

²³⁸⁶ Acórdão de 5 de março de 1996, procs. apensos C-46/93 e C-48/93, Col. 1996, pp. I-1209 e ss.

²³⁸⁷ Acórdão de 8 de outubro de 1996, procs. apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94 e C-190/94, Col. 1996, pp. I-4845 e ss.

²³⁸⁸ Cfr. Alessandra SILVEIRA, *A responsabilidade do Estado por violação do Direito da União Europeia à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça*, in *Scientia Iuridica*, 2008 (n.º 315), pp. 437 e ss.

²³⁸⁹ No caso em questão o Estado italiano não transpôs atempadamente a Diretiva (CEE) n.º 80/98, do Conselho, de 20 de outubro de 1980, o que também motivou a Comissão a instaurar uma ação por incumprimento na qual o TJ

parágrafo do artigo 288.º do TFUE e do n.º 3 do artigo 4.º do TUE²³⁹⁰, e confere aos particulares um direito (subjetivo) à reparação dos danos sofridos²³⁹¹.

Proferido em sede de reenvio prejudicial, nele o TJ respondeu negativamente à parte inicial da primeira questão colocada, negando a possibilidade de a diretiva não transposta produzir efeito direto vertical, com base na ausência de incondicionalidade e de suficiente precisão do conteúdo de parte das suas disposições²³⁹².

Já relativamente à segunda parte da mesma questão prejudicial, atinente à responsabilidade do Estado membro pelos prejuízos que decorrem da violação das obrigações que lhe incumbem por força do direito da UE, o Tribunal respondeu afirmativamente determinando que o Estado membro é obrigado a reparar os prejuízos causados aos particulares pela não transposição da diretiva em questão. Generalizando a problemática e partindo da ideia fixada no acórdão, tal significa que "*...o direito comunitário impõe o princípio segundo o qual os Estados membros são obrigados a indemnizar os danos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário que lhes são imputáveis*"²³⁹³.

Na fundamentação da resposta a esta questão o TJ aludiu à jurisprudência VAN GEND EN LOOS e COSTA/ENEL para recordar que o Tratado de Roma instituiu uma ordem jurídica própria que se integrou nos sistemas jurídicos dos Estados membros e que se impõe aos respetivos órgãos jurisdicionais, assim como aos destinatários do direito da UE, que não são apenas os Estados membros, mas também os seus nacionais, cujo património jurídico proveniente do direito comunitário é composto tanto pelas obrigações a que se encontram adstritos como pelos direitos de que beneficiam²³⁹⁴.

Na sequência desta ideia e após invocar os acórdãos SIMMENTHAL III e FACTORTAME, por força dos quais os órgãos jurisdicionais nacionais foram investidos na

declarou o incumprimento de obrigações previstas no TCEE, nomeadamente, a de transposição de diretivas para a ordem jurídica nacional, por parte do referido Estado membro. Cfr. acórdão COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 2 de fevereiro de 1989, proc. 22/87, Col. 1989, pp. 143 e ss.

²³⁹⁰ Tal *leading case* fundamenta parcialmente a conclusão extraída por J. J. GOMES CANOTILHO no sentido da existência de um direito da UE *dirigente* e da consequente vinculação do legislador nacional a ele. Cfr. *Da Constituição Dirigente...*, cit., pp. 152 e 153; *"Brançosos" e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2.ª Ed, Coimbra, 2008, pp. 222 a 226.

²³⁹¹ Cfr. Denys SIMON, *Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives*, in *Europe*, 1991, dezembro, p. 1; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 704; Paulo de PITTA e CUNHA, *Direito Europeu...*, cit., pp. 98 e 99; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 424.

²³⁹² Segundo o TJ, a averiguação do carácter incondicional e da suficiente precisão das disposições da diretiva passa pela análise de três aspetos relacionados com a garantia nela prevista: (i) determinação dos seus beneficiários; (ii) conteúdo da mesma e (iii) identidade do seu devedor (*vide* n.º 12). O Tribunal concluiu pela suficiente precisão e incondicionalidade das normas relativas ao primeiro e segundo aspetos, negando tais características no terceiro previsto no artigo 5.º da Diretiva (n.ºs 13 a 27). Com efeito, o TJ considerou que o referido artigo 5.º confere aos Estados membros "*uma grande margem de apreciação quanto à organização, funcionamento e o financiamento das instituições de garantia*". *Vide* os n.ºs 10 a 27 do acórdão.

²³⁹³ Assim se lê no n.º 37 do aresto FRANCOVICH.

²³⁹⁴ Cfr. n.º 31.

função de tribunais comuns do direito comunitário²³⁹⁵, o TJ concluiu que *"a plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a protecção dos direitos que as mesmas reconhecem estaria enfraquecida se os particulares não tivessem a possibilidade de obter reparação quando os seus direitos são lesados por uma violação do direito comunitário imputável ao Estado membro. A possibilidade de reparação pelo Estado-membro é particularmente indispensável quando, como no caso dos autos, o pleno efeito das normas comunitárias está subordinado à condição de uma acção por parte do Estado e, por conseguinte, os particulares não podem, na falta de tal acção, invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais os direitos que lhe são reconhecidos pelo direito comunitário"*²³⁹⁶.

Neste acórdão, o Tribunal formulou, em suma, um *princípio geral de responsabilidade dos Estados membros por violação do direito comunitário*, mesmo que tal violação não tenha sido judicialmente declarada no âmbito de uma acção por incumprimento²³⁹⁷ e ainda que a norma desprezada não produza efeito direto²³⁹⁸. Com efeito, o direito de os particulares demandarem os Estados membros pelos prejuízos sofridos devido a violações do direito da UE adquire particular importância nas situações em que a norma europeia se caracteriza pela falta de produção de efeito direto (horizontal ou vertical) e como tal é insuscetível de ser invocada pelos particulares perante os tribunais nacionais.

Daí que o referido princípio também se assumia como medida compensatória da precariedade em que os particulares se encontram por não se poderem fazer valer de disposições europeias amputadas de efeito direto. Ou seja, o TJ nega o efeito direto horizontal (bem como o vertical na ausência de incondicionalidade e de carácter suficientemente preciso da norma

²³⁹⁵ Na realidade, aludindo expressamente a tais arestos, no n.º 32 do acórdão FRANCOVICH pode ler-se que *"incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais encarregados de aplicar, no âmbito das suas competências, as disposições do direito comunitário, assegurar o pleno efeito dessas normas e proteger os direitos que as mesmas conferem aos particulares"*.

²³⁹⁶ Cfr. n.ºs 33 e 34.

²³⁹⁷ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A Cidadania...*, cit., p. 59; Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, cit., p. 134.

Este aspeto assume especial importância na medida em que a revelação jurisprudencial de um princípio de responsabilidade dos Estados membros por violação do direito comunitário, em rigor, remonta à década de 60 do século XX, nomeadamente, ao acórdão HUBLET vs. BÉLGICA, de 16 de dezembro de 1960, proc. 6/60, Rec. 1960, pp. 1131 e ss. (em especial, na p. 1146 pode ler-se que *"...si la Cour constate dans un arrêt qu'un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un État membre est contraire au droit communautaire, cet État est obligé, en vertu de l'article 86 du traité C.E.C.A., aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire"*). Porém, aqui a obrigação de reparação dos prejuízos causados pelos Estados membros era acessória e dependia de uma prévia declaração, pelo TJ, de incumprimento no âmbito da ação hoje prevista nos artigos 258.º a 260.º do TFUE. Na verdade e como vimos, também resulta da jurisprudência do TJ que a cessação da situação de incumprimento não implica necessariamente a extinção da respetiva ação na medida em que pode ser necessário apurar os prejuízos sofridos pela UE, pelos demais Estados membros ou pelos particulares.

Sobre a jurisprudência relativa à responsabilidade dos Estados membros por violação de obrigações comunitárias proferida anteriormente ao aresto FRANCOVICH vide Denys SIMON e Ami BARAV, *La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire*, in RMC, 1987 (n.º 305), pp. 165 e ss.

²³⁹⁸ Cfr. n.ºs 26 e 33 do acórdão. Cfr. Josephine STEINER, *op. cit.*, pp. 8 a 11. Ver também João MOTA DE CAMPOS, *Direito...*, II Vol, cit., p. 568; Maria Luísa DUARTE, *A Cidadania...*, cit., p. 59; Sofia OLIVEIRA PAIS, *O acórdão Marleasing...*, cit., p. 322.

européia preterida), mas habilita o particular a acionar o Estado membro que não transpôs a diretiva, fazendo-o incorrer em responsabilidade civil aquiliana pela violação de obrigações que lhe incumbem por força do direito da UE.

Assim sendo, o princípio da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da UE é um *plus* face ao princípio da interpretação conforme e supera a doutrina do efeito direto²³⁹⁹. Tratando-se o direito de um dos mais importantes espelhos sociais do quotidiano dos nossos dias e, portanto, também um processo social, na perspetiva de Boaventura de SOUSA SANTOS poder-se-á dizer que este aspeto particular permite vislumbrar não apenas a sua vida própria, mas também hipotéticas alterações da sua funcionalidade motivada pelas contingências da sua vida²⁴⁰⁰.

Retomando os cenários da não transposição, ou de transposição parcial ou incorreta, das diretivas, trata-se de uma violação do direito da UE que poderá fundamentar a responsabilidade dos Estados membros pelos prejuízos causados aos particulares²⁴⁰¹ caso se encontrem reunidos três requisitos cumulativos²⁴⁰².

Em primeiro, exige-se que o resultado visado pela diretiva implique a atribuição de direitos aos particulares. Este requisito é suscetível de generalização, impondo-se, desde logo, que a violação de uma norma europeia (seja dos Tratados, de um regulamento comunitário, ou de uma diretiva) só faz nascer um direito à indemnização no caso de haver lesão de direitos atribuídos ou tutelados por ela²⁴⁰³.

Posto isto, impõe-se que o conteúdo dos direitos previstos na diretiva seja definido ou identificado com base nas disposições da mesma. Ou seja, não basta uma mera expectativa jurídica ou uma simples ostentação reportada aos benefícios decorrentes da diretiva; apenas merecem tutela jurisdicional os direitos ou interesses cujo conteúdo seja possível precisar à luz do texto e da finalidade da diretiva. Generalizando: impõe-se que o teor do direito previsto na norma europeia seja inteiramente delimitado com base nela, a qual deve por si própria permitir a efetivação do direito que é a sua génese valorativa ou razão de ser da própria norma.

²³⁹⁹ Cfr. Sónia TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 46.

²⁴⁰⁰ Cfr. *op. cit.*, p. 46.

²⁴⁰¹ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 468; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, *cit.*, p. 425.

²⁴⁰² Cfr. n.º 40 do acórdão FRANCOVICH. No n.º 38 o TJ alertou, porém, para o aspeto de as condições de efetivação da responsabilidade dos Estados bem como do direito à indemnização dos particulares dependerem da natureza da violação do direito comunitário que se encontra na origem dos danos. Nomeadamente, tais condições variam em função de estarmos perante uma violação da autoria do poder legislativo (*v. g.* por menosprezo da obrigação de transposição de diretivas constante do terceiro parágrafo do hoje artigo 288.º do TFUE) ou do poder judicial (*v. g.* pelo desrespeito do dever de reenvio previsto no terceiro parágrafo do atual artigo 267.º do TFUE).

²⁴⁰³ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A Cidadania...*, *cit.*, p. 70.

Por fim, deve-se determinar um nexo de causalidade entre a violação da obrigação a que o Estado membro está adstrito e o prejuízo sofrido pelo particular. Portanto, um pressuposto clássico do regime jurídico da responsabilidade.

A mais-valia da jurisprudência FRANCOVICH reside no seguinte: na ausência de efeito direto (*maxime* horizontal) de diretivas não transpostas, ou tardia ou incorretamente transpostas, e na impossibilidade da sua execução através de uma interpretação do direito interno conforme ao texto e finalidade dessas diretivas, a responsabilidade dos Estados membros pelos prejuízos causados aos particulares devido à adoção de um daqueles comportamentos assume especial destaque já que garante, nas relações horizontais, uma tutela jurisdicional efetiva mínima dos direitos conferidos pelas diretivas em causa aos referidos particulares²⁴⁰⁴.

Numa alusão à tutela jurisdicional efetiva e tendo no horizonte uma conjugação dos princípios da autonomia processual dos Estados, efetividade e equivalência, relativos aos regimes adjetivos e substantivos existentes nos direitos nacionais, o TJ começou por estabelecer, relativamente às condições de efetivação da responsabilidade, forma e aos meios processuais do exercício do direito à indemnização que, na ausência de regulamentação europeia, cabe aos direitos nacionais de cada Estado membro designar os tribunais competentes²⁴⁰⁵ e regulamentar as vias processuais das ações judiciais adequadas a efetivar os direitos dos particulares ou, nas palavras do próprio juiz da União, "*a assegurar a plena protecção dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito comunitário*"²⁴⁰⁶. Não obstante, como o primeiro princípio é delimitado através dos outros dois, o TJ, no mesmo aresto, também determinou que (i) não só a regulamentação interna relativa às condições materiais e formais em matéria de reparação dos danos não pode impor condições menos favoráveis do que as previstas para pretensões idênticas no âmbito interno, (ii) como tais condições não podem estar estruturadas de forma a tornarem excessivamente difícil ou praticamente impossível a obtenção da reparação^{2407/2408}.

²⁴⁰⁴ Assim Constança URBANO DE SOUSA, *Princípios...*, cit., p. 132. Vide também Sofia OLIVEIRA PAIS, *O acórdão Marleasing...*, cit., p. 322. Como refere esta última, no acórdão FRANCOVICH o TJ confere aos particulares não só um mecanismo de pressão para obrigar o Estado a cumprir as suas obrigações comunitárias, como lhes permite responsabilizar o Estado pelos prejuízos resultantes da violação do direito comunitário; ou seja, o Estado que não transpõe as disposições de uma diretiva é "equiparado" ao particular que ficaria vinculado às obrigações constantes dessa diretiva se ela tivesse sido transposta. Conclui a autora dizendo que "*com este mecanismo são solucionados certos problemas que resultam do não reconhecimento do efeito horizontal das directivas*".

²⁴⁰⁵ Em Portugal tal competência recairá predominantemente sobre a jurisdição dos tribunais administrativos (v. g. alínea g) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF), sem prejuízo de residualmente incidir sobre a competência dos tribunais judiciais (v. g. para os casos de erro judiciário cometido pelos tribunais desta jurisdição, por interpretação *a contrario* alínea a) do n.º 3 do artigo 4.º do ETAF, conjugada com o artigo 64.º do novo CPC e 18.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais aprovada pela Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto).

²⁴⁰⁶ Cfr. n.º 42 do acórdão FRANCOVICH.

²⁴⁰⁷ Cfr. n.º 43 do acórdão FRANCOVICH.

²⁴⁰⁸ O legislador nacional não se encontra impedido de regular o regime da responsabilidade do Estado por violação do direito da UE contando que "*essa regulamentação não torne impossível ou excessivamente difícil a concretização do direito a uma indemnização*". Assim Maria Luísa DUARTE, *A Cidadania...*, cit., p. 69.

No mesmo sentido encontramos o citado acórdão PALMISANI, proferido igualmente no âmbito de um processo de reenvio prejudicial colocado à apreciação do TJ a propósito da transposição da mesma diretiva.

2.1.2. A jurisprudência *Brasserie du pêcheur e Factortame*

Destrate, importa realçar que a obrigação do Estado membro indemnizar, pelos prejuízos causados pela violação do direito da UE, não se restringe às situações de não transposição, transposição tardia ou incorrecta de diretivas. Ela é antes, de acordo com um critério idêntico ao que o TJ concebeu em sede de ação de indemnização movida contra a UE²⁴⁰⁹, apanágio de *toda e qualquer violação suficientemente caracterizada*, isto é, manifesta e grave, imputável ao legislador nacional, de normas europeias que confirmam direitos aos particulares²⁴¹⁰ ou dos limites que se impõem ao poder de apreciação dos Estados membros quando apliquem ou executem direito da União²⁴¹¹, traduzida, designadamente, na não alteração da legislação interna de forma a conformá-la com as disposições dos Tratados ou do direito derivado.

O acórdão BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME, proferido no contexto de dois processos apensos é, talvez, até ao momento, o expoente máximo desta ideia²⁴¹². Também nele o TJ estabeleceu as condições de efetivação da responsabilidade dos Estados membros pela violação do direito da UE.

²⁴⁰⁹ De facto, apesar de os Tratados serem omissos em relação à responsabilidade dos Estados por violação do direito da UE, o respetivo regime foi delineado com base no quadro que enforma a responsabilidade da UE, o que é visível, nomeadamente, nos requisitos de procedência da ação (ilicitude, dano e nexa de causalidade) movida contra aqueles. Pretendeu-se desta forma assegurar-se um tratamento igualitário das situações merecedoras de tutela jurisdicional que surjam no âmbito da responsabilidade civil extracontratual independentemente de ela incidir sobre a UE ou um Estado membro. Cfr. Christoph HENKEL, *Constitutionalism of the European Union: Judicial Legislation and Political Decision Making by the European Court of Justice*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2001 (Vol. 19), p. 166. Vide também os n.ºs 27 a 31, e 42 do aresto BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME.

²⁴¹⁰ Cfr. Joan D. JANER TORRENS, *La influencia del Derecho Comunitario en la creación de un ius commune de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales*, in *RDCE*, 2002 (Ano 6; n.º 11), p. 185; Sophie PEREZ FERNANDES, *op. cit.*, pp. 41 e ss.

²⁴¹¹ Vide acórdão DILLENKOFER e o, n.º 25.

²⁴¹² Cfr. Denys SIMON, *Le système...*, *cit.*, pp. 428 e ss. Este caso tem subjacente duas ações por incumprimento. Uma opôs a Comissão à Alemanha e nela o TJ declarou o incumprimento, por parte do Estado alemão, de obrigações decorrentes do direito da UE, nomeadamente em matéria de medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas proibidas pelo artigo 34.º do TFUE (ex-artigo 28.º do TCE e ex-ex-artigo 30.º do TCEE); vide o acórdão COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 17 de março de 1987, proc. 178/84, Col. 1987, pp. 1262 e ss. Na outra defrontaram-se Comissão e Reino Unido, tendo o TJ igualmente declarado o incumprimento de obrigações decorrentes dos Tratados por parte deste Estado membro, designadamente devido a uma regulamentação britânica (concretamente a Parte II do *Merchant Shipping Act*, de 1988) que violava o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade previsto nos artigos 18.º (ex-artigo 12.º do TCE e ex-ex-artigo 6.º do TCEE) 49.º (ex-artigo 43.º do TCE e ex-ex-artigo 52.º do TCEE) e 55.º (ex-artigo 294.º do TCE e ex-ex-artigo 221.º do TCEE) do TFUE; cfr. o citado acórdão COMISSÃO vs. REINO UNIDO, de 4 de outubro de 1991.

Num dos dois pleitos nacionais que lhe está inerente, uma produtora francesa de cerveja veio requerer, nos tribunais alemães, contra o Estado germânico, uma indemnização pelos prejuízos sofridos em virtude da aplicação que lhe foi imposta por uma regulamentação nacional contrária ao atual artigo 34.º do TFUE, que, no quadro da liberdade de circulação de mercadorias, proíbe as restrições quantitativas ou medidas de efeito equivalente. No outro litígio, vários armadores da marinha mercante de direito britânico requereram, nos tribunais nacionais, contra o Reino Unido, uma indemnização pelos prejuízos sofridos em virtude da aplicação a si de uma regulamentação nacional incompatível com os atuais artigos 49.º e 55.º do TFUE, ou seja, contrária ao princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade. Ambos os órgãos jurisdicionais nacionais (respetivamente, o *Bundesgerichtshof* e a *Divisional Court* da *High Court of Justice*), confrontados com dúvidas sobre a correta interpretação do direito da UE, colocaram ao TJ várias questões prejudiciais.

Começando por recordar a jurisprudência FRANCOVICH, o TJ respondeu afirmativamente à primeira questão submetida por ambos os órgãos jurisdicionais nacionais, referindo que o princípio da responsabilidade dos Estados por violação do direito comunitário implica a obrigação de reparar os danos causados aos particulares quando o incumprimento traduzido em ações ou em omissões é imputável ao legislador nacional²⁴¹³. Contrariando o argumento segundo o qual a obrigação dos Estados membros de repararem os prejuízos causados aos particulares só existiria em caso de violação de disposições sem efeito direto²⁴¹⁴, o TJ concluiu que tal princípio é válido para *qualquer* hipótese de violação do direito da UE imputável a um Estado membro, designadamente, aos poderes executivo e judicial, incluindo as situações em que a violação é atribuída ao poder legislativo²⁴¹⁵. Em caso de violação de normas

²⁴¹³ Cfr. n.º 17.

²⁴¹⁴ O argumento consiste no seguinte: se as disposições de direito da UE beneficiam já de efeito direto, a tutela jurisdicional efetiva dos particulares seria suficientemente assegurada através do direito de ação que os sistemas nacionais lhes reconhecem para, nos tribunais estaduais, fazerem valer judicialmente esses direitos, se necessário em detrimento de normas nacionais contrárias. Portanto, nos casos em que as normas europeias gozam de efeito direto não faria sentido acrescentar à possibilidade de invocação em juízo de tais direitos a prerrogativa de obter uma indemnização, fundada no direito da UE, em caso de violação dessas normas. O TJ refutou de forma acutilante tal argumentação radicada numa ótica minimalista do princípio da proteção jurisdicional efetiva e, imbuído num espírito maximalista deste princípio, esclareceu que a faculdade que os particulares têm de invocar normas do Tratado de Roma dotadas de efeito direto, perante os tribunais nacionais, apenas constitui uma *garantia mínima* e não chega para assegurar por si só a aplicação plena e completa do Tratado. Como os princípios do primado e do efeito direto do direito da União nem sempre conseguem garantir ao particular o benefício dos direitos que a referida ordem jurídica lhes reconhece, designadamente evitando o sofrimento de um prejuízo em virtude de uma violação do direito da UE imputável a um Estado membro, o TJ mais acrescentou que "*a plena eficácia do direito comunitário seria posta em causa se os particulares não tivessem a possibilidade de obter reparação quando os seus direitos são lesados por uma violação do direito comunitário*" (vide n.ºs 19 e 20).

²⁴¹⁵ Segundo o TJ, se "*na ordem jurídica internacional, o Estado, cuja responsabilidade está em causa em virtude da violação de um compromisso internacional, é igualmente considerado na sua unidade, independentemente da violação que está na origem do prejuízo ser imputável ao poder legislativo, judicial ou executivo (...) é tanto mais assim na ordem jurídica comunitária, quando todos os organismos do Estado, inclusive o poder legislativo, são obrigados, no desempenho das suas funções, a respeitar as normas impostas pelo direito*

européias dotadas de efeito direto, isto é, que conferem direitos aos particulares podendo ser invocadas perante os tribunais nacionais, o direito à reparação não deixa de existir e constitui "o corolário necessário do efeito directo das disposições comunitárias cuja violação está na origem do prejuízo causado"²⁴¹⁶. O princípio da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da UE é assim alargado a todo o comportamento imputável ao legislador nacional, e não apenas à situação particular da não transposição de diretivas²⁴¹⁷.

Em suma, o princípio da responsabilidade é válido para qualquer violação do direito da UE, independentemente de quem for a concreta entidade do Estado membro cuja ação ou omissão está na origem do incumprimento²⁴¹⁸.

Delimitando os contornos da tutela jurisdicional efetiva baseada no direito da UE, o TJ concluiu que "o facto de o incumprimento imputado ser, na perspectiva das regras internas, imputável ao legislador nacional, não pode pôr em causa as exigências decorrentes da protecção dos direitos dos particulares que invocam o direito comunitário e, no caso em apreço, o direito de, junto dos órgãos jurisdicionais nacionais, obter reparação do prejuízo causado pelo referido incumprimento"²⁴¹⁹.

Na resposta à segunda questão prejudicial, relativa às condições em que a ordem jurídica europeia garante aos particulares o direito à reparação dos danos causados por atos e omissões do legislador nacional contrários ao direito da UE, o TJ, aludindo novamente ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, referiu que a responsabilidade extracontratual dos Estados membros depende dos seguintes requisitos²⁴²⁰: (i) a regra europeia violada ter por objeto a concessão de direitos aos particulares; (ii) tal violação ser suficientemente caracterizada, isto é, manifesta e grave²⁴²¹ dos limites que se impõem ao poder de apreciação dos Estados membros²⁴²²; e (iii) entre os prejuízos sofridos pelos particulares e aquela violação imputável ao Estado existir o

comunitário que sejam susceptíveis de regular directamente a situação dos particulares" (cfr. n.º 34, reafirmado no n.º 32 do citado acórdão KÖBLER).

²⁴¹⁶ Cfr. n.º 22.

²⁴¹⁷ Cfr. Maria Luísa DUARTE, *A teoria dos poderes...*, cit., p. 315.

²⁴¹⁸ Cfr. n.º 32. No mesmo sentido vide acórdãos KONLE, de 1 de junho de 1999, proc. C-302/97, Col. 1999, pp. I-3099 e ss, n.º 62; e HAIM, de 4 de julho de 2000, proc. C-424/97, Col. 2000, pp. I-5123 e ss, n.º 27.

²⁴¹⁹ Cfr. n.º 35.

²⁴²⁰ Com ressalva do último, trata-se de requisitos próprios, determinados de acordo com critérios específicos do direito da UE, e distintos dos exigidos no quadro da responsabilidade dos Estados membros por violação de normas internas. Assim Sephan HOBE, *op. cit.*, p. 120. Vide as considerações que Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 466 a 472, dedica à temática.

²⁴²¹ Cfr. n.ºs 51 e 55.

²⁴²² Segundo o TJ, é suficientemente caracterizada, designadamente, a violação do direito da UE que perdurou no tempo após ter sido proferido um acórdão, no âmbito de uma ação por incumprimento, declarativo da violação de obrigações decorrentes dos Tratados pelos Estados membros demandados naquela. No entanto, o Tribunal também salientou que a apreciação desta condição, como aliás das demais, é uma tarefa que incumbe exclusivamente aos tribunais nacionais, sem que o TJ possa substituir-se-lhes (cfr. n.ºs 57 e 58).

tradicional nexo de causalidade direto²⁴²³. Segundo o Tribunal, estas condições satisfazem as exigências da plena eficácia das normas europeias e da tutela jurisdicional efetiva dos direitos que as mesmas reconhecem e visam realizar.

2.1.3. O caráter objetivo da responsabilidade dos Estados membros

Ainda a propósito do acórdão BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME, importa dedicar algumas linhas à terceira questão prejudicial colocada pelo *Bundesgerichtshof*, que se prendia com a necessidade de fazer depender o direito à reparação dos prejuízos sofridos pelos lesados da existência de *culpa* (dolo ou negligência) do órgão estadual autor do incumprimento. No acórdão o TJ dispensou este elemento subjetivo e esclareceu que a responsabilidade dos Estados por violação do direito da UE tem a natureza de responsabilidade *objetiva*²⁴²⁴. O Tribunal teve em mente maximizar o *princípio da efetividade do direito da UE nas ordens jurídicas nacionais*, daí que a imposição de tal condição suplementar equivaleria a colocar em causa o direito à reparação que encontra o seu fundamento na ordem jurídica europeia.

Devemos, contudo, denunciar novamente o desfasamento - talvez empregando um eufemismo - entre a abertura demonstrada pelo TJ quanto à conceptualização de um regime de responsabilidade objetiva, ou pelo risco, dos Estados membros por violação do direito da União, que não encontra paralelo no regime da responsabilidade extracontratual da UE. Se é certo, refira-se, que o Tribunal não excluiu o cenário de a violação do direito da UE por parte dos Estados poder ser *desculpável*²⁴²⁵, não menos verdade é que, em relação a estes, revelou uma (maior) abertura quanto à possibilidade de existir responsabilidade objetiva, que não coincide com a postura restritiva demonstrada quando a violação do direito da UE é imputável a esta²⁴²⁶.

²⁴²³ Cfr. n.ºs 51, 52 e 74. No mesmo sentido *vide* os já citados acórdãos DILLENKOFER e o, n.º 21; HAIM, n.º 36; BERGADERM e GOUPIL vs. COMISSÃO, n.º 42.

²⁴²⁴ No n.º 80 pode extrair-se que o órgão jurisdicional nacional "*não pode, no quadro da legislação nacional que aplica, subordinar a reparação do prejuízo à existência de dolo ou negligência por parte do órgão estatal a quem o incumprimento é imputável, que vá além da violação suficientemente caracterizada do direito comunitário*". No mesmo sentido *vide* o acórdão DILLENKOFER, n.º 28. Cfr. Joan D. JANER TORRENS, *op. cit.*, 185; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 467; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, cit.*, p. 425.

²⁴²⁵ Na verdade, tanto no n.º 56 do acórdão BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME como no n.º 55 do aresto KÖBLER, o TJ referiu que "*o carácter desculpável ou não do erro de direito*" é um dos elementos a considerar pelo órgão jurisdicional nacional competente para a apreciação da ação de indemnização instaurada contra o Estado membro, a fim de verificar se o segundo pressuposto de procedência desta, relativo à violação suficientemente caracterizada do direito da UE, se encontra ou não preenchido.

²⁴²⁶ A este título, não será despidendo recordar que Portugal viu o TJ declarar, em sede de primeira ação por incumprimento, a infração de obrigações decorrentes do direito da UE na medida em que ao manter em vigor o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de dezembro de 1967, o qual exigia culpa (a título de dolo ou de negligência) como pressuposto da responsabilidade civil do Estado, não conformou a legislação interna com a diretiva (CEE) n.º 89/665, do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, e nessa medida não respeitou as exigências da tutela jurisdicional efetiva. *Vide* o acórdão COMISSÃO vs. PORTUGAL, de 14 de outubro de 2004, proc. C-275/03, disponível no sítio

Com efeito, no mencionado acórdão TRAGHETTI o TJ, remetendo expressamente para os termos explicitados no aresto KÖBLER, afirmou que um sistema nacional (*in casu* o italiano) de responsabilidade do Estado pela atuação do poder jurisdicional que limite a obrigação de indemnizar aos casos de dolo ou culpa grave do juiz é contrário ao direito comunitário se essa limitação se traduzir numa exclusão da responsabilidade em situações onde se tenha verificado uma violação manifesta do direito aplicável²⁴²⁷. Ou seja, haverá responsabilidade do Estado membro mesmo que não tenha existido dolo ou culpa grave do juiz nacional, se este ignorou manifestamente o direito da União aplicável.

2.2. Traços gerais do regime da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União Europeia e tutela jurisdicional efetiva

A questão da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União, expressão do constitucionalismo europeu, harmoniza e articula a permanente tensão do primado e da efetividade do direito da UE com a autonomia e a soberania dos Estados membros.

Desde cedo o TJ admitiu que as violações, por si declaradas, dos Estados membros ao ordenamento da União permitiam aos particulares lesados formular contra aqueles pedidos de indemnização pelos danos causados. Como tal, a matéria da responsabilidade dos Estados membros pelo menosprezo do direito europeu inicialmente surgiu ligada à ação por incumprimento. Aliás, uma das valências do princípio da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União reside na possibilidade de se demandar qualquer Estado membro por ações e omissões do poder legislativo (*v. g.* pela não transposição de diretivas; pela não expurgação de normas nacionais contrárias ao direito da UE do respetivo ordenamento interno), incluindo os Estados que não prevejam este tipo de responsabilidade na sua esfera doméstica de atuação²⁴²⁸.

Naturalmente, não seria no âmbito da ação por incumprimento que os particulares deduziriam tais pretensões, não somente pelo seu afastamento da inerente tramitação como pela mais elementar razão que o órgão jurisdicional competente para a sua apreciação é o TJ ao passo

www.curia.europa.eu, n.º 31. No âmbito da segunda ação por incumprimento, motivada pelo menosprezo daquele acórdão traduzido na manutenção da vigência do referido Decreto-Lei, Portugal foi condenado a pagar, a título de sanção pecuniária compulsória, a quantia diária de € 19392,00 até acatar o acórdão, o que ocorreu mediante revogação do referido Decreto-Lei n.º 48051 e com a entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (ver acórdão COMISSÃO vs. PORTUGAL, de 10 de janeiro de 2008, proc. C-70/06, Col. 2008, pp. I-1 e ss).

²⁴²⁷ Cfr. n.º 46. Tal ocorre, designadamente, quando o órgão jurisdicional nacional menospreze manifestamente a jurisprudência do TJ existente sobre a matéria (cfr. n.º 56 da decisão KÖBLER). Cfr. FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria GUERRA MARTINS, *Contencioso da União*, *cit.*, pp. 96 e 97; do primeiro *vide Direito da União...*, 3.^a Ed, *cit.*, p. 705.

²⁴²⁸ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 461.

que os seus homólogos com competência para apreciar as ações de indemnização contra os Estados membros são os órgãos jurisdicionais nacionais. Não obstante, não se levantam grandes dúvidas quanto ao aspeto de uma prévia declaração do incumprimento, pelo TJ, influenciar fortemente a decisão dos tribunais nacionais no sentido da existência de violação do direito da UE e do inerente dever de reparar os prejuízos sofridos em consequência dessa conduta²⁴²⁹. Deve salientar-se, contudo, que o recurso dos particulares aos órgãos jurisdicionais nacionais para obterem proteção judicial de pretensões subjetivas decorrentes de normas do direito da União bem como do direito à reparação dos danos por violações estaduais daquele, é absolutamente independente da prévia declaração, pelo TJ, do incumprimento dessas disposições²⁴³⁰.

Por outro lado, de acordo com a conceção do TJ este direito dos particulares não depende da produção de efeito direto pela norma europeia desprezada²⁴³¹, como aliás também sucede no quadro da ação por incumprimento. Se tal se compreende perfeitamente no âmbito desta, a qual visa salvaguardar sobretudo a objetiva legalidade europeia, em sede de ação de indemnização instaurada contra o Estado membro impõe-se um esclarecimento. É certo que, com vista a maximizar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos dos particulares decorrentes do direito da União poderá haver responsabilidade dos Estados membros mesmo que a norma europeia violada produza efeito direto²⁴³²; nestes casos, porém, o particular tenderá a solicitar o reconhecimento em juízo do direito previsto na disposição menosprezada, sem embargo de poder cumular ou alternar com aquele um pedido de indemnização dirigido contra o Estado. Assim, será nas situações em que a regra europeia ofendida não produz efeito direto (v. g. por ausência de incondicionalidade ou de suficiente precisão na atribuição de direitos aos particulares) que o princípio da responsabilidade por violação do direito da UE encontra a sua principal valência. Tal não obsta à indispensabilidade de a disposição em questão ter de se revelar apta à produção de efeitos jurídicos na esfera jurídica dos particulares²⁴³³, uma vez que pressuposto básico de qualquer ação de responsabilidade civil é a demonstração, pelo demandante, da violação de

²⁴²⁹ Como dissemos, um acórdão declarativo do incumprimento de obrigações previstas nos Tratados inculca uma violação suficientemente caracterizada do direito da UE.

²⁴³⁰ Cfr. acórdãos BRASSERIE DU PÊCHEUR n.ºs 95 e 96; e DILLENKOFER, n.º 28.

²⁴³¹ Cfr. Deirdre CURTIN, *The constitutional structure of the Union: a Europe of bites and pieces*, in *CMLR*, 1993 (Vol. 30; n.º 1), p. 32.

²⁴³² Com efeito, resulta da jurisprudência BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME (*vide* n.º 20) que o efeito direto deve ser entendido como "uma garantia mínima" conferida aos particulares que não exclui, muito pelo contrário até exige, a existência de outros instrumentos, como por exemplo as ações de indemnização, que visem potenciar a efetividade e a plena eficácia das normas europeias.

²⁴³³ Aliás, como salienta Sephan HOBE, *op. cit.*, p. 122, para que possa existir responsabilidade dos Estados membros pela violação do direito da UE é necessário que a norma europeia desprezada tenha subjacente pretensões subjetivas ou individuais, traduzidas na atribuição de direitos ou interesses aos particulares, não se podendo limitar a salvaguardar o interesse geral.

direitos próprios cujo conteúdo possa ser identificado exclusivamente com base na disposição europeia²⁴³⁴; não se exige é imediatismo nessa produção (ou seja, efeito direto).

Naturalmente, compete aos tribunais nacionais aferir do preenchimento das três condições enunciadas pelo TJ e das quais depende a responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União. Essa tarefa deve iniciar pela indagação da conformidade dos atos nacionais (legislativos, regulamentares e administrativos) com a ordem jurídica europeia. No entanto, apenas perante danos e quando confrontados com a necessidade de aferir o nexo de causalidade com a conduta ilícita do Estado demandado será indispensável que o façam.

Por outro lado, quanto menor for a margem de discricionariedade de que beneficiam os Estados membros na aplicação ou execução do direito da UE maior será a possibilidade de haver responsabilidade pelas violações daquele; idêntica situação ocorrerá se os Estados não dispuserem de opções normativas²⁴³⁵. Nomeadamente, o poder de apreciação dos Estados membros surge drasticamente reduzido, ou inclusive inexistente, quando o ordenamento europeu lhes impõe obrigações de resultado, de comportamento ou de abstenção, como acontece com a obrigatoriedade de, dentro de certo prazo, rececionarem corretamente as diretivas, isto é, de forma a que os fins nelas definidos sejam alcançados²⁴³⁶. Em contrapartida, quando os Estados membros dispõem de ampla margem de discricionariedade ou quando aumenta o seu poder de apreciação para efetuarem escolhas normativas, diminuem as possibilidades de os mesmos poderem vir a ser responsabilizados por violações do direito da União²⁴³⁷.

A tutela jurisdicional efetiva é bem visível na articulação de três princípios que oferecem o enquadramento processual que permite a realização da responsabilidade dos Estados membros pela violação do direito da UE. Esta só é torna possível se, em concretização do *princípio da efetividade*, os ordenamentos adjetivos nacionais facultarem aos interessados os instrumentos processuais indispensáveis à efetivação do direito à indemnização, bem assim se, como decorre do *princípio da equivalência*, não estabelecerem requisitos menos favoráveis ou não exigidos para a satisfação de pretensões idênticas fundadas no direito interno (ou seja, no leque das ações de apuramento da responsabilidade dos Estados por violação da juridicidade interna), nem se encontrem estruturados de forma a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício de tal direito²⁴³⁸. No respeito por estes dois princípios, o direito à indemnização é

²⁴³⁴ Cfr. acórdãos BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME, n.º 44; DILLENKOFER, n.º 22.

²⁴³⁵ Cfr. acórdão DILLENKOFER, n.º 25; Joan D. JANER TORRENS, *op. cit.*, p. 185.

²⁴³⁶ Cfr. acórdão BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME, n.º 46.

²⁴³⁷ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 468. Ver também o acórdão BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME, n.º 47, onde se referiu que quando os Estados membros beneficiam de uma margem de apreciação comparável à margem de que gozam as instituições europeias com vista à implementação das políticas comunitárias, as condições em que os Estados podem ser responsabilizados devem, em princípio, ser iguais às de que depende a responsabilidade da UE numa situação comparável.

²⁴³⁸ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 463.

efetivado de acordo com as formas estabelecidas pelas legislações nacionais sobre a matéria, o que decorre do *princípio da autonomia processual dos Estados membros*. Nesta medida, o TJ também enfatiza que muito embora, em princípio, não seja imprescindível modificar os instrumentos processuais nacionais, com vista a efetivar a salvaguarda jurisdicional dos direitos subjetivos e interesses legítimos concedidos pelo direito da UE, tal possibilidade também não deve, sem mais, ser excluída caso as insuficiências dessas vias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva de tais pretensões forem evidentes²⁴³⁹.

Todavia, não é só o direito adjetivo nacional que desempenha neste âmbito um papel determinante, uma vez que também se torna pertinente o direito substantivo dos Estados. Na verdade, se àquele se deve a determinação dos instrumentos processuais pelos quais se efetiva a responsabilidade, a este compete, designadamente, a identificação da entidade responsável pelo comportamento ilícito, a determinação do modo de compensação do lesado e do *quantum* indemnizatório, a determinação dos prazos de prescrição ou caducidade e a existência e termos do direito de regresso²⁴⁴⁰. Os princípios da efetividade e da equivalência voltam a estar presentes, já que os direitos nacionais não podem obstaculizar à efetivação da responsabilidade dos Estados membros pelos menosprezos do direito da UE, devendo assegurar um nível comunitário de proteção, no mínimo, idêntico aos nacionais²⁴⁴¹.

Quanto à medida da reparação a cargo do Estado membro a quem a violação do direito da UE seja imputável o TJ, aludindo expressamente à tutela jurisdicional efetiva, exige que a mesma seja adequada ao prejuízo sofrido, isto é, deve ser suscetível de garantir uma proteção efetiva dos direitos dos particulares lesados. Apelando novamente aos princípios da efetividade e da equivalência, o Tribunal acrescentou que é aos direitos dos Estados membros que compete fixar os critérios que permitem determinar a extensão da indemnização, os quais (i) não podem ser menos favoráveis do que os relativos a pretensões semelhantes baseadas no direito interno (ii) nem ser fixados de forma a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a reparação²⁴⁴².

Na consolidação da doutrina relativa aos referidos princípios o TJ considerou contrário ao direito comunitário as limitações que as ordens jurídicas nacionais consagram em matéria de responsabilidade extracontratual das autoridades públicas decorrente do exercício da função legislativa que, na prática, tornem excessivamente difícil ou impossível o exercício, pelos

²⁴³⁹ Cfr. acórdão REWE IV, já citado, n.º 46.

²⁴⁴⁰ Por exemplo, em Portugal o prazo de prescrição do direito à indemnização é o previsto no artigo 5.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, o qual remete para o artigo 498.º do Código Civil; tal como existe direito de regresso, nos termos do artigo 6.º da referida lei.

²⁴⁴¹ Cfr. Maciej TABOROWSKI, *op. cit.*, p. 635; Sophie PEREZ FERNANDES, *op. cit.*, 2012, pp. 66 e ss.

²⁴⁴² Cfr. n.ºs 82 e 83 do acórdão BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME.

particulares, do direito a serem ressarcidos dos prejuízos sofridos que lhes é garantido pela ordem jurídica europeia em consequência da sua violação²⁴⁴³.

Vários aspetos corporizam o segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE. Com a edificação do princípio da responsabilidade dos Estados membros o TJ pretendeu, em suma, garantir a *primazia*, a *efetividade* e a *uniformidade* na aplicação do direito da União²⁴⁴⁴ por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto últimos garantes da tutela jurisdicional das normas europeias que conferem direitos aos particulares. Tanto mais que, maximizando o princípio da efetividade do direito da UE nas ordens jurídicas nacionais e relevando as exigências decorrentes do princípio da equivalência desde que em favor do direito da UE, o Tribunal não excluiu que as supra referidas três condições por si formuladas, das quais depende a procedência das ações de indemnização, não impedem que a responsabilidade dos Estados membros possa ser efetivada com base em condições menos restritivas que porventura estejam previstas no direito nacional²⁴⁴⁵.

3. Alguns problemas em torno de um princípio de aplicação jurisdicional

O princípio da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da UE legitima a colocação de problemas delicados, alguns provocados pela inexistência de um regime europeu uniforme ou sequer de regimes nacionais harmonizados sobre os aspetos centrais de tal tipo de responsabilidade, conjugada com o facto de as dimensões concretizadoras do mesmo serem obra do TJ, uma delas prende-se com a investidura dos Estados membros quanto à definição e estruturação dos meios processuais adequados para a efetivação do princípio²⁴⁴⁶.

²⁴⁴³ Vide os n.ºs 67 a 74 da jurisprudência BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME, nos quais o TJ considerou que o direito nacional não pode sujeitar o direito à indemnização fundado na violação do ordenamento da UE à condição restritiva, ainda que a mesma vigore para as ações de responsabilidade assentes no violação do direito interno, de se verificar a violação de disposições nacionais hierarquicamente superiores por uma norma inferior, designadamente, o menosprezo da Constituição nacional por uma lei ordinária. Nesta medida, o requisito exigido pelo ordenamento germânico, em caso de violação por uma lei federal de disposições nacionais hierarquicamente superiores constantes da GG, que sujeita o direito à reparação ao facto de o ato ou a omissão do legislador se referir a uma situação individual, torna na prática impossível ou excessivamente difícil a reparação efetiva dos prejuízos resultantes da violação do direito comunitário.

Também é incompatível com o princípio da efetividade a eventual condição que o direito inglês impõe, em princípio, para que ocorra responsabilidade da autoridade pública, de se fazer prova da existência de um abuso de poder no exercício de uma função pública (*misfeasance in public office*), o qual, na ótica do legislador, se afigura inconcebível.

²⁴⁴⁴ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, cit., p. 76.

²⁴⁴⁵ Cfr. n.ºs 66 do acórdão BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME; e 57 da decisão KÖBLER. Ver também Sephan HOBE, *op. cit.*, p. 120.

²⁴⁴⁶ Cfr. n.ºs 5 do acórdão REWE II; e 39 do aresto UNIBET, ambos já citados.

3.1. A questão melindrosa nos casos em que a fonte dos prejuízos sofridos pelo particular radica no poder judicial

Imagine-se, designadamente, uma ação de responsabilidade instaurada por um particular contra um Estado membro cuja causa de pedir se fundamenta na interpretação não uniforme e na aplicação incorreta do direito da UE pelos órgãos internos a quem compete o exercício do poder judicial, mais precisamente pelo supremo tribunal desse Estado. Ou seja, num determinado litígio cujo critério material de resolução passa pela aplicação de normas do direito europeu, o competente órgão jurisdicional nacional mobilizado para a sua resolução em última instância interpretou e aplicou erradamente tais normas.

No âmbito do caso KÖBLER, o tribunal austríaco do reenvio (o *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien*), com a primeira questão prejudicial colocada ao TJ, pretendeu saber se o princípio da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da UE também se aplica nas situações em que o ato nacional contrário àquele direito consiste numa decisão de um tribunal superior de um Estado membro, no caso a mais alta instância jurisdicional em matéria administrativa. No fundo, trata-se de saber se o princípio da responsabilidade dos Estados é extensível às situações de desconsideração pelo direito da União imputáveis a um setor específico e restrito dos órgãos jurisdicionais nacionais²⁴⁴⁷: os supremos tribunais.

Com alguma naturalidade, o TJ respondeu afirmativamente referindo que a essencialidade do poder judicial na tutela dos direitos subjetivos que as normas europeias conferem aos particulares e a plena eficácia das mesmas nas ordens jurídicas nacionais não se compaginam com a impossibilidade de aqueles, dentro de certas condições, obterem a reparação dos danos sofridos quando os seus direitos foram lesados por uma violação do direito da UE imputável a uma decisão de um órgão jurisdicional de um Estado membro que decidiu o pleito em última instância. Aliás, segundo o Advogado-geral P. LÉGER, cujas conclusões mereceram a adesão do Tribunal, "*o respeito igual pelos Estados-Membros da ordem jurídica comunitária, em conformidade com as exigências de uma Comunidade de direito, implica que os Estados-Membros sejam considerados responsáveis em caso de violação do direito comunitário independentemente de o órgão autor da violação ser legislativo, executivo ou judicial. Com efeito, não se vê de que forma um Estado-Membro poderia a priori eximir-se a quaisquer*

²⁴⁴⁷ Com efeito, recorde-se que a contemplação das condutas adotadas pelo poder judicial, enquanto função principal do Estado (a par da legislativa e da executiva), no seio dos comportamentos suscetíveis de despoletar ações de indemnização contra este por violação do direito da UE fora afirmada no aresto BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME e reafirmada na decisão KÖBLER (*vide* o n.º 34 daquele e o n.º 32 deste). Cfr. Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 111.

responsabilidades por acto dos seus tribunais supremos quando estes últimos têm precisamente por missão aplicar e fazer respeitar o direito comunitário. Estar-se-ia manifestamente perante um paradoxo insuperável. Daí resulta que, se a especificidade da função jurisdicional, em relação à da administração ou do legislador, pode justificar a instituição de um regime de responsabilidade especial, ela não pode, em caso algum, justificar a priori a exclusão do princípio da responsabilidade do Estado por acto dos seus tribunais supremos"²⁴⁴⁸.

O Tribunal referiu ainda que os supremos tribunais nacionais são as últimas instâncias perante as quais os particulares podem fazer valer os direitos previstos em disposições comunitárias, pelo que "*não podendo uma violação destes direitos por uma decisão desse órgão jurisdicional que se tornou definitiva geralmente ser sanada, os particulares não podem ser privados da possibilidade de accionarem a responsabilidade do Estado a fim de obterem por este meio uma protecção jurídica dos seus direitos*"²⁴⁴⁹. O TJ invocou a garantia da tutela jurisdicional efetiva para justificar a possibilidade que os particulares devem ter de, junto de um órgão jurisdicional nacional, serem ressarcidos pelos danos causados pela violação dos direitos que lhes são conferidos pelo direito da UE pelas decisões dos órgãos jurisdicionais nacionais que decidem em última instância²⁴⁵⁰; refutou ainda o argumento segundo o qual o princípio da responsabilidade dos Estados membros com tal extensão colocaria em causa o princípio da autoridade do caso definitivamente julgado²⁴⁵¹.

Deste acórdão, consolidado no aresto TRAGHETTI, firmando uma orientação jurisprudencial iniciada anteriormente, resultou ainda que em homenagem ao *princípio da autonomia processual dos Estados membros* compete ao direito interno destes a escolha do órgão jurisdicional competente para resolver os litígios onde esteja em causa o direito dos particulares ao ressarcimento pelos danos sofridos em consequência da violação do direito da UE que seja imputável aos referidos Estados²⁴⁵².

A concretização desta orientação coloca problemas. Isto porque, naturalmente, a ação de indemnização movida contra o Estado membro com fundamento numa violação do direito da UE

²⁴⁴⁸ Vide o n.º 70 das respetivas conclusões. Ainda segundo o Advogado-geral (cfr. os n.ºs 77 a 82), a generalidade dos sistemas nacionais prevê, ainda que de forma não coincidente entre si, ao nível interno, a responsabilidade do Estado por erro judiciário, sem excluir do seu âmbito, com exceção da situação da Áustria e a da Suécia que a limitam às decisões dos tribunais ordinários, as decisões dos supremos tribunais. O mesmo ocorre com a jurisdição do TEDH, que, em aplicação do artigo 41.º da CEDH, já referiu a possibilidade de condenação de um Estado por violação do direito fundamental dos particulares à indemnização por danos derivados de decisões dos supremos tribunais.

²⁴⁴⁹ Cfr. n.ºs 33 e 34. Ver Alessandra SILVEIRA, *Princípios...*, cit., pp. 167 e 168; Sofia OLIVEIRA PAIS em comentário ao referido aresto, in Sofia OLIVEIRA PAIS (Coordenação), *Princípios Fundamentais...*, cit., p. 133.

²⁴⁵⁰ Cfr. Jan KOMÁREK, *Federal elements in the Community judicial system: Building coherence in the Community legal order*, in *CMLR*, 2005 (Vol. 42; n.º 1), p. 12; Pablo J. MARTÍN RODRIGUEZ, *La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario*, in *RDCE*, 2004 (Ano 8; n.º 19), p. 831; ver também FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, 3.ª Ed, cit., p. 705.

²⁴⁵¹ Cfr. n.ºs 36 e 39.

²⁴⁵² Cfr. n.ºs 45 e 46.

da autoria do supremo tribunal nacional começará por ser apreciada por um tribunal de primeira instância. Além deste dever começar por sindicar a atuação do respetivo supremo tribunal, uma eventual decisão daquele que condene o Estado poderá, em sede de recurso, ser objeto de reapreciação pelo mesmo supremo tribunal que originou os prejuízos sofridos pelo particular em virtude de na ação precedente, que se encontra na base dos danos que servem de causa de pedir da segunda, o direito da UE aplicável ter sido objeto de interpretação e aplicação incorretas. Verifica-se assim uma coincidência inquietante do ator judiciário que é convocado para apreciar ambos os litígios, uma vez que o órgão jurisdicional nacional que irá apreciar e decidir a ação de indemnização em última instância é o mesmo que proferiu o acórdão no âmbito da ação de onde emergem os alegados prejuízos sofridos pelo particular. No fundo, temos que ambas as ações surgem inseridas na competência do mesmo órgão jurisdicional - o supremo tribunal do Estado membro - sendo que este, na segunda ação, terá de apreciar uma alegada situação de ilicitude da sua autoria cometida no âmbito da primeira.

As legítimas expectativas dos particulares lesados em verem os órgãos jurisdicionais nacionais assumirem os deveres que sobre eles impendem, como sejam a assunção dos erros judiciais cometidos e, em consequência, o reconhecimento do direito daqueles em serem indemnizados pelos prejuízos sofridos, poderão ser atingidas através da existência de um sistema de garantias processuais que, atuando a montante mediante um regime de impedimentos, escusas e suspeições, vise assegurar a imparcialidade e a independência dos referidos órgãos jurisdicionais nacionais relativamente aos julgamentos das ações de indemnização movidas contra os Estados. Com efeito, existirá um natural constrangimento se os próprios agentes judiciários tiverem de decidir sobre questões que emergem dos seus próprios erros. É necessário evitar-se situações destas e assegurar-se que os tribunais incumbidos da apreciação e julgamento destes processos, bem como dos eventuais recursos, são compostos por magistrados distintos daqueles que intervieram na ações que lhes servem de base e que originaram o novo litígio.

Por outro lado, sendo a violação do direito da UE praticada pelo supremo tribunal nacional, sem prejuízo da respetiva imputabilidade ao Estado membro onde ele se integra, não será de excluir que o TJ possa ser mobilizado para intervir, não no âmbito da ação de responsabilidade civil que é apanágio dos órgãos jurisdicionais nacionais mas no quadro de um processo por incumprimento que a Comissão decida instaurar contra o referido Estado²⁴⁵³. Com efeito, as infrações à ampla legalidade europeia suscetíveis de imputação aos Estados membros podem resultar de comportamentos ativos ou omissivos dos respetivos órgãos a que incumbe o exercício da função judicial, *maxime* tratando-se de tribunais de última instância, os quais não se podem furtar do cumprimento cabal do seu papel de últimos garantes dos direitos subjetivos e interesses

²⁴⁵³ Assim Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., p. 465.

legítimos que a ordem europeia reconhece aos particulares, sob pena de e para além do dever de indemnizar, fazerem incorrer o respetivo Estado no mecanismo da ação por incumprimento.

3.2. A possibilidade de atribuição de eficácia retroativa ao ato nacional de transposição tardia de diretivas

No âmbito do caso PALMISANI, o Estado italiano, no diploma legislativo interno que transpôs extemporaneamente para a respetiva ordem jurídica nacional a Diretiva (CEE) n.º 80/987, do Conselho, de 20 de outubro de 1980 (a mesma que esteve subjacente ao caso FRANCOVICH), relativa à harmonização dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros em matéria de proteção de trabalhadores por conta de outrem em caso de insolvência do empregador garantindo, nomeadamente, o pagamento de salários através da constituição de um fundo de garantia, cuidou de regular dois aspetos distintos.

Num deles, estavam em causa as medidas internas de execução da diretiva que através de um sistema que garantia o pagamento das retribuições em dívida visava estabelecer um regime comunitário de proteção aos trabalhadores no caso de insolvência do empregador, onerando sobretudo os organismos de garantia salarial; no outro, regulou-se o regime indemnizatório decorrente da necessidade de reparação adequada do prejuízo sofrido pelos beneficiários da diretiva em função da sua transposição tardia, vinculando especialmente o Estado membro.

No entanto, pode-se equacionar se, perante situações daquele género, é ou não possível aos Estados membros optarem pela instituição de soluções alternativas, a regimes duais, diferentes das adotadas naquele caso e menos onerosas para si, designadamente atribuindo eficácia retroativa ao ato nacional de transposição tardia da diretiva comunitária.

O entendimento manifestado pelo TJ consistiu em investir o juiz nacional na competência de zelar por uma reparação adequada dos prejuízos sofridos pelos beneficiários da diretiva em razão da sua transposição tardia. Na ótica do referido órgão jurisdicional, se através da aplicação retroativa, desde que regular e completa, das medidas de execução da diretiva for possível satisfazer os direitos dos referidos beneficiários não haverá necessidade de serem previstos regimes complementares de proteção dos mesmos.

Não será de excluir, porém, que excepcionalmente os beneficiários da diretiva demonstrem o sofrimento de danos complementares decorrentes de não terem podido beneficiar em devido tempo das vantagens pecuniárias garantidas pela mesma em virtude da incúria do próprio Estado. Nesse caso, a tutela jurisdicional efetiva exige, naturalmente, que esses danos também sejam objeto de reparação. É possível, portanto, o surgimento de situações em que a indemnização

decorrente da aplicação retroativa regular e completa das medidas de execução da diretiva objeto de transposição fora de prazo não satisfaça nem acautele plenamente os direitos dos particulares previstos no referido ato de direito derivado²⁴⁵⁴.

Assim, é de conceber que um Estado membro atribua eficácia retroativa ao ato nacional de transposição tardia de uma diretiva europeia, sem prejuízo de esse mesmo Estado continuar a incorrer em responsabilidade civil extracontratual decorrente da transposição tardia se a retroatividade atribuída ao ato nacional se afigurar insuficiente para salvaguardar os direitos dos beneficiários da diretiva, os quais não se puderam fazer valer dela em virtude da falta de transposição atempada.

Nesta matéria, os tribunais nacionais assumem-se como garantes da tutela jurisdicional efetiva dos direitos decorrentes da ordem jurídica da UE e desempenham uma tarefa essencial pois a eles compete zelar pela atribuição da reparação adequada aos beneficiários da diretiva em causa.

Com efeito, nos casos BONIFACI e BERTO²⁴⁵⁵, e MASO²⁴⁵⁶, o TJ debruçou-se sobre a reparação adequada devida aos beneficiários da Diretiva (CEE) n.º 80/987, do Conselho, de 20 de novembro de 1980, que dela não puderam beneficiar em função da mesma ter sido objeto de transposição intempestiva, bem como sobre o inerente princípio da responsabilidade dos Estados membros por danos causados aos particulares em função da violação do direito da UE que lhe seja imputável. O órgão jurisdicional do reenvio questionou o TJ precisamente sobre a possibilidade de, no âmbito da reparação dos prejuízos sofridos pelos trabalhadores em razão da transposição tardia de tal diretiva, um Estado membro aplicar retroativamente a esses trabalhadores as medidas nacionais de execução desta adotadas tardiamente.

O TJ respondeu afirmativamente, o que fez nos seguintes termos: "*há que observar que a aplicação retroactiva e completa das medidas de execução da directiva aos trabalhadores vítimas da transposição tardia permite, em princípio, remediar as consequências indemnizáveis da violação do direito comunitário, na condição de a directiva ter sido regularmente transposta. Com efeito, esta aplicação deve ter por efeito garantir aos trabalhadores os direitos de que teriam beneficiado se a directiva tivesse sido transposta no prazo prescrito*"²⁴⁵⁷.

Seguidamente, remetendo para a jurisprudência iniciada com a decisão FRANCOVICH e consolidada nos acórdãos BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME, e DILLENKOFER, relativa aos termos e condições de exercício da ação de indemnização contra o Estado membro pelos prejuízos causados aos particulares devido à violação do direito da UE que lhe é imputável,

²⁴⁵⁴ Cfr. n.º 35 do acórdão PALMISANI.

²⁴⁵⁵ Acórdão de 10 de julho de 1997, procs. apensos C-94/95 e C-95/95, Col. 1997, pp. I-4006 e ss.

²⁴⁵⁶ Acórdão de 10 de julho de 1997, proc. C-373/95, Col. 1997, pp. I-4051 e ss.

²⁴⁵⁷ Cfr. n.º 51 do acórdão BONIFACI e BERTO; e n.º 39 do aresto MASO.

esclareceu que "*...no quadro do litígio que tem que decidir, compete ao juiz nacional, à luz dos princípios que decorrem da jurisprudência do Tribunal de Justiça (...) zelar por uma reparação adequada do prejuízo sofrido pelos beneficiários. Uma aplicação retroactiva, regular e completa das medidas de execução da directiva será suficiente para este fim, salvo se os beneficiários demonstrarem a existência de perdas complementares por eles sofridas pelo facto de não terem podido beneficiar em devido tempo das vantagens pecuniárias garantidas pela directiva, as quais também deverão ser reparadas*"²⁴⁵⁸.

A atribuição de eficácia retroativa ao ato nacional de transposição tardia de diretivas coloca questões delicadas. Uma delas prende-se com a prévia ponderação que os Estados membros devem fazer entre a compatibilidade de tal medida com as exigências do princípio da proteção da confiança, especialmente quando as respetivas normas constitucionais proibam a retroatividade em determinadas matérias (entre nós, artigos 18.º, n.º 3, 29.º, n.ºs 1, 3 e 4 primeira parte, e 103.º, n.º 3, da CRP).

3.3. A restituição ao particular das quantias indevidamente exigidas pelas autoridades nacionais, nomeadamente, a repetição do indevido

Frequentemente, as autoridades nacionais exigem dos particulares (*maxime* aos agentes económicos) o pagamento de quantias de natureza tributária previstas em normas nacionais contrárias ao direito da UE ou recusam aos referidos sujeitos o reembolso de montantes que o direito da União reconhece serem-lhes devidos. Naturalmente, ambas as situações configuram cenários propícios para os particulares instaurarem, nos tribunais nacionais, ações de repetição do indevido²⁴⁵⁹ ou de indemnização contra os Estados membros²⁴⁶⁰, com os objetivos, respetivamente, de reaverem os montantes indevidamente cobrados ou de obterem o pagamento de importâncias a que têm direito com base em disposições do direito da UE. Tanto a obrigação de restituição como de pagamento de tais somas, a cargo dos Estados membros, decorrem do efeito direto vertical das normas europeias violadas.

Nestes casos, os Estados membros são os únicos responsáveis pelo facto gerador da sua responsabilidade, a qual emerge exclusivamente de comportamentos de desvalor pelo direito da

²⁴⁵⁸ Cfr. n.º 53 do acórdão BONIFACI e BERTO; e n.º 41 da decisão MASO.

²⁴⁵⁹ Tal possibilidade deverá, porém, ser excluída se os particulares não sofreram qualquer tipo de prejuízo, o que sucederá, nomeadamente, quando os mesmos fizeram repercutir tal encargo sobre outrem, designadamente, no preço que será suportado pelo consumidor. Cfr. acórdãos ADMINISTRATION DES FINANCES DE L'ÉTAT/SAN GIORGIO, de 9 de novembro de 1983, proc. 199/82, Rec. 1983, pp. 3596 e ss, n.º 18; DEVILLE/ADMINISTRATION DES IMPÔTS, já citado, n.º 11.

²⁴⁶⁰ Sem prejuízo das ações a instaurar nos mesmos tribunais visando o controlo da conformidade das decisões administrativas nacionais face aos parâmetros do controlo decorrentes do direito da UE.

UE assumidos por órgãos nacionais. Nessa medida, as jurisdições internas são as únicas competentes para apreciar e julgar tais condutas, o que se efetivará segundo as vias processuais existentes no direito interno e em conformidade com as normas nacionais relativas à responsabilidade do Estado, desde que compatíveis com os princípios da efetividade e da equivalência. A eventual intervenção da jurisdição do TJ verificar-se-á no âmbito do instrumento das questões prejudiciais (de interpretação ou de validade das pertinentes normas do direito da UE) que os órgãos jurisdicionais nacionais decidam colocar-lhe.

Perante comportamentos contrários ao direito da UE da autoria dos órgãos domésticos poderá, no entanto, existir responsabilidade conjunta entre os Estados membros e a União, nomeadamente, se as autoridades europeias (v. g. a Comissão) omitiram deveres de vigilância bem como nos casos em que se tenham absterido do exercício dos inerentes poderes de obrigar os Estados membros a agirem corretamente, por exemplo, no âmbito do artigo 117.º do TFUE. Nestes casos, à conduta ilegal das autoridades nacionais acresce um comportamento também ilícito das entidades europeias, para cujo apuramento da responsabilidade da União serão competentes as jurisdições do TJUE²⁴⁶¹.

3.4. A possibilidade de instauração de ações de indemnização por entidades públicas contra os respetivos Estados membros onde estão inseridas organicamente

Apesar de o princípio da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da UE ter sido formulado com vista à assegurar a tutela jurisdicional efetiva das pretensões de natureza subjetiva decorrentes daquele ordenamento e tituladas pelos particulares, é de conceber que dentro do mesmo Estado membro, outros organismos públicos distintos do Estado encarado enquanto pessoa coletiva integrante da administração pública interna (v. g. uma autarquia; uma região autónoma; um Estado federado) pertencentes à referida administração possam querer demandar este último com base em violações ao direito da UE que lhe sejam imputáveis e causadoras de danos para aqueles. Assim o reivindica a tutela jurisdicional efetiva quando conjecturada no âmbito de relações administrativas intersubjetivas cada vez mais frequentes e complexas. Exige-se evidentemente que tais relações sejam reguladas pela ordem jurídica europeia.

²⁴⁶¹ Cfr. Peter OLIVER, *Joint Liability of the Community and the Member States*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL, *op. cit.*, pp. 285 e ss, em especial p. 299.

3.5. A eventual instauração de uma ação de indemnização por um Estado membro

Para quem, como nós, entende que a tutela jurisdicional efetiva não é apanágio dos particulares e radica também nos Estados membros, sem embargo de a mesma gravitar sobretudo em torno dos primeiros, não deixa de vislumbrar também neste instrumento contencioso um cenário que auxilia a justificação de tal entendimento. Com efeito, num plano abstrato²⁴⁶² é possível conceber no âmbito de uma ação de indemnização que um Estado membro se possa assumir como demandante de um congénere seu²⁴⁶³, sem prejuízo da possibilidade prevista no artigo 273.º do TFUE mediante a qual os contendores atribuem competência compromissória (e não imperativa) ao TJ para a apreciação do conflito.

Este cenário é bem demonstrativo em como a tutela jurisdicional efetiva também se assume como um direito dos Estados membros. E se tal é possível no âmbito de organizações de cooperação ao nível intergovernamental, por maioria de razão também o será no quadro de organizações de integração supranacional²⁴⁶⁴.

²⁴⁶² Já num prisma concreto tal possibilidade não deixará de levantar problemas, como o do melindre político, bem assim dificuldades na concretização do *quantum* indemnizatório.

²⁴⁶³ Neste sentido também Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Efeitos...*, *cit.*, pp. 116 e 117.

²⁴⁶⁴ Assim Fernand A. SCHOCKWEILER, *op. cit.*, p. 628.

§ 2.º

A responsabilidade dos particulares por violação do direito da União Europeia

1. *Razão de ordem*

O ordenamento da União e os sistemas jurídicos nacionais, caracterizados pela autonomia, entrecruzam-se e interpenetram-se numa base de complementaridade. Sem que nenhum seja tributário do outro, os segundos devem atuar de forma a conferir ao primeiro a necessária efetividade²⁴⁶⁵. Nessa medida, existindo colisão normativa (independentemente de se tratar de direito nacional anterior ou posterior, constitucional ou infraconstitucional) os direitos nacionais devem ceder a favor da ordem europeia, seja através da expurgação das disposições daqueles que sejam desconformes com esta dos respetivos ordenamentos pelo poder legislativo, seja mediante inaplicabilidade das mesmas a situações concretas e reais de vida pelo poder judicial nas suas decisões.

Não correspondendo a UE a uma Europa só dos Estados, mas também dos cidadãos ou mais abrangentemente dos particulares, a faculdade de estes responsabilizarem civilmente os Estados membros por comportamentos contrários à referida efetividade, corresponde a um evidente incremento do estatuto de cidadania europeia²⁴⁶⁶, composto por direitos fundamentais tanto de natureza civil, onde aquele se insere apesar de se situar "fora do catálogo", como de participação política (*vide* artigos 18.º a 25.º do TFUE).

Se é verdade que o originário Tratado de Roma foi parco - talvez, empregando até um eufemismo - na previsão de um sistema destinado a aferir as violações ou os incumprimentos do direito comunitário praticados por sujeitos que não os Estados membros²⁴⁶⁷, não é menos certo que uma *Europa dos cidadãos* pressupõe, também, a possibilidade de os particulares lesados

²⁴⁶⁵ Pense-se na tríplice obrigação que decorre para os Estados membros em virtude de serem destinatários de diretivas, ou seja, de as transporem correta e atempadamente, bem como na proibição de transposição dos regulamentos devido ao risco, a ela inerente, de se ferir a uniformidade na aplicação do direito da UE. Imagine-se a necessidade de os Estados membros conferirem execução aos regulamentos. Configure-se a obrigatoriedade dos órgãos jurisdicionais nacionais que julgam litígios sem que da sua decisão caiba recurso ordinário (onde se incluem os supremos tribunais) previsto no direito interno de submissão de questões prejudiciais ao TJ. Etc.

²⁴⁶⁶ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Efeitos...*, *cit.*, p. 116.

²⁴⁶⁷ Cfr. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Poder...*, *cit.*, pp. 90 e 91. Ainda assim comportamentos ilícitos por contrariarem as liberdades fundamentais de circulação (*v. g.* de trabalhadores) ou a proibição de exploração de posições abusivas detidas no mercado comum por empresas estão previstos no TFUE tal como assinado em 1957.

responsabilizarem outros particulares quando estes tenham sido os autores de comportamentos ilícitos por serem contrários ao bloco de legalidade europeia²⁴⁶⁸. Nela entrecruzam-se operadores económicos titulares das liberdades de circulação e protegidos pelas regras da concorrência em que assenta o mercado interno, e cidadãos, detentores de direitos fundamentais civis e sociais. Em suma, enquanto sujeitos e destinatários do direito da União, também os particulares podem violar a ordem jurídica europeia.

Se o direito da UE (primário, secundário e terciário) se destina a produzir efeitos imediatos na esfera jurídica dos particulares²⁴⁶⁹ (o que ocorre por força das doutrinas do primado, da aplicabilidade direta e do efeito direto), não menos verdade é que tais efeitos não-de subdividir-se entre a constituição de direitos subjetivos individuais (*maxime* fundamentais) e a investidura em obrigações. Aos órgãos jurisdicionais nacionais, no exercício do seu papel de aplicadores comuns do direito da UE, compete salvaguardar o exercício dos referidos direitos e o cumprimento das aludidas obrigações. Assim, é perfeitamente possível que um particular (cidadão ou empresa) tenha para com outro sujeito da mesma categoria (portanto, num plano horizontal de relações jurídicas) uma conduta ilícita e danosa, suscetível de despoletar uma reação do lesado no sentido de pretender obter do autor dos prejuízos o ressarcimento dos danos que sofreu. Também nestas situações a ilicitude consiste na contrariedade à juridicidade europeia, ou seja, reflete-se numa violação de normas do direito da União.

À semelhança do que ocorre nas ações de indemnização instauradas contra os Estados membros (ou contra a própria UE) com fundamento na violação do direito da União, afigura-se-nos necessário que a norma menosprezada produza efeito direto horizontal ou, no mínimo, preveja direitos subjetivos, muito embora aqui a correlativa obrigação vincule outro particular. No primeiro caso o efeito direto terá de ser horizontal porque a ação de indemnização visa outro particular (tratando-se de vertical será contra o Estado membro ou outra entidade pública equiparada que a mesma deve ser instaurada); na segunda situação exige-se que o conteúdo do direito subjetivo bem como o da correspondente obrigação sejam extraídos exclusivamente da disposição europeia.

Com efeito, através do aumento exponencial do bloco de legalidade de qualquer Estado membro, decorrente da sua adesão à UE e do subsequente surgimento e incremento do direito administrativo europeu²⁴⁷⁰, cujo respeito é fiscalizado pelos tribunais nacionais enquanto órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito da União, vislumbra-se evidente a possibilidade de

²⁴⁶⁸ Cfr. João MOTA DE CAMPOS e João Luiz MOTA DE CAMPOS, *Contencioso...*, cit., p. 203.

²⁴⁶⁹ Cfr. José Luís CAMELO GOMES, *op. cit.*, p. 21; Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 3.

²⁴⁷⁰ Já a "europeização dos direitos administrativos nacionais", resultante da influência que o direito europeu e respetivas políticas exercem sobre os sistemas jurídicos nacionais de forma a que estes convirjam com aquele, releva no campo da legalidade interna.

ocorrerem violações àquele bloco da autoria de cidadãos e empresas com prejuízo para outros particulares. Conjeture-se, designadamente, o desrespeito por parte daqueles das normas constantes dos regulamentos europeus ou das disposições do TFUE dotadas de efeito direto horizontal.

Em suma, na medida em que se verifiquem transgressões à legalidade europeia também os particulares se sujeitam não apenas às sanções que o direito da UE prevê e que lhes podem ser aplicadas pela Comissão (v. g. coimas), sem prejuízo do eventual controlo jurisdicional efetuado *ex post* pelos órgãos que integram o TJUE, como também a consequências desfavoráveis consagradas na ordem jurídica dos Estados membros e que as respetivas jurisdições nacionais podem ser chamadas a aplicar. Em causa está ainda o princípio da efetividade do direito da União.

2. A responsabilidade civil dos particulares pelo desvalor da legalidade europeia

A responsabilidade contraordenacional das empresas que atuam no mercado interno da União por violação do direito europeu da concorrência (v. g. abusos de posição dominante, celebração de acordos que visem impedir, restringir ou falsear a concorrência) é inquestionável. Já tem merecido discussão o problema de saber-se se tais agentes, ou mais amplamente os particulares, também poderão ser responsabilizados civilmente por tal tipo de comportamentos ou outros que sejam atentatórios da juridicidade europeia (v. g. condutas contrárias às liberdades de circulação de fatores de produção).

Entre nós, Jónatas MACHADO entende que sim, pelo menos nas situações em que os entes privados "*exercem prerrogativas de direito público, desenvolvem actividades normativas significativas, de direito público ou privado ou em que o seu poder e a sua capacidade de influenciar os processos político, jurídico, económico e social justifica a sua equiparação a uma entidade pública*"²⁴⁷¹.

Da nossa parte, a resposta também deve ser afirmativa e até, com a devida vénia, em termos mais abrangentes do que os propostos pelo respeitado Mestre.

Com efeito, se no quadro das jurisdições nacionais os Estados membros podem ser demandados pelos particulares por violação do direito da UE, estes também devem poder ser visados, na esfera competencial das referidas jurisdições, por outros particulares que pretendam o reconhecimento judicial da titularidade de determinado direito que lhe é atribuído pela ordem

²⁴⁷¹ Cfr. *Direito da União...*, cit., p. 476.

jurídica europeia ou alternativamente a condenação no pagamento de uma indemnização em virtude de um direito seu, cuja fonte reside no ordenamento da União, ter sido violado. Podemos lembrar aqui o "*imperativo de legalidade reforçada*" de que fala Maria José RANGEL DE MESQUITA²⁴⁷² e que existe porque os particulares também são **sujeitos passivos de obrigações impostas pelo direito da UE**, logo, podendo ser os seus incumpridores.

Na verdade, no mencionado acórdão SIMMENTHAL III, o TJ referiu-se lapidariamente às normas de direito comunitário como sendo "*fonte imediata de direitos e obrigações para todos os seus destinatários, quer se trate de Estados membros ou de particulares, que sejam titulares de relações jurídicas às quais se aplique o direito comunitário*"²⁴⁷³. Nessa medida, no campo específico da proteção da concorrência o Tribunal também já referiu, por diversas vezes, que "*é sempre possível que uma empresa, que se considere lesada por um comportamento anticoncorrencial, invoque nos órgãos jurisdicionais nacionais, especialmente quando a Comissão decida não dar seguimento favorável à sua queixa, os direitos que lhe advêm dos artigos 85.º, n.º 1, e 86.º do Tratado, que produzem efeitos directos nas relações entre particulares*"²⁴⁷⁴.

Efetivamente, uma decorrência dos princípios da competência de atribuição e da limitação de competências radica na impossibilidade de os órgãos jurisdicionais que integram o TJUE sindicarem o respeito da legalidade europeia por parte dos particulares. Assim, também resulta de jurisprudência assente que "*o juiz comunitário não é competente para se pronunciar, por iniciativa de um recorrente, sobre a compatibilidade do comportamento de pessoas singulares ou colectivas com as disposições do Tratado*"²⁴⁷⁵. Não significa isto, porém, que tais comportamentos se insiram numa espécie de imunidade jurisdicional. De todo, já que a isso, aliás, opor-se-ia ferozmente o imperativo da tutela jurisdicional efetiva. A ilação que dali se deve extrair é que tal matéria insere-se na esfera competencial dos tribunais nacionais enquanto órgãos jurisdicionais comuns da ordem jurídica da União.

²⁴⁷² Cfr. *O Poder...*, cit., pp. 73 e 79. Como observa a autora, na página 91, "*A lesão dos interesses comunitários e dos seus fundamentos, qualquer que seja a sua natureza, tanto é imputável aos Estados como aos respectivos sujeitos de direito interno, que se enquadrem no âmbito de aplicação subjectivo dos tratados*", inclusivamente defendendo que o critério do *sujeito* não deveria justificar a existência de uma tutela do direito comunitário específica assente em factos praticados pelos Estados membros.

²⁴⁷³ Cfr. n.º 15.

²⁴⁷⁴ Acórdãos BRT e SABAM, de 30 de janeiro de 1974, proc. 127/73, Col. 1974, pp. 33 e ss, n.º 16; e GUÉRIN II, já citado, n.º 39. Atualmente tais artigos correspondem, respetivamente, aos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

²⁴⁷⁵ Cfr. acórdão do TPI, proferido no caso KOELMAN vs. COMISSÃO, de 9 de janeiro de 1996, proc. T-575/93, Col. 1993, pp. II-1 e ss, n.º 30.

2.1. A mobilização dos tribunais nacionais e a necessidade de intervenção dos órgãos integrantes do Tribunal de Justiça da União Europeia

Neste tipo de situações não será de excluir que o particular demandante suscite a ilegalidade de um ato da UE ou das autoridades nacionais, em função de quem tiver sido o respetivo autor, como fundamento do pedido (v. g. de indemnização pelos prejuízos que sofreu) deduzido contra outro particular; de igual forma poderá o particular demandado defender-se por exceção arguindo, em juízo, a ilegalidade do ato da UE ou das autoridades nacionais no qual o demandante fundamentou o seu pedido.

Dois esclarecimentos se impõem: residindo a autoria do ato alegadamente ilegal numa instituição europeia, o órgão jurisdicional nacional poderá ou, inclusive, deverá, nos termos que resultam dos segundo e terceiro parágrafos do artigo 267.º do TFUE, submeter ao TJ as necessárias questões prejudiciais; se o autor do ato for uma autoridade nacional, naturalmente que a mesma atuou em execução de uma norma de direito da UE, sob pena de a situação se afigurar de carácter estritamente interno e não apresentar conexão com o ordenamento europeu, o que também pode despoletar um processo de reenvio prejudicial.

Podemos traçar aqui uma espécie de paralelismo entre estes modos de ação e defesa e a exceção de ilegalidade prevista no artigo 277.º do TFUE, a que atrás aludimos²⁴⁷⁶. No entanto, naqueles, ao contrário desta, o processo decorre nos tribunais nacionais; por outro lado também ao invés da exceção de ilegalidade o objeto do incidente não se cinge aos atos de carácter geral podendo igualmente abranger os atos de alcance individual, como as decisões²⁴⁷⁷ e também as próprias diretivas.

Naturalmente que, repetimos, os órgãos jurisdicionais nacionais defrontados com dúvidas sobre a validade do ato europeu e não sendo competentes para declararem a respetiva invalidez estarão obrigados a submeter a questão prejudicial ao TJ, ainda que da sua decisão caiba recurso²⁴⁷⁸. A este propósito lembre-se que resulta da jurisprudência *UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO*, que o TFUE, através dos artigos 263.º e 277.º, por um lado, e do artigo 267.º, por outro, "*estabeleceu um sistema completo de vias de recurso e de meios*

²⁴⁷⁶ Recorde-se que no acórdão *UNIVERSITÄT HAMBURG*, já citado, n.ºs 10 e 12, o TJ, depois de explicitar que o atual artigo 277.º do TFUE não pode, enquanto tal, ser aplicado no âmbito de um processo de reenvio prejudicial, hoje previsto no artigo 267.º, não deixou de ressaltar que aquele normativo "*exprime um princípio geral do direito que garante ao requerente o direito, no âmbito de um recurso interposto nos termos do direito nacional contra o indeferimento do seu pedido, de requerer a fiscalização da legalidade de um acto comunitário que serve de fundamento à decisão nacional tomada contra si, podendo, portanto, a questão da validade deste acto comunitário ser submetida ao Tribunal de Justiça no âmbito de um processo prejudicial*".

²⁴⁷⁷ Quanto a estas, porém, se o particular destinatário entendeu não as impugnar, ante o TG e através do recurso de anulação previsto no artigo 263.º, muito menos o poderá fazer perante a respetiva jurisdição nacional.

²⁴⁷⁸ Assim resulta, recorde-se, da jurisprudência *FOTO-FROST*. Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 558 e 560.

*processuais destinado a garantir a fiscalização da legalidade dos actos das instituições, confiando-a ao juiz comunitário (...). Neste sistema, as pessoas singulares ou coletivas que não podem, em virtude das condições de admissibilidade previstas no artigo [263.º, quarto parágrafo] do Tratado, impugnar directamente actos comunitários de alcance geral, têm a possibilidade, conforme os casos, de alegar a invalidade de tais actos, quer a título incidental, ao abrigo do artigo [277.º] do Tratado, perante o juiz comunitário, quer perante os órgãos jurisdicionais nacionais, que não são competentes para declarar a invalidade dos referidos actos (...), e de os levar a interrogar a este respeito o Tribunal de Justiça através de questões prejudiciais"*²⁴⁷⁹.

Não obstante, se por ventura o ato normativo ou de alcance geral da UE (normalmente um regulamento) que serve de base a uma decisão de execução das autoridades nacionais dirigida a um particular for considerado, quanto a ele, como uma decisão individual²⁴⁸⁰, podendo conseqüentemente o respetivo destinatário reagir contra o mesmo através de um pedido de anulação no quadro do instrumento previsto no artigo 263.º do TFUE, a falta de impugnação do ato de carácter geral, perante o TG e no prazo previsto para o efeito, impede o particular de alegar (tanto por via de ação como por via de exceção) perante o órgão jurisdicional nacional a ilegalidade do referido ato normativo²⁴⁸¹. Com efeito, o TJ já teve ocasião de referir que muito embora exista um princípio geral que, radicando na tutela jurisdicional efetiva, se destina a garantir que qualquer pessoa dispõe da possibilidade de impugnar um ato da UE que sirva de fundamento a uma decisão que lhe é dirigida, tal não obsta a que, por um imperativo de certeza e segurança jurídicas, um regulamento se torne definitivo relativamente a um particular, na medida em que devendo tal ato ser considerado em relação a ele como uma decisão individual, o mesmo dispõe da possibilidade de o impugnar, ante o TG, através da interposição de recurso de anulação; não o tendo feito ficará impedido de alegar a ilegalidade do referido regulamento também perante um órgão jurisdicional nacional²⁴⁸².

Nas recentes palavras do TJ, o reconhecimento do direito do particular a suscitar o incidente da ilegalidade, no âmbito de um processo nacional e junto dos tribunais dos Estados membros, "*pressupõe, todavia, que essa parte não dispusesse do direito de interpor, ao abrigo do artigo 263.º TFUE, um recurso directo contra essas disposições, de que sofreu as*

²⁴⁷⁹ Cfr. n.º 40. No mesmo sentido *vide* o também citado acórdão NACHI EUROPE, n.º 35.

²⁴⁸⁰ Já atrás tivemos ocasião de referir que uma das áreas onde os atos de alcance geral assumem uma dupla natureza - geral e abstrata, por um lado, e individual e concreta, por outro - é a relativa aos regulamentos *antidumping*.

²⁴⁸¹ Cfr. Jónatas MACHADO, *Direito da União ...*, cit., p. 560.

²⁴⁸² Cfr. os já citados acórdãos TWD TEXTILWERKE DEGGENDORF, n.ºs 24 e 25; e NACHI EUROPE, n.º

consequências sem ter podido requerer a sua anulação"²⁴⁸³. Por outro lado, a legitimidade do particular para impugnar o ato de alcance geral que simultaneamente assume natureza individual e concreta, afetando-o direta e pessoalmente, tem de ser inquestionável, isto é, o recurso de anulação interposto pelos particulares afetados deve ser, sem margem para dúvidas, admissível²⁴⁸⁴.

Se por ventura se concluir que o particular não é direta e individualmente afetado pelo ato de alcance geral e conseqüentemente não dispõe de legitimidade para, nos termos do quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE, impugná-lo diretamente através do recurso de anulação já poderá invocar a invalidade do mesmo, no âmbito de um recurso interposto nos termos do direito interno e nos tribunais nacionais, ainda que não tenha instaurado o mencionado recurso de anulação no TG dentro do prazo previsto no sexto parágrafo daquele preceito²⁴⁸⁵. Neste caso deverá o órgão jurisdicional nacional, se no espírito do juiz surgirem dúvidas sobre a validade da norma europeia, despoletar o necessário processo de reenvio prejudicial junto do TJ.

2.2. Pressupostos da responsabilidade civil dos particulares

A pretensão de responsabilizar civil e extracontratualmente os particulares no âmbito de uma ação judicial que decorra perante os órgãos jurisdicionais nacionais por violações do direito da UE pressupõe, quase sempre, o efeito direto *horizontal* das normas europeias menosprezadas²⁴⁸⁶. Exige-se, portanto, que estas disposições constando de regulamentos europeus ou dos Tratados prevejam ou contenham obrigações que vinculem os particulares. A título de exemplo podemos referir as normas do TFUE relativas às liberdades fundamentais de circulação (v. g. de trabalhadores, de capitais), à proteção da livre e sã concorrência (v. g. explorações abusivas de posições dominantes detidas no mercado interno europeu) e à proibição dos auxílios de Estado. Nestes casos, os particulares poderão ser demandados uma vez que a sua legitimidade processual para as eventuais ações de indemnização é indiscutível.

Não obstante, uma eventual extensão da responsabilidade aos Estados membros por comportamentos dos particulares não deve, *a priori*, ser excluída, na medida em que aqueles podem ter omitido deveres de vigilância e/ou de fiscalização que sobre eles impendem.

²⁴⁸³ Acórdão E e F, précitado, n.º 46. No mesmo sentido *vide* o já mencionado aresto NACHI EUROPE vs. COMISSÃO, n.º 36.

²⁴⁸⁴ Acórdão BAVARIA e BAVARIA ITALIA, de 2 de julho de 2009, proc. C-343/07, Col. 2009, pp. I-5491 e ss, n.º 40.

²⁴⁸⁵ Acórdão ROQUETTE FRÈRES (ROQUETTE XVIII), de 8 de março de 2007, proc. C-441/05, Col. pp. 2022 e ss, n.º 48, e resposta à primeira questão prejudicial.

²⁴⁸⁶ Cfr. Koen LENAERTS, Dirk ARTS e Ignace MASELIS, *op. cit.*, p. 114; Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, *cit.*, p. 475.

Ressalvada esta eventualidade, não vislumbramos a possibilidade de estender a responsabilidade, complementar ou subsidiariamente, aos Estados membros já que a mesma pressupõe o efeito direto *vertical* das disposições europeias violadas ou pelo menos que estas atribuam direitos aos particulares colocando os referidos Estados como sujeitos passivos da correspondente obrigação.

Já em relação à UE poderá haver responsabilidade complementar, nos termos do disposto no segundo parágrafo do artigo 266.º do TFUE, caso, por exemplo, o regulamento europeu violado pelo particular se afigure inválido, como exposto no último capítulo da parte anterior. A jurisdição competente para efetivar a responsabilidade da UE, obviamente, é a do TG (sem embargo de eventual recurso a interpor para o TJ), em termos que já tivemos oportunidade de referir.

Quanto às disposições constantes das diretivas, parece-nos que a sua "violação" por parte dos particulares dificilmente dará lugar à responsabilização destes, uma vez que tais atos de direito derivado não se lhes destinam. É importante, todavia, distinguirmos em função de as diretivas terem sido, ou não, objeto de transposição; a este cenário também podemos acrescentar os de transposição tardia ou incorreta.

Como as diretivas se destinam aos Estados membros que identifiquem, as suas disposições veem sempre coartada a produção de efeito direto horizontal podendo as mesmas, eventualmente, produzir efeito direto vertical, nos termos a que já aludimos. Assim sendo, não se vislumbra a possibilidade de, em caso de não transposição, bem como de transposição incorreta ou extemporânea, de diretivas os particulares serem demandados por violação das normas delas constantes. Qualquer problema de responsabilidade neste âmbito visará o Estado membro.

A questão será diferente relativamente às diretivas transpostas, mas neste caso o particular o que pode violar é a disposição nacional de transposição, pelo que tal problema levanta-se ao nível da violação da legalidade interna ainda que estejamos perante domínios de intervenção da UE, inclusive onde já tenha operado a chamada *europização dos direitos nacionais* por força da aproximação ou harmonização dos regimes estaduais. Ainda que, por esta razão, exista nítida conexão com o processo de integração europeu, o problema é tratado nos órgãos jurisdicionais nacionais desdobrados na função de tribunais comuns da UE.

Neste sentido, necessário se afigura também que a atuação dos particulares traduzida em atuações materiais ou jurídicas seja *suficientemente autónoma*, o que ocorre, inquestionavelmente, quando sobre o Estado membro não incidem deveres de vigilância ou de fiscalização ou, existindo tais deveres, os mesmos tenham sido cumpridos.

A existência de *culpa* do agente deverá ser, por norma, um requisito exigível para que o dever de indemnizar recaia sobre os particulares, sem embargo de presunções legais que possam inverter o ónus da prova quanto à referida matéria.

2.3. Caracterização da responsabilidade dos particulares

A tutela jurisdicional efetiva poderá exigir que só se demandem os particulares quando os danos não possam de alguma forma ser imputados aos Estados membros ou à UE, pelo que a responsabilidade daqueles deve ser *subsidiária e complementar* face às destes.

No mais, ela deve ser enformada pelos princípios da efetividade e da equiparação. Não poderão, portanto, os legisladores nacionais exigir para a propositura das ações de indemnização que visem os particulares por violação do direito da UE requisitos adicionais que inexistam para pretensões semelhantes fundadas no direito interno, nem estruturá-las de forma a impossibilitar ou a tornar demasiadamente difícil a realização do direito à reparação²⁴⁸⁷.

2.4. A jurisprudência *Viking e Laval*

O problema da responsabilidade dos particulares por desrespeito ao direito da UE foi abordado em dois casos onde se cotejaram as clássicas liberdades de circulação previstas no TFUE e de que beneficiam várias empresas, com interesses socioprofissionais comuns reivindicados através de ações coletivas promovidas por associações sindicais e levadas a cabo por trabalhadores, a garantir através da contratação coletiva ao abrigo do princípio jus-laboral do *favor laboratoris*²⁴⁸⁸.

2.4.1. O caso *Laval*

O acórdão LAVAL²⁴⁸⁹ foi proferido num processo de reenvio prejudicial submetido por um órgão jurisdicional sueco na sequência de uma ação de indemnização instaurada por uma sociedade de direito letão (a *Laval un Partneri Ltd*) contra três sindicatos representativos de trabalhadores da construção civil e obras públicas daquele Estado membro. No processo

²⁴⁸⁷ Em Portugal os tribunais materialmente competentes para a apreciação deste tipo de problemas já deverão ser os tribunais judiciais, salvo tratando-se de entidades privadas exerçam atividade administrativa de gestão pública onde se deverão manter competentes os tribunais administrativos (artigos 64.º do novo CPC e 18.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais e alínea i) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF).

²⁴⁸⁸ Cfr. Christian JOERGES e Florian RÖDL, *Informal Politics, Formalized Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflection after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in *ELJ*, 2009 (Vol. 15; n.º 1), pp. 1 e ss.

²⁴⁸⁹ Acórdão de 18 de dezembro de 2007, proc. C-341/05, Col. 2007, pp. 11845 e ss.

principal a autora cumulou com a pretensão indenizatória um pedido de declaração de ilegalidade das ações coletivas laborais, promovidas pelos réus e a que aderiram os trabalhadores contra aquela, e a decorrente cessação das mesmas. Isto porque tais ações traduziram-se em bloqueios às obras em curso por uma empresa de direito sueco detida pela *Laval*, a *L&P Baltic Bygg AB*, para onde aquela havia destacado vários dos seus trabalhadores, o que culminou com a falência desta. O pedido de indemnização deduzido pela *Laval* prendia-se com os prejuízos sofridos com a perda das obras que lhe tinham sido adjudicadas, o que se deveu às paralisações dos trabalhadores na sequência da adesão às ações coletivas promovidas pelos sindicatos²⁴⁹⁰.

As questões prejudiciais colocadas pelo tribunal do reenvio tinham a ver com a interpretação dos artigos 12.º, atinente ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, e 49.º, no tocante à liberdade de circulação de serviços, ambos do TCE (hoje artigos 18.º e 56.º do TFUE), bem como de disposições constantes da Diretiva (CE) n.º 96/71, do PE e do Conselho, de 16 de dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de prestações de serviços.

Por outro lado, as ações coletivas promovidas pelos três sindicatos e impugnadas pela *Laval*, no âmbito do processo que decorreu no tribunal *a quo*, firmavam-se no artigo 17.º da Constituição Sueca e na lei ordinária laboral interna²⁴⁹¹.

O tribunal do reenvio questionou o TJ sobre a compatibilidade das ações coletivas levadas a efeito pelos três sindicatos suecos contra a *Laval* (ou seja, um empregador sediado noutra

²⁴⁹⁰ Outros contornos do litígio nacional são os seguintes: existia uma convenção coletiva de trabalho celebrada entre um dos sindicatos demandados pela *Laval* e uma associação sueca de empregadores do setor da construção civil. Essa convenção previa, entre outros aspetos, a sujeição dos empregadores a obrigações pecuniárias, umas beneficiando o sindicato outorgante em matéria de quotizações, outras tendo em vista um seguro de vida que cobria vários riscos relacionados com a atividade profissional dos trabalhadores abrangidos por ela; a convenção coletiva também regulava mais favoravelmente do que a legislação nacional determinadas condições de trabalho previstas na diretiva comunitária relativa aos trabalhadores destacados.

Contudo, entre a *Laval* e os três sindicatos demandados não existia qualquer convenção celebrada; tais sindicatos também não representavam qualquer trabalhador destacado da *Laval* para a *Baltic*. Existiam, todavia, convenções coletivas celebradas entre a *Laval* e o sindicato letão da construção civil, o qual representava cerca de dois terços dos referidos trabalhadores.

Entre a *Laval*, a *Baltic* e o sindicato que havia celebrado, com a associação de empregadores, a convenção coletiva para o setor sueco da construção civil foram estabelecidas negociações com vista a adesão daquelas empresas à referida convenção. Na sequência de discordâncias que marcaram tal processo de adesão o sindicato ameaçou a *Laval* com uma ação coletiva caso as partes não chegassem a acordo sobre matéria salarial, aspeto não tratado na convenção em questão. Frustradas as negociações sem que a *Laval* aderisse à convenção as ações coletivas tiveram início e foram-se repetindo, o que levou à paralisação total das obras levadas a cabo pela *Baltic*, determinando o regresso dos trabalhadores destacados ao país de origem e, na sequência da resolução do contrato de empreitada pelo dono das obras, a falência desta. A *Laval* instaurou num órgão jurisdicional sueco uma ação visando a declaração de ilegalidade e uma ordem de cessação das ações coletivas levadas a cabo por três sindicatos contra si, e a condenação destes no pagamento de uma indemnização pelos prejuízos sofridos na sequência dessas ações coletivas.

²⁴⁹¹ Esta prevê a chamada cláusula de paz social relativa, a qual restringe o direito a ações coletivas laborais aos sujeitos vinculados por uma convenção coletiva de trabalho quando tais ações visem alterar o conteúdo da convenção celebrada. Não havendo convenção coletiva já é lícito recorrer às ações de luta.

Tal legislação também prevê a possibilidade de desencadeamento de ações coletivas contra empregadores estrangeiros que exercem temporariamente uma atividade na Suécia, desde que uma apreciação global da situação permita concluir por um elo de ligação, entre aqueles e este Estado membro, demasiado ténue.

Estado membro que destacou trabalhadores para outra empresa do grupo a fim de prestarem a sua atividade na Suécia), como forma de a obrigar a aderir a uma convenção coletiva de trabalho sueca, com os artigos 12.º e 49.º do TCE e com as disposições da Diretiva (CE) n.º 96/71, sendo que a legislação sueca que transpôs a referida diretiva é omissa sobre a aplicabilidade a empregadores estrangeiros de condições laborais previstas em convenções coletivas de trabalho existentes no país²⁴⁹².

Na resposta, o TJ apreciou a ação coletiva empreendida pelos sindicatos suecos à luz do artigo 49.º do TCE e concluiu que a mesma, ainda que decorrendo de um direito fundamental previsto na Constituição Sueca bem como em vários instrumentos internacionais²⁴⁹³ e de direito comunitário²⁴⁹⁴, constituindo ainda um princípio geral deste direito cujo respeito é assegurado por si, não se encontra excluída do âmbito da livre prestação de serviços; como tal, está sujeita às restrições impostas por esta liberdade²⁴⁹⁵. O Tribunal não deixou de referir, aliás, que tanto a CDFUE, como as Constituições nacionais, nomeadamente a Sueca, que consagram o caráter fundamental do direito de ação coletiva, preveem concomitantemente limitações ao exercício do mesmo.

Depois de recordar que a liberdade de circulação de serviços beneficia de efeito direto vertical e horizontal²⁴⁹⁶, o TJ concluiu que a ação coletiva levada a efeito pelos três sindicatos suecos contra a *Laval*, com o objetivo de forçar esta a aderir à convenção coletiva de trabalho sueca para o setor da construção, constituiu uma restrição injustificada à referida liberdade²⁴⁹⁷, sendo incompatível com o artigo 49.º do TCE e com as disposições da diretiva sobre trabalhadores destacados no quadro comunitário de prestação de serviços. Com efeito, os trabalhadores destacados no âmbito de prestações de serviços que tenham lugar no espaço da UE beneficiam de um conjunto de regras imperativas que consagram uma proteção mínima no Estado membro de acolhimento, cujo respeito é imposto ao empregador através de um regime de coordenação das legislações nacionais que a Diretiva (CE) n.º 96/71 prevê; por outro lado, a referida convenção consagrava matérias que extravasavam os domínios laborais objeto de regulação naquela diretiva²⁴⁹⁸.

²⁴⁹² O órgão jurisdicional sueco perguntou ainda ao TJ se as referidas normas do TCE bem assim a dita diretiva relativa ao destacamento colidem com uma disposição nacional constante da legislação sueca que implica a prevalência das convenções coletivas de trabalho suecas sobre as suas homólogas estrangeiras e permite o recurso a ações coletivas promovidas pelos sindicatos suecos contra empresas prestadoras de serviços estrangeiras.

²⁴⁹³ O Tribunal invocou a Convenção n.º 87 da Organização Internacional do Trabalho e a Carta Social Europeia (*vide* n.º 90 do acórdão).

²⁴⁹⁴ O TJ aludiu ao artigo 136.º do TCE (atual artigo 151.º do TFUE), ao artigo 28.º da CDFUE e à Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores.

²⁴⁹⁵ Cfr. n.º 95.

²⁴⁹⁶ Cfr. n.ºs 97 e 98 com referências aos arestos jurisprudenciais onde o TJ concluiu por tal efeito.

²⁴⁹⁷ Cfr. n.ºs 99, 107 e 108.

²⁴⁹⁸ O TJ também referiu que a legislação sueca, que motivou a segunda questão prejudicial, desconsidera absolutamente as convenções coletivas existentes no Estado membro de origem das empresas que destacam

2.4.2. O caso *Viking*

O acórdão VIKING²⁴⁹⁹ foi proferido na sequência de um processo de questões prejudiciais despoletado por um órgão jurisdicional britânico (a *Civil Division da Court of Appeal*) mobilizado a dirimir um conflito entre, por um lado, duas associações sindicais - uma internacional com sede no Reino Unido (a *International Transport Workers' Federation*, doravante *ITF*) e outra de direito finlandês (a *Finnish Seamen's Union*, adiante *FSU*)²⁵⁰⁰ - e duas empresas de transportes marítimos - uma finlandesa (a *Viking Line ABP*, doravante *Viking*) e outra de direito estónio, filial daquela (a *OÜ Viking Line Eesti*, adiante *Viking Eesti*). Em causa estava a compatibilidade com o direito comunitário de uma ação coletiva despoletada por aqueles sindicatos contra estas empresas com o objetivo de forçar a primeira a infletir na sua decisão de alterar a bandeira de uma das suas embarcações (de nome *Rosella*²⁵⁰¹) e consequentemente de registá-la sob o pavilhão de outro Estado membro²⁵⁰², a qual passaria a ostentar bandeira da Estónia em vez da finlandesa²⁵⁰³.

trabalhadores para a Suécia, criando sobre estas uma forma de discriminação incompatível com os artigos 46.º e 55.º do TCE (atuais artigos 52.º e 62.º do TFUE) e à qual se opõem os artigos 49.º e 50.º do TCE (este último, corresponde hoje ao artigo 57.º do TFUE).

²⁴⁹⁹ Acórdão de 11 de dezembro de 2007, proc. C-438/05, Col. 2007, pp. 10806 e ss.

²⁵⁰⁰ Daí que a decisão surja designada na Coletânea por acórdão INTERNATIONAL TRANSPORT WORKERS' FEDERATION e FINNISH SEAMEN'S UNION.

²⁵⁰¹ A embarcação em questão assegurava a ligação marítima entre Helsínquia (Finlândia) e Talin (Estónia) e, nessa rota, a *Viking* contava com a concorrência direta de empresas estónias que operando no mesmo setor asseguraram a mesma ligação com custos salariais inferiores.

²⁵⁰² É relevante ter presente que a *FSU* é o sindicato representativo dos membros da tripulação do *Rosella*, estando associado à *ITF*, a qual é uma federação que agrega cerca de 600 sindicatos espalhados por 140 países distintos. A *ITF* assume como uma das suas principais políticas a oposição feroz a alterações de pavilhão por parte dos proprietários dos navios para "bandeiras de conveniência", pugnando pelo estabelecimento de um elo de ligação genuíno entre o pavilhão e a nacionalidade do dono dos navios, e lutando pela melhoria das condições de trabalho das tripulações de embarcações que ostentam uma bandeira de conveniência.

A *ITF* entende que um navio está registado sob bandeira de conveniência quando a propriedade efetiva e o controlo do navio se encontrem num Estado distinto do Estado do pavilhão sob o qual o navio se encontra registado. Nessa medida, a *ITF* opõe-se à celebração de convenções coletivas de trabalho entre sindicatos de determinado Estado e proprietários efetivos de navios que pertençam a outro Estado. Como forma de combater os pavilhões ou as bandeiras de conveniência a *ITF* promove ações coletivas que abrangem greves e boicotes contra os autores dessas práticas.

²⁵⁰³ Assim que teve conhecimento do projeto da *Viking* o *FSU* manifestou clara oposição e dele deu conhecimento à *ITF*, mais informando esta que a propriedade efetiva do *Rosella* situa-se na Finlândia. Segundo o *FSU* e a *ITF*, a *Viking*, sociedade de direito finlandês, pretendia matricular o *Rosella* em nome da *Viking Eesti*, sociedade de direito estónio, de forma a pagar as retribuições dos respetivos tripulantes de acordo com os níveis salariais praticados na Estónia e mais baixos que os vigentes na Finlândia. A *ITF* ordenou aos seus filiados que não negociassem convenções coletivas de trabalho com a *Viking* ou com a *Viking Eesti*. Por outro lado, com a caducidade do acordo celebrado entre aquela e o *FSU* deixou de incidir sobre este o dever de paz social derivado daquele, o que determinou que o *FSU* decretasse várias greves com vista a obrigar a *Viking* a abandonar o projeto de alteração da bandeira do *Rosella*.

O direito (fundamental) dos sindicatos finlandeses a desencadear ações coletivas, incluindo a greve, contra empresas, com vista à defesa dos interesses dos trabalhadores, encontra consagração no artigo 13.º da Constituição Finlandesa. Contudo, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal finlandês, tal direito está sujeito a restrições, não podendo ser exercido nomeadamente quando o direito comunitário o proíba.

A *Viking* instaurou, num tribunal de primeira instância britânico, contra a *ITF* e o *FSU* uma ação visando a declaração judicial de incompatibilidade entre a ação coletiva empreendida e as liberdades de estabelecimento prevista no artigo 43.º, de circulação de trabalhadores constante do artigo 39.º (hoje artigo 45.º do TFUE), e de prestação de serviços consagrada no artigo 49.º, todos do TCE. Tendo a *Viking* ganho a ação, a *ITF* e o *FSU* recorreram para a *Court of Appeal* alegando que o caráter fundamental do direito de greve, reconhecido tanto no TCE como na Carta Social Europeia como ainda na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, permitia-lhes desencadear a ação coletiva.

A *Court of Appeal* decidiu suspender a instância e colocar dez (algumas com desdobramentos) questões prejudiciais ao TJ, com as quais pretendeu saber, em suma, (i) se as ações coletivas destinadas a impedir ou a tornar ineficazes as mudanças de pavilhão são compatíveis com o artigo 43.º do TCE (atual artigo 49.º do TFUE) e com o Regulamento (CEE) n.º 4055/86, do Conselho, de 22 de dezembro de 1986, relativo à aplicação da liberdade de circulação de serviços ao setor dos transportes marítimos efetuados entre Estados membros e destes para países terceiros; bem como (ii) se aquela norma do TCE e as disposições do referido regulamento produzem efeito direto horizontal.

O TJ rejeitou as questões prejudiciais que se prendiam com a interpretação do regulamento, na medida em que as mesmas apresentavam caráter hipotético. Já relativamente ao âmbito de aplicação do artigo 43.º do TCE afirmou perentoriamente que o mesmo opõe-se a ações coletivas, desencadeadas por sindicatos contra empresas, que visem forçar estas a celebrarem convenções coletivas de trabalho cujo conteúdo possa dissuadi-las do exercício da liberdade de estabelecimento²⁵⁰⁴. Relembrando que, para além das autoridades públicas, também as entidades privadas estão sujeitas às exigências decorrentes da livre circulação de trabalhadores, estabelecimentos e serviços²⁵⁰⁵, o TJ concluiu pela produção de efeito direto horizontal da liberdade prevista no artigo 43.º do TCE²⁵⁰⁶ e que o âmbito da mesma proíbe ações

²⁵⁰⁴ Cfr. n.º 32. O TJ teve em mente uma proposta, apresentada no decurso da ação coletiva, da autoria do *FSU*, com a qual pretendia que a *Viking*, mesmo alterando o pavilhão do *Rosella* para bandeira estónia, se vinculasse a manter, para os tripulantes deste, as condições de trabalho previstas no direito (legislado e convencional) finlandês.

²⁵⁰⁵ Cfr. n.ºs 33 e 34.

²⁵⁰⁶ Cfr. n.ºs 57 a 61, e 66.

coletivas como as levadas a cabo pela *ITF* e pelo *FSU*²⁵⁰⁷; igualmente, sem negar o carácter fundamental do direito de ação coletiva constante de alguns instrumentos jurídicos internacionais e de direito comunitário enfatizou as limitações que condicionam o exercício do mesmo, onde se inserem as liberdades de circulação²⁵⁰⁸.

2.4.3. Síntese

Em suma, nestes dois casos o TJ concluiu pela produção de efeito direto horizontal das disposições do Tratado de Roma relativas às liberdades de prestação de serviços e de estabelecimento (e às demais, como as de mercadorias e trabalhadores). Reconhecendo o carácter fundamental do direito de ação coletiva em matéria laboral, constante de instrumentos jurídico-políticos que se aplicam tanto aos Estados membros como à própria CE (concretamente três Cartas, entre elas a CDFUE), o TJ rematou com o carácter (ainda mais) fundamental das liberdades de circulação, cujo âmbito limita o exercício daquele direito.

É nossa convicção que em ambas as decisões o TJ só não enunciou expressa e explicitamente um *princípio da responsabilidade dos particulares por violação do direito da UE* porque não foi interpelado para o efeito por nenhum dos órgãos jurisdicionais do reenvio²⁵⁰⁹, como decorrência básica, aliás, do princípio do dispositivo segundo a qual os órgãos jurisdicionais não agem, antes reagem às pretensões que lhes são apresentadas. Todavia, ao pronunciar-se o Tribunal não teve dúvidas em afirmar que os comportamentos levados a cabo pelos sindicatos demandados em ambos os processos principais eram incompatíveis com o direito da UE, deixando transparecer de forma implícita que um dos efeitos decorrentes da sua adoção consiste no dever de reparação dos danos causados, embora relegando para os órgãos jurisdicionais nacionais - principalmente o sueco, na medida em que a ação aí instaurada também contemplava um pedido indemnizatório - a extração desta ilação.

²⁵⁰⁷ Na justificação o TJ referiu, designadamente, que o facto de a CE não ser competente para regular determinadas matérias de natureza laboral, como o direito de greve e *lock-out*, as quais mantêm-se na esfera competencial dos Estados, não obsta a que estes, no exercício desse poder, devam respeitar o direito comunitário (*vide* n.ºs 39 a 41).

²⁵⁰⁸ Outra questão prejudicial prendia-se com saber se as ações coletivas, como as levadas a cabo pela *ITF* e pelo *FSU*, se traduzem em formas de discriminação em razão da nacionalidade injustificadas face às exigências do Tratado. Na resposta, o TJ não afastou a possibilidade de as mesmas poderem ser justificadas com base em razões de interesse geral, como a proteção dos trabalhadores, na condição de se demonstrar que elas se afiguram adequadas a garantir a realização do objetivo legítimo prosseguido e não excederam o necessário para o alcançar, ou seja, desde que o princípio da proporcionalidade seja observado.

²⁵⁰⁹ Cfr. Sacha PRECHAL e Sybe A. de VRIES, *Seamless Web of Judicial Protection in the Internal Market*, in *ELR*, 2009 (Vol. 34; n.º 1), p. 5.

Conclusão

1. *Teses conclusivas*

Em jeito de finalização, propomo-nos apresentar as principais conclusões gerais a que chegámos. Naturalmente, não é nossa intenção recapitular o que fomos dizendo ao longo do périplo percorrido; procuraremos ser incisivos.

I.^a

§ 1.º Não sendo a UE um Estado federal, constituindo antes uma organização internacional *sui generis* assente numa associação de Estados (como aclarado pelo *BVerfG* nas célebres decisões Maastricht e Lisboa), a sua instituição jurisdicional (com particular destaque para o seu órgão máximo: o TJ) não se confunde com os supremos tribunais federais, não podendo rever, revogar ou anular as decisões dos órgãos jurisdicionais nacionais ainda que contrárias ao direito da União.

§ 2.º As relações entre os órgãos inseridos no TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais caracterizam-se não pela hierarquia ou verticalização, mas antes por uma cooperação institucional levada a cabo através do reenvio prejudicial. Em circunstância alguma os primeiros funcionam como órgão de recurso ou instância de apelo das decisões dos segundos.

II.^a

§ 1.º O imperativo de defesa do direito da UE é mais abrangente do que a necessidade de proteção *contenciosa* do mesmo ordenamento. Se o primeiro abrange, também, mecanismos de natureza política e administrativa, a segunda, à qual subjaz a tutela jurisdicional efetiva, cinge-se a instrumentos de mobilização dos *tribunais* ou, caso se prefira, de órgãos jurisdicionais.

§ 2.º A tutela jurisdicional efetiva no direito europeu pressupõe a atuação dos órgãos inseridos no *poder judicial* existente na União enquanto instância de controlo da atividade da administração pública europeia e garantidora das pretensões subjetivas que o referido ordenamento reconhece sobretudo aos particulares.

§ 3.º Ainda que excluídas do âmbito da atuação dos tribunais, logo da aspiração de satisfazer as exigências inerentes a uma tutela jurisdicional efetiva, não deve ser escamoteada a importância das vias políticas de controlo do respeito pelo direito da União, tanto pelas instituições europeias (v. g. o controlo político que o PE exerce sobre a Comissão), como pelos Estados membros (v. g. o controlo político do Conselho Europeu e do Conselho sobre o respeito pelos Estados membros dos valores constantes do artigo 2.º do TUE). Igualmente, os instrumentos administrativos (como os levados à cabo pelo Provedor de Justiça Europeu na deteção e repressão de factos suscetíveis de integrar a qualificação de má administração das instituições da União, com particular destaque para a atividade desenvolvida pela Comissão tanto relativamente às empresas como em relação aos Estados membros) relevam no desígnio de salvaguarda do ordenamento europeu.

III.^a

§ 1.º O controlo político levado a cabo pelo Conselho Europeu e pelo Conselho em torno do respeito pelos Estados membros dos valores democráticos - dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de direito, respeito pelos direitos humanos, incluindo daqueles que se insiram em minorias - reconhecidos pela UE não se encontra totalmente excluído da esfera competencial do TJ uma vez que este órgão pode sindicá-lo, no quadro do recurso de anulação previsto no artigo 263.º do TFUE embora com as especificidades constantes do artigo 269.º do mesmo Tratado, a legalidade procedimental dos atos de *constatação* (o mesmo não se verificando relativamente à decisão de *suspensão* de direitos) adotados por aquelas instituições ao abrigo do artigo 7.º do TUE.

§ 2.º Até à entrada em vigor do Tratado de Nice tal matéria relevava apenas no campo político passando a beneficiar assim, ainda que parcialmente, de tutela jurisdicional. Em circunstância alguma o Tribunal tem poderes para controlar o mérito bem como os aspetos substantivos dos atos adotados pelo Conselho Europeu ou pelo Conselho, constituindo uma exceção ao princípio da *reserva do juiz* e um desvio ao axioma da União de direito, o que não permite qualificar de efetiva a tutela jurisdicional existente em tais domínios do direito europeu.

IV.^a

§ 1.º Nos instrumentos de natureza graciosa de garantia do respeito pelo direito da UE assume particular destaque a competência fiscalizadora atribuída à Comissão de "guardião dos Tratados".

§ 2.º Essa competência contempla poderes que apresentam uma amplitude distinta consoante os visados dos procedimentos por alegadas infrações à legalidade europeia sejam os particulares, a quem a Comissão pode aplicar diretamente sanções pecuniárias por violações ao direito europeu

da concorrência, ou os Estados membros, cujo poder sancionatório deve ser intermediado pelo TJ no quadro das ações por incumprimento.

§ 3.º As decisões administrativas da Comissão de sancionar os particulares bem como de ordenar medidas provisórias de natureza cautelar com vista à salvaguarda do direito europeu da concorrência inserem-se na atividade da administração pública europeia *direta* e podem ser impugnadas contenciosamente ante os órgãos jurisdicionais inseridos no TJUE, contingência a que tem subjaz a tutela jurisdicional efetiva do ordenamento da União.

§ 4.º Permanece ausente dos Tratados o direito de queixa perante a Comissão com vista a denunciar infrações ao direito da UE tanto da parte dos Estados membros, como da autoria dos particulares (principalmente de empresas).

V.^a

§ 1.º Nas ordens jurídicas internas também existem formas *não jurisdicionais* de tutela do direito da União, as quais convocam as funções, sobretudo, *legislativa* (v. g. a exigência de transposição atempada e correta de diretivas; a necessidade de revogação ou substituição da legislação interna contrária ao direito da UE; a abstenção de aprovação de legislação que contrarie ou dificulte o efeito útil deste) mas também *administrativa* (v. g. através dos atos das administrações públicas nacionais de aplicação ou execução do direito da União, atuando aquelas enquanto extensão da administração pública europeia, ou seja, no quadro da administração pública europeia *indireta*) dos Estados membros.

§ 2.º A transposição das diretivas europeias de forma clara, decorrente do princípio da *proteção da confiança*, pelos competentes órgãos estaduais é pressuposto da tutela jurisdicional efetiva, a realizar perante os tribunais nacionais, das pretensões subjetivas que as mesmas reconhecem aos particulares.

VI.^a

Remonta à década de 60 do século passado a primeira referência dirigida pelo TJ (acórdão *Salgoil*) ao imperativo de tutela jurisdicional efetiva, relacionando-o com o efeito direto do direito comunitário. Não obstante, é na década de 90 (aresto *Unión de Pequeños Agricultores*) que a tutela jurisdicional efetiva é reconhecida pelos órgãos integrados no então TJCE como *direito fundamental* e simultaneamente *princípio geral de direito comunitário* decorrente das tradições constitucionais comuns aos Estados membros e de instrumentos de direito internacional, em especial da CEDH (acórdãos *Johnston* e *Kofisa Italia*), a que a UE deve respeito.

VII.^a

§ 1.º A tutela jurisdicional efetiva no direito da UE reclama uma proteção jurídica que, atuando através da mobilização dos órgãos judiciais, se caracterize pela ausência de lacunas, ou seja, pela *plenitude* e *eficácia*. Tal proteção é levada a cabo mediante instrumentos adjetivos que devem ter em conta as exigências de *equidade processual* e de *prazo razoável*.

§ 2.º Tais órgãos reconduzem-se aos tribunais da UE em sentido amplo a quem compete, no âmbito dos litígios que são chamados a resolver, reprimir as violações à legalidade europeia e garantir os direitos conferidos pelo direito da União principalmente aos particulares.

§ 3.º A tutela jurisdicional efetiva tem subjacente exigências processuais estruturantes. Desde a garantia (básica) de acesso aos tribunais da UE em sentido lato ao imperativo de os processos serem tramitados de acordo com a forma e a substância prevista em lei anterior (*due process of law*, processo legal devido ou processo justo e equitativo), abrangem-se ainda as necessidades de celeridade processual e de os julgamentos serem justos (*fair trial*).

§ 4.º A tutela jurisdicional efetiva no ordenamento da União impõe que os tribunais atuem como garantes de algumas garantias processuais reconhecidas pelo referido direito, como as relativas ao *duplo grau de jurisdição*, à *presunção de inocência*, ao *non bis in idem* e à *nulla poena sine legem*, e procedimentais, como a exigência de fundamentação dos atos das instituições, de audiência dos interessados previamente à adoção de medidas e de proteção dos direitos de defesa.

VIII.^a

§ 1.º A tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia implica uma sucessão encadeada de direitos que, assentando em impulsos processuais traduzidos na dedução em juízo de pretensões fundadas naquela ordem jurídica bem como em reações e respostas dos competentes tribunais, visam garantir judicialmente tanto a objetiva legalidade europeia como os direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) e interesses legítimos conferidos pelo ordenamento da União.

§ 2.º Naqueles direitos, em especial no de acesso aos tribunais da UE, inclui-se a efetividade das decisões tomadas por estes, o que abrange, nomeadamente, o decretamento judicial de medidas provisórias de natureza cautelar e a execução coerciva das decisões dos referidos órgãos.

IX.^a

§ 1.º Do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE extrai-se que a tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia encontra-se primordialmente vocacionada para a proteção dos direitos subjetivos e interesses legítimos que o ordenamento da União reconhece aos particulares

enquanto administrados e destinatários de atos da autoria das instituições da União e das autoridades nacionais enquanto extensão da administração pública europeia.

§ 2.º Não obstante e sendo a UE uma organização internacional supranacional, a tutela jurisdicional efetiva também suscita problemas decorrentes das relações daquela, agindo obviamente através das respetivas instituições, com os Estados membros, nos quais avulta a exigência de respeito pela objetiva legalidade europeia.

X.^a

§ 1.º A garantia de acesso aos tribunais da União em sentido amplo assenta numa tradição constitucional comum aos Estados membros e nos artigos 6.º e 13.º da CEDH, e desdobra-se entre o acesso às jurisdições do TJUE, instituição europeia competente para fiscalizar a legalidade dos atos das demais instituições da União, e o acesso às jurisdições nacionais para que estas fiscalizem, eventualmente submetendo questões prejudiciais ao TJ, a legalidade dos atos das autoridades administrativas dos Estados destinados a aplicar ou executar o direito da UE; a referida garantia encontra previsão no n.º 1 do artigo 47.º da CDFUE, resultando o direito de acesso aos tribunais nacionais enquanto juízes da UE também do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE.

§ 2.º O direito de acesso aos tribunais da UE e a inerente proteção jurídica divide-se entre (i) direito de ação, que abrange a possibilidade de os particulares e os próprios Estados membros socorrerem-se das vias processuais disponíveis (ações, recursos, procedimentos cautelares) contra a UE, Estados membros e mesmo particulares, para tutela de direitos subjetivos e interesses legítimos conferidos pela ordem jurídica da União bem como da estrita legalidade europeia, e (ii) direito de defesa, configurado para os particulares, Estados membros e a própria UE quando demandados no âmbito de instrumentos processuais cuja solução substantiva decorra do ordenamento europeu.

XI.^a

§ 1.º No que tange ao acesso aos tribunais da UE em sentido amplo os ordenamentos nacionais devem garantir a existência de *vias judiciais* que permitam aos particulares, por um lado, impugnar nos órgãos jurisdicionais estaduais enquanto tribunais comuns do direito da União os atos das administrações públicas nacionais de aplicação ou execução do direito da UE (ou seja, enquanto extensão da administração pública europeia) que se afigurem ilegais por contrariarem pretensões subjetivas que o referido ordenamento lhes reconhece e, por outro lado, deduzir nos referidos órgãos pretensões indemnizatórias contra os Estados membros ou outros particulares por prejuízos sofridos em consequência de comportamentos ilícitos, por serem contrários ao

direito da UE, adotados por eles. Também esta *garantia de proteção jurídica através dos tribunais nacionais* consta do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE.

§ 2.º Os Estados membros, no quadro jurídico-institucional da UE, estão ainda adstritos a garantir a existência de *vias jurisdicionais* que permitam aos particulares e a eles próprios o acesso aos órgãos jurisdicionais inseridos no TJUE através das vias processuais que se encontram reservadas, pelos Tratados e *maxime* pelo TFUE, àqueles.

XII.^a

A tutela jurisdicional efetiva não prescinde de um processo legal devido ou processo justo definido por lei (*due process of law*), o que apela à necessidade consagrada no segundo parágrafo do artigo 47.º da CDFUE de os processos judiciais serem, através da lei, adequados, eficazes e equitativos. Tal exigência condiciona a atividade legislativa e regulamentar de conformação normativa do processo judicial de forma a que este respeite as referidas imposições. Designadamente, deve-se dar preferência a esquemas processuais que favoreçam a tomada da decisão de mérito em detrimento de técnicas que prefiram a adoção de decisões de forma, pois só aquelas são aptas à resolução do litígio de acordo com o direito substantivo; tais decisões devem ser proferidas em prazo razoável e quando não acatadas voluntariamente exequíveis coercivamente; os julgamentos, *maxime* no âmbito de processos sancionatórios, devem ser marcados pelo princípio do *fair trial*, respeitando os mais elementares direitos de informação e defesa em processos marcados pela lealdade processual e tramitados regular e adequadamente.

XIII.^a

As execuções coercivas de decisões judiciais que consubstanciem título executivo proferidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais quando atuem na qualidade de tribunais comuns de aplicação do direito da UE ocorrem nos exatos termos aplicáveis às ações executivas fundadas nas decisões que esses mesmos órgãos adotam quando agem como tribunais nacionais ou órgãos jurisdicionais de direito interno, o que ocorre por força do princípio da autonomia processual dos Estados membros e contando que a efetividade do direito da União não saia prejudicada.

XIV.^a

§ 1.º A tutela jurisdicional efetiva não prescinde da garantia da via judiciária que permita a salvaguarda judicial da objetiva legalidade europeia e dos direitos que o ordenamento da União confere aos particulares, a qual encontra-se prevista no segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º quanto às jurisdições nacionais, bem como neste mesmo preceito e nos artigos 251.º a 281.º do TFUE relativamente às jurisdições dos órgãos inseridos no TJUE.

§ 2.º Neste segmento da *interjurisdicionalidade* o TJ aclarou (no acórdão *Unión de Pequeños Agricultores*) que o Tratado de Roma edificou um sistema de instrumentos processuais, que confiou ao Juiz da União, destinado a garantir o controlo da legalidade dos atos das instituições. No entanto, os particulares que, devido às condições restritivas de acesso às jurisdições do TJUE no quadro do recurso de anulação, não poderem impugnar diretamente atos de alcance geral têm a possibilidade de alegar a invalidade dos mesmos, tanto incidentalmente ao abrigo da exceção de ilegalidade e perante aquele juiz, como perante os órgãos jurisdicionais nacionais que, não dispondo de competência para declarar a invalidade dos referidos atos, podem interrogar a este respeito o TJ através do reenvio prejudicial.

XV.^a

Sendo prosseguida através dos tribunais da União enquanto últimos garantes da realização do direito europeu, a tutela jurisdicional efetiva deste exige a conformação jurídica do processo através de um conjunto de garantias adjetivas de carácter geral e específicas do direito sancionatório cujo cumprimento é assegurado pelos referidos órgãos. Nas primeiras encontramos os direitos (não coincidentes) ao recurso e ao duplo grau de jurisdição (os quais não se estendem à ação por incumprimento, bem como a outros instrumentos processuais que os Tratados e o Estatuto do TJUE reservam ao TJ), bem como a garantia do juiz natural ou legal; nas segundas vislumbram-se as garantias relativas à presunção de inocência (que abrange o princípio *in dubio pro reo*); à proibição da dupla incriminação (*non bis in idem*); à *nulla poena sine legem*; e à proteção dos direitos de defesa.

XVI.^a

Relativamente aos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE o duplo grau de jurisdição não se afigura pleno na medida em que os recursos interpostos das decisões dos tribunais especializados para o TG cingem-se à matéria de direito, sendo residual e eventual a possibilidade de este adquirir poderes de conhecer, também, questões de facto, nomeadamente sindicando a correta apreciação e valoração da prova e o bom julgamento sobre tal matéria, nas decisões recorridas dos tribunais especializados. A plenitude da garantia do direito ao duplo grau de jurisdição, entendida como abrangendo a reapreciação da matéria de facto, apresenta-se ainda mais longínqua no que tange à reapreciação das decisões do TG pelo TJ.

XVII.^a

O princípio do juiz legal ou natural, previsto no ordenamento europeu no segundo parágrafo do artigo 47.º da CDFUE para a generalidade das jurisdições, impõe que os órgãos investidos na

função jurisdicional tenham a sua competência determinada através de critérios objetivos constantes de *lei anterior*. No sistema jurisdicional da União tal princípio apresenta-se especialmente importante devido à repartição de papéis, segundo o princípio da *competência de atribuição* inerente ao exercício da função judicial naquela, entre os órgãos integrados no TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais aquando do seu desdobramento funcional como tribunais da União visível, nomeadamente, na articulação entre os aludidos órgãos no mecanismo do reenvio prejudicial.

XVIII.^a

§ 1.º Nas garantias processuais específicas do direito sancionatório, particularmente pertinentes nos procedimentos de infração instaurados pela Comissão por alegadas violações do direito europeu da concorrência, encontramos a exigência de respeito dos direitos de defesa do demandado, a qual consubstancia um princípio geral do direito da União cujo cumprimento é controlado pelos órgãos integrados no TJUE.

§ 2.º Prevista no n.º 2 do artigo 48.º da CDFUE, tal garantia impõe genericamente que o interessado possa expressar utilmente o seu ponto de vista em relação às acusações que lhe são dirigidas. Nessa medida, o respeito por tal garantia também é assegurado pelos órgãos jurisdicionais nacionais quando mobilizados para aplicarem o direito da União.

§ 3.º A garantia do respeito pelos direitos de defesa tem assumido uma importância crescente devido ao alargamento das atribuições da UE aos domínios da cooperação judiciária em matéria penal, nos quais se prevê o estabelecimento de regras mínimas sobre direitos individuais do arguido em processo penal.

XIX.^a

§ 1.º A tutela jurisdicional efetiva no direito da União surge hoje expressa e explicitamente consagrada no segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, trazido a lume pelo Tratado de Lisboa. Não obstante, a referida tutela já resultava da jurisprudência do TJ e constava implicitamente dos artigos 6.º (atual artigo 2.º) do TUE e 220.º (que inspirou a segunda parte do primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE) do TCE.

§ 2.º Tal tutela surge como uma obrigação de meios e de resultado a cargo dos Estados membros (mobilizando tanto a função legislativa, como o poder judicial) e como um direito vocacionado para a proteção de pretensões subjetivas que o ordenamento da União reconhece aos particulares, sobretudo enquanto administrados, mas também no quadro de relações, reguladas pelo referido direito, estabelecidas com outros particulares.

XX.^a

§ 1.º A tutela jurisdicional efetiva assume-se como um princípio geral do direito da UE, bem como um direito fundamental instrumental dos demais direitos subjetivos e interesses legítimos reconhecidos pelo referido ordenamento.

§ 2.º Enquanto direito fundamental, a tutela jurisdicional efetiva insere-se na tipologia dos direitos, liberdades e garantias, integrando-se precisamente nestas últimas e carecendo de uma dimensão positiva de concretização (se se preferir, de prestação) a cargo dos Estados membros e da própria UE; apresenta uma natureza essencialmente cívica (e não de participação política), podendo ser considerada como um direito materialmente de cidadania da União; caracteriza-se por ser um direito subjetivo público, embora com uma componente potestativa, exercido sobretudo pelos particulares contra os Estados membro; e um direito abstrato, isto é, independente dos direitos subjetivos concretos previstos no direito substantivo de que aquele é instrumental.

XXI.^a

§ 1.º Como direito fundamental, a tutela jurisdicional efetiva é titulada sobretudo pelos particulares, que exercem o referido direito principalmente contra os Estados membros quando confrontados, na sua esfera jurídica, com medidas individuais e internas de aplicação ou execução do direito da UE. No entanto, tal direito também se encontra subjacente aos instrumentos processuais previstos nos Tratados, em especial no TFUE, para os quais os referidos particulares disponham de legitimidade. Por outro lado, os particulares também são titulares de tal direito nas relações que estabelecem entre si e reguladas pelo direito da UE.

§ 2.º Tendo em conta a natureza de organização internacional supranacional da União, a qual é detentora de uma vasta parcela de poderes soberanos outrora pertencentes aos Estados membros, bem como a propensão e a apetência daquela para interferir com os interesses destes, nas relações entre a UE e os Estados membros ou que oponham estes entre si desde que disciplinadas pelo direito da União, também os aludidos Estados são titulares do direito à tutela jurisdicional efetiva como bem o demonstram, designadamente, os instrumentos do contencioso da União relativos à ação por incumprimento e à ação de indemnização contra a UE, bem assim o artigo 269.º do TFUE.

XXII.^a

§ 1.º O que se deve entender por tribunais da UE desdobra-se em três sentidos principais. Numa aceção ampla incluem-se neles os órgãos jurisdicionais em que se desobra o TJUE bem como os órgãos jurisdicionais nacionais quando atuem como tribunais comuns do direito da UE nos

respetivos Estados membros. Em sentido orgânico e também restrito, encontramos somente os primeiros; em sentido funcional vislumbramos os segundos.

§ 2.º Remonta ao acórdão *Simmenthal III* a delimitação da atuação dos tribunais nacionais para atuarem, paralelamente às suas funções de órgãos jurisdicionais internos, na qualidade de juízes comunitários e como guardiões da ordem jurídica europeia, da qual são, aliás, os tribunais comuns. Para esse efeito, podem tais órgãos ignorar e desaplicar as normas internas, inclusive constitucionais, contrárias às disposições daquele ordenamento.

§ 3.º Esta solução de "cooptação" dos órgãos jurisdicionais nacionais como tribunais da União deve-se, por um lado, a um sistema jurisdicional caracterizado por amplas restrições no acesso dos particulares aos órgãos integrados no TJUE e, por outro, à opção feita pelos Estados membros de não criarem no quadro institucional europeu um sistema de tribunais próprios dotados de competência específica para a aplicação do direito da União.

§ 4.º A delimitação das esferas de atuação do TJUE e dos órgãos jurisdicionais nacionais é feita de acordo com os princípios da *competência de atribuição* e da *limitação de competências*, dos quais se infere que o TJUE é uma instituição cuja competência se trata, não uma competência-regra, mas de *simples atribuição*, isto é, apenas aprecia e decide as matérias que lhe são conferidas pelos Tratados. Consequentemente, os domínios não reservados àquele inserem-se na competência dos tribunais nacionais, de onde se extrai que em regra são estes os competentes para aplicar o direito europeu ou não fossem os eles *tribunais comuns da União*.

XXIII.^a

O contencioso da UE reconduz-se ao conjunto de princípios e instrumentos jurídicos próprios do sistema de garantia jurisdicional existente na respetiva ordem jurídica; ele radica no sistema de mecanismos processuais instituídos pelos Tratados com vista a garantir a aplicação jurisdicional do direito da União. Numa aceção restrita abrange os instrumentos processuais previstos nos Tratados que pressuponham um *litígio*; em sentido amplo o conceito abrange outros mecanismos, igualmente abrangidos nos Tratados, de mobilização do TJ na resolução de *diferendos*. Na sua aceção mais lata o contencioso da UE também abarca as próprias vias processuais internas previstas nos direitos nacionais através das quais os tribunais dos Estados membros aplicam direito da UE.

XXIV.^a

§ 1.º Subjacente à tutela jurisdicional efetiva no direito da União encontra-se a necessidade de respeito pela ampla legalidade (reconduzível à ideia de juridicidade) europeia, que abrange o cumprimento da estrita ou objetiva legalidade europeia e o imperativo de salvaguarda de

pretensões de natureza subjetiva (direitos, *maxime* fundamentais, e interesses legítimos) fundadas no mesmo ordenamento.

§ 2.º A estrita ou objetiva legalidade europeia abrange aspetos como o (i) das relações hierárquicas entre os diferentes atos normativos da UE; (ii) da prevalência aplicativa do bloco de legalidade europeu sobre o bloco de legalidade nacional enquanto conformador do parâmetro de controlo da atuação da administração (direta e indireta) pública da União; (iii) do imperativo de respeito pelos princípios gerais do direito da UE, onde se insere o princípio da tutela jurisdicional efetiva; e o (iv) da influência que a juridicidade europeia desempenha relativamente às legalidades internas, motivando modificações a estas e mesmo a harmonização ou aproximação entre elas.

§ 3.º Do primado, da aplicabilidade direta e do efeito direto, enquanto princípios reguladores das relações entre o direito da UE e os ordenamentos internos, também decorre a obrigação para os órgãos que integram as administrações públicas nacionais de respeito da legalidade europeia, a qual naturalmente também vincula as instituições e os órgãos e organismos da União.

§ 4.º Normalmente, a tutela jurisdicional efetiva no direito da UE surge associada a pretensões de natureza subjetiva decorrentes daquela ordem jurídica e que radicam na esfera jurídica dos particulares. Tal deve-se à conexão entre tal tutela e a atividade dos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto aplicadores comuns do direito da UE, bem como ao facto de o respeito por tais pretensões se traduzir num requisito de legalidade dos atos nacionais de aplicação daquele direito. Porém, a referida tutela jurisdicional efetiva também se encontra presente quando se visa salvaguardar a objetiva legalidade europeia ainda que sem ofensa às referidas pretensões.

§ 5.º No âmbito das jurisdições do TJUE os interesses que carecem de proteção judicial podem encontrar-se na esfera dos próprios Estados membros, dado a UE traduzir-se numa organização internacional de cariz supranacional.

XXV.^a

A tutela jurisdicional efetiva no direito da UE também pode ter por escopo o ressarcimento dos danos sofridos, tanto pelos particulares como pelos próprios Estados membros, em consequência da adoção de condutas, materiais ou de produção normativa, ou de atuações administrativas, ilícitos por serem contrários à juridicidade europeia e praticados pelos entes que integram o quadro institucional da União ou aos seus agentes e imputáveis àquela. Os particulares poderão, paralelamente, arrogar-se no direito de serem indemnizados por comportamentos dos Estados membros violadores de obrigações decorrentes do direito da União. Também é de conceber a legitimidade dos particulares para demandarem outros particulares no âmbito de ações de

indemnização motivadas em comportamentos contrários ao ordenamento europeu da autoria dos particulares demandados.

XXVI.^a

§ 1.º O fundamento axiológico da tutela jurisdicional efetiva no ordenamento europeu reside no princípio da União de direito, inspirado no princípio comum aos Estados membros do Estado de direito, ao qual subjazem a separação de poderes, a independência dos tribunais, o respeito pela juridicidade (em especial direcionada para a administração pública europeia), particularmente pelos direitos fundamentais.

§ 2.º Ao abrigo do referido princípio a UE e os Estados membros encontram-se sujeitos ao controlo da conformidade dos seus atos com a "Carta Constitucional de base composta pelos Tratados", especialmente através, por um lado, do recurso de anulação e da exceção de ilegalidade e, por outro lado, do reenvio prejudicial (*acórdão Os Verdes vs. PE*).

XXVII.^a

À instituição jurisdicional da União - o TJUE - e sobretudo ao seu principal órgão - o TJ - compete garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados e do direito derivado, em especial assegurando o primado e garantindo a uniformidade da interpretação e a correta aplicação do direito da União no território dos Estados membros.

XXVIII.^a

§ 1.º São elementos constitutivos de uma jurisdição, preenchidos tanto pelos órgãos integrados no TJUE - TJ, TG e TFP - como pelos órgãos jurisdicionais nacionais, (i) a independência do respetivo órgão; (ii) a sua competência para a resolução de questões de direito; (iii) a sujeição a normas processuais precisas, *maxime* que garantam o princípio do contraditório; e (iv) o carácter obrigatório das decisões tomadas.

§ 2.º Os órgãos integrados na instituição jurisdicional da UE caracterizam-se pela *permanência* e em regra estão dotados de competências *imperativas* e *exclusivas*. Em duas matérias onde inexistem estes atributos (contencioso dos contratos celebrados pela UE ou por conta dela e litígios que oponham Estados membros nos domínios respeitantes ao objeto dos Tratados) é possível a celebração de cláusulas compromissórias a coberto dos artigos 272.º e 273.º do TFUE atributivas de competência àqueles órgãos.

XXIX.^a

§ 1.º Nas ações por incumprimento e de indemnização fundadas na responsabilidade civil aquiliana da UE (ou do BCE) a competência dos órgãos jurisdicionais que compõem o TJUE caracteriza-se por ser de *plena jurisdição*, o que permite salvaguardar mais eficazmente a tutela jurisdicional efetiva do direito da União.

§ 2.º No contencioso de impugnação das decisões da Comissão que apliquem sanções pecuniárias às empresas fundadas na violação das regras europeias de proteção da concorrência poderá a competência dos referidos órgãos ser de *plena jurisdição* se assim se encontrar previsto nos regulamentos que densificando os artigos 101.º e 102.º do TFUE regulem a matéria. Fora dessa eventualidade, a atuação dos órgãos integrados no TJUE é enformada pelo quadro do *recurso de anulação*, o qual se afigura de *jurisdição limitada*, logo menor garantístico da referida tutela jurisdicional efetiva.

XXX.^a

§ 1.º Ressalvada a exceção de ilegalidade que não assume autonomia processual, praticamente todos instrumentos do contencioso da União em sentido restrito (ou seja, ações por incumprimento, recursos de anulação, ações por omissão e de indemnização contra a UE) assemelham-se a ações do tipo declarativas, nas quais se visa a obtenção de decisões judiciais reconhecedoras da ocorrência de um facto com relevância comunitária ou a existência de direitos e interesses decorrentes do ordenamento jurídico europeu.

§ 2.º Os órgãos integrados no TJUE dispõem ainda de competência para o decretamento de medidas provisórias de índole cautelar acessoriamente àqueles instrumentos.

§ 3.º Em regra, os referidos tribunais não dispõem de competência executiva, devendo os exequentes (que aqui são as instituições da União) instaurar as competentes ações, fundadas em títulos executivos judiciais emergentes daqueles ou extrajudiciais (*v. g.* decisões da Comissão de aplicação de sanções a particulares), nos órgãos jurisdicionais nacionais, as quais reger-se-ão pelos respetivos direitos adjetivos internos. Não obstante, apenas os primeiros dispõem competência para determinar a suspensão das instâncias executivas que decorram nos segundos fundadas em títulos emergentes das instituições europeias.

§ 4.º A designada segunda ação por incumprimento, prevista no n.º 2 do artigo 260.º do TFUE, pode ser entendida como um *processo judicial especial de execução*, próprio do direito da UE, do acórdão proferido pelo TJ em sede de primeira ação por incumprimento. Não obstante, tal processo não se confunde com os que subjazem às ações executivas uma vez que o mesmo não assenta em medidas materiais de carácter operativo que visam a realização coativa de um direito violado próprias da *exsecutio* consubstanciando, em rigor, uma ação declarativa de condenação.

XXXI.^a

Os princípios do dispositivo, do contraditório e do inquisitório assumem-se estruturantes do direito processual aplicável aos órgãos integrados no TJUE, o que decorre dos Tratados, da CDFUE, do Estatuto daquele e dos regulamentos do processo dos referidos órgãos.

XXXII.^a

§ 1.º O Tratado de Lisboa alterou a designação da instituição jurisdicional da União para TJUE, o qual desdobra-se em três órgãos (TJ, TG e tribunais especializados) correspondentes a outras tantas jurisdições autónomas entre si. Tal desdobramento permitiu libertar o TJ, enquanto suprema instância jurisdicional da UE, para a resolução das questões mais nevrálgicas e suscetíveis de interferir com o trilho da integração europeia.

§ 2.º O TG (ex-TPI) foi instituído pelo AUE como instância desconcentrante do fluxo de pendências judiciais existente no TJ, tendo sido investido em competências materiais que até à sua criação eram detidas por este, sobretudo quando as inerentes vias processuais (recursos de anulação, ações por omissão e de indemnização propostos contra a UE) são despoletadas pelos particulares. Nesses casos o TJ pode atuar como instância de apelo das decisões do TG, em reforço dos aspetos da tutela jurisdicional efetiva relativos aos direitos ao recurso e ao duplo grau de jurisdição, ainda que estes se cinjam praticamente a questões de direito (v. g. valoração da prova formulada pelo TG, qualificação jurídica dos factos, cumprimento do dever de fundamentação, correta interpretação do direito da União). Em situações muito pontuais admite-se, contudo, que o TJ fiscalize a decisão da matéria de facto (inexatidões substantivas resultantes das peças processuais).

§ 3.º Com o mesmo móbil, o TG também atua como instância de recurso das decisões dos tribunais especializados, por ora leia-se do TFP, único órgão jurisdicional dessa categoria constituído até à data, vocacionado para a resolução dos litígios emergentes do funcionalismo público da União.

§ 4.º As decisões jurisdicionais do TG e do TFP, sendo passíveis de recurso respetivamente para o TJ e para o TG, apenas verão os seus efeitos neutralizados se a medida provisória de natureza cautelar de suspensão da execução for decretada pelo Tribunal *ad quem*, e não pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso, a qual no quadro da União afigura-se inadmissível.

XXXIII.^a

§ 1.º Da tutela jurisdicional efetiva no direito da União decorre a possibilidade de impugnação contenciosa (perante o TG, sem embargo de eventual recurso para o TJ) das decisões

administrativas que a Comissão adota em relação às empresas no domínio da proteção da concorrência no mercado interno europeu, tanto pelas empresas destinatárias de decisões aplicativas de sanções, como pelas suas concorrentes inconformadas com decisões de não aplicação de qualquer punição ou de considerar determinados comportamentos, práticas ou acordos não desconformes com as regras europeias vigentes no referido domínio.

§ 2.º Quando tal matéria envolva *apreciações económicas complexas* o controlo jurisdicional levado a efeito pelos tribunais da União cinge-se à verificação, decorrente das exigências do direito ao *due process of law*, da exatidão material dos factos, do respeito das regras processuais e da exigência de fundamentação, bem assim da ausência de erros manifestos na apreciação da matéria de facto e de desvio de poder, e do cometimento de erro de direito na qualificação jurídica dos factos.

XXXIV.^a

Apesar da redação do n.º 3 do artigo 256.º do TFUE o TG permanece amputado da competência interpretativa do direito da União, exercida no quadro do processo de questões prejudiciais, devido à ausência, no Estatuto do TJUE, de disposições concretizadoras de tal prerrogativa, designadamente, que delimitem as matérias específicas onde o referido órgão adquire tal competência.

XXXV.^a

O segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 256.º do TFUE, relativo aos recursos interpostos das decisões dos tribunais especializados para o TG, e o terceiro parágrafo do n.º 3 do mesmo preceito, respeitante à perspectiva de competência prejudicial do TG, comungam a possibilidade de reapreciação excecional das decisões proferidas pelo TG pelo TJ quando se verifique risco grave de lesão da unidade ou da coerência do direito da União.

XXXVI.^a

§ 1.º A PESC constitui uma das matérias de ação da UE que mais interfere com a esfera soberana dos Estados membros, permanecendo genericamente excluída do controlo jurisdicional levado a cabo pelos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE, os quais não podem pronunciar-se sobre as disposições do TUE referentes à mesma nem fiscalizar a legalidade dos instrumentos adotados nos seus domínios.

§ 2.º Verificam-se, contudo, duas exceções a esta regra, as quais traduzem-se em situações onde os referidos órgãos dispõem de competência anulatória, o que atende minimamente à tutela jurisdicional efetiva no ordenamento da União. Uma prende-se com a verificação do artigo 40.º

do TUE relativo ao respeito pelo *princípio da autonomia dos Tratados*, o qual pretende, por um lado, salvaguardar a repartição de atribuições entre o TFUE, onde prevalece a lógica da integração supranacional, e o TUE, sujeito ao método da cooperação intergovernamental e, por outro, defender o *acquis communautaire* alcançado ao longo da História das Comunidades e da União Europeias favorecedor da partilha democrática de soberania entre os Estados membros. O outro desvio tem em vista à fiscalização da legalidade das decisões a que se refere a segunda parte do segundo parágrafo do artigo 275.º do TFUE, ou seja, dos atos adotados pelo Conselho com base no Capítulo 2 do Título V do TUE e que estabeleçam medidas restritivas contra pessoas, de que é exemplo o controlo efetuado sobre os regulamentos do Conselho e da Comissão no caso *Kadi*.

XXXVII.^a

§ 1.º Paradigmático em matéria de tutela jurisdicional efetiva no direito da UE, do histórico judicial resultante do caso *Kadi* resulta a afirmação da competência dos órgãos inseridos no TJUE para assegurarem uma fiscalização em princípio *integral* (o que abrange a legalidade extrínseca e intrínseca) de *todos* os atos de direito derivado da UE à luz dos *direitos fundamentais*, onde se incluem os destinados a executar e implementar resoluções do Conselho de Segurança da ONU adotadas ao abrigo do capítulo VII da respetiva Carta. Tal decorre do princípio da União (primitivamente da Comunidade) de direito. Ao invés, os referidos órgãos não têm competência para controlar, nem sequer à luz do *jus cogens*, a legalidade destas resoluções, pois não se trata de atos da UE.

§ 2.º TJ e TG recusaram esquemas que assentam na fiscalização *restrita e limitada* à legalidade externa, traduzida na apreciação de erros manifestos de apreciação, antes optando por arquétipos de controlo *amplo e profundo* que abrangem não apenas o mérito do ato impugnado mas também os elementos de informação e prova (ou seja, dos fundamentos) considerados na sua adoção, exercidos em conformidade com o esquema competencial, mormente através do recurso de anulação, que o Tratado de Roma estabelece para os órgãos inseridos no TJUE.

§ 3.º Para efeitos desse controlo, imposto pela tutela jurisdicional efetiva no direito da UE, afigura-se imprescindível o cumprimento de exigências adjetivas decorrentes do direito de *due process of law*, onde avulta a necessidade de fundamentação do ato restritivo de direitos fundamentais, da qual deve resultar o carácter suficientemente preciso e concreto das razões individuais invocadas para justificar tal decisão.

§ 4.º Em especial, o primeiro aresto do TJ criticou a tese da *imunidade de jurisdição*, que chegou a ser subscrita pelo TG, ainda que este posteriormente viesse a corrigir tal entendimento, de que

beneficiariam os atos da UE destinados a implementar resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança ao abrigo do capítulo VII da CNU.

§ 5.º A tutela jurisdicional efetiva no ordenamento da União impõe, em regra, que os interessados possam conhecer os fundamentos em que se baseiam as decisões contra eles tomadas. Muito embora razões imperiosas relativas à segurança internacional e à direção das relações externas da UE e dos Estados membros possam obstar à transmissão de alguns elementos que serviram para fundamentar a aplicação de medidas restritivas aos interessados, o princípio da tutela jurisdicional efetiva exige que limitações dessa ordem não se apliquem aos tribunais. Por outro lado, a competente autoridade europeia deve considerar, cuidadosa e imparcialmente, os elementos ilibatórios invocados pelos destinatários de tais medidas.

§ 6.º O referido acórdão reafirmou o primado do ordenamento jurídico da UE, como ordem autónoma, inclusivamente relativizando o primado do ordenamento internacional emergente da ONU, com o objetivo de declarar o carácter *absoluto* dos valores hoje proclamados no artigo 2.º do TUE.

XXXVIII.^a

§ 1.º A tramitação nos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE é regulada pelo direito processual da União, o qual inspira-se nos ordenamentos adjetivos dos Estados membros e cujas principais fontes são os Tratados, o Estatuto da referida instituição, os regulamentos de processo dos aludidos órgãos e a jurisprudência do TJ. Tal parcela do direito da UE revela-se um instrumento decisivo para que a tutela jurisdicional no referido ordenamento seja efetiva uma vez que só através de meios processuais idóneos é possível a proteção da objetiva legalidade europeia e a salvaguarda de pretensões subjetivas derivadas do direito europeu.

§ 2.º A tutela jurisdicional efetiva encontra-se presente em vários aspetos das diferentes formas processuais, como sejam (i) as tramitações aceleradas (inclusive no próprio processo comum; ou nos processos de reenvio prejudicial) e urgentes (v. g. nos processos de medidas provisórias de natureza cautelar e de reenvio); (ii) a possibilidade de rejeição da réplica quando corresponda a um formalismo excessivo; (iii) a faculdade de intervenção de vários tipos de interessados nos processos de questões prejudiciais; (iv) e o conhecimento oficioso de determinados aspetos adjetivos como o preenchimento dos pressupostos processuais de interesse e ordem pública nos distintos instrumentos do contencioso da União em sentido restrito.

§ 3.º Na tramitação dos processos de medidas provisórias de natureza cautelar previstas no direito da União destaca-se, pela positiva, a possibilidade de as providências serem ordenadas *inaudita parte*, a qual contribui para a celeridade e sumaridade próprias deste tipo de instrumentos; pela negativa, avulta o entendimento jurisprudencial relativo à fase escrita do

processo que autorizando até quatro articulados coaduna-se pouco com processos de natureza urgente.

XXXIX.^a

§ 1.º Por força do princípio da *aplicação descentralizada do direito da União*, a que subjaz o princípio da *subsidiariedade*, os tribunais nacionais afiguram-se como *órgãos jurisdicionais da UE* (outrora, dir-se-ia juízes comunitários) *de direito comum* (assim foi esclarecido no referido acórdão *Simmenthal III*, objeto de consolidação, entre outros, nos arestos *Factortame* e *Tetra Pak*), incumbindo-lhes resolver os litígios que se inserem na sua esfera competencial conferindo prevalência ao ordenamento da União sobre o direito nacional e salvaguardando os direitos conferidos pelo ordenamento da UE aos particulares.

§ 2.º Contudo, os referidos órgãos não dispõem da faculdade de recusar a aplicação de normas do direito derivado com fundamento na sua invalidade, não beneficiando da prerrogativa de *judicial review*, ainda que, no quadro do reenvio prejudicial e em estrita cooperação com o TJ, participem no controlo sobre a validade das referidas disposições.

§ 3.º Destrate, a violação do direito da UE traduz um vício de ordem pública, logo de conhecimento oficioso pelo juiz nacional, prescindindo-se da necessidade de invocação do mesmo pelos interessados e inexistindo contingências de prazo para o efeito (aresto *Van Schijndel e Van Veen*).

XL.^a

§ 1.º No desdobramento funcional como tribunais da UE a atuação dos órgãos jurisdicionais nacionais é enformada pelos princípios, de formulação jurisprudencial, da autonomia processual, da efetividade e da equivalência, os quais devem ser conjugados com o princípio da cooperação leal.

§ 2.º Do princípio da *autonomia processual* decorre a liberdade reconhecida aos Estados membros de conformarem a parcela judiciário-adjetiva (designação dos tribunais competentes, regulação das formas de processo) dos respetivos ordenamentos, ocorrendo a mobilização dos respetivos órgãos jurisdicionais para a resolução de litígios que envolvam a aplicação do direito da UE através de vias judiciárias e processuais internas.

§ 3.º Do princípio da *efetividade* infere-se que os regimes jurídicos adjetivos nacionais devem garantir aos particulares as vias jurisdicionais adequadas a salvaguardar plena e eficazmente as pretensões subjetivas (*maxime* os direitos fundamentais) que lhes são reconhecidas pelo ordenamento da UE (*v. g.* em matéria de reparação dos danos emergentes da violação do direito da UE), não podendo os mesmos estar estruturados de forma a tornar excessivamente difícil ou

praticamente impossível (por exemplo através do estabelecimento de prazos desrazoavelmente curtos para o exercício das referidas pretensões) o reconhecimento das referidas pretensões. A obrigatoriedade de interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da UE remonta ao princípio da efetividade do direito da UE nos ordenamentos nacionais.

§ 4.º Do princípio da *equivalência* resulta que as regulamentações substantivas e adjetivas internas que visem garantir em juízo os direitos subjetivos e interesses legítimos concedidos aos particulares pelo ordenamento da UE não poderão estabelecer requisitos menos favoráveis e menos eficazes do que os previstos para pretensões idênticas fundadas no direito interno (v. g. no âmbito do direito à reparação dos prejuízos sofridos pela violação do direito da União o estabelecimento de requisitos adicionais face aos que existem para o direito à reparação por violação do ordenamento interno).

XLI.^a

§ 1.º Compete aos tribunais nacionais, como juízes comuns do direito da UE, o controlo jurisdicional da legalidade das sanções aplicadas aos particulares pelas autoridades administrativas nacionais, enquanto extensão da administração pública europeia, por violação do direito da União (v. g. no domínio da concorrência). Já a impugnação contenciosa das decisões da Comissão é feita ante os órgãos integrados no TJUE.

§ 2.º Tal repartição de competências entre as jurisdições nacionais e as jurisdições integradas no TJUE, em que assenta uma parte considerável da *interjurisdicionalidade* europeia, assenta nos princípios da *universalidade de competência* (sinónimo de atribuição competencial residual) e da *competência de atribuição* (sinónimo de atribuição competencial positiva), os quais presidem à divisão de funções entre, respetivamente, as primeiras e as segundas.

XLII.^a

§ 1.º Constituindo o aspeto nuclear e básico das relações entre a ordem jurídica da União e os direitos dos Estados membros, do princípio do primado do direito da UE resulta a *preferência aplicativa* (e não um valor jurídico hierarquicamente superior) da primeira sobre os segundos. Tal princípio, de formulação pretoriana, funda-se na autolimitação de poderes soberanos operada pelos Estados membros em favor das Comunidades e da União Europeias (acórdão *Costa/Enel*). Da referida proeminência aplicativa beneficia o direito primário e secundário, estando sujeita a ela qualquer norma de direito nacional, incluindo as de natureza constitucional, anterior ou posterior (aresto *Internationale Handelsgesellschaft*).

§ 2.º Conferindo ao particular o direito de exigir a aplicação das disposições europeias em detrimento das normas nacionais contrárias, o primado do direito da União afigura-se como um

pressuposto material da tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia e das pretensões subjetivas decorrentes da respetiva ordem. Com efeito, a efetividade da tutela jurisdicional estaria seriamente comprometida se os órgãos internos aplicadores do direito (a montante, as administrações nacionais; a jusante e sobretudo, os tribunais dos Estados) não se encontrassem adstritos ao respeito da referida prevalência. Os tribunais nacionais, órgãos de direito comuns da ordem jurídica da UE, são os guardiões do referido princípio, isto é, garantes da legalidade europeia e dos direitos subjetivos que dela decorrem para os particulares (acórdão *Simmenthal III*).

XLIII.^a

§ 1.º Inexiste coincidência concetual entre a aplicabilidade direta e o efeito direto do direito da UE. Se o princípio da aplicabilidade direta implica a vigência imediata e automática do referido ordenamento nas ordens jurídicas dos Estados membros, ou seja, sem necessidade de interposição de qualquer ato nacional de receção ou transformação, o princípio do efeito direto traduz a aptidão das normas de direito da União (que se apresentem claras e incondicionais na atribuição de direitos aos particulares e na imposição de obrigações aos Estados membros ou aos próprios particulares) para *per si* produzirem efeitos na esfera dos particulares, conferindo-lhes direitos que podem ser invocados perante os tribunais nacionais dos Estados membros.

§ 2.º Não obstante, ambos os princípios, aliás decorrências do primado, consubstanciam pressupostos materiais da tutela jurisdicional efetiva no ordenamento da UE.

§ 3.º A aplicabilidade direta, exprimindo o monismo, auxilia à prossecução da tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia e de pretensões subjetivas decorrentes do direito da União, vinculando os tribunais nacionais a aplicar tais normas na qualidade de disposições europeias.

§ 4.º A tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas fundadas no ordenamento da União não seria possível sem o efeito direto. Constituindo a ordem jurídica europeia um complexo normativo gerador de direitos e de obrigações para os Estados membros e para os particulares, é o efeito direto que permite a estes a invocação em juízo das referidas pretensões e vincula os órgãos jurisdicionais nacionais, enquanto tribunais comuns da aplicação do direito da UE, a conferirem *plena eficácia* às inerentes disposições, com ou sem aplicabilidade direta.

XLIV.^a

§ 1.º Constituindo inicialmente um princípio de formulação pretoriana (entre outros, acórdãos *Van Gend en Loos*; *Van Duyn*), atualmente o efeito direto encontra-se subjacente ao segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE.

§ 2.º O efeito direto horizontal é coartado às disposições de diretivas, não podendo as mesmas ser invocadas contra particulares uma vez que elas têm por destinatários os Estados membros. Os aludidos atos de direito derivado também não beneficiam de efeito direto vertical invertido, não podendo os Estados membros invocar obrigações ou sanções nelas previstas contra os particulares.

§ 3.º A fim de favorecer a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas constantes de normas de diretivas que (v. g. por falta de transposição; receção tardia ou incorreta) não dispõem de efeito direto o TJ formulou as doutrinas da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União e da responsabilidade dos Estados membros pela violação de obrigações decorrentes do referido ordenamento, as quais acabaram por extravasar aquele domínio, aspeto onde também se vislumbra um reforço da efetividade da tutela jurisdicional do direito da União.

XLV.^a

§ 1.º O princípio da uniformidade do direito da União assenta em disposições comuns aos Estados membros bem como na interpretação e aplicação idêntica das mesmas no respetivo território, sem embargo de eventuais situações de não aplicação temporária de determinadas normas a um ou a vários Estados, contando que essa situação, cujos contornos devem estar claramente definidos, encontre acolhimento no TFUE.

§ 2.º Tal princípio é prosseguido sobretudo através do reenvio prejudicial, mas também mediante as ações por incumprimento; não obstante, o efeito direto e o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União também se revelam importantes instrumentos da aplicação uniforme do referido ordenamento.

§ 3.º Exigindo que o direito da UE aplicável no espaço dos Estados membros coincida, o princípio da uniformidade também se afigura como um pressuposto material da tutela jurisdicional efetiva da ampla legalidade europeia, não só por obstar a que aqueles possam opor normas ou práticas nacionais em áreas onde existam regras europeias, mas também por fazer incidir sobre as administrações e os tribunais nacionais a obrigação de interpretação e aplicação uniforme de regras comuns, a qual pode levar tais organismos a alterarem práticas internas e a deixarem de aplicar normas nacionais contrárias ao direito da União.

XLVI.^a

O caráter exclusivamente económico da integração europeia inicial e a circunstância de as competências das três Comunidades serem meramente funcionais determinaram que a versão originária dos Tratados não consagrasse qualquer referência ao imperativo de proteção dos direitos fundamentais, o que também refletiu o malogro da variante política da integração e a

consequente concentração de esforços na variante económica da mesma. Não obstante, o Tratado de Roma continha já um relevante número de direitos económicos e sociais, de natureza instrumental, de que é exemplo o direito ao tratamento nacional, onde podemos apontar o gérmen da proteção os direitos fundamentais nas Comunidades Europeias.

XLVII.^a

A omissão constante da versão originária dos Tratados relativamente à necessidade de tutela dos direitos fundamentais foi colmatada através do ativismo judiciário do TJ, ao qual subjaz a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas decorrentes da ordem jurídica comunitária. Para tal contribuiu o alargamento das atribuições das Comunidades, *maxime* da CEE, a matérias que ultrapassavam o domínio económico, como a área social ou política, o qual tornava propício e iminente a incompatibilidade de atos das instituições europeias com os direitos fundamentais previstos nas Constituições dos Estados membros ou em instrumentos de direito internacional a que aqueles se encontravam vinculados.

XLVIII.^a

Num primeiro estágio em que o TJ foi convocado a pronunciar-se sobre a compatibilidade dos atos das instituições comunitárias com os direitos fundamentais, o mesmo recusou-se a apreciar a respetiva validade numa tentativa de afirmação absoluta e incondicional do efeito direto e do primado do direito comunitário sobre as ordens jurídicas estaduais, ambos princípios que se encontram-se intimamente ligados à proteção dos direitos fundamentais nas Comunidades Europeias. O designado *agnosticismo valorativo* (ou seja, a recusa do TJ em aferir a validade dos atos comunitários de direito derivado tomando os direitos fundamentais como critério de apreciação dessa conformidade), cujo expoente máximo se encontra nos acórdãos *Stork* e *Comptoirs*, mais não foi do que uma tentativa de consagração absoluta e sem limites sobretudo do princípio do primado.

XLIX.^a

§ 1.º Após as resistências nacionais cerzidas pelo *BVerfG* e pela *Corte Costituzionale* e visíveis nas decisões *Solange I* e *Frontini*, a um primado absoluto, incondicional e insensível ao valor da salvaguarda dos direitos fundamentais o TJ, no acórdão *Stauder*, proclamou a proteção dos referidos direitos nas Comunidades elevando-os à categoria de *princípios gerais de direito* e acusou a necessidade de a tutela jurisdicional efetiva no ordenamento comunitário estender-se aos mesmos.

§ 2.º Os mencionados princípios gerais abrangem as tradições constitucionais comuns aos Estados membros, as Constituições nacionais e os instrumentos internacionais relativos aos Direitos Humanos onde se destaca a CEDH (acórdãos *Internationale Handelsgesellschaft*, *Nold V*, e *Rutili*). Somente a partir daqui se pode falar de um sistema comunitário de proteção dos direitos fundamentais formado por um conjunto normativo que deve ser efetivamente tutelado pelo TJ em articulação com os órgãos jurisdicionais nacionais.

§ 3.º Esta nova linha jurisprudencial contribuiu para a pacificação do conflito gerado entre o TJ e os referidos tribunais constitucionais nacionais, que reconheceram que o nível de proteção dos direitos fundamentais pelo direito comunitário atingira entretanto um nível comparável no essencial, pelo seu conteúdo e modo de aplicação, ao dos direitos fundamentais protegido pelas Constituições nacionais (por último, acórdão *Bananas* do *BVerfG*).

L.^a

Se inicialmente a vinculação da ordem comunitária aos direitos fundamentais se cingiu aos atos de direito derivado, posteriormente tal bitola apreciativa também permitiu ao TJ, em cooperação com os órgãos jurisdicionais nacionais no quadro do reenvio prejudicial, fiscalizar o respeito de tais direitos pelos atos normativos (legislativos e regulamentares) emanados dos Estados membros em áreas relevantes da esfera comunitária. Em causa estão também, portanto, os atos nacionais que interferem com as áreas de atuação abrangidas pelos Tratados, o que envolve as disposições nacionais que apliquem ou executem direito europeu ou derroguem as liberdades comunitárias fundamentais, com base em razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública, ao abrigo das cláusulas de salvaguarda previstas nos Tratados.

LI.^a

§ 1.º A incorporação na ordem jurídica comunitária de direitos fundamentais oriundos de outras fontes bem como a materialização e concretização pretoriana dos princípios gerais de direito ocorreram através da *recepção material* de preceitos constantes de normas constitucionais internas (principalmente quando assentam em tradições comuns aos Estados membros) ou de instrumentos internacionais (*maxime* a CEDH) consagradores de tais direitos, os quais passaram a integrar e a reforçar o bloco de legalidade europeia que vincula as instituições europeias e os decisores nacionais em matérias suficientemente conexas com o direito comunitário.

§ 2.º Tal recepção material, porém, não ocorreu diretamente nem em bloco, competindo ao TJ, principalmente no que tange à CEDH, interpretar e extrair, de acordo com critérios específicos do direito comunitário, casuisticamente as necessárias ilações das disposições relativas a direitos

fundamentais oriundos dos ordenamentos nacionais e internacional para elaborar os princípios gerais de direito comunitário a ter em conta na matéria dos direitos fundamentais.

LII.^a

§ 1.º Enquanto direito fundamental reconhecido pela ordem jurídica europeia a tutela jurisdicional efetiva assenta nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, nas Constituições nacionais destes (v. g. artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP; artigo 19.º IV § da GG; artigos 24.º, n.º 1, e 53.º, n.º 2, da *Constitución Española*) e nos instrumentos de direito internacional onde se destaca a CEDH (artigos 6.º e 13.º).

§ 2.º Com base naquelas fontes o TJ, implicitamente, inferiu da referida tutela as exigências de processo equitativo, proteção jurisdicional suficientemente eficaz e prazo razoável (acórdãos *Pecastaing, Johnston e Baustahlgewebe*). De igual forma, o Tribunal referiu-se explicitamente à tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental (entre outros, acórdãos *Verholen, Dorsch Consult, Köbler, Antonissen, Unibet e Kadi*), enfatizando o papel dos órgãos jurisdicionais nacionais, como tribunais da União de direito comum, na proteção dos direitos que decorrem do ordenamento europeu. Deste modo o TJ, reflexamente, acabou por enfatizar a importância da proteção neste dos direitos fundamentais enquanto princípios gerais de direito.

LIII.^a

§ 1.º A primeira positivação nos Tratados da construção dogmática levada a efeito pelo TJ em torno da proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária ocorreu com o AUE. Contudo, é ao Tratado de Maastricht que se deve a inserção nos referidos textos da *cláusula geral* de proteção dos direitos fundamentais pelo ordenamento da União, hoje constante do n.º 3 do artigo 6.º do TUE, a qual inserindo-se no respetivo articulado sempre deteve uma natureza jurídica vinculativa diferentemente da primitiva alusão situada no Preâmbulo do AUE. Não obstante e até à entrada em vigor do Tratado de Amesterdão a referida cláusula esteve subtraída à competência jurisdicional do TJ, contingência que a amputava de coercibilidade, restringia a referida vinculatividade ao plano político e sem que o Tratado previsse sanções para a sua violação, com claro prejuízo para a tutela jurisdicional efetiva.

§ 2.º No quadro originário do Tratado de Maastricht os domínios PESC encontravam-se totalmente afastados de qualquer tipo de controlo jurisdicional efetuado pelas jurisdições do TJCE.

§ 3.º Com o Tratado de Maastricht os Estados membros criaram a *cidadania da União*, com a qual os indivíduos-agentes económicos foram elevados à categoria de indivíduos-cidadãos. Aquele estatuto contempla direitos fundamentais de circulação e residência, de participação

política eleitoral e não eleitoral, e de proteção diplomática no território de países terceiros pelas autoridades de um qualquer Estado membro. O mesmo estatuto deveria ser incrementado com a possibilidade de os cidadãos europeus lançarem mão de uma figura contenciosa semelhante à *ação popular* (ainda que sem corresponder a um instrumento processual autónomo mediante o aproveitamento, por exemplo, do quadro do recurso de anulação) com vista à salvaguarda de direitos e interesses coletivos difusos.

§ 4.º O Tratado de Amesterdão alargou a competência do TJCE ao n.º 2 do artigo 6.º do TUE na medida em que as jurisdições daquele (TPI e TJ) fossem competentes nos termos deste Tratado (artigo 35.º) e do TCE (artigos 220.º e seguintes) para apreciar os atos das restantes instituições, contribuindo assim para o reforço da tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais. Ainda assim, quando não associada a atos das instituições comunitárias a referida disposição do TUE cingia-se a uma norma proclamatória coartada de proteção jurisdicional.

§ 5.º O direito (de cidadania) popular de iniciativa legislativa, trazido a lume com o Tratado de Lisboa e presente no n.º 4 do artigo 11.º do TUE, surge desprovido de tutela jurisdicional, não beneficiando, nomeadamente, da ação por omissão.

LIV.^a

Ao Tratado de Amesterdão deveu-se a comunitarização de parte do originário terceiro pilar, o que representou um incremento da tutela jurisdicional efetiva decorrente do método da integração supranacional nos domínios transferidos para o primeiro pilar (os mais conexos com a liberdade de circulação de pessoas). Isto, na medida em que os atos de direito derivado, encontrando base jurídica nas disposições do novo Título IV do TCE, passaram a consubstanciar atos típicos de direito comunitário beneficiando por isso de primado, aplicabilidade direta e efeito direto, sujeitando as instituições e os Estados membros aos instrumentos do tradicional contencioso comunitário e fazendo incorrer a CE e os referidos Estados em responsabilidade civil aquiliana (a destes a apreciar pelos órgãos jurisdicionais nacionais). No que concerne ao reenvio prejudicial, o artigo 68.º do TCE previa um especial face ao constante do artigo 234.º, que perdurou até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

LV.^a

§ 1.º A eliminação ainda que meramente formal operada pelo Tratado de Lisboa da estrutura de pilares em que a UE assentou, traduzindo-se num reforço do método da integração supranacional (ou comunitário), representa um reforço da tutela jurisdicional efetiva. Não obstante, os domínios PESC permanecem sujeitos à lógica da cooperação intergovernamental, a qual

favorece menos a referida tutela como bem o demonstra o artigo 24.º, n.º 1, segundo parágrafo, *in fine*, do TUE.

§ 2.º A competência obrigatória e exclusiva das jurisdições do TJUE (*maxime* do TJ) inerente aos instrumentos processuais previstos no TFUE não se aplica aos atos aprovados pela União antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa nos domínios da CPJMP, os quais permanecerão sujeitos, até ao próximo dia 1 de dezembro de 2014, às competências das referidas jurisdições como previstas no ex-artigo 35.º do TUE de acordo com a redação que este apresentou até ao início da vigência daquele Tratado. Avulta a ausência de ações por incumprimento e as modelações de natureza intergovernamental implantadas ao recurso de anulação e ao reenvio prejudicial, com inevitável relativização da tutela jurisdicional efetiva no direito da UE.

LVI.^a

§ 1.º O Tratado de Amesterdão consolidou a proclamação dos direitos fundamentais através de dois elementos. Por um lado, acrescentou um novo n.º 1 ao artigo 6.º do TUE, ainda que excluindo-o da competência do TJCE, segundo o qual a União assenta nos princípios *democráticos* comuns aos Estados membros da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, e do Estado de direito. Por outro lado, instituiu no novo artigo 7.º do TUE um processo de suspensão do exercício dos direitos pelos Estados membros que violem de forma grave e persistente aqueles princípios, o qual se trata de um sistema inovador de controlo da atuação destes mediante a aplicação de sanções políticas.

§ 2.º Com o Tratado de Lisboa tais princípios foram elevados a *valores*, tendo-lhes sido acrescentados os da dignidade humana e da igualdade (artigo 2.º do TUE) e as jurisdições do TJUE passaram a poder pronunciar-se sobre eles. Ao Tratado de Lisboa também se deve o alargamento da competência do TJ para fiscalizar o cumprimento da legalidade formal dos procedimentos previstos no artigo 7.º; o controlo do mérito de eventuais medidas adotadas e sanções aplicadas (*v. g.* a sua coadunação com o princípio da proporcionalidade) permanece estritamente político.

LVII.^a

§ 1.º Uma crítica apontada ao modelo comunitário de garantia dos direitos fundamentais, sobretudo até à aprovação da CDFUE mas também posteriormente à aquisição por ela de valor jurídico vinculativo, traduziu-se na ausência de um catálogo de direitos fundamentais, que formalizaria e materializaria um instrumento normativo para-constitucional. Uma solução apontada para resolver tal inexistência consistiu na adesão formal da CE e posteriormente da UE à CEDH, a qual permitiria substituir o método remissivo vigente.

§ 2.º O TJ pronunciou-se negativamente quanto à eventual adesão à CEDH por falta de competência, expressa ou implícita, da CE para o efeito e reinvestiu os Tratados institutivos na sua função de fonte de legitimação, pelo que a adesão à Convenção teria de passar previamente pela opção política soberana dos Estados membros nesse sentido através da revisão dos Tratados.

§ 3.º O Tratado de Lisboa retomou, no n.º 2 do artigo 6.º do TUE, uma disposição constante do TeCE (artigo I-9.º, n.º 2) e desenvolvida no Protocolo n.º 8 anexo aos Tratados, na qual se confere competência à União e se prevê a adesão desta à CEDH. De igual forma, este instrumento de direito internacional relativo à proteção de direitos fundamentais foi alterado de forma a permitir a adesão de entidades não estaduais.

§ 4.º A adesão da UE à CEDH permitirá sujeitar o sistema comunitário de proteção de direitos fundamentais, essencialmente pretoriano, volátil e casuístico, a um controlo externo levado a efeito por um outro órgão jurisdicional externo à União: o TEDH. Igualmente possibilita-se ao Tribunal de Estrasburgo controlar diretamente o direito, primário e secundário, da UE à luz da Convenção bem como a atuação do TJ no âmbito de instrumentos processuais também acessíveis aos particulares, onde se vislumbra um nítido reforço da tutela jurisdicional efetiva.

§ 5.º Tal adesão permitirá atenuar as insuficiências da tutela jurisdicional no direito da União, *maxime* quando estão em causa pretensões subjetivas dos particulares, visíveis no difícil acesso daqueles às jurisdições do TJUE. Poderão os cidadãos e empresas ter um acesso direto ao TEDH desde que aleguem a violação de direitos previstos na CEDH por atos da UE. No fundo, é o próprio *princípio do juiz legal* que está em causa, já que o referido órgão jurisdicional assume uma vocação natural para interpretar e aplicar em "última instância" as disposições da Convenção.

§ 6.º A adesão à CEDH proporcionará um aumento de divergências interpretativas entre as jurisdições do TJUE, que agem de acordo com critérios funcionais, e o TEDH, que atua motivado por critérios garantísticos, sobre o conteúdo dos direitos fundamentais (a começar pelo próprio direito à tutela jurisdicional efetiva) previstos na Convenção.

LVIII.^a

§ 1.º Outra proposta de resolução do problema da insuficiência do modelo comunitário de tutela dos direitos fundamentais passou pela aprovação de um cardápio de direitos daquela dignidade, o qual permitiria afirmar e proclamar pela positiva o respeito e a garantia dos mesmos. Daí a assinatura e proclamação, em 2000, da CDFUE.

§ 2.º Desde a sua aprovação que tal Carta se insere no acervo normativo da União e não apenas no acervo mais restrito das Comunidades, relevando na ordem jurídica daquela e aplicando-se a todo o seu quadro. Relativamente aos Estados membros a Carta atua como parâmetro de controlo

dos respetivos atos de aplicação ou execução do direito da UE, numa aceção ampla que também abrange os atos legislativos e regulamentares que estabelecem derrogações às liberdades fundamentais de circulação.

§ 3.º A CDFUE começou por deter o estatuto de mera proclamação política de direitos coartada de valor juridicamente vinculativo e de tutela jurisdicional. Com o Tratado de Lisboa a Carta manteve-se fora dos Tratados institutivos mas foi anexada aos mesmos e adquiriu força jurídica própria, o que melhor favorece a tutela jurisdicional efetiva, ainda que o Reino Unido, a Polónia e a República Checa se mantenham à margem dessa vinculatividade.

§ 4.º Ressalvada a posição destes três Estados membros, toda a atividade legislativa e administrativa das instituições e órgãos da UE bem assim dos Estados membros quando apliquem ou executem direito da União deve-se orientar pela CDFUE, sendo o respeito desta controlado pelos tribunais da União em sentido amplo (ou seja, os inseridos no TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais quando desdobrados funcionalmente como tribunais europeus).

§ 5.º A cláusula de não retrocesso constante do artigo 53.º da Carta pretende evitar que o nível de proteção dos direitos fundamentais nela previsto não seja diminuído pelo nível garantido nas Constituições nacionais ou na CEDH. No entanto, ao abrigo do princípio *in dubio pro libertate*, isto é, de uma proteção mais elevada, tal não obsta a que a CDFUE ceda perante uma maior proteção conferida pelos referidos instrumentos nacionais e internacional aos aludidos direitos.

§ 6.º Não vislumbramos a institucionalização no direito da UE de um mecanismo processual de acesso direto dos particulares às jurisdições do TJUE, semelhante aos de queixa constitucional ou recurso de amparo existentes em alguns Estados membros, para defesa jurisdicional dos direitos fundamentais reconhecidos pelo direito da União e violados pelos poderes públicos desta. No entanto, nos Estados membros que já acolham tais institutos é possível o recurso dos particulares aos mesmos no quadro da atuação das jurisdições nacionais como forma de reação a comportamentos dos poderes públicos nacionais de aplicação do direito da UE.

LIX.^a

A tutela jurisdicional efetiva no ordenamento jurídico da União não prescinde de processos de decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar (vulgas providências cautelares) marcados pela tramitação urgente e pela *sumaria cognitio*, cujo o objetivo consiste em garantir a plena eficácia da decisão de mérito que será proferida no seio de um processo principal, de cognição plena e por isso longo.

LX.^a

§ 1.º O TFUE prevê duas espécies de providências cautelares que podem ser decretadas pelos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE: a suspensão da eficácia dos atos das instituições, órgãos e organismos europeus e o decretamento de medidas provisórias que se revelem necessárias a garantir a utilidade do processo principal, nestas se contemplando as chamadas providências inominadas.

§ 2.º A primeira é motivada pelo facto de a impugnação contenciosa dos atos de direito derivado (secundário ou terciário) não ter efeito *suspensivo* e reveste natureza *conservatória* abrangendo, portanto, um comportamento injuntivo de conteúdo *negativo* (ou de abstenção) traduzido na imposição de paralisação da produção dos efeitos que tal ato da União produziria na ausência do decretamento da providência.

§ 3.º A segunda abrange todas as medidas que se afigurem necessárias (ou seja, *inominadas* ou não especificadas), o que implica que desde o nascimento do direito da União (primitivamente direito comunitário apenas) se possa falar de *universalidade de providências*. Estas tanto podem ser de natureza *conservatória* como de índole *antecipatória* e trata-se de injunções ou intimações de natureza *positiva*.

LXI.^a

§ 1.º O pedido previsto no artigo 278.º do TFUE apenas pode incidir sobre a execução de atos típicos ou atípicos das instituições (órgãos ou organismos) que produzam efeitos jurídicos vinculativos, ressalvadas as decisões que indefiram pretensões na medida em que o decretamento da providência não pode ter o efeito de modificar a situação do requerente.

§ 2.º Condição do pedido cautelar de suspensão da eficácia é a prévia ou simultânea impugnação *contenciosa* do ato mediante um *processo principal*, *maxime* o recurso de anulação, mas também um instrumento processual instaurado no contencioso da função pública europeia. Igualmente se afigura possível deduzir o referido pedido cautelar no quadro do mecanismo da exceção de ilegalidade, invocando a invalidade do ato de alcance geral alegadamente violado, *acessoriamente* a uma ação por incumprimento, ou a uma ação de responsabilidade civil aquiliana movida contra a União. Não se afigura idóneo para este efeito o reenvio prejudicial, no qual o TJ "apenas" se pronuncia sobre a interpretação ou validade de disposições europeias cuja aplicação esteja em causa num pleito pendente num tribunal nacional, sendo a resolução desse litígio bem como o eventual decretamento de medidas cautelares da exclusiva competência do órgão jurisdicional estadual.

§ 3.º De fora da providência prevista no artigo 278.º do TFUE situam-se os atos nacionais que apliquem ou executem direito da UE, cuja suspensão cautelar poderá ser requerida aos órgãos

jurisdicionais nacionais e ao abrigo dos mecanismos processuais existentes nos respetivos ordenamentos estaduais.

LXII.^a

As medidas provisórias previstas no artigo 279.º do TFUE, ou seja, as providências não especificadas ou inominadas necessárias a conferir tutela cautelar a situações jurídicas que se encontrem ameaçadas podem ser requeridas e decretadas acessoriamente a qualquer processo principal do tradicional contencioso da União, com exceção do reenvio prejudicial (ou seja, do contencioso da UE em sentido restrito). No entanto, elas foram concebidas para uma utilização acessória sobretudo das ações por omissão, das ações incumprimento, e das ações de responsabilidade civil aquiliana propostas contra a União.

LXIII.^a

A competência dos tribunais da União em sentido orgânico (portanto, inseridos no TJUE) para apreciar os pedidos de medidas provisórias de natureza cautelar previstas no TFUE, bem como a legitimidade do requerente para tais pedidos são aspetos processuais que se determinam por inerência (aspeto onde se vislumbra também a característica da instrumentalidade das providências cautelares), já que tais pressupostos são aferidos pelas regras aplicáveis ao respetivo processo principal.

LXIV.^a

Os pedidos de medidas provisórias de natureza cautelar não se confundem com as pretensões deduzidas nos processos principais uma vez que aqueles além de deverem ser devidamente autonomizados, não podem ser apresentados previamente aos processos principais. Porém, no que tange ao pedido de suspensão da execução, muito embora o objeto do litígio cautelar não se identifique com o que ocorre no processo principal de impugnação da validade do ato da União, não deixará de se verificar uma íntima ligação entre o pedido principal e o pedido cautelar no sentido em que os mesmos se encontram conexos por uma relação de causa-efeito a ponto de o objeto do pedido de suspensão emergir como uma consequência lógica e irrefutável do objeto do pedido de impugnação do ato.

LXV.^a

§ 1.º Nos processos judiciais que se inserem na competência dos tribunais nacionais e nos quais esteja em causa a aplicação do direito da União inexistente possibilidade de aplicação das medidas provisórias de natureza cautelar previstas no TFUE (artigos 278.º e 279.º), na medida em que os

referidos processos são tramitados e decididos exclusivamente nos tribunais internos (sem embargo da apresentação por estes de questões prejudiciais ao TJ) e a concessão daquelas medidas recai exclusivamente na competência dos órgãos inseridos no TJUE. Não obstante, tais processos não se encontram excluídos da possibilidade, imposta pelo imperativo de tutela jurisdicional efetiva, de decretamento de providências cautelares, as quais podem ser ordenadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto tribunais comuns do direito da UE. Neste contexto, aliás, insere-se a competência dos tribunais nacionais para o decretamento de providências cautelares nos processos nacionais que tenham sido objeto de questões prejudiciais para o TJ.

LXVI.^a

§ 1.º A competência dos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto tribunais comuns do ordenamento da União para o decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar fundadas no referido direito reside na necessidade de se conceder *plena eficácia* às disposições europeias nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros, obrigando os referidos órgãos a ordenarem tais medidas sempre que as mesmas se mostrem necessárias à prevenção de lesões irreparáveis ou de difícil reparação de pretensões subjetivas (direitos e interesses legítimos) dos particulares que se fundamentam no direito da UE, ainda que tal decretamento implique o afastamento de normas internas ou práticas legislativas, administrativas ou judiciais nacionais que obstem ao referido decretamento (acórdão *Factortame*, que se inspirou e consolidou a jurisprudência *Simmenthal III*).

§ 2.º Da aplicação conjugada dos princípios da autonomia processual dos Estados membros e da efetividade do direito da UE à matéria das providências cautelares decorre que quando os tribunais nacionais forem mobilizados para conceder a proteção cautelar necessária a garantir a eficácia interna das normas europeias é nas respetivas ordens jurídicas nacionais (e não no ordenamento da União) que os referidos órgãos deverão encontrar os mecanismos adequados a salvaguardar a tutela jurisdicional efetiva das referidas pretensões subjetivas dos particulares. É possível que os tribunais nacionais tenham de decretar medidas cautelares desconhecidas nos respetivos ordenamentos, as quais são impostas pelo princípio da efetividade com vista a assegurar o *efeito útil* das disposições europeias atributivas de direitos.

§ 3.º Em Portugal, por exemplo, é de conceber que os particulares requeiram a título cautelar ao Tribunal Constitucional português a suspensão provisória da *vigência*, e nos tribunais comuns (com recurso cingido à questão da inconstitucionalidade indireta para aquele) a suspensão da aplicação a um caso concreto, de um ato legislativo interno que se afigure contrário ao direito da UE.

LXVII.^a

§ 1.º A aplicabilidade direta dos regulamentos europeus não se afigura incompatível com a faculdade reconhecida aos tribunais nacionais para ordenarem a suspensão cautelar de atos administrativos internos de aplicação daqueles pressupondo que tal medida se mostra necessária para assegurar a proteção provisória dos direitos subjetivos que a ordem jurídica da União reconhece aos particulares. Com efeito, a eventual impossibilidade de suspensão dos atos nacionais de aplicação dos referidos regulamentos seria violadora do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos no ordenamento da UE (acórdão *Zuckerfabrik*).

§ 2.º A proteção cautelar que os órgãos jurisdicionais nacionais podem decretar com fundamento no direito da União encontra neste ordenamento os critérios que aqueles tribunais devem valorar para conceder ou recusar tal tutela, os quais coincidem com os estabelecidos para os órgãos integrados no TJUE no que tange aos processos de medidas provisórias inseridos na sua competência. São eles (i) o *fumus boni iuris* (ou a aparência do bom direito) concretizado na existência de sérias dúvidas sobre a validade do regulamento comunitário que se encontra a ser aplicado através do ato administrativo interno cuja suspensão aplicativa se requer, (ii) o *periculum in mora*, isto é, a urgência na concessão de tutela jurisdicional provisória, no sentido de que apenas mediante tal tutela se consegue evitar que o requerente sofra um prejuízo grave e irreparável, e (iii) a ponderação adequada dos interesses em presença (acórdão *Zuckerfabrik*).

LXVIII.^a

A proteção cautelar suscetível de ser concedida pelos órgãos que compõem o TJUE ao abrigo do artigo 279.º do TFUE e a tutela da mesma natureza que os tribunais estaduais estão autorizados a conferir para a proteção de pretensões subjetivas reconhecidas aos particulares pelo direito da União regem-se pelo princípio do *paralelismo*, segundo o qual as jurisdições integradas no TJUE bem como as jurisdições nacionais estão autorizadas a conceder as "*medidas provisórias necessárias*", podendo ordenar quaisquer providências cautelares imprescindíveis a acautelar direitos subjetivos e situações jurídicas fundadas no direito da União (jurisprudência *Atlanta*). Tal princípio consubstancia um *plus* na competência dos tribunais da UE em sentido orgânico e no papel dos órgãos jurisdicionais nacionais, como tribunais comuns da UE (ou em sentido funcional), para a concessão de proteção cautelar fundada no direito da União.

LXIX.^a

Do princípio da tutela jurisdicional efetiva no direito europeu decorre que nas ações de responsabilidade civil extracontratual propostas contra a União não se pode excluir, genérica e

abstratamente, a concessão, a título cautelar, de cauções até à data dos acórdãos que serão proferidos nos processos principais, ainda que exista risco de tais cauções se perderem em razão da insolvência do requerente e mesmo pressupondo o cenário de ele não obter provimento no processo principal (aresto *Antonissen*). A importância deste entendimento é considerável se tivermos em conta que estão em causa providências cautelares de natureza *antecipatória*, além do que o TJ é particularmente exigente na apreciação daquele tipo de ações.

LXX.^a

A competência dos órgãos jurisdicionais estaduais para determinarem medidas provisórias de natureza cautelar fundadas no direito da União com vista à proteção de pretensões subjetivas e situações jurídicas previstas naquela ordem jurídica foi objeto de revelação e densificação jurisprudencial onde se reconheceu a *plenitude* do papel do juiz nacional na sua qualidade de juiz comum do ordenamento da UE para, enquanto *entidade plenipotenciária*, poder conferir proteção judicial *definitiva* ou *cautelar* a situações jurídicas subjetivas ou objetivas reconhecidas pelo direito da União, a qual assenta no princípio da tutela jurisdicional efetiva.

LXXI.^a

§ 1.º A concessão de medidas provisórias de natureza cautelar ao abrigo dos artigos 278.º e 279.º do TFUE por parte dos tribunais organicamente da UE e o decretamento de medidas da mesma natureza fundadas no direito da União pelos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto juízes comuns do referido ordenamento dependem da comprovação, pelos requerentes das mesmas, dos requisitos respeitantes ao *fumus boni iuris*, ao *periculum in mora*, sendo ainda imperativo que o competente tribunal pondere os interesses em presença.

§ 2.º Ao abrigo do primeiro pressuposto o requerente da proteção cautelar deverá demonstrar que a pretensão apresentada no processo principal não é manifestamente improcedente, de forma a que o Tribunal, no exame superficial das razões apresentadas, conceba o cenário de procedência desta bem como a necessidade de prevenir, mediante tutela judicial cautelar, os prejuízos que o requerente sofreria na ausência da mesma até à tomada da decisão final no processo principal.

§ 3.º A segunda condição tem em vista a urgência que está inerente à proteção judicial cautelar, ou seja, a medida provisória de natureza cautelar deve ser necessária para prevenir que o requerente da mesma sofra prejuízos graves e irreparáveis em consequência da sua ausência. Tanto mais que, na ótica da autoridade recorrida, do decretamento da medida advirão prejuízos, designadamente, para os interesses que essa autoridade pretendeu salvaguardar com a adoção do ato.

§ 4.º A concessão de providências cautelares está ainda dependente de uma adequada ponderação dos interesses da União face ao interesse do requerente das mesmas, a que subjaz o princípio da *proporcionalidade*. No fundo, trata-se de se comparar as vantagens que advirão para o requerente em consequência da adoção da providência com as desvantagens que podem resultar para os interesses da UE. Impõe-se a improcedência do pedido de proteção cautelar se da sua concessão resultarem prejuízos mais graves para a requerida do que os demonstrados pelo requerente. Também é plausível que os tribunais decretem providências cautelares diferentes das requeridas desde que as mesmas satisfaçam adequadamente os interesses do requerente e sejam menos gravosas para os interesses da parte contrária, bem como que embora decretando a medida requerida o façam de forma limitada ou acompanhando-a de contraprovidências.

LXXII.^a

§ 1.º São características das medidas provisórias de natureza cautelar a sumaridade, a provisoriedade e a instrumentalidade.

§ 2.º A primeira traduz-se num conhecimento superficial (e não pleno) da situação de facto e de direito em litígio, traço fundamental de um processo provisório e urgente, impondo que a decisão cautelar seja tomada antes do final do processo principal.

§ 3.º A segunda impõe que as referidas medidas não se confundam com a resolução definitiva dos inerentes litígios. A decisão cautelar tem por isso uma vigência temporalmente limitada e não pode préjulgar a questão de fundo ou o mérito da causa que se discute no processo principal, nem prejudicar ou inutilizar de antemão os efeitos do acórdão que será mais tarde proferido no processo principal, nem tão-pouco constituir uma situação de facto irreversível. Na verdade, as providências cautelares apenas vigoram enquanto não se decidir a questão de fundo desse pleito, caducando no momento em que seja proferida a decisão de mérito do processo principal. Ainda por força desta característica não são admissíveis medidas urgentes que possam implicar efeitos irreversíveis ou definitivos.

§ 4.º Na terceira característica reside a direta e íntima dependência dos processos de providências cautelares relativamente aos processos principais, visível na determinação da competência do tribunal para os decidir. Nas medidas provisórias de natureza cautelar ocorre uma acessoriedade estrutural e funcional face a um litígio principal, cuja utilidade se pretende garantir, o que também é espelhado nas normas que definem a legitimidade do requerente. As providências cautelares encontram-se em conexão com o processo principal, o que implica que não possam ser requeridas depois de este estar findo na medida em que nesse momento tais medidas surgiriam desprovidas de sentido.

§ 5.º Estas características obstaculizam a que os juízes portugueses, quando confrontados com processos de providências cautelares decorrentes do direito da UE, possam determinar a inversão do contencioso, instituída recentemente por ocasião do novo CPC, a qual dever-se-á cingir a medidas cautelares fundadas no direito interno.

LXXIII.^a

Nas ações por incumprimento a competência do TJ apresenta-se de *plena jurisdição*, dispondo tal órgão de uma larga margem para decidir em que medida os comportamentos dos Estados membros são ou não incompatíveis com a juridicidade europeia, não se limitando o mesmo a pronunciar-se sobre a conformidade dos atos (materiais ou jurídicos) dos referidos Estados face à referida juridicidade nem se confinando a aceitar ou a refutar o pedido que lhe foi dirigido pelo demandante. Na chamada ação de segundo grau a competência de plena jurisdição é visível no poder do TJ em condenar o Estado membro em sanções pecuniárias, fixas ou progressivas, que podem ultrapassar os valores sugeridos pela Comissão.

LXXIV.^a

Ambas as espécies de ações por incumprimento visam salvaguardar sobretudo a objetiva legalidade europeia consubstanciada em obrigações decorrentes dos Tratados face a comportamentos imputáveis aos Estados membros contrários àquela. Este objetivo, traduzido na repressão de tal tipo de condutas, pode ser alcançado através de dois processos distintos que se sucedem e complementam: o primeiro tem finalidade meramente declarativa da existência de incumprimento; o segundo de finalidade condenatória com o qual se visa a aplicação de sanções pecuniárias ao Estado membro infrator devido à persistência numa situação de incumprimento previamente declarada pelo TJ.

LXXV.^a

As duas ações por incumprimento ilustram que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva também radica nos Estados membros em virtude da subordinação e sujeição destes à UE, entidade supranacional e com autoridade sobre eles nas relações de poder que se estabelecem entre ambos. Nesta medida, as ações por incumprimento não deixam de cumprir uma função subjetiva vocacionada para os interesses dos Estados membros, a qual é também visível na prerrogativa que assiste a estes de demandarem os seus pares no âmbito destes instrumentos.

LXXVI.^a

§ 1.º A violação de obrigações previstas nos Tratados pelos Estados membros constitui o *objeto de controlo* nas ações por incumprimento de primeiro grau. Tal menosprezo abrange os desrespeitos diretos dos Tratados, infrações ao direito derivado (secundário e terciário), com ou sem efeito direto, ofensas aos princípios do direito da UE (v. g. princípios gerais de direito; princípios reguladores das relações do ordenamento da União com as ordens jurídicas internas). Nas ações de segundo grau está em causa a violação de acórdãos do TJ declarativos de incumprimentos proferidos em sede de primeiras ações por incumprimento.

§ 2.º Tais violações prescindem do elemento de imputação subjetiva relativo à *culpa* e podem ocorrer por *ação* ou *omissão*.

§ 3.º O carácter essencialmente *objetivo* das ações por incumprimento implica que a Comissão não careça de demonstrar o seu interesse em agir quando, no exercício da sua competência de guardiã dos Tratados e oficiosamente ou na sequência de queixas, decide instaurar tais mecanismos; igualmente, os particulares não precisam de comprovar o seu interesse em agir quando denunciam comportamentos dos Estados membros suscetíveis de constituir objeto das referidas ações. Da mesma forma, a apreciação das ações por incumprimento não depende da existência de prejuízos causados pelas condutas dos Estados.

LXXVII.^a

O Tratado de Lisboa ampliou o *parâmetro de controlo* no âmbito da primeira ação por incumprimento de forma a que a mesma abranja os comportamentos dos Estados membros contrários às obrigações decorrentes dos Tratados e não apenas do TFUE, o que reforçou a tutela jurisdicional efetiva no ordenamento da União.

LXXVIII.^a

As ações por incumprimento traduzem-se num importante instrumento de prossecução e salvaguarda da doutrina do primado do direito da UE, nomeadamente da sua inferência relativa à aplicação uniforme do referido direito no território dos Estados membros.

LXXIX.^a

§ 1.º O incumprimento pode emergir de quaisquer das funções constituídas (legislativa, executiva e judicial) e do próprio poder constituinte de um Estado membro, para este efeito entendido em termos amplos abrangendo também, designadamente, as autarquias, as regiões autónomas e os institutos públicos e mesmo entes de direito privado desde que a sua gestão seja controlada pelo Estado, aspeto que melhor se coaduna com a tutela jurisdicional efetiva da estrita

legalidade europeia alheia a critérios estritamente domésticos de repartição interna do exercício de funções públicas ou de prossecução do interesse público.

§ 2.º Em especial, o desrespeito do *dever de reenvio* pelos órgãos jurisdicionais nacionais constitui causa de pedir para a ação por incumprimento de primeiro grau, na medida em que obstaculiza à interpretação uniforme e à correta aplicação do direito da UE, o que colide com a tutela jurisdicional efetiva da ampla legalidade europeia, nela se projetando a salvaguarda das pretensões subjetivas dela decorrentes.

LXXX.^a

§ 1.º A tutela jurisdicional efetiva manifesta-se sobretudo nas fases contenciosas de ambas as espécies de ações por incumprimento marcadas pela intervenção da jurisdição do TJ. Ainda assim, este órgão não deixa de controlar se, ao longo das fases administrativas, o objeto do litígio permaneceu objetivamente estável, no sentido de os fundamentos do mesmo não foram ampliados sem prévio conhecimento do Estado membro visado desde o envio das cartas de notificação até à emissão dos pareceres fundamentados, o que releva para efeitos da salvaguarda dos direitos de defesa dos Estados membros demandados. Por força da mesma garantia as petições iniciais das ações (ou das fases contenciosas) não podem conter elementos de facto e de direito ausentes dos pareceres fundamentados.

§ 2.º Ainda que as fases administrativas de ambas as ações por incumprimento se situem fora da alçada do TJ, este não deixará de controlar o respeito ao longo das mesmas pelo princípio do contraditório e da garantia dos direitos de defesa, os quais exigem que os Estados membros demandados se possam defender das acusações deduzidas de forma circunstanciada (de tempo, modo e espaço) que lhes são imputadas.

§ 3.º Ao longo das referidas fases, sobretudo após a carta de notificação e depois da formulação do parecer fundamentado, a Comissão deve permitir aos Estados membros, alegadamente infratores, no exercício dos seus direitos de defesa a oportunidade de responderem às acusações que lhes são dirigidas, onde também avulta a preocupação da tutela jurisdicional efetiva das pretensões de natureza subjetiva dos referidos Estados.

§ 4.º Ainda que não condicionadas por prazos perentórios resultantes de disposições legais, a tutela jurisdicional efetiva das referidas pretensões reclama que a Comissão não possa arrastar desrazoavelmente as fases administrativas das ações por incumprimento precisamente porque eventuais demoras excessivas dificultam o exercício dos direitos de defesa dos Estados membros visados.

§ 5.º Entendemos que na ação por incumprimento de segundo grau, prevista no n.º 2 do artigo 260.º do TFUE, continua a ser exigível a apresentação de parecer fundamentado pela Comissão,

dado o mesmo assumir-se como um ato fulcral que delimita o libelo acusatório e condicionante da fase contenciosa e da tutela jurisdicional efetiva dos interesses dos Estados demandados.

§ 6.º Na ação por incumprimento prevista no domínio dos auxílios de Estado, as empresas beneficiárias das ajudas e as empresas ou associações interessadas na decisão da Comissão de supressão ou modificação do auxílio atribuído podem, a par do Estado membro demandado, pronunciar-se sobre a compatibilidade do auxílio com o TFUE e sobre o sentido da referida decisão.

LXXXI.^a

§ 1.º A tutela jurisdicional efetiva seria melhor prosseguida se o papel da Comissão tanto no impulso processual relativo à fase pré-contenciosa como na submissão do assunto ao Tribunal fosse marcado por *critérios de legalidade*, em vez de princípios de oportunidade. Na verdade, a legalidade europeia seria mais eficazmente salvaguardada se a Comissão estivesse vinculada a iniciar a fase administrativa da primeira ação por incumprimento logo que tivesse conhecimento de uma alegada infração de um Estado membro, bem como a recorrer ao TJ se esta se mostrasse devidamente indiciada, em vez de deter poderes marcados pela ideia de discricionariedade, na medida em que esta gera a desconfiança e pode violar o princípio da igualdade.

§ 2.º Tal discricionariedade impede os particulares de reagirem contra as decisões da Comissão de não iniciar, ou de arquivar, uma ação por incumprimento de primeiro grau ou, iniciando a respetiva fase graciosa, de não avançar para tribunal não emitindo o necessário parecer fundamentado, o que motiva estádios de insegurança.

§ 3.º Os Estados membros confrontados com a inércia da Comissão têm a possibilidade de demandar os seus congéneres no TJ, recorrendo à ação por incumprimento prevista no artigo 259.º do TFUE ainda que previamente tenham que aguardar três meses pela atuação da referida instituição que poderá emitir parecer fundamentado; igualmente têm legitimidade para instaurar as ações por incumprimento de segundo grau.

§ 4.º A ideia de discricionariedade inerente a toda a fase pré-contenciosa das ações por incumprimento e à decisão de submeter o assunto ao Tribunal, conjugada com o caráter não vinculativo dos pareceres fundamentados que a Comissão pode emitir no encerramento da mesma, impede que se possa reagir através da via do recurso de anulação contra os referidos pareceres.

§ 5.º Ao invés, na ação por incumprimento prevista no domínio dos auxílios os Estados membros e as empresas visados pela decisão que a Comissão proferiu nos termos do primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 108.º do TFUE podem, em obediência da tutela jurisdicional efetiva, impugnar tal

ato através do recurso de anulação; de igual forma e perante a hipotética inércia da referida instituição podem as empresas concorrentes daquelas agir mediante a ação por omissão.

§ 6.º A tutela jurisdicional efetiva em nada sai beliscada devido à existência de ações por incumprimento cuja tramitação não contempla fase graciosa, uma vez que é na fase contenciosa que a referida tutela é assegurada.

LXXXII.^a

§ 1.º A faculdade que os Estados membros reconheceram ao TJ para, em sede de ação por incumprimento de segundo grau, poder aplicar uma sanção pecuniária mesmo que a Comissão venha a desistir de tal pretensão merece uma nota francamente positiva visto assegurar melhor a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia.

§ 2.º Igualmente, a tutela jurisdicional efetiva da juridicidade europeia sai reforçada com a eventualidade de a Comissão pretende submeter o litígio ao Tribunal mesmo que o Estado membro adeque o seu comportamento face ao parecer fundamentado fazendo cessar a situação de incumprimento ou que daquele comportamento não resultem prejuízos.

LXXXIII.^a

Os poderes discricionários de que a Comissão dispõe ao longo das fases administrativas das ações por incumprimento não devem ser confundidos com prerrogativas absolutas ou arbitrárias, podendo considerar-se que os mesmos surgem enformados pelos princípios gerais de direito relativos à legalidade, controlo e transparência na atuação, legitimando reações jurisdicionais face a decisões da Comissão que excedam os limites impostos pelos referidos princípios.

LXXXIV.^a

§ 1.º O início das fases contenciosas das ações por incumprimento, mediante a colocação das mesmas no TJ, não é enformado por requisitos de prazo, o que se compagina melhor com a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia. Ao invés, tal liberdade colide com a tutela jurisdicional efetiva das pretensões subjetivas dos Estados membros demandados uma vez que a segurança jurídica reclama a existência de prazos razoáveis para a propositura de processos judiciais, *maxime* "persecutórios" como é o caso.

§ 2.º Traduzidos em processos de estrutura acusatória, o ónus da prova sobre a existência de violação de obrigações decorrentes dos Tratados incide sobre o acusador, que normalmente é a Comissão e residualmente são os Estados membros demandantes.

§ 3.º A Comissão não poderá, na fase oral dos dois tipos de ações por incumprimento, ampliar o objeto do litígio tal como delimitado na petição inicial.

LXXXV.^a

§ 1.º No acórdão declarativo do incumprimento o TJ está limitado ao objeto do litígio tal como definido pelo demandante não podendo declarar infrações que extravasem o respetivo pedido em homenagem aos direitos de defesa e à tutela jurisdicional efetiva dos interesses do Estado demandado.

§ 2.º A limitação imposta à atuação do TJ no sentido de apenas poder declarar a existência de situações de violação de obrigações decorrentes dos Tratados, desacompanhada da prerrogativa de imposição de sanções, afigura-se pouco compaginável com a tutela jurisdicional efetiva do direito da UE. Com efeito, o Tribunal deveria poder condenar desde logo o Estado membro infrator. Nessa medida, afigura-se muito positiva a inovação trazida a lume pelo Tratado de Lisboa e constante do n.º 3 do artigo 260.º do TFUE, a qual peca pela restrição do âmbito material de aplicação.

§ 3.º Ao Estado membro cujo comportamento foi declarado de incumprimento pelo TJ compete executar no mais curto espaço de tempo o aresto do Tribunal, sem que este possa conformar tal execução. Ao referido Estado compete, nomeadamente, eliminar normas internas (inclusive constitucionais) contrárias ao direito da União, sem embargo da sua imediata inaplicabilidade pelos órgãos jurisdicionais nacionais, por força dos princípios do primado e da tutela jurisdicional efetiva, eventualmente aplicando as disposições europeias vigentes consagradoras de direitos, por força daqueles princípios e do princípio do efeito direito. Porém, é legítimo ao Estado membro alegar, desde que comprovadamente, a impossibilidade objetiva de cumprir o julgado.

LXXXVI.^a

§ 1.º Em princípio, apenas o acórdão proferido na ação por incumprimento de segundo grau pode ter natureza condenatória, constituindo nesse caso título executivo. Esta faculdade foi introduzida pelo Tratado de Maastricht e é designada, pelo TJ, de processo judicial especial de execução da decisão proferida no quadro da ação de primeiro grau.

§ 2.º A tutela jurisdicional efetiva do direito da UE satisfaz-se melhor com a possibilidade de instauração de ações por incumprimento de segundo grau que prevejam a eventual condenação dos Estados membros, não apenas na execução das decisões proferidas nos primeiros processos e reiteradas nos segundos como em sanções de natureza pecuniária através das quais se assegura a execução dos acórdãos declarativos de incumprimentos proferidos no âmbito das primeiras ações.

§ 3.º Não vislumbramos qualquer utilidade na necessidade de propositura sequencial de duas ações por incumprimento, devendo ser ponderado o alargamento do âmbito de aplicação da possibilidade prevista no n.º 3 do artigo 260.º do TFUE a outros domínios, ainda que o TJ se encontre condicionado pelo princípio do pedido.

LXXXVII.^a

§ 1.º A determinação das sanções pecuniárias a aplicar aos Estados membros deve respeitar os princípios da proporcionalidade, igualdade, transparência, objetividade, previsibilidade, segurança e proteção da confiança.

§ 2.º Caso os Estados membros não paguem voluntariamente as sanções pecuniárias em que foram condenados poderá a Comissão, com vista à cobrança coerciva das mesmas, proceder à compensação dos respetivos montantes nos fundos comunitários a que os referidos Estados têm direito.

§ 3.º O TJ deveria poder conformar, pelo menos de forma não vinculante, a atuação do Estados membros na execução do acórdão declarativo de incumprimento proferido no quadro da ação de primeiro grau, tanto mais que se admite à Comissão que faça algo do género quando instaura o processo de infração com vista à ação de segundo grau, ao começar por indicar medidas que poderiam ter sido adotadas pelo Estado membro com o objetivo de alcançar a referida execução.

§ 4.º tutela jurisdicional efetiva no direito da UE seria melhor alcançada se, cumulativamente com a aplicação de sanções de natureza pecuniária, o referido órgão jurisdicional pudesse condenar os Estados membros em *prestações de facto* traduzidas na imposição da adoção do comportamento devido.

LXXXVIII.^a

§ 1.º O carácter eminentemente objetivo das ações por incumprimento afasta os particulares das inerentes tramitações. Mesmo quando no âmbito de tais mecanismos se deva atender a pretensões subjetivas, as mesmas são dos Estados membros envolvidos. Este aspeto, em regra, não colide com a tutela jurisdicional efetiva das pretensões subjetivas dos particulares uma vez que a ação por incumprimento não se destina a proteger interesses privados.

§ 2.º Ainda assim, os particulares beneficiam de um *direito de queixa* ao abrigo do qual podem denunciar à Comissão comportamentos dos Estados membros alegadamente violadores de obrigações decorrentes dos Tratados, tendo também a prerrogativa de ser informados sobre o desfecho do inerente procedimento ainda que sem poderem impugnar contenciosamente tal desfecho através do recurso de anulação ou da ação por omissão.

§ 3.º Tendo natureza administrativa e não jurisdicional, o direito de queixa tem sido objeto de consolidação através do reconhecimento ao particular de várias garantias de participação procedimental ao longo da fase graciosa da ação por incumprimento de primeiro grau.

§ 4.º A atuação da Comissão ao longo da fase administrativa da primeira ação por incumprimento, iniciada na sequência de queixas dos particulares e que não respeitasse exigências básicas como as da transparência ou as da legalidade, deveria estar sujeita a algum tipo de fiscalização jurisdicional assim se limitando a discricionariedade praticamente absoluta de que goza a referida instituição.

LXXXIX.^a

A partir do dia 2 de dezembro de 2014 os Estados membros sujeitar-se-ão a ser demandados no quadro da ação por incumprimento pela violação de obrigações decorrentes de atos relativos ao antigo terceiro pilar (CPJMP), ou seja, cuja base jurídica constou do ex-Título VI do TUE, aprovados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

XC.^a

§ 1.º O objeto de controlo do recurso de anulação é constituído por atos vinculativos e definitivos, destacando-se os de natureza legislativa (*v. g.* regulamentos de base) e outros que produzam efeitos jurídicos relativamente a terceiros, como os atos regulamentares (*v. g.* regulamentos de execução) e administrativos (*v. g.* decisões), e ainda os atos inominados e atípicos. Essencial é que o ato provenha da autoridade europeia, ou seja, das instituições ou dos órgãos ou organismos da União.

§ 2.º O Tratado de Lisboa prosseguiu a tarefa iniciada com o Tratado de Maastricht de incrementar o leque de atos passíveis de recurso de anulação, com nítido reforço da tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade europeia mas também de pretensões subjetivas decorrentes do direito da União potencialmente atingidas por aqueles atos.

§ 3.º Os atos sem força jurídica vinculante não constituem objeto de impugnação jurisdicional através da via anulatória dado serem desprovidos de normas, comandos ou imposições, aspeto que também atende à tutela jurisdicional efetiva no direito da União em virtude de se prevenir um aumento de fluxo processual de recursos de anulação.

XCI.^a

A evolução dos Tratados confirma o incremento da legitimidade processual para a interposição de recursos de anulação pelos recorrentes institucionais privilegiados, demonstrada pelo aumento dos poderes do PE na matéria, e não privilegiados, ilustrada pela recente elevação do Comité das

Regiões à categoria de recorrente. Nessa medida, saiu reforçada a tutela jurisdicional efetiva sobretudo da estrita legalidade europeia, mas também dos direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares tendo em conta que o PE representa os povos dos Estados membros.

XCII.^a

§ 1.º As limitações com que os particulares se debatem no acesso às jurisdições do TJ e do TG, onde avulta algum abrandamento da tutela jurisdicional efetiva das pretensões subjetivas que lhes são reconhecidas pela ordem jurídica europeia, é paradigmaticamente ilustrada pelo quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE que regula as restrições à legitimidade daqueles para a interposição de recursos de anulação contra atos normativos e administrativos das instituições, órgãos ou organismos da UE. Esses constrangimentos são especialmente sentidos quando os atos litigiosos assumem alcance geral (*maxime* regulamentos de base e outros atos legislativos) ou se trata de decisões destinadas a sujeitos distintos do particular-recorrente.

§ 2.º A História comprova que são escassas as situações em que as duas principais jurisdições do TJUE admitiram recursos de anulação interpostos por recorrentes ordinários contra atos que materialmente consubstanciam decisões ainda que adotados sob a forma de regulamento, bem como contra decisões dirigidas a outras pessoas que não o recorrente, não se prevendo grandes alterações quanto a esta matéria.

XCIII.^a

§ 1.º O quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE, após a redação introduzida pelo Tratado de Lisboa, isenta os particulares da necessidade de demonstrarem que o ato regulamentar impugnado lhes diz *individualmente* respeito; manteve, porém, a exigência de comprovação de que tal tipo de regulamento afeta o recorrente *diretamente*, a que acresce a imposição algo redundante de o referido ato não carecer de medidas de execução. Excluídos desta alteração figuram os atos legislativos, como os regulamentos de base, em relação aos quais os particulares que os queiram impugnar continuam a ter de demonstrar a sua afetação direta e individual por ele.

§ 2.º De uma forma geral, nos recursos de anulação interpostos contra atos de que os particulares-recorrentes não são destinatários permanece a exigência de comprovação das duas condições tradicionalmente exigidas: o ato litigioso dizer respeito *direta e individualmente* ao recorrente. Em causa estão decisões dirigidas a outras pessoas (outros particulares ou Estados membros) e atos normativos aprovados no exercício da atividade legislativa, isto é, da função normativa *primária* (com particular destaque para os regulamentos, mas também para as diretivas que potencialmente assumem caráter normativo).

XCIV.^a

Através da via anulatória os particulares apenas podem recorrer contra atos administrativos praticados pelas instituições ou pelo órgãos ou organismos da União, não dispondo da prerrogativa de impugnar verdadeiros atos normativos porquanto, caracterizando-se o conteúdo destes pela generalidade e abstração, os mesmos são insuscetíveis de reunir os requisitos constantes do segmento intermédio (isto é, um ato normativo que afeta direta e individualmente o particular) quer do excerto final (ou seja, a necessidade de um ato regulamentar dizer diretamente respeito ao recorrente ordinário) do quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE.

XCV.^a

O particular cujos direitos subjetivos ou interesses legítimos decorrentes do direito da União foram ilegalmente postergados pela adoção de um ato legislativo proveniente das competentes instituições europeias, em princípio, não poderá interpor no TG recurso de anulação contra o referido ato dado o seu conteúdo ser normativo, a menos que o particular-recorrente, no culminar de um pesado ónus de prova, logre convencer o referido órgão jurisdicional de que o ato "legislativo" impugnado o individualiza de forma análoga à de um destinatário e não carece de medidas de execução, equivalendo a uma tentativa de iludir a adoção de um ato que lhe diria direta e individualmente respeito. Assim e em rigor, os particulares não dispõem de legitimidade para interpor recursos contra atos da autoridade *legislativa* da UE.

XCVI.^a

Relativamente aos atos regulamentares, isto é, atos normativos emanados no exercício da atividade regulamentar ou da função normativa *secundária* e que não careçam de medidas de execução, o Tratado de Lisboa eliminou o requisito da afetação *individual* do particular-recorrente, mantendo, porém, a exigência de o ato impugnado dizer diretamente respeito ao referido sujeito. Ocorreu assim uma ampliação da possibilidade de impugnação pelos particulares daquela espécie de atos normativos em reforço da tutela jurisdicional efetiva das pretensões de natureza subjetiva decorrentes para aqueles do direito da UE.

XCVII.^a

§ 1.º Não obstante o incremento da tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e dos interesses legítimos reconhecidos aos particulares pelo direito da União, visível no novo quarto parágrafo do artigo 263.º do TFUE, persiste uma lacuna cuja integração é há muito reclamada: o reconhecimento ao Provedor de Justiça Europeu de legitimidade processual ativa *privilegiada*

para, em representação dos cidadãos da União, impugnar regulamentos europeus (atos legislativos e atos regulamentares na aceção daquela norma) alegadamente ilegais.

§ 2.º Também deveria ser ponderada a possibilidade de institucionalização de um mecanismo processual semelhante ao existente no direito interno de alguns Estados membros do tipo *ação popular* com vista à impugnação de regulamentos europeus (legislativos ou administrativos) quando estejam em causa interesses públicos ou interesses coletivos difusos (v. g. nas matérias ambiental e de proteção dos consumidores).

XCVIII.^a

Contrariamente ao que sucede com os recorrentes ordinários, os Estados membros, o PE, o Conselho e a Comissão não se encontram adstritos a limitações, ressalvada a relativa ao prazo, no seu direito de recurso de anulação ante as jurisdições do TJUE, para aí contestarem a validade dos atos da União. Já o BCE, o TC e o Comité das Regiões apenas podem interpor recursos de anulação quando esteja em causa a necessidade de salvaguarda das suas prerrogativas, ou seja, de interesses seus relacionados com os respetivos leques competenciais.

XCIX.^a

As apertadas exigências de prazo que condicionam a interposição do recurso de anulação afiguram-se pouco compagináveis com a tutela jurisdicional efetiva no direito da União, tanto da objetiva legalidade europeia como de pretensões subjetivas decorrentes daquele ordenamento, quando, através do referido instrumento, se pretende impugnar atos normativos. Esta conclusão não sai abalada mesmo subsistindo a possibilidade de haver declaração de invalidade de atos de alcance geral bem como de diretivas no quadro do reenvio e permanecendo a possibilidade de o tribunal declarar a inaplicabilidade dos primeiros no contexto da exceção de ilegalidade. Tal problema, porém, não se levanta quando o ato litigioso se trata de decisões.

C.^a

A tutela jurisdicional efetiva sobretudo da objetiva legalidade europeia encontra-se subjacente à competência dos órgãos em que se desdobra o TJUE para conhecerem *ex officio* dos vícios de incompetência e de violação de formalidades essenciais. Quanto a este, onde se subsume a preterição das garantias de defesa dos arguidos em processos de natureza sancionatória, também se vislumbra a necessidade de proteção de pretensões de natureza subjetiva decorrentes do direito da União.

CI.^a

§ 1.º Os efeitos dos acórdãos que declaram procedentes os recursos de anulação de regulamentos e diretivas assemelham-se aos das *nulidades absolutas* e traduzem-se, em regra, na destruição dos efeitos dos atos impugnados com força obrigatória geral e com eficácia retroativa. Nessa medida, aos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* deverão acrescer, em consonância com a referida tipologia de nulidade, a repristinação dos atos revogados pelos atos anulados (em rigor, declarados nulos). No entanto, o Tribunal pode, quando o considerar necessário, salvaguardar determinados efeitos já produzidos pelo ato anulado.

§ 2.º A tutela jurisdicional efetiva do direito da União reclama que os órgãos jurisdicionais integrados no TJUE adquiram mais poderes de conformação dos respetivos acórdãos anulatórios, o que passa por uma alteração do paradigma do recurso de anulação de *jurisdição limitada* para *jurisdição plena*, podendo os referidos tribunais, dentro do controlo da legalidade (e não do mérito), dirigir à instituição ou órgão autor do ato invalidado injunções no sentido de o substituir por outro que elimine os vícios apontados e mesmo, nos casos em que ato anulado é vinculado, determinar que o acórdão produz os efeitos do ato devido. Inclusive, deveriam tais órgãos jurisdicionais dispor do poder de condenar a instituição recorrida em sanção pecuniária compulsória até a execução do acórdão anulatório estar cumprida, uma vez que o podem fazer em relação aos Estados membros no quadro da ação por incumprimento.

§ 3.º A tutela jurisdicional efetiva exige inclusivamente o reconhecimento ao TJ e ao TG do poder de perante a inércia da instituição ou órgão autor do ato anulado, dirigirem-lhe injunções traduzidas em "*guidelines*" específicas e concretas no sentido da conformação das medidas de execução do acórdão anulatório; e mesmo de determinarem a transferência de competência para outro ente europeu.

§ 4.º A instituição ou órgão autor do ato invalidado deve executar o acórdão anulatório o mais brevemente possível.

CII.^a

§ 1.º A tutela jurisdicional efetiva do direito da União impõe que o direito ao ressarcimento dos danos sofridos pela adoção de atos europeus inválidos seja cumulável, e não alternativo, com o direito à obtenção de uma decisão anulatória dos mesmos. Tal direito existe mesmo que esta decisão seja objeto de cabal e pontual cumprimento pela instituição ou órgão autor do ato recorrido, pois a causa dos danos também reside na invalidade do ato e não apenas na inexecução ou execução tardia ou defeituosa do acórdão anulatório.

§ 2.º A inexecução, execução parcial ou defeituosa do acórdão anulatório constitui causa de pedir para a instauração, pelo recorrente, de ação de indemnização contra a União e da ação por omissão.

CIII.^a

§ 1.º O recurso de anulação previsto no ex-artigo 35.º do TUE, específico para a impugnação de decisões-quadro e decisões bem como, mediante uma interpretação extensiva daquela disposição, das medidas de aplicação daqueles atos e das medidas de aplicação de convenções que não tenham de ser adotadas pelos Estados membros de acordo com as respetivas normas constitucionais, permanecerá em vigor até ao próximo dia 1 de dezembro de 2014. Nele destaca-se o cariz mais restritivo em matéria de legitimidade para a interposição do referido recurso.

§ 2.º A partir da referida data tais atos deixarão de estar sujeitos àquele mecanismo específico passando a estar submetidos ao recurso de anulação geral previsto no artigo 263.º do TFUE, ainda que esta possibilidade se encontre praticamente excluída devido às exigências de prazo a que aquele instrumento está sujeito.

CIV.^a

A principal finalidade da exceção de ilegalidade é permitir sobretudo aos particulares uma reação judicial contra decisões aplicativas de atos de alcance geral da UE que muito embora sejam alegadamente inválidos já não possam, por extemporaneidade, ser impugnados pela via anulatória. Os Estados membros também poderão recorrer a tal expediente no âmbito de ações por incumprimento cuja causa de pedir resida no desrespeito de atos daquela categoria. Em causa está, portanto, a tutela jurisdicional efetiva *maxime* de pretensões subjetivas (direitos subjetivos e interesses legítimos) reconhecidas pelo direito da União e materializada em decisões judiciais que desapliquem os atos de alcance geral aos excipientes.

CV.^a

A exceção de ilegalidade não permite alcançar a declaração de invalidade do ato de alcance geral nem a conseqüente expurgação do mesmo da ordem jurídica europeia, mas apenas, por mais gritante que seja a ilegalidade (salvo nos casos extremos de inexistência jurídica), uma decisão que declara que o referido ato é inaplicável ao caso concreto (efeitos *inter partes*). Deveria, por isso, ser equacionada a possibilidade de após um determinado número de decisões proferidas pelo TJ (não pelo TG) no âmbito daquela via incidental no sentido da inaplicabilidade do ato de alcance geral, pelo menos reabrir-se a possibilidade de o mesmo voltar a constituir objeto do recurso de anulação com vista a poder expurgar-se tal ato do ordenamento europeu (com efeitos

erga omnes). Tanto mais que se verifica alguma incoerência quando após o esgotamento do prazo previsto para a interposição de recurso de anulação continua a ser possível que o ato de alcance geral seja anulado no quadro de uma questão prejudicial de validade, o que pressupõe o impulso processual de um órgão jurisdicional nacional.

CVI.^a

Vislumbra-se alguma incongruência, pouco compaginável com as exigências da tutela jurisdicional efetiva no direito da UE, quando um particular, no âmbito de um processo da competência dos tribunais nacionais destinado à impugnação de uma medida individual adotada pelas autoridades nacionais com vista à aplicação de um regulamento europeu, pode, pela via do reenvio prejudicial, lograr obter uma decisão do TJ que anule o ato de alcance geral que serve de base à referida medida nacional, ao passo que num processo da competência do TG (com recurso para o TJ) destinado a impugnar uma medida individual adotada pela Comissão também de aplicação de um regulamento europeu apenas consiga uma decisão que declare inaplicável o ato de alcance geral.

CVII.^a

A evolução dos tratados, suportada na jurisprudência do TJ, incrementou o objeto de controlo da exceção de ilegalidade de forma a que esta abranja os atos de alcance geral (onde se inserem os regulamentos e outros de efeito idêntico) das instituições, órgãos e organismos da União. De fora permanecem as diretivas não obstante as mesmas acabem por adquirir alcance geral por força dos atos de transposição, *maxime* quando dirigidas a todos os Estados membros.

CVIII.^a

A tutela jurisdicional efetiva no direito da UE reclama a possibilidade de se lançar mão do incidente da exceção de ilegalidade mesmo quando o excipiente (particular ou inclusive Estado membro) teve a oportunidade de impugnar diretamente o ato de alcance geral através do recurso de anulação, isto porque, por vezes, só quando confrontado com medidas individuais ou concretas de aplicação do aludido ato é que o excipiente privilegiado (*in casu* um Estado membro) se apercebe da ilegalidade do ato de carácter geral que lhe serve de base.

CIX.^a

§ 1.º O objeto de controlo da ação por omissão é constituído por quaisquer atos independentemente da forma ou natureza, incluindo os atos atípicos, destinados a produzir

efeitos em relação a terceiros, desde que sobre as instituições, ou os órgãos ou organismos da UE incida o dever de os adotar.

§ 2.º O Tratado de Lisboa positivou o alargamento do parâmetro de controlo na ação por omissão a todos os Tratados relevantes no direito da União.

CX.^a

O Tratado de Lisboa ampliou o leque de possíveis demandados na ação por omissão para qualquer instituição, órgão ou organismo da UE, pressupondo a existência da competência para a adoção do ato, não obstante permaneça a individualização das principais instituições. Na legitimidade ativa procedeu a idêntico alargamento e eliminou a necessidade de demonstração de interesse em agir por parte dos demandantes institucionais.

CXI.^a

Nas ações por omissão propostas pelos particulares controlam-se abstenções de comportamentos que dariam lugar a atos impugnáveis pelos mesmos demandantes através do recurso de anulação.

CXII.^a

A tutela jurisdicional efetiva do direito da União encontra-se subjacente à articulação entre as duas fases que caracterizam a tramitação da ação por omissão. Por um lado, apenas pode demandar em tribunal quem, na fase administrativa, convidou a instituição, órgão ou organismo europeu a agir; por outro lado, o objeto da ação judicial ou da fase contenciosa é delimitado pela matéria de facto e de direito constante do referido convite.

CXIII.^a

§ 1.º A tutela jurisdicional efetiva afigura-se pouco compatível com o facto de a ação por omissão perder objeto logo que o demandado adote o mais anódino comportamento, bem como pelos escassos poderes do tribunal na conformação da execução do acórdão declarativo da omissão violadora do direito da UE, mesmo considerando a importância que pode ter a parte dispositiva da referida decisão.

§ 2.º Tratando-se de atos administrativos cujo conteúdo seja vinculado o tribunal deveria poder determinar que o seu acórdão produz os efeitos do ato omitido e devido. Tal órgão poderia dispor também das faculdades de aplicação de sanções pecuniárias compulsórias às instituições de forma a obrigá-las a suprimirem as omissões declaradas, de determinação de prazo de execução da sua decisão, e de emissão de injunções destinadas a conformar a execução do acórdão acompanhadas de prazo de cumprimento; em casos extremos de inércia da entidade autora de

omissão declarada o tribunal deveria ainda poder determinar a transferência da competência para a referida execução para outra instituição ou outro órgão da União.

CXIV.^a

Também em sede de ação por omissão é possível cumular com o pedido de obtenção de uma decisão judicial declarativa da violação dos Tratados a pretensão ao ressarcimento dos danos sofridos com o comportamento abstencionista declarado, o qual permanece mesmo quando a referida decisão é objeto de cabal e pontual cumprimento pela instituição demandada e autora da conduta omissiva. Igualmente, a inexecução, execução parcial ou defeituosa do acórdão constitui causa de pedir para a instauração, pelo demandante, de uma ação de indemnização contra a UE.

CXV.^a

O reenvio prejudicial traduz-se num processo não de partes, mas *de cooperação entre juízes* (o juiz do TJ e o juiz nacional do reenvio) através do qual se prosseguem os objetivos da interpretação uniforme e da correta aplicação do direito da União, imprescindíveis à tutela jurisdicional efetiva deste ordenamento. Com efeito, sendo os órgãos jurisdicionais nacionais os tribunais comuns de aplicação do direito da UE no espaço dos Estados membros (portanto, tribunais da União numa aceção funcional), os mesmos têm ao seu dispor um instrumento que lhes permite o esclarecimento, junto do TJ, de dúvidas relativamente à aplicação do referido direito aos casos concretos submetidos à sua jurisdição. Em causa está a efetividade do direito da União enquanto ordem una e coerente nos ordenamentos nacionais, traduzida na proteção da objetiva legalidade europeia e na salvaguarda de pretensões subjetivas decorrentes daquele.

CXVI.^a

O tribunal do reenvio encontra-se vinculado à resposta prejudicial fornecida pelo TJ e deve decidir o litígio submetido à sua apreciação de acordo com essa solução sob pena de o Estado membro onde o órgão jurisdicional nacional se enquadre poder ser demandado em sede de ação por incumprimento e responsabilizado extracontratualmente no quadro da ação de indemnização civil. Tal não obsta a que a cooperação institucional desenvolvida entre os tribunais nacionais e o TJ no processo das questões prejudiciais se baseie no respeito mútuo e num relacionamento horizontal, e não em verticalização ou hierarquia.

CXVII.^a

O reenvio prejudicial revela-se um importante instrumento de salvaguarda das pretensões de natureza subjetiva (direitos e interesses legítimos) que o direito da UE reconhece aos particulares

e cuja proteção compete aos juízes nacionais enquanto tribunais comuns da ordem jurídica da União, sobretudo tendo em conta as restrições com que aqueles se deparam no acesso às jurisdições do TJUE, sem competência para resolverem litígios entre particulares nem entre estes e os Estados membros, o que é de alguma forma compensado através do reenvio. Quando mobilizados a dirimir conflitos de interesses de acordo com uma solução substantiva que passe pela aplicação do direito da UE os tribunais nacionais podem interpelar o TJ com vista a obterem dele os devidos esclarecimentos sobre o conteúdo e alcance das disposições daquele ordenamento que criam direitos para os particulares e investem-nos em obrigações.

CXVIII.^a

Nas questões prejudiciais de validade de disposições europeias avulta a tutela jurisdicional efetiva da objetiva legalidade, apesar de com elas também se compensar o défice de legitimidade dos particulares para, através do recurso de anulação, obterem uma declaração judicial de invalidade de atos contrários aos direitos que a ordem jurídica da União lhes reconhece. Nas questões interpretativas destaca-se sobretudo a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas decorrentes do direito da União, ainda que nestas também possa estar em causa aquele móbil, o que é particularmente visível quando do resultado da interpretação resulta a incompatibilidade entre as normas europeias interpretandas e as disposições nacionais contrárias, competindo ao juiz nacional preterir a aplicação destas e dar preferência àquelas.

CXIX.^a

§ 1.º No atual quadro jurídico-institucional da UE apenas o TJ dispõe de competência para responder às questões prejudiciais colocadas pelos seus homólogos nacionais.

§ 2.º O tribunal do reenvio deve enquadrar-se na noção de "órgão jurisdicional nacional" constante do artigo 267.º do TFUE e formulada pretorianamente, na qual se destaca a exigência de a entidade ser alheia ao litígio do qual emergem as dúvidas prejudiciais de forma a estarem asseguradas as garantias de imparcialidade e independência sem as quais a tutela jurisdicional efetiva do direito da União ficaria comprometida.

CXX.^a

A tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas decorrentes do direito da União bem assim da objetiva legalidade europeia é particularmente evidenciada na faculdade de intervenção nos processos de reenvio conferida às partes do processo jurisdicional nacional, aos Estados membros, à Comissão e instituições, órgãos ou organismos autores do ato interpretando ou cuja

validade é questionada, apresentando alegações e observações sobre as questões prejudiciais *sub judice*.

CXXI.^a

A evolução dos Tratados incrementou o objeto de controlo do reenvio prejudicial de validade, o que reforça a tutela jurisdicional efetiva.

CXXII.^a

Os acórdãos que constituam resposta a questões prejudiciais de validade onde o TJ concluiu pela invalidade da norma europeia produzem efeitos *erga omnes*; já os arestos proferidos em resposta a questões interpretativas têm efeitos tendencialmente *inter partes* sem embargo do efeito orientador que tais decisões possam produzir no âmbito de casos análogos, inclusive dispensando os supremos tribunais da obrigação de reenvio, o qual, porém, não afasta a possibilidade decorrente da tutela jurisdicional efetiva de colocação da mesma questão prejudicial no âmbito de outros processos.

CXXIII.^a

§ 1.º Competindo exclusivamente ao TJ declarar a invalidade de disposições europeias, os órgãos jurisdicionais nacionais que entendam que as normas da União são inválidas estão obrigados a submeter àquele órgão as questões prejudiciais de validade, inclusive quando das suas decisões caiba recurso e mesmo que o TJ já tenha declarado a invalidade de normas análogas (acórdão *Foto-Frost*). Por um imperativo de tutela jurisdicional efetiva admite-se, no entanto, que os tribunais nacionais possam deixar de aplicar a norma comunitária arguida de invalidade nos processos urgentes, *v. g.* de medidas provisórias de natureza cautelar de suspensão do ato interno de aplicação, ainda que permaneçam sujeitos ao dever de reenvio.

§ 2.º A tutela jurisdicional efetiva seria melhor prosseguida se os tribunais nacionais de cujas decisões cabe recurso pudessem recusar a aplicação das normas europeias que reputassem de inválidas ainda que com a força obrigatória restrita ao caso concreto e eventualmente com a obrigatoriedade de colocar a questão prejudicial após formular o juízo de desaplicação das referidas disposições. Com efeito, os efeitos *erga omnes* das decisões positivas de invalidade de disposições da União apenas devem ser alcançados por força de decisões do TJ, órgão especializado na matéria.

CXXIV.^a

A tutela jurisdicional efetiva do direito europeu compatibiliza-se melhor com um princípio do *livre acesso ao TJ*, o qual confere a todos os órgãos jurisdicionais nacionais a faculdade de questionarem prejudicialmente aquele sem que a mesma possa ser sindicada pelos tribunais superiores estaduais ou obstaculizada por disposições internas. Nessa medida, assinala-se a eliminação do reenvio especial que vigorou para os domínios que compunham o anterior Título IV do TCE e previsto no artigo 68.º deste.

CXXV.^a

§ 1.º Os órgãos jurisdicionais nacionais são soberanos na tomada da decisão de submeter questões prejudiciais ao TJ por as considerarem pertinentes na resolução das causas que têm entre mãos, bem como na delimitação do objeto das mesmas.

§ 2.º Tratando-se, no entanto, de um poder-dever, os tribunais nacionais devem reenviar questões sempre que a "prudência interpretativa" o aconselhe, o que ocorre quando a disposição europeia é nova e, suscitando questões ambíguas ou obscuras, não foi ainda objeto de esclarecimentos do TJ. Apenas quando for possível concluir que o juiz nacional se encontrava em condições de decidir adequadamente a questão por si enquanto "juiz comunitário" é que ele poderá optar por não reenviá-la; caso contrário, sobre ele incide um *dever prudencial* de colocar a questão prejudicial. Nessa medida, sobre o juiz nacional incide o dever de fundamentar a ausência de *dúvida razoável* em torno da interpretação da norma europeia. Tal solução favorece a tutela jurisdicional efetiva das pretensões subjetivas decorrentes do ordenamento europeu uma vez que a regra é a apresentação de dúvidas prejudiciais e de mobilização do TJ a responder às mesmas com vista à interpretação uniforme e à correta aplicação do direito da União.

§ 3.º A conclusão anterior não afasta que um princípio presente no instrumento das questões prejudiciais seja o relativo à obrigação de reenvio de todas as dúvidas pertinentes para a decisão de mérito a tomar pelo tribunal *a quo*, exceto quando a correta interpretação do direito da União for de tal modo evidente que não há qualquer possibilidade de o referido órgão se deparar com uma dúvida razoável em relação à decisão que adviria caso a questão fosse apresentada (*acórdão Cilfit*).

CXXVI.^a

§ 1.º O desrespeito do dever de reenvio constitui uma inobservância do princípio do juiz legal ou natural. Se a mesma se afigurar uma violação suficientemente caracterizada do direito da UE (o que ocorre, nomeadamente, se o tribunal fizer uma interpretação errada deste ou se a decisão do processo principal tivesse sido diferente), por um imperativo de tutela jurisdicional efetiva, o

respetivo Estado membro incorrerá em responsabilidade pelos danos causados no âmbito de ações de indemnização e no eventual sofrimento de sanções no quadro das ações por incumprimento. Os Estados membros sujeitam-se às mesmas consequências se os seus tribunais optarem por não seguir o entendimento definido pelo TJ nos acórdãos prejudiciais que despoletaram ou pré-existentes sobre as mesmas questões de direito (acórdãos *Köbler* e *Traghetti*).

§ 2.º As violações do dever de reenvio ou do sentido interpretativo ou do juízo de validade definido pelo TJ em acórdãos prejudiciais anteriores legitimam o recurso direto às jurisdições dos tribunais constitucionais nacionais, pelos particulares afetados por aquele tipo de atuação dos órgãos jurisdicionais comuns, através da instauração de ações constitucionais de defesa de direitos fundamentais do tipo *Verfassungsbeschwerde* e *recurso de amparo*, uma vez que está em causa o desrespeito de direitos fundamentais decorrentes do direito da UE mas reconhecidos pelas Constituições nacionais alemã e espanhola. Nos sistemas nacionais que não contemplem tais mecanismos (v. g. no português), o recurso ao TEDH através de petição ou queixa individual prevista no Protocolo Adicional n.º 11, em concretização dos artigos 34.º e seguintes da CEDH, poderá consubstanciar uma reação às violações do dever de reenvio por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais, na medida em que as mesmas afiguram-se incompatíveis com o artigo 6.º da Convenção.

CXXVII.^a

O dever de reenvio previsto no elemento literal do terceiro parágrafo do artigo 267.º do TFUE visa, além da interpretação uniforme e correta aplicação do direito da UE no espaço dos Estados membros, a salvaguarda das pretensões de natureza subjetiva que o referido ordenamento reconhece aos particulares.

CXXVIII.^a

A transferência para o TFUE das matérias que até ao Tratado de Lisboa compunham o antigo terceiro pilar (CPJMP), traduzindo um reforço do método de integração supranacional, implicou que os órgãos jurisdicionais nacionais passassem a poder questionar, nos termos do artigo 267.º do TFUE, prejudicialmente o TJ sobre a matéria penal inserida no âmbito das atribuições da União. Consequentemente e em reforço da tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas previstas no ordenamento jurídico europeu, concretamente do direito à liberdade, o novo quarto parágrafo da referida disposição prevê que nos processos jurisdicionais nacionais onde esteja em causa alguém privado do referido direito o TJ deva responder com a maior brevidade possível.

CXXIX.^a

§ 1.º O reenvio prejudicial especial previsto para os domínios que até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa compunham o antigo terceiro pilar não se inseria na esfera de competências imperativas do TJ já que dependia de declaração de aceitação a emitir pelos Estados membros, pelo que a sua eliminação constitui um reforço da tutela jurisdicional efetiva. Ainda assim aquele reenvio estará em vigor até ao próximo dia 1 de dezembro de 2014 para os atos aprovados nos domínios do referido pilar até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Tal reenvio não contempla questões prejudiciais obrigatórias, exceção feita quando um órgão jurisdicional nacional pretender desaplicar um ato do antigo terceiro pilar (v. g. decisão-quadro ou decisão) por considerá-lo inválido.

§ 2.º No leque desses atos, as convenções aprovadas pelos Estados membros de acordo com as respetivas normas constitucionais bem como as medidas de aplicação das mesmas adotadas pelos Estados membros nos mesmos termos estão excluídas do reenvio de validade. Os restantes atos (posições comuns, decisões-quadro e decisões) estão sujeitos ao reenvio de interpretação e de validade. As disposições do antigo Título VI do TUE podem constituir objeto do reenvio de interpretação.

CXXX.^a

§ 1.º Imprescindível à tutela jurisdicional efetiva das pretensões subjetivas decorrentes do ordenamento da UE é a existência de um instrumento contencioso de apuramento da responsabilidade civil extracontratual da União, designadamente pela aplicação aos potenciais lesados (sobretudo particulares, mas também Estados membros) de atos europeus (legislativos e administrativos; nestes, de alcance geral ou individual) ilegais ou pela adoção de comportamentos materiais lesivos. Tal instrumento demonstra que a tutela jurisdicional efetiva, no seio de uma organização internacional supranacional, também radica nos Estados membros e não necessariamente nos particulares.

§ 2.º Os autores dos factos ilícitos podem ser as instituições europeias (sem prejuízo da autonomia de que goza o BCE) e os seus agentes desde que no exercício de funções, bem como, de acordo com uma interpretação extensiva do segundo parágrafo do artigo 340.º do TFUE justificada pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa, os órgãos ou os organismos da União e agentes destes no desempenho funcional. Inclusivamente, poderá ser um órgão nacional contando que o mesmo não goze de qualquer discricionariedade, atuando em cumprimento de imposições das referidas instituições, órgãos ou organismos europeus.

§ 3.º A obrigação de indemnizar por responsabilidade extracontratual só recairá sobre a UE se a conduta antijurídica não puder ser imputada às autoridades dos Estados membros enquanto

extensão da administração pública europeia ou administração indireta da União, imputação que, porém, depende da atuação das referidas autoridades sem margem de apreciação, discricionariedade ou autonomia.

CXXXI.^a

A competência das jurisdições do TJ e do TG para apreciarem ações de responsabilidade civil emergente de contratos celebrados pela União ou por conta dela depende de cláusula *compromissória* constante do acordo. Ao abrigo de cláusulas dessa natureza poderão os particulares, contraparte nos referidos contratos, ser demandados (bem como assumir a posição de demandantes) ante as referidas jurisdições.

CXXXII.^a

No mecanismo processual de apuramento da responsabilidade extracontratual da UE a competência dos órgãos integrantes do TJUE é de *plena jurisdição*, o que se compagina melhor com a tutela jurisdicional efetiva.

CXXXIII.^a

§ 1.º A obrigação de indemnizar que pode recair sobre a UE pelos danos causados pelas suas instituições, órgãos, organismos ou agentes no exercício de funções é aferida de acordo com os "*princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros*" que regem a matéria da responsabilidade civil extracontratual. Em causa está um *standard de tutela comum à generalidade dos Estados*, ainda que não necessariamente partilhado por todos.

§ 2.º Dos princípios gerais sobre a matéria da responsabilidade civil decorre que a referida obrigação pressupõe, em regra, a ilicitude, o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

CXXXIV.^a

§ 1.º Se a admissibilidade da responsabilidade extracontratual da UE por *facto lícito* se compagina com a tutela jurisdicional efetiva, o mesmo não se verifica com o regime extraordinariamente exigente de que em regra depende a responsabilidade delitual da UE.

§ 2.º O conceito de *violação suficientemente caracterizada*, isto é, grave e manifesta, de regras superiores de direito que se destinem a proteger direitos subjetivos ou interesses legítimos que a ordem jurídica europeia reconhece aos particulares afigura-se de difícil preenchimento. Na verdade, a elevada dose de discricionariedade com que atuam as instituições e a ampla complexidade que caracteriza largos domínios europeus tornam exígua a expectativa de sucesso das ações de indemnização, restrito a situações de violação de normas que além de reconhecerem

direitos aos particulares, não conferem qualquer margem de atuação ou apreciação aos referidos entes.

§ 3.º Igualmente, a distonia entre os regimes da responsabilidade extracontratual dos Estados membros por violação do direito europeu e da própria União, particularmente visível na admissibilidade manifestada pelo TJ da responsabilidade *objetiva* daqueles e nos constrangimentos que o mesmo órgão jurisdicional tem erigido ao mesmo tipo de responsabilidade que se pretenda exercer contra a União também dificulta o exercício da responsabilidade sobre esta.

§ 4.º Estes aspetos afrontam o postulado básico que determina que a responsabilidade aquiliana da UE, resultante da delegação de atribuições operada pelos Estados membros, não pode implicar uma diminuição da proteção dos particulares, designadamente das legítimas expectativas em serem ressarcidos dos danos causados pelas autoridades públicas.

CXXXV.^a

Compagina-se com a tutela jurisdicional efetiva no direito europeu a exigência de um prazo de cinco anos, dada a sua razoabilidade, para a propositura de ações de indemnização onde se peça o reconhecimento do direito ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em consequência de comportamentos delituais imputáveis à União.

CXXXVI.^a

A tutela jurisdicional efetiva exige a autonomia entre os vários instrumentos do contencioso da UE *stricto sensu*, designadamente da ação de responsabilidade civil aquiliana da União face ao recurso de anulação e à ação por omissão, à qual, aliás, também reporta o *princípio da autonomia dos instrumentos contenciosos previstos nos Tratados*. A ação de indemnização está assim sujeita a condicionalismos próprios em matéria de prazos e legitimidades, e não depende da prévia instauração daqueles mecanismos contenciosos, tal como o desfecho destes não é condicional ao término daquela.

CXXXVII.^a

§ 1.º Reflexo da administração pública europeia ser essencialmente indireta, o que implica que salvos escassos domínios (v. g. o da concorrência) sejam as administrações nacionais quem, enquanto extensão daquela, aplica os Tratados bem como os atos normativos adotados em seu desenvolvimento pelas instituições da União, a ação de indemnização funciona *subsidiariamente* face a mecanismos processuais homólogos existentes dos sistemas nacionais que permitam

demandar os Estados membros por responsabilidade extracontratual pela violação do direito da UE, podendo implicar o esgotamento destes.

§ 2.º Esta subsidiariedade face aos instrumentos nacionais, contrariamente à autonomia da ação de indemnização face ao recurso de anulação e à ação por omissão, tem como efeito que o TJ se demonstre pouco acessível à instauração da aludida ação de indemnização pelos particulares, ressaltando, porém, numa clara alusão à tutela jurisdicional efetiva, que os instrumentos nacionais devem assegurar uma proteção eficaz das pretensões subjetivas decorrentes do ordenamento da UE, concretamente a reparação efetiva dos danos sofridos, exigência que consta do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE.

CXXXVIII.^a

§ 1.º O princípio da interpretação do direito nacional conforme ao direito da União, estruturante nas relações entre a ordem jurídica europeia e os ordenamentos nacionais, exprime o dever que os órgãos dos Estados membros que aplicam direito (sobretudo os tribunais, mas também as administrações públicas) têm de interpretar as disposições de direito interno à luz da letra e das finalidades do direito da União, ou seja, em conformidade com este.

§ 2.º De criação pretoriana, este princípio é decisivo na garantia de uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos por disposições europeias, sobretudo das que não gozam de efeito direto (vertical devido à insuficiência de precisão e ausência de incondicionalidade; e horizontal de disposições de diretivas devido à ausência de transposição). Em causa está a efetividade e a plena eficácia do direito da UE nos ordenamentos nacionais, bem como o efeito útil e a uniformidade aplicativa daquele no espaço dos Estados membros.

CXXXIX.^a

Por força do princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União, em Portugal - bem como nos Estados membros onde os juízes tenham acesso direto às Constituições e sejam seus guardiões (*judicial review*) - o artigo 204.º da CRP deve abarcar um dever oficioso de não aplicação do direito interno desconforme com o direito da UE.

CXL.^a

§ 1.º Como paliativo da não produção de efeito direto (*maxime* horizontal, por exemplo por falta de transposição de diretivas europeias), o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União prossegue uma função essencialmente *subjetiva* de salvaguarda dos direitos e interesses que o ordenamento da UE reconhece aos particulares.

§ 2.º O dever de interpretar o direito nacional conforme ao direito da União cessa quando este implique a imposição aos particulares de obrigações previstas em diretivas não transpostas, em virtude do princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica dos cidadãos na sua dimensão de proibição de retroatividade.

CXLI.^a

O princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União permite assegurar a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas decorrentes deste ordenamento e constantes de diretivas europeias quando o prazo de transposição das mesmas ainda não decorreu, mediante uma atuação prospetiva que antecipa a aplicação de um direito que só mais tarde poderia ser invocado, ou mesmo de diretivas não transpostas não sendo possível a sua invocação perante os tribunais nacionais com vista à aplicação das mesmas no âmbito de relações entre particulares, acabando por conduzir a uma espécie de efeito direto horizontal restrito ao caso concreto (acórdão *Marleasing*).

CXLII.^a

A impossibilidade de os órgãos nacionais procederem à interpretação do respetivo direito em conformidade com o direito da União faz incorrer o respetivo Estado membro em responsabilidade civil extracontratual e no incumprimento de obrigações previstas nos Tratados sujeitando-as às inerentes ações.

CXLIII.^a

No âmbito de uma articulação dialética entre alguns princípios gerais de direito da UE, nomeadamente dos princípios da tutela jurisdicional efetiva e da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica, o princípio da interpretação conforme também pode presidir à análise hermenêutica das próprias disposições europeias e legitimar a desaplicação, pelos tribunais nacionais (enquanto órgãos jurisdicionais comuns e guardiões do ordenamento europeu), de normas de direito da UE derivado que violem o princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica por contrariarem as legítimas expectativas dos particulares constituídas ao abrigo de um regime jurídico anterior, ainda que os referidos órgãos previamente devam colocar a questão prejudicial de validade ao TJ e aguardar deste a decisão confirmativa dessa invalidade.

CXLIV.^a

§ 1.º O princípio da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da UE, corolário do primado e da efetividade deste nas ordens jurídicas nacionais, obriga aqueles a

ressarcirem os particulares pelos prejuízos causados em virtude de *violações suficientemente caracterizadas* (ou seja, manifestas e graves) do ordenamento da União que lhes sejam imputáveis (jurisprudência *Francovich, Brasserie du pêcheur e Factortame*). O inerente direito dos particulares à indemnização dos danos que comprovadamente sofram é exercido nos tribunais nacionais.

§ 2.º A referida responsabilidade é *objetiva* ou pelo *risco*, pelo que ela não depende da existência de culpa do Estado membro infrator, tal como a ausência da culpa não permite a este ilibar-se do dever de indemnizar (acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*).

§ 3.º Tal responsabilidade é extensível a todos os poderes constituídos do Estado: legislativo, executivo e (como explanado no aresto *Köbler*) judicial.

§ 4.º São requisitos da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União que a norma europeia preterida atribua direitos aos particulares, que estes tenham sofrido danos e o nexo de causalidade entre estes e o comportamento do Estado membro.

CXLV.^a

§ 1.º A prévia declaração judicial, pelo TJ no âmbito da ação por incumprimento, de violações do direito da União não é requisito do reconhecimento, pelos tribunais nacionais e no quadro de ações de responsabilidade aquiliana, da obrigação de indemnizar dos Estados membros pelas aludidas violações.

§ 2.º Igualmente, o dever de indemnizar pela violação do direito da UE não depende de as normas preteridas ou desprezadas produzirem efeito direto, existindo quer as referidas disposições se caracterizem (onde o pedido indemnizatório será cumulável) ou não (onde a pretensão ressarcitória será alternativa) pelo aludido efeito.

§ 3.º Apesar de serem completamente independentes das ações por incumprimento, o que é visível desde logo em matéria de jurisdições competentes para a respetiva apreciação, as ações instauradas contra os Estados membros com base na violação do direito europeu podem alicerçar-se nos mesmos factos que serviram de base àquelas. O desfecho das primeiras não determina o sucesso das segundas e o inverso também ocorre.

CXLVI.^a

Destacam-se, em especial, às infrações cometidas pelo poder legislativo (*v. g.* pela não transposição de diretivas conferidoras de direitos aos particulares nas relações com outros particulares, não podendo estes beneficiar das decorrências do efeito direto horizontal, que é coartado aos referidos atos) e pelo poder judicial (*v. g.* violação do dever de reenvio, *maxime*

pelos supremos tribunais nacionais, causadora de interpretação errada e aplicação incorreta do direito da União e lesiva).

CXLVII.^a

O princípio da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da UE é um *plus* face ao princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com aquele, conferindo aos particulares uma tutela jurisdicional mínima dos direitos que lhes são reconhecidos pela ordem jurídica europeia quando a referida interpretação conforme não se mostra possível.

CXLVIII.^a

Além do direito processual também o direito substantivo dos Estados membros, igualmente enformado pelos princípios da efetividade e da equivalência, se afigura crucial na realização do princípio da responsabilidade dos Estados por violações ao direito da UE. Na verdade, à parcela material dos ordenamentos internos compete identificar a entidade responsável pelo comportamento ilícito, determinar o modo de compensação do lesado e o *quantum* indemnizatório (os quais devem ser adequados aos danos sofridos), definir os prazos de prescrição ou caducidade e se existe direito de regresso em relação ao agente.

CXLIX.^a

Os ordenamentos jurídico-processuais e organizatório-judiciais nacionais devem prever regimes de impedimentos, escusas e suspeições que assegurem que os magistrados encarregues pela apreciação e julgamento de ações de responsabilidade civil movidas contra os Estados membros por violações do direito da UE praticadas pelos órgãos jurisdicionais (v. g. violações do dever de reenvio; desrespeito do sentido do acórdão prejudicial solicitado), *maxime* os situados no topo da hierarquia do sistema jurisdicional nacional (ou seja, os supremos tribunais), sejam distintos dos que decidiram as ações onde foram cometidos os erros judiciais que servem de causa de pedir daquelas.

CL.^a

§ 1.º A fim de atenuarem ou inclusive de se eximirem da eventual responsabilidade civil extracontratual por violações do direito da UE, concretamente do dever de transposição atempada para as respetivas ordens jurídicas nacionais das diretivas de que sejam destinatários, os Estados membros podem atribuir eficácia *retroativa* aos atos nacionais de receção das mesmas, contando que os efeitos *ex tunc* assegurem uma reparação efetiva e adequada dos direitos subjetivos que as referidas diretivas conferem aos particulares (acórdão *Palmisani*).

§ 2.º Aos tribunais nacionais, enquanto órgãos jurisdicionais comuns do direito da UE, compete avaliar se a referida reparação foi alcançada. Caso contrário, o Estado membro incorre em responsabilidade na medida em que a reparação efetiva e adequada não foi conseguida, o que é demonstrável através da comprovação, pelos particulares lesados, de danos complementares sofridos por não terem podido beneficiar atempadamente dos direitos previstos na diretiva tardiamente transposta (acórdãos *Bonifaci e Berto*, e *Maso*).

CLI.^a

As ações de repetição do indevido propostas pelos particulares com vista à restituição de importâncias de natureza tributária pagas aos Estados membros e previstas em normas nacionais contrárias às disposições europeias são uma expressão do princípio da responsabilidade dos Estados por violação do direito da União.

CLII.^a

Embora o princípio da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da UE tenha sido concebido para proteção dos particulares lesados é possível transpô-lo para o campo das relações administrativas intersubjetivas das administrações públicas internas podendo os referidos Estados, enquanto principais pessoas coletivas públicas das administrações nacionais, ser demandados por outras pessoas coletivas públicas integrantes das mesmas administrações, desde que estas tenham sofrido danos provocados por aqueles em consequência de comportamentos lesivos e contrários à legalidade europeia.

CLIII.^a

Ressalvada a contingência de, mediante cláusula compromissória prevista no artigo 273.º do TFUE, atribuição de competência ao TJ para a apreciação de ações de responsabilidade que oponham Estados membros, é nos tribunais nacionais que devem ser instauradas tais ações. Independentemente de sobre quem recaia a competência para a apreciação das mesmas (jurisdições nacionais ou jurisdição do TJ), tal aspeto demonstra que a tutela jurisdicional efetiva também radica nos Estados membros e não apenas nos particulares.

CLIV.^a

§ 1.º O autor do comportamento antijurídico, por ser contrário à legalidade emergente da ordem jurídica europeia e lesivo de pretensões subjetivas que esta reconhece aos particulares, pode ser, além dos Estados membros, outro particular. As pessoas singulares e coletivas de direito privado pelo que estes sujeitos também incorrem em responsabilidade civil extracontratual por violação

do direito da UE a exercer nos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto tribunais comuns do referido ordenamento.

§ 2.º Necessário é que a norma europeia violada produza efeito direto horizontal ou no mínimo confira um direito a um particular e invista outro particular numa obrigação de forma precisa e incondicional. De fora situam-se as disposições das diretivas não transpostas ou tardia ou incorretamente recebidas por terem como destinatários os Estados membros, pelo que eventuais pretensões indemnizatórias serão deduzidas contra estes e não já contra outros particulares.

§ 3.º Por força dos princípios da competência de atribuição e da limitação de competências os órgãos jurisdicionais nacionais, enquanto tribunais comuns da ordem jurídica da União, estão encarregues pela apreciação de ações declarativas (de simples apreciação, de condenação ou constitutivas) que visem o reconhecimento de pretensões fundadas no direito da UE.

CLV.^a

Ainda que implicitamente, o TJ reconhece um princípio da *responsabilidade dos particulares por violação do direito da UE* caracterizado pela produção de efeito direto horizontal (jurisprudência *Laval* e *Viking*).

CLVI.^a

O segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE também investe os Estados membros na obrigação de os respetivos sistemas jurídicos preverem os instrumentos necessários a assegurar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e dos interesses legítimos reconhecidos pelo ordenamento da União, onde se inserem as pretensões indemnizatórias a exercer contra os Estados ou contra os particulares, exigência decorrente dos princípios da efetividade e da equivalência.

CLVII.^a

As ações movidas contra os Estados membros ou contra os próprios particulares por violação do direito da UE prosseguem sobretudo uma função subjetiva dos particulares lesados. Em causa está, portanto, a tutela jurisdicional efetiva de pretensões subjetivas que a ordem jurídica europeia reconhece aos cidadãos e empresas.

2. Considerações finais

Eis chegado o momento de findar.

Ao longo do nosso trabalho procurámos enfatizar a dependência da eficácia da ordem jurídica europeia face a uma sólida garantia jurisdicional que assegure a respetiva observância pelo universo dos seus destinatários (instituições, órgãos ou organismos da União, Estados membros e particulares). Essa garantia encontra-se, inevitavelmente, a cargo dos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE bem como dos órgãos jurisdicionais nacionais enquanto tribunais comuns do referido ordenamento. A estes compete assegurar a aplicação do direito da UE no território dos respetivos Estados membros no quadro da resolução dos litígios cuja solução substantiva passe por disposições daquele ordenamento jurídico e que opõem os particulares aos entes públicos ou a outros particulares, ou entidades públicas a outros entes com a mesma natureza pública. Com efeito, os tribunais nacionais atuam como garantes da ampla legalidade europeia, com especial destaque para a defesa das pretensões subjetivas (direitos e interesses), principalmente de natureza fundamental; de outra banda, a legalidade interna é hoje fortemente determinada por imposições oriundas do direito da União, além de ceder prioridade a este.

Por outro lado, os princípios do primado, do efeito direto e da responsabilidade dos Estados membros pela violação do direito da União afiguram-se instrumentos de garantia da uniformidade de salvaguarda dos direitos fundamentais e traves mestras da afirmação da cidadania europeia. A relação entre tais princípios e a tutela jurisdicional efetiva, também ela um princípio geral do direito da União, é siamesa como resulta do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE. O efeito direto, além de um pressuposto, revela uma doutrina de tutela jurisdicional efetiva ainda que centrada na salvaguarda de pretensões de natureza subjetiva decorrentes do ordenamento europeu; a existência de responsabilidade pelos prejuízos causados por violações ao direito da UE é uma decorrência básica de tal tutela.

Daí que o défice com que os particulares se confrontam no acesso direto aos tribunais que *organicamente* pertencem à UE não significa (nem poderia) privação da salvaguarda dos seus direitos em juízo²⁵¹⁰. Através do recurso aos tribunais nacionais, que em virtude daqueles princípios intervêm no exercício da função jurisdicional da UE aplicando o respetivo direito como tribunais europeus em sentido *funcional*, os particulares logram obter a salvaguarda dos direitos subjetivos e interesses legítimos que o ordenamento europeu lhes reconhece. Se ao TJ e

²⁵¹⁰ As principais correntes sobre a matéria têm pendulado entre considerar o nível de tutela dos direitos fundamentais existente ao nível da UE como *adequado* (Joseph H. H. WEILER, *Methods of Protection...*, cit., p. 555) e entender que o sistema de proteção de direitos é *deficitário* (Bruno de WITTE, *The Past and Future...*, cit., p. 859).

ao TG tem competido sobretudo a defesa da objetiva legalidade europeia, relegando para um plano secundário a proteção das pretensões de natureza subjetiva conferidas aos particulares pelo respetivo ordenamento; nos segundos, prevalece a lógica inversa, predominando a salvaguarda destas pretensões.

Uma crítica constantemente dirigida aos órgãos jurisdicionais integrados no TJUE prende-se com o défice relativo à proteção dos particulares uma vez que são escassas as situações em que a estes é permitido um acesso direto aos mesmos; e quando tal acontece os particulares estão sujeitos a requisitos restritivos como bem o demonstram os instrumentos respeitantes ao recurso de anulação e à ação por omissão. Sem que seja nossa intenção escamotear tal evidência também sucede também que o défice classicamente apontado ao modelo de proteção dos direitos subjetivos (*maxime* fundamentais) previsto nos Tratados se deve à frequente identificação do sistema judicial da União com a sua instituição jurisdicional, relativizando ou mesmo esquecendo o relevantíssimo papel que as jurisdições nacionais devem desempenhar no mesmo e a própria função levada a cabo pelo TEDH na matéria.

Também é certo que uma análise apressada de tal sistema permanece centrada no instrumento alusivo ao recurso de anulação pautado pela ideia de *jurisdição limitada*; contudo, em matérias nucleares inseridas nas atribuições da UE, como a proteção da concorrência no mercado interno, o direito derivado tem consagrado uma competência de *plena jurisdição* dos órgãos inseridos no TJUE; de outra banda, ao lado do recurso de anulação coabita a ação de indemnização movida contra a UE, no âmbito da qual lesados poderão ser ressarcidos dos prejuízos sofridos. Já os litígios comunitariamente relevantes, isto é, que convoquem a aplicação de soluções substantivas fundadas em disposições europeias, que envolvam exclusivamente particulares ou estes e Estados membros são resolvidos pelos tribunais nacionais desdobrados funcionalmente em órgãos jurisdicionais comuns do direito da UE. Por outro lado e mesmo sem a adesão da União à CEDH, o TEDH tem efetuado algum controlo dos atos das instituições europeias através dos atos nacionais de execução ou aplicação.

As jurisdições do TJUE (ou seja, tribunais da União em sentido restrito e orgânico) e as jurisdições nacionais (isto é, tribunais da União em sentido amplo e funcional), cujo conjunto forma o sistema jurisdicional da UE, completam-se e harmonizam-se como bem o demonstra o instrumento das questões prejudiciais, formando um sistema que pretende assegurar a eficácia da ordem jurídica europeia e a proficiência na aplicação do seu direito, mas também a proteção de pretensões subjetivas reconhecidas por ela, apesar de o mesmo se confrontar com várias limitações.

A partilha do sistema jurisdicional da União entre os órgãos integrados no TJUE e os órgãos jurisdicionais nacionais é também ilustrada em matéria de medidas provisórias de

natureza cautelar. Numa sequele da supranacionalidade da UE e da territorialidade em que se movem os tribunais estaduais, não podem estes suspender os atos das instituições europeias (tarefa reservada aos primeiros), mas apenas as medidas nacionais de execução. Numa decorrência da aludida territorialidade, que delimita a atuação dos órgãos jurisdicionais internos, reside uma limitação do sistema vigente: as providências cautelares decretadas pelos tribunais nacionais e fundadas no direito da UE valem apenas no território do respectivo Estado membro, o que poderá obrigar o particular a instaurar tantas providências (acrescidas das inerentes ações principais, sem as quais aquelas não subsistem) quantos os Estados membros onde as pretenda ver decretadas. Estes constrangimentos, contudo, desaparecem nas providências cautelares decretadas pelas jurisdições do TJUE. Seja como for, a competência dos referidos tribunais para o decretamento das aludidas medidas com o objetivo de salvaguardar a objetiva legalidade europeia e pretensões subjetivas conferidas pela ordem jurídica da União é abrangente, podendo inclusive extravasar a que resulta do direito interno, o que contribui para a efetividade da tutela jurisdicional do direito europeu.

Nas ações por incumprimento não nos choca o quase afastamento dos particulares da respectiva tramitação, aqui se incluindo a fase administrativa da mesma. Com efeito, a finalidade direta de tal instrumento não é atender aos direitos ou aos interesses daqueles, mas sim ao superior interesse da própria União e da ampla legalidade europeia. Destrate, tal não é sinónimo de desvalorização pelas referidas pretensões subjetivas dos particulares na medida em que as mesmas não deixarão de ser atendidas no âmbito de ações movidas nos tribunais nacionais contra os Estados membros com vista ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em consequência de condutas daqueles que também servem de fundamento a ações por incumprimento. Acresce que o desfecho destas não deve influenciar o resultado daquelas. Causa-nos alguma perplexidade, contudo, a Comissão usufruir sempre de poderes discricionários; e por vezes, a fronteira entre a discricionariedade e a discriminação ou a arbitrariedade pode não ser fácil de traçar.

Ao mecanismo da ação por incumprimento deve ainda ser apontado o mérito de, comparativa e inversamente do que sucede no direito internacional, inviabilizar possíveis tentativas dos Estados membros de invocação da falta de reciprocidade para justificar incumprimentos seus. Na verdade, se o direito internacional permanece essencialmente como um ordenamento de base *convencional*, fruto de compromissos recíprocos assumidos pelos Estados, sendo um direito ainda imperfeito uma vez que a violação de obrigações pactualmente assumidas apenas implica a existência de fiscalização jurisdicional e a aplicação de sanções por um tribunal se nisso consentirem os Estados envolvidos, o direito da UE, diferentemente, não pode ser reconduzido a um sistema de compromissos recíprocos assumidos pelos Estados membros,

assente numa base convencional clássica²⁵¹¹, pelo que a violação, por estes, do *corpus* de regras comuns decorrente dos Tratados não pode ser justificada com a ausência de reciprocidade²⁵¹².

O contencioso de legalidade é porventura um domínio onde muito poderá ainda ser feito. Basta recordar que o modelo desenhado no TFUE é de *jurisdição limitada* (*in casu* de mera anulação). Assentemos nisto: a tutela jurisdicional efetiva é muito melhor garantida através de modelos de *plena jurisdição*, frequente aliás nos atos de direito derivado relativos à proteção da concorrência.

Não partilhamos, porém, da posição segundo a qual aos particulares deve ser conferida uma legitimidade alargada para, através do recurso de anulação, impugnar todo e qualquer ato de alcance geral, nomeadamente, os atos legislativos. Com efeito, assim também acontece em vários Estados membros. Por exemplo, em Portugal a impugnação de uma lei apenas pode ter lugar a título incidental no quadro do controlo sucessivo concreto de constitucionalidade de normas (o qual não anda longe da exceção de ilegalidade do direito da União); a título principal, no âmbito da fiscalização sucessiva abstrata, os particulares já não dispõem de legitimidade. Em França, até 2008, inexistiu qualquer tipo de controlo sucessivo da constitucionalidade das leis.

Não obstante, não menos certo nos parece que o critério da afetação *individual* do particular por um regulamento europeu poderia ser o da sofrimento de um impacto substancial contrário aos interesses dos particulares afetados²⁵¹³, assim se permitindo mais transparência na identificação dos sujeitos com legitimidade processual ativa, uma maior prevenção da duplicação de processos nos tribunais nacionais (contra as medidas internas de execução e de aplicação) e nos órgãos inseridos no TJUE (contra os regulamentos que lhes estão na base) e ainda que o dever destes proferirem decisões de mérito prevaleça sobre dispersões argumentativas que apenas servem para preencher critérios amplamente restritos relativos à legitimidade processual ativa para a impugnação dos ditos regulamentos.

Por outro lado peca por escasso o prazo de 60 dias para a impugnação de atos gravemente viciados; tanto mais que no reenvio prejudicial de validade desaparecem os constrangimentos de prazo e na exceção de ilegalidade igualmente inexistente dependência de prazo. Denota-se aqui uma dualidade de regimes algo incoerente, sendo que o problema não reside na inexistência de

²⁵¹¹ Ainda que os tratados comunitários, previamente a serem reconhecidos como a *Constituição* de uma Comunidade (hoje União) de Estados, tenham surgido como instrumentos clássicos do direito internacional convencional entre Estados soberanos.

²⁵¹² Contrariamente do que sucede no direito internacional, em que os Estados podem invocar a impossibilidade de recurso aos tribunais a fim de realizarem justiça pelos próprios meios, justificando as suas ações em argumentos de reciprocidade (ou de falta dela), no direito da União os Estados membros que se sintam vítimas de incumprimentos de obrigações comuns por parte dos seus homólogos têm a possibilidade de instaurar contra estes, no TJ, ações por incumprimento de forma a verem a legalidade europeia violada restaurada e a justiça realizada.

²⁵¹³ Tal como protagonizado por JACOBS no caso UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES.

requisitos temporais nestas duas vias processuais mas na existência de prazo (além do mais, demasiado curto) naquela.

No quadro da exceção de ilegalidade e pressupondo a procedência do inerente incidente não vislumbramos o alcance de os efeitos da decisão positiva consistirem *sempre* na mera inaplicabilidade da norma europeia inválida, nunca se repercutindo os mesmos no ato de caráter geral que serve de base aos múltiplos atos individuais de aplicação. Tanto mais que as limitações temporais que regem o recurso de anulação não se aplicam a este instrumento, bem assim ao reenvio prejudicial que tenha por objeto uma questão de validade, sendo que no quadro deste qualquer ato vinculativo das instituições pode ser atacado e, procedendo as razões suscitadas na questão prejudicial, os efeitos da invalidade são os mesmos do recurso de anulação. Defendemos, por isso, que uma sucessão de decisões positivas de ilegalidade deveria poder repercutir-se no ato de alcance geral que fornece base jurídica às aludidas decisões.

Quanto à ação por omissão, dificilmente os interessados conseguem fazer uso da mesma, uma vez que ela apenas se afigura possível como forma de reação contra os absolutos silêncios ou comportamentos implícitos equiparáveis. Assim, a mais anódina resposta proferida na fase pré-contenciosa, de recusa da adoção do ato ou de prolação de uma qualquer decisão que não satisfaça a pretensão do requerente, é suficiente para se considerar que a entidade convidada a agir tomou posição, impedindo a instauração da subsequente fase contenciosa ou da ação por omissão propriamente dita. O objeto do mecanismo acaba por se revelar, assim, excessivamente escasso. Uma utilização inteligente do mesmo, porém, poderá permitir aos Estados membros e aos particulares interpelar as autoridades europeias (*maxime* a Comissão) a exigirem o cumprimento das obrigações comunitárias por parte dos outros Estados membros ou das empresas que atuem no espaço da União.

Já o reenvio prejudicial afigura-se como um instrumento fundamental da unidade e uniformidade do ordenamento da UE e principal mecanismo auxiliador dos órgãos jurisdicionais nacionais para a correta aplicação, por estes, do referido direito. No entanto, o mesmo não poderá ser colocado em prática inexistindo atos ou medidas nacionais de aplicação ou execução de atos da União. Por outro lado, na interpretação do direito da UE e na avaliação preliminar da validade dos atos das instituições europeias pode-se verificar o risco de ocorrerem erros com prejuízo dos direitos e interesses dos particulares, comprometendo a tutela jurisdicional efetiva no ordenamento europeu.

A circunstância de nem todos os órgãos jurisdicionais nacionais estarem sujeitos à obrigação de reenvio também relativiza o imperativo da interpretação e aplicação uniforme do direito da União e do controlo da legalidade na atuação das respetivas instituições. Contudo, nas questões prejudiciais de validade os tribunais nacionais não são competentes para declarar a

invalidez de tais atos ou medidas, podendo apenas desaplicar os atos ou as medidas nacionais de execução. E se é certo que o reenvio prejudicial permite, de alguma forma, compensar os particulares do déficit de legitimidade com que se deparam na impugnação dos atos de alcance geral, não menos verdade é que o juiz nacional é soberano na tomada da decisão de despoletar o processo de reenvio, não estando vinculado a qualquer requerimento que as partes lhe dirijam nesse sentido.

A possibilidade de instauração de ações de responsabilidade civil extracontratual contra a União consubstancia um fator importante de proteção, sobretudo dos cidadãos europeus enquanto administrados, tanto mais que o referido instrumento processual não abunda no seio de outras organizações internacionais. Assim se contribui para a consolidação da UE como União de direito e assegura-se que a transferência de atribuições e competências (legislativas, regulamentares e administrativas) dos Estados membros para a UE não implica, ou pelo menos não deva importar, uma diminuição da tutela jurisdicional de que os particulares dispunham quando tais domínios se situavam no âmbito nacional.

Não obstante, através de uma interpretação que visa condicionar amplamente tal possibilidade circunscrevendo-a através de apertados requisitos, o TJ tem-se manifestado pouco recetivo quanto à eventualidade de a UE ser responsabilizada pelos prejuízos causados a terceiros em virtude da sua atuação, de forma a não sobrecarregar as suas finanças e a aliviá-la quando a mesma se depara com a necessidade de resolver questões complexas, melindrosas e suscetíveis de desencadear perdas e danos para terceiros. A tutela jurisdicional efetiva reclama uma inversão desta tendência jurisprudencial, tanto mais que não se compreende a dualidade de critérios face a comportamentos violadores da ampla legalidade europeia que sejam da autoria dos Estados membros, neste caso caracterizada por uma maior abertura.

Uma referência deve ser feita à possibilidade de os particulares instaurarem, com base no direito adjetivo, judiciário e substantivo interno, nos tribunais dos Estados membros ações de impugnação da validade ou recursos contenciosos dos atos nacionais (individuais e normativos) que alegadamente contrariem o direito da União.

Não se levantam dúvidas quanto à faculdade de os particulares impugnarem, nos órgãos jurisdicionais estaduais, medidas individuais de aplicação do direito da UE adotadas pelas autoridades nacionais quando intervêm como órgãos da administração pública europeia (v. g. organismos nacionais de intervenção nos Estados membros das instituições e órgãos da União, normalmente, da Comissão); por maioria de razão poderão atacar medidas individuais nacionais que se afigurem contrárias ao referido ordenamento, eventualmente, com o direito a indemnização pelos danos sofridos devido à violação da legalidade europeia imputável ao Estado membro em causa.

Todavia, não existem nas ordens jurídicas internas os meios contenciosos necessários para invalidar normas nacionais que sejam contrárias ao direito da UE, o que inclusive obsta a que se possa retirar todas as consequências do princípio do primado. Da mesma forma, aliás, as jurisdições do TJUE não podem invalidar atos internos que se apresentem contrários ao direito da UE. Existe, porém, a cargo dos órgãos nacionais o dever de desaplicação do ato nacional que seja contrário do direito da UE.

Os órgãos jurisdicionais nacionais devem pautar a sua atividade pela observância do princípio da interpretação conforme, procurando soluções hermenêuticas que permitam a melhor harmonização e uma concordância prática do direito interno com o direito da UE e a máxima efetividade deste, conscientes de que a condição, referida em alguns acórdãos do TJ, que tal tarefa deve ser levada a efeito "na medida do possível" não se trata de um aspeto de discricionariedade técnica, antes decorre dos critérios interpretativos que o legislador lhes fornece.

Em suma, a instituição jurisdicional da UE, desdobrada em dois principais tribunais (excluído fica o TFP, dada a especificidade da sua competência) não pode ter o seu acesso delimitado por um princípio de porta aberta a centenas de milhões de potenciais litigantes; nem isso se pretende num sistema marcado pelos princípios da competência de atribuição e da limitação de competências, no qual a universalidade da competência é relegada para os órgãos jurisdicionais nacionais cooptados como juizes comunitários de direito comum e aos quais compete, em regra, a tutela jurisdicional efetiva das pretensões subjetivas que a ordem jurídica europeia reconhece aos particulares.

Naturalmente exigem-se alguns ajustamentos (v. g. a atribuição de legitimidade ao Provedor de Justiça Europeu em sede de recurso de anulação) que contribuam para atenuar o défice judiciário na UE e que favoreçam a edificação de uma União de direito assente na democraticidade das decisões jurisdicionais e no respeito pelos direitos fundamentais.

Acresce que numa altura em que o projeto europeu de integração conhece desafios nunca antes vistos e que ameaçam a sua existência, exige-se das instituições da União, *maxime* do TJUE, novos ímpetos de criatividade em favor de um certo "federalismo jurídico europeu" a que vão resistindo um ínfimo número de Estados membros da Europa do núcleo duro. Assim o exige uma Europa das regiões e das pessoas.

3. Epílogo

Terminada esta investigação vem-nos à memória o início deste trabalho que se nos afigurou uma tarefa árdua. Resta-nos agora a satisfação de termos logrado alcançar um nível racional sobre a tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e interesses legítimos (*maxime* fundamentais) na UE, preocupação certamente também sentida pelos grandes pensadores deste espaço (que mais remotamente foi também berço dos grandes pensamentos filosóficos onde se firmaram os grandes vetores da cultura civilizacional que se identifica com os povos ocidentais). Pensando nestes recordamos Jean Monnet e Robert Schuman, que à semelhança dos primeiros foram também os grandes criadores desta Europa das regiões e dos cidadãos, provavelmente motivados por preocupações de bem-estar económico e social destes. A satisfação que sentimos prende-se com a determinação do conteúdo, sentido e alcance de pretensões subjetivas fundamentais propulsoras de limites para quem atua no exercício dos poderes públicos europeus e simultaneamente de garantias mínimas de cidadania aos povos dos Estados abrangidos pela União como um espaço fiel àqueles pensadores de uma Europa livre, democrática e solidária.

Fontes citadas²⁵¹⁴

1. *Jurisprudência*

1.1. Do Tribunal de Justiça

1.1.1. Acórdãos

- STORK, de 4 de fevereiro de 1959, proc. 1/58, Col. 1954-1961, pp. 296 e ss;
- NOLD *vs.* ALTA AUTORIDADE, de 20 de março de 1959, proc. 18/57, Rec. 1959, pp. 95 e ss;
- FERAM, de 17 de dezembro de 1959, proc. 23/59, Rec. 1959, pp. 506 e ss;
- COMPTOIRS (NOLD IV), de 12 de fevereiro de 1960, procs. apensos 36, 37, 38 e 40/59, Rec. 1960, pp. 851 e ss;
- ALEMANHA *vs.* ALTA AUTORIDADE, de 10 de abril 1960, proc. 19/58, Rec. 1960, pp. 474 e ss;
- HUMBLET *vs.* BÉLGICA, de 16 de dezembro de 1960, proc. 6/60, Rec. 1960, pp. 1131 e ss;
- VLOEBERGHES, de 14 de julho de 1961, procs. apensos 9 e 12/60, Rec. 1961, pp. 216 e ss;
- COMISSÃO *vs.* ITÁLIA, de 19 de dezembro de 1961, proc. 7/61, Col. 1954-1961, pp. 645 e ss;
- MERONI e o. *vs.* ALTA AUTORIDADE, de 6 de abril de 1962, procs. apensos 21 a 26/61, Rec. 1962, pp. 149 e ss;
- MERONI e o. *vs.* ALTA AUTORIDADE (MERONI II), de 14 de dezembro de 1962, procs. apensos 46/59 e 47/59, Rec. 1962, pp. 789 e ss;

²⁵¹⁴ Optámos por mencionar somente as fontes que citámos ao longo do trabalho, pelo que as listas de decisões judiciais e obras doutrinárias não contemplam documentos que embora sem citar não deixámos de consultar. As duas relações foram elaboradas por ordem cronológica, partindo do texto (decisão, monografia, artigo de periódico ou outro tipo de obra) mais antigo e culminando no mais recente, sendo que a bibliografia obedece previamente ao critério alfabético. Por outro lado, limitámos esta referência autonomizada à jurisprudência e à doutrina, sem referir, portanto, outras fontes mencionadas ao longo do texto, como as legislativas (direito primário e derivado), as comunicações de instituições europeias ou de outros órgãos da União e algumas das mais importantes conclusões apresentadas pelos advogados-gerais em vários *leading-cases*.

- FNBGCGV e o. *vs.* CONSELHO, de 14 de dezembro de 1962, procs. apensos 19 a 22/62, Rec. 1962, pp. 949 e ss;
- CNPFL e o. *vs.* CONSELHO, de 14 de dezembro de 1962, procs. apensos 16/62 e 17/62, Col. 1962-1964, pp. 177 e ss;
- WÖHRMANN e o. *vs.* COMISSÃO, de 14 de dezembro de 1962, procs. apensos 31/62 e 33/62, Col. 1962-1964, pp. 196 e ss;
- VAN GEND EN LOOS, de 5 de fevereiro de 1963, proc. 26/62, Col. 1962-1964, pp. 207 e ss;
- DA COSTA, de 27 de março de 1963, procs. apensos 28/62, 29/62 e 30/62, Col. 1963, pp. 235 e ss;
- ALEMANHA *vs.* COMISSÃO, de 4 de julho de 1963, proc. 24/62, Col. 1962-1964, pp. 253 e ss;
- PLAUMANN *vs.* COMISSÃO, de 15 de julho de 1963, proc. 25/62, Col. 1962-1964, pp. 281 e ss;
- COSTA/ENEL, de 15 de julho de 1964, proc. 6/64, Col. 1962-1964, pp. 553 e ss;
- MERLINI *vs.* ALTA AUTORIDADE, de 21 de janeiro de 1965, proc. 108/63, Col. 1965, pp. 1 e ss;
- GETREIDE IMPORT, de 1 de abril de 1965, proc. 38/64, Rec. 1965, pp. 264 e ss;
- SGARLATA e o, de 1 de abril de 1965, proc. 40/64, Rec. 1965, pp. 280 e ss;
- ITÁLIA *vs.* COMISSÃO, de 17 de junho de 1965, proc. 32/64, Col. 1965, pp. 111 e ss;
- COLOTTI *vs.* TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 17 de novembro de 1965, proc. 20/65, Rec. 1965, pp. 1046 e ss;
- SINGER, de 9 de dezembro de 1965, proc. 44/65, Col. 1965-1968, pp. 251 e ss;
- ALFONS LÜTTICKE *vs.* COMISSÃO (LÜTTICKE II), de 01 de março de 1966, proc. 48/65, Col. 1965, pp. 306 e ss;
- VAASSEN-GÖBBELS, de 30 de junho de 1966, proc. 61/65, Rec. 1966, pp. 403 e ss;
- ITÁLIA *vs.* COMISSÃO e CONSELHO, de 13 de julho de 1966, proc. 32/65, Col. 1966, pp. 485 e ss;
- SIMET ET FERAM *vs.* ALTA AUTORIDADE, de 02 de março de 1967, procs. apensos 25 e 26/65, Col. 1967, pp. 547 e ss;
- KAMPFFMEYER e o. *vs.* COMISSÃO, de 14 de julho de 1967, procs. apensos 5, 7 e 13 a 24/66, Col. 1967, pp. 637 e ss;
- ZUCKERFABRICH, de 11 de julho de 1968, proc. 6/68, Col. 1968, pp. 874 e ss;
- COMISSÃO *vs.* ITÁLIA, de 10 de dezembro de 1968, proc. 7/68, Col. 1968, pp. 889 e ss;
- SALGOIL, de 19 de dezembro de 1968, proc. 13/68, Col. 1968, p. 905 e ss;

- WALT WILHELM e o, de 13 de fevereiro de 1969, proc. 14/68, Col. 1969, pp. 1 e ss;
- STAUDER, de 12 de novembro de 1969, proc. 29/69, Rec. 1969, pp. 158 e ss;
- COMISSÃO vs. FRANÇA, de 10 de dezembro de 1969, procs. apensos 6 e 11/69, Col. 1969, pp. 208 e ss;
- ACF CHEMIEFARMA vs. COMISSÃO, de 15 de julho de 1970, proc. 41/69, Col. 1980, pp. 450 e ss;
- CHEVALLEY vs. COMISSÃO, de 18 de novembro de 1970, proc. 15/70, Rec. 1970, pp. 975 e ss;
- INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT, de 17 de dezembro de 1970, proc. 11/70, Col. 1970, pp. 627 e ss;
- COMISSÃO vs. CONSELHO (AETR), de 31 de março de 1971, proc. 22/70, Col. 1971, pp. 72 e ss;
- ALFONS LÜTTICKE vs. COMISSÃO (LÜTTICKE IV), de 28 de abril de 1971, proc. 4/69, Rec. 1971, pp. 325 e ss;
- INTERNATIONAL FRUIT COMPANY vs. COMISSÃO, de 13 de maio de 1971, procs. apensos 41 a 44/70, Col. 1971, pp. 133 e ss;
- DEUTSCHER KOMPONISTENVERBAND vs. COMISSÃO, de 13 de julho de 1971, proc. 8/71, Col. 1971, pp. 247 e ss;
- AKTIEN-ZUCKERFABRIK SCHÖPPENSTEDT vs. CONSELHO, de 2 de dezembro de 1971, proc. 5/71, Col. 1971, pp. 376 e ss;
- COMISSÃO vs. FRANÇA, de 14 de dezembro de 1971, proc. 7/71, Col. 1971, pp. 393 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 13 de julho de 1972, proc. 48/71, Col. 1972, pp. 182 e ss;
- CONTINENTAL CAN e o. vs. COMISSÃO, de 21 de fevereiro de 1973, proc. 6/72, Col. 1973, pp. 113 e ss;
- BOLLMANN, de 1 de março de 1973, proc. 62/72, Col. 1973, pp. 145 e ss;
- COMISSÃO vs. CONSELHO de 5 de junho de 1973, proc. 81/72, Rec. 1973, pp. 575 e ss;
- VARIOLA, de 10 de outubro de 1973, proc. 34/73, Rec. 1973, pp. 981 e ss;
- WERHAHN vs. CONSELHO, de 13 de novembro de 1973, procs. apensos 63 a 69/72, Rec. 1973, pp. 1230 e ss;
- RHEINMÜHLEN, de 16 de janeiro de 1974, proc. 166/73, Col. 1974, pp. 18 e ss;
- BRT e SABAM, de 30 de janeiro de 1974, proc. 127/73, Col. 1974, pp. 33 e ss;
- RHEINMÜHLEN II, de 12 de fevereiro de 1974, proc. 146/73, Rec. 1974, pp. 140 e ss;
- COMISSÃO vs. FRANÇA, de 4 de abril de 1974, proc. 167/73, Col. 1974, pp. 189 e ss;
- NOLD vs. COMISSÃO (NOLD V), de 14 de maio de 1974, proc. 4/73, Col. 1974, pp. 285 e ss;

- REYNER, de 21 de junho de 1974, proc. 2/74, Col. 1974, pp. 327 e ss;
- HOLTZ & WILLEMSSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 2 de julho de 1974, proc. 153/73, Rec. 1974, pp. 675 e ss;
- UNION SYNDICALE e o. vs. CONSELHO, de 8 de outubro de 1974, proc. 175/73, Rec. 1974, pp. 917 e ss;
- VAN DUYN, de 4 de dezembro de 1974, proc. 41/74, Col. 1974, pp. 569 e ss;
- UNION SYNDICALE e o. vs. CONSELHO (UNION SYNDICALE II), de 18 de março de 1975, proc. 72/74, Rec. 1975, pp. 401 e ss;
- RUTILI, de 28 de outubro de 1975, proc. 36/75, Col. 1975, pp. 417 e ss;
- CAM, de 18 de novembro de 1975, proc. 100/74, Rec. 1975, pp. 1393 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 26 de fevereiro de 1976, proc. 52/75, Rec. 1976, pp. 277 e ss;
- DEFRENNE/SABENA (DEFRENNE II), de 8 de abril de 1976, proc. 43/75, Col. 1976, pp. 195 e ss;
- MAZZALAI, de 20 de maio de 1976, proc. 111/75, Col. 1976, pp. 291 e ss;
- KAMPPMEYER e o. vs. COMISSÃO e CONSELHO, de 2 de junho de 1976, procs. apensos 56 a 60/74, Col. 1976, pp. 317 e ss;
- CNTA vs. COMISSÃO, de 15 de junho de 1976, proc. 74/74, Col. 1976, pp. 183 e ss;
- PRAIS, de 27 de outubro de 1976, proc. 130/75, Rec. 1976, pp. 1589 e ss;
- REWE/LANDWIRTSCHAFTSKAMMER SAARLAND (REWE II), de 16 de dezembro de 1976, proc. 33/76, Col. 1976, pp. 814 e ss;
- COMET, de 16 de dezembro de 1976, proc. 45/76, Col. 1976, pp. 835 e ss;
- SCHLTEN HONIG vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 5 de maio de 1977, proc. 101/76, Rec. 1977, pp. 797 e ss;
- HOFFMANN-LA ROCHE e o, de 24 de maio de 1977, proc. 107/76, Col. 1977, pp. 334 e ss;
- AMMINISTRAZIONE DELLE FINANZE DELLO STATO/SIMMENTHAL (SIMMENTHAL III), de 9 de março de 1978, proc. 106/77, Col. 1978, pp. 243 e ss;
- UNICME vs. CONSELHO, de 16 de março de 1978, proc. 123/77, Rec. 1978, pp. 845 e ss;
- HNL e o. vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 25 de maio de 1978, procs. apensos 83 e 94/76, 15 e 40/77, Rec. 1978, pp. 1209 e ss;
- COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 12 de outubro de 1978, proc. 156/77, Col. 1978, pp. 648 e ss;
- SOCIÉTÉ DES USINES DE BEAUFORT, de 18 de janeiro de 1979, procs. apensos 103 a 109/78, Col. 1979, pp. 12 e ss;

- RACKE *vs.* HAUPTZOLLAMT MAINZ, de 25 de janeiro de 1979, proc. 98/78, Rec. 1979, pp. 69 e ss;
- DECKER *vs.* HAUPTZOLLAMT LANDAU, de 25 de janeiro de 1979, proc. 99/78, Rec. 1979, pp. 101 e ss;
- HOFFMANN-LA ROCHE *vs.* COMISSÃO (HOFFMANN-LA ROCHE II), de 13 de fevereiro de 1979, proc. 85/76, Col. 1979, pp. 221 e ss;
- GRANARIA, de 13 de fevereiro de 1979, proc. 101/78, Rec. 1979, pp. 623 e ss;
- SIMMENTHAL *vs.* COMISSÃO (SIMMENTHAL IV), de 6 de março de 1979, proc. 92/78, Col. 1979, pp. 407 e ss;
- ITÁLIA *vs.* CONSELHO, de 12 de julho de 1979, proc. 166/78, Rec. 1969, pp. 2575 e ss;
- FRANÇA *vs.* REINO UNIDO, de 4 de outubro de 1979, proc. 141/78, Rec. 1979, pp. 2924 e ss;
- DENKAVIT FUTTEMITEL, de 15 de novembro de 1979, proc. 36/79, Rec. 1979, pp. 3439 e ss;
- AMILUM *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 5 de dezembro de 1979, procs. apensos 116 e 124/77, Rec. 1979, pp. 3497 e ss;
- HAUER, de 13 de dezembro de 1979, proc. 44/79, Rec. 1979, pp. 3727 e ss;
- POOL *vs.* CONSELHO, de 4 de março de 1980, proc. 49/79, Rec. 1980, pp. 569 e ss;
- PECASTAING, de 5 de março de 1980, proc. 98/79, Rec. 1980, pp. 691 e ss;
- DENKAVIT ITALIANA, de 27 de março de 1980, proc. 61/79, Rec. 1980, pp. 1205 e ss;
- SUCRIMEX e WESTZUCKER *vs.* COMISSÃO, de 27 de março de 1980, proc. 133/79, Rec. 1980, pp. 1299 e ss;
- COMISSÃO *vs.* FRANÇA, de 28 de março de 1980, procs. apensos 24 e 97/80, Rec. 1980, pp. 1319 e ss;
- CALPAK *vs.* COMISSÃO, de 17 de junho de 1980, procs. apensos 789/79 e 790/79, Rec. 1980, pp. 1949 e ss;
- PHILIP MORRIS *vs.* COMISSÃO, de 17 de setembro de 1980, proc. 730/79, Rec. 1980, pp. 2671 e ss;
- ROQUETTE FRÈRES *vs.* CONSELHO (ROQUETTE V), de 29 de outubro de 1980, proc. 138/79, Rec. 1980, pp. 3333 e ss;
- GATREAU, de 18 de dezembro de 1980, procs. apensos 156/79 e 51/80, Rec. 1980, pp. 3139 e ss;
- IRISH CREAMERY MILK SUPPLIERS ASSOCIATION e o, de 10 de março de 1981, procs. apensos 36/80 e 71/80, Rec. 1981, pp. 735 e ss;

- INTERNATIONAL CHEMICAL CORPORATION, de 13 de maio de 1981, proc. 66/80, Rec. 1981, pp. 1191 e ss;

- ADMINISTRAÇÃO DAS FINANÇAS DO ESTADO vs. ESSEVI e SALENGO, de 27 de maio de 1981, procs. apensos 142 e 143/80, Rec. 1981, pp. 1414 e ss;

- REWE/HAUPTZOLLAMT KIEL (REWE IV), de 7 de julho de 1981, proc. 158/80, Rec. 1981, pp. 1805 e ss;

- IBM vs. COMISSÃO, de 11 de novembro de 1981, proc. 60/81, Rec. 1981, pp. 2639 e ss;

- MICHEL vs. PE, de 26 de novembro de 1981, proc. 195/80, Rec. 1981, pp. 2862 e ss;

- FOGLIA, de 16 de dezembro de 1981, proc. 244/80, Rec. 1981, pp. 3045 e ss;

- URSULA BECKER, de 19 janeiro de 1982, proc. 8/81, Rec. 1982, pp. 53 e ss;

- DÜRBECK vs. COMISSÃO, de 1 de abril de 1982, proc. 11/81, Rec. 1982, pp. 1251 e ss;

- KIND vs. CEE, de 15 de setembro de 1982, proc. 106/81, Rec. 1982, pp. 2885 e ss;

- OLEIFICI MEDITERRANEI vs. CEE, de 29 de setembro de 1982, proc. 26/81, Rec. 1982, pp. 3057 e ss;

- AMYLUM vs. CONSELHO, de 30 de setembro de 1982, proc. 108/81, Rec. 1982, pp. 3107 e ss;

- ROQUETTE FRÈRES vs. CONSELHO (ROQUETTE VIII), de 30 de setembro de 1982, proc. 110/81, Rec. 1982, pp. 3159 e ss;

- CILFIT, de 6 de outubro de 1982, proc. 283/81, Rec. 1982, pp. 3415 e ss;

- ALUSUISSE vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 6 de outubro de 1982, proc. 307/81, Rec. 1982, pp. 3463 e ss;

- WATERKEYN e o, de 14 de dezembro de 1982, procs. apensos 314/81, 315/81, 316/81 e 83/82, Rec. 1982, pp. 4337 e ss;

- COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 1 de março de 1983, proc. 301/81, Rec. 1983, pp. 467 e ss;

- VERROS vs. PE, de 19 de maio de 1983, proc. 306/81, Rec. 1983, pp. 1755 e ss;

- UNIVERSITÄT HAMBURG, de 27 de setembro de 1983, proc. 216/82, Rec. 1983, pp. 2771 e ss;

- FEDIOL vs. COMISSÃO, de 4 de outubro de 1983, proc. 191/82, Rec. 1983, pp. 2913 e ss;

- MICHELIN vs. COMISSÃO, de 9 de novembro de 1983, proc. 322/81, Rec. 1983, pp. 3466 e ss;

- ADMINISTRATION DES FINANCES DE L'ÉTAT/SAN GIORGIO, de 9 de novembro de 1983, proc. 199/82, Rec. 1983, pp. 3596 e ss;

- COMISSÃO vs. FRANÇA, de 15 de novembro de 1983, proc. 52/83, Rec. 1983, pp. 3707 e ss;

- TURNER, de 12 de janeiro de 1984, proc. 266/82, Col. 1984, pp. 1 e ss;

- COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 14 de fevereiro de 1984, proc. 325/82, Rec. 1984, pp. 778 e ss;
- ALLIED CORPORATION e o. vs. COMISSÃO, de 21 de fevereiro de 1984, procs. apensos 239/82 e 275/82, Rec. 1984, pp. 1005 e ss;
- COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 10 de abril de 1984, proc. 324/82, Rec. 1984, pp. 1861 e ss;
- VON COLSON e KAMANN, de 10 de abril de 1984, proc. 14/83, Rec. 1984, pp. 1891 e ss;
- UNIFREX vs. COMISSÃO e CONSELHO, de 12 de abril de 1984, proc. 281/82, Rec. 1984, pp. 1969 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 11 de julho de 1984, proc. 51/83, Rec. 1984, pp. 2794 e ss;
- KÖNECKE, de 25 de setembro de 1984, proc. 117/83, Rec. 1984, pp. 3292 e ss;
- EURICO vs. COMISSÃO, de 18 de outubro de 1984, proc. 109/83, Rec. 1984, pp. 3581 e ss;
- BIRRA WÜHRER vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 13 de novembro de 1984, procs. apensos 256/80, 257/80, 265/80, 267/80, 51/81 e 282/82, Rec. 1984, pp. 3693 e ss;
- BIOVILAC NV vs. CEE, de 6 de dezembro de 1984, proc. 59/53, Rec. 1984, pp. 4057 e ss;
- PIRAIKI-PATRAIKI e o. vs. COMISSÃO, de 17 de janeiro de 1985, proc. 11/82, Rec. 1985, pp. 207 e ss;
- COMISSÃO vs. FRANÇA, de 13 de março de 1985, proc. 93/84, Rec. 1985, pp. 831 e ss;
- PE vs. CONSELHO, de 22 de maio de 1985, proc. 13/83, Rec. 1985, pp. 1556 e ss;
- HENRI DE COMPTE vs. PE, de 20 de junho de 1985, proc. 141/84, Rec. 1985, pp. 1951 e ss;
- CMC vs. COMISSÃO, de 10 de julho de 1985, proc. 118/83 R, Rec. 1985, pp. 2584 e ss;
- CINÈTHEQUE, de 11 de julho de 1985, procs. apensos 60 e 61/84, Rec. 1985, pp. 2618 e ss;
- ADAMS, de 7 de novembro de 1985, proc. 145/83, Rec. 1985, pp. 3556 e ss;
- COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 15 de janeiro de 1986, proc. 52/84, Col. 1986, pp. 89 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 20 de fevereiro de 1986, proc. 309/84, Col. 1986, pp. 605 e ss;
- KROHN vs. COMISSÃO, de 26 de fevereiro de 1986, proc. 175/84, Col. 1986, pp. 763 e ss;
- COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 18 de março de 1986, proc. 85/85, Col. 1986, pp. 1161 e ss;
- OS VERDES vs. PE, de 23 de abril de 1986, proc. 294/83, Col. 1986, pp. 1357 e ss;
- JOHNSTON, de 15 de maio de 1986, proc. 222/84, Col. 1986, pp. 1663 e ss;
- USINOR vs. COMISSÃO, de 1 de julho de 1986, proc. 185/85, Col. 1986, pp. 2092 e ss;
- DEFI vs. COMISSÃO, de 10 de julho de 1986, proc. 282/85, Col. 1986, pp. 2475 e ss;
- MARSHALL, de 18 de setembro de 1986, proc. 152/84, Col. 1986, pp. 737 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 15 de outubro de 1986, proc. 168/85, Col. 1986, pp. 2956 e ss;

- ZUCKERFABRIK BEDBURG e o. vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 14 de janeiro de 1987, proc. 281/84, Col. 1987, pp. 84 e ss;

- DEUTZ UND GELDERMAN vs. CONSELHO, de 24 de fevereiro de 1987, proc. 26/86, Col. 1987, pp. 949 e ss;

- CONSORZIO COOPERATIVE D'ABRUZZO vs. COMISSÃO, de 26 de fevereiro de 1987, proc. 15/85, Col. 1987, pp. 1032 e ss;

- COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 17 de março de 1987, proc. 178/84, Col. 1987, pp. 1262 e ss;

- COMISSÃO vs. CONSELHO, de 26 de março de 1987, proc. 45/86, Col. 1987, pp. 1493 e ss;

- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 17 de junho de 1987, proc. 154/85, Col. 1987, pp. 2735 e ss;

- ÉTOILE COMMERCIALE e CNTA vs. COMISSÃO, de 7 de julho de 1987, procs. apensos 89/86 e 91/86, Col. 1987, pp. 3005 e ss;

- KOLPINGHUIS NIJMEGEN, de 8 de outubro de 1987, proc. 80/86, Col. 1987, pp. 3982 e ss;

- UNECTEF/HEYLENS, de 15 de outubro de 1987, proc. 222/86, Col. 1987, pp. 4112 e ss;

- FOTO-FROST e o, de 22 de outubro de 1987, proc. 314/85, Col. 1987, pp. 4225 e ss;

- BAT e REYNOLDS vs. COMISSÃO, de 17 de novembro de 1987, procs. apensos 142/84 e 156/84, Col. 1987, pp. 4566 e ss;

- GAUCHARD, de 08 de dezembro de 1987, proc. 20/87, Col. 1987, pp. 4893 e ss;

- VAN DER KOOY e o. vs. COMISSÃO, de 2 de fevereiro de 1988, procs. apensos 67/85, 68/85 e 70/85, Col. 1988, pp. 219 e ss;

- COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 2 de fevereiro de 1988, proc. 213/85, Col. 1988, pp. 295 e ss;

- COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 2 de fevereiro de 1988, proc. 293/85, Col. 1988, pp. 305 e ss;

- EXECUTIF RÉGIONAL WALLON e o. vs. COMISSÃO, de 8 de março de 1988, procs. apensos 62/87 e 72/87, Col. 1988, pp. 1589 e ss;

- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 24 de março de 1988, proc. 104/86, Col. 1988, pp. 1813 ss;

- ASTERIS e o. vs. COMISSÃO, de 26 de abril de 1988, procs. apensos 97/86, 99/86, 193/86 e 215/86, Col. 1986, pp. 2181 e ss;

- COMISSÃO vs. IRLANDA, de 21 de junho de 1988, proc. 415/85, Col. 1988, pp. 3115 e ss;

- COMISSÃO vs. REINO UNIDO, de 21 de junho de 1988, proc. 416/85, Col. 1988, pp. 3127 e ss;

- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 21 de junho de 1988, proc. 257/86, Col. 1988, pp. 3263 e ss;

- DEVILLE/ADMINISTRATION DES IMPÔTS, de 29 de junho de 1988, proc. 240/87, Col. 1988, pp. 3524 e ss;
- PE vs. CONSELHO, de 12 de julho de 1988, proc. C-377/87, Col. 1988, pp. I-4045 e ss;
- COMISSÃO vs. FRANÇA, de 13 de julho de 1988, proc. C-169/87, Col. 1988, pp. 4114 e ss;
- PE vs. CONSELHO (caso "Comitologia"), de 27 de setembro de 1988, proc. C-302/87, Col. 1988, pp. 5637 e ss;
- IRISCH CEMENT vs. COMISSÃO, de 15 de dezembro de 1988, procs. apensos 166/86 e 220/86, Col. 1988, pp. 6473 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 2 de fevereiro de 1989, proc. 22/87, Col. 1989, pp. 143 e ss;
- COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 2 de fevereiro de 1989, proc. 94/87, Col. 1989, pp. 175 e ss;
- COMISSÃO vs. CONSELHO, de 2 de fevereiro de 1989, proc. C-275/87, Col. 1989, pp. 259 e ss;
- STAR FRUIT vs. COMISSÃO, de 14 de fevereiro de 1989, proc. C-247/87, Col. 1989, pp. 298 e ss;
- BOSSI vs. COMISSÃO, de 14 de fevereiro de 1989, proc. C-346/87, Col. 1989, pp. 327 e ss;
- ROQUETTE FRÈRES vs. COMISSÃO (ROQUETTE XII), de 30 de maio de 1989, proc. 20/88, Col. 1989, pp. 1582 e ss;
- FRATELLI CONSTANZO, de 22 de junho de 1989, proc. 103/88, Col. 1989, pp. 1861 e ss;
- WACHAUF, de 13 de julho de 1989, proc. 5/88, Col. 1989, pp. 2633 e ss;
- HOECHST vs. COMISSÃO, de 21 de setembro de 1989, procs. apensos 46/87 e 227/88, Col. 1989, pp. I-2919 e ss;
- COMISSÃO vs. GRÉCIA, de 21 de setembro de 1989, proc. C-68/88, Col. 1989, pp. 2979 e ss;
- COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 5 de outubro de 1989, proc. 290/87, Col. 1989, pp. 3101 e ss;
- ORKEM vs. COMISSÃO, de 18 de outubro de 1989, proc. 374/87, Col. 1989, pp. 3343 e ss;
- COMISSÃO vs. GRÉCIA, de 6 de dezembro de 1989, proc. C-329/88, Col. 1989, pp. 4159 e ss;
- SAFA, de 9 de janeiro de 1990, proc. C-337/88, Col. 1990, pp. I-14 e ss;
- BLANQUERNON, de 11 de janeiro de 1990, proc. C-38/89, Col. 1990, pp. I-90 e ss;
- COMISSÃO vs. FRANÇA, de 20 de março de 1990, proc. C-62/89, Col. 1990, pp. I-925 e ss;

- GRIFONI vs. CEEA, de 27 de março de 1990, proc. C-308/87, Col. 1990, pp. I-1203 e ss;
- BARBER, de 17 de maio de 1990, proc. C-262/88, Col. 1990, pp. I-1944 e ss;
- PE vs. CONSELHO, de 22 de maio de 1990, proc. C-70/88, Col. 1990, pp. I-2067 e ss;
- AERPO e o. vs. COMISSÃO, de 6 de junho de 1990, proc. C-119/88, Col. 1990, pp. I-2189 e ss;
- ALEMANHA vs. COMISSÃO, de 12 de junho de 1990, proc. C-8/88, Col. 1990, pp. I-2321 e ss;
- FACTORTAME, de 19 de junho de 1990, proc. C-213/89, Col. 1990, pp. I-2433 e ss;
- NEOTYPE TECHMASHEXPORT vs. COMISSÃO e CONSELHO, de 11 de julho de 1990, procs. apensos C-305/86 e C-160/87, Col. 1990, pp. I-2992 e ss;
- WEDDEL vs. COMISSÃO, de 6 de novembro de 1990, proc. C-354/87, Col. 1990, pp. I-3879 e ss;
- MARLEASING, de 13 de novembro de 1990, proc. C-106/89, Col. 1990, pp. I-4156 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 27 de novembro de 1990, proc. C-209/88, Col. 1990, pp. 4343 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 27 de novembro de 1990, proc. C-209/88, Col. 1990, pp. 4343 e ss;
- COMPAGNIA ITALIANA ALCOOL, de 19 de dezembro de 1990, proc. C-358/90 R, Col. 1990, pp. I-4887 e ss;
- COMISSÃO vs. FRANÇA, de 31 de janeiro de 1991, proc. C-244/89, Col. 1991, pp. I-163 e ss;
- ZUCKERFABRIK, de 21 de fevereiro de 1991, procs. apensos C-143/88 e C-92/89, Col. 1991, pp. I-534 e ss;
- COMISSÃO vs. FRANÇA, de 26 de fevereiro de 1991, proc. C-154/89, Col. 1991, pp. I-682 e ss;
- COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 10 de março de 1991, proc. C-249/88, Col. 1991, pp. I-1306 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 21 de março de 1991, proc. C-209/89, Col. 1991, pp. 1575 e ss;
- INTERHOTEL vs. COMISSÃO, de 7 de maio de 1991, proc. C-291/89, Col. 1991, pp. I-2276 e ss;
- OLIVEIRA vs. COMISSÃO, de 07 de maio de 1991, proc. C-304/89, Col. 1991, pp. I-2308 e ss;
- COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 16 de maio de 1991, C-96/89, Col. 1991, pp. I-2461 e ss;

- EXTRAMET INDUSTRIE vs. CONSELHO, de 16 de maio de 1991, proc. C-358/89, Col. 1991, pp. I-2501 e ss;
- COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 30 de maio de 1991, proc. C-59/89, Col. 1991, pp. I-2607 e ss;
- ERT, de 18 de junho de 1991, proc. C-260/89, Col. 1991, pp. I-2951 e ss;
- MECANARTE, de 27 de junho de 1991, proc. C-348/89, Col. 1991, pp. I-3299 e ss;
- COMISSÃO vs. PORTUGAL, de 11 de julho de 1991, proc. C-247/89, Col. 1989, pp. I-3683 e ss;
- VERHOLEN, de 11 de julho de 1991, procs. apensos C-87/90, C-88/90 e C-89/90, Col. 1991, pp. I-3783 e ss;
- VIDRÁNYI vs. COMISSÃO, de 1 de outubro de 1991, proc. C-283/90 P, Col. 1991, pp. I-4361 e ss;
- COMISSÃO vs. REINO UNIDO, de 4 de outubro de 1991, proc. C-246/89, Col. 1991, pp. I-4607 e ss;
- SPUC/GROGAN, de 4 de outubro de 1991, proc. C-159/90, Col. 1991, pp. I-4733 e ss;
- FRANCOVICH, de 19 de novembro de 1991, procs. apensos C-6/90 e C-9/90, Col. 1991, pp. I-5403 e ss;
- PAÍSES BAIXOS e o. vs. COMISSÃO, de 12 de fevereiro de 1992, procs. apensos C-48/90 e C-66/90, Col. 1992, pp. I-627 e ss;
- MULDER e o. vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 19 de maio de 1992, procs. C-104/89 e C-37/90, Col. 1992, pp. I-3061 e ss;
- INFORTEC vs. COMISSÃO, de 4 de junho de 1992, proc. C-157/90, Col. 1992, pp. I-3550 e ss;
- ESPANHA vs. COMISSÃO, de 30 de junho de 1992, proc. C-312/90, Col. 1992, pp. I-4136 e ss;
- PE e CONSELHO, de 07 de julho de 1992, proc. C-295/90, Col. 1992, pp. I-4230 e ss;
- PE e CONSELHO, de 16 de julho de 1992, proc. C-65/90, Col. 1992, pp. I-4616 e ss;
- MEILICKE, de 16 de julho de 1992, proc. C-83/91, Col. 1992, pp. I-4919 e ss;
- KERAFINA, de 12 de novembro de 1992, procs. apensos C-134/91 e C-135/91, Col. 1992, pp. I-5713;
- BUCKL e o. vs. COMISSÃO, de 24 de novembro de 1992, procs. apensos C-15/91 e C-108/91, Col. 1992, pp. I-6092 e ss;
- OLEIFICI BORELLI vs. COMISSÃO, de 3 de dezembro de 1992, proc. C-97/91, Col. 1992, pp. 6313 e ss;

- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 19 de janeiro de 1993, proc. C-101/91, Col. 1993, pp. I-201 e ss;
- WEBER vs. PE, de 23 de março de 1993, proc. C-314/91, Col. 1993, pp. I-1093 e ss;
- CIRFS e o. vs. COMISSÃO, de 24 de março de 1993, proc. C-31/90, Col. 1993, pp. I-1177 e ss;
- CORBIAU, de 30 de março de 1993, proc. C-24/92, Col. 1993, pp. I-1300 e ss;
- COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 8 de junho de 1993, proc. C-52/91, Col. 1993, pp. I-3069 e ss;
- COMISSÃO vs. GRÉCIA, de 10 de junho de 1993, proc. C-183/91, Col. 1993, pp. I-3146 e ss;
- ABERTAL vs. COMISSÃO, de 15 de junho de 1993, proc. C-213/91, Col. 1993, pp. I-3196 e ss;
- MATRA vs. COMISSÃO, de 15 de junho de 1993, proc. C-225/91, Col. 1993, pp. I-3250 e ss;
- FRANÇA vs. COMISSÃO, de 16 de junho de 1993, proc. C-325/91, Col. 1993, pp. I-3303 e ss;
- GRIFONI vs. CEEA (GRIFONI II), de 3 de fevereiro de 1994, proc. C-308/87, Col. 1994, pp. I-356 e ss;
- HILTI vs. COMISSÃO, de 2 de março de 1994, proc. C-53/92 P, Col. 1994, pp. I-693 e ss;
- EURICO ITALIA e o, de 3 de março de 1994, procs. apensos C-332/92, C-333/92 e C-335/92, Col. 1994, pp. I-711 e ss;
- TWD TEXTILWERKE DEGGENDORF, de 9 de março de 1994, proc. C-188/92, Col. 1992, pp. I-846 e ss;
- CODORNIU vs. CONSELHO, de 18 de maio de 1994, proc. C-309/89, Col. 1994, pp. I-1879 e ss;
- COMISSÃO vs. BRAZZELLI LUALDI e o, de 1 de junho de 1994, proc. C-136/92 P, Col. 1994, pp. I-2016 e ss;
- COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 1 de junho de 1994, proc. C-317/92, Col. 1994, pp. I-2039 e ss;
- FACCINI DORI, de 14 de julho de 1994, proc. C-91/92, Col. 1994, pp. I-3347 e ss;
- FISKANO vs. COMISSÃO, de 29 de junho de 1994, proc. C 135/92, Col. 1994, pp. I-2899 e ss;
- KYDEP vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 15 de setembro de 1994, proc. C-146/91, Col. 1994, pp. I-4223 e ss;
- LECLERC-SIPLEC, de 9 de fevereiro de 1995, proc. C-412/93, Col. 1995, pp. I-209 e ss;

- PE *vs.* CONSELHO, de 30 de março de 1995, proc. C-65/93, Col. 1995, pp. I-643 e ss;
- COMISSÃO *vs.* ALEMANHA, de 10 de maio de 1995, proc. C-422/92, Col. 1995, pp. I-1124 e ss;
- PE *vs.* CONSELHO, de 10 de maio de 1995, proc. C-417/93, Col. 1995, pp. I-1210 e ss;
- ESPANHA *vs.* COMISSÃO, de 29 de junho de 1995, proc. C-135/93, Col. 1995, pp. 1651 e ss;
- PE *vs.* CONSELHO, de 5 de julho de 1995, proc. C-21/94, Col. 1995, pp. I-1845 e ss;
- COMISSÃO *vs.* ALEMANHA, de 11 de agosto de 1995, proc. C-431/92, Col. 1995, pp. I-2189 e ss;
- ATLANTA e o, de 9 de novembro de 1995, proc. C-465/93, Col. 1995, pp. I-3781 e ss;
- NUTRAL *vs.* COMISSÃO, de 23 de novembro de 1995, proc. C-476/93 P, Col. 1995, pp. I-4125 e ss;
- RICHARDSON, de 19 de outubro de 1995, proc. C-137/94, Col. 1995, pp. I-3407 e ss;
- NUTRAL *vs.* COMISSÃO, de 23 de novembro de 1995, proc. C-476/93 P, Col. 1995, pp. I-4125 e ss;
- PETERBROECK, de 14 de dezembro de 1995, proc. C-312/93, Col. 1995, pp. I-4615 e ss;
- BANCHERO, de 14 de dezembro de 1995, proc. C-387/93, Col. 1995, pp. 4683 e ss;
- VAN SCHIJNDEL E VAN VEEN, de 14 de dezembro de 1995, procs. apensos C-430/93 e C-431/93, Col. 1995, pp. I-4728 e ss;
- BOSMAN, de 15 de dezembro de 1995, proc. C-415/93, Col. 1995, pp. I-5040 e ss;
- ZUNIS HOLDING e o. *vs.* COMISSÃO, de 11 de janeiro de 1996, proc. C-480/93 P, Col. 1996, pp. I-24 e ss;
- BRASSERIE DU PÊCHEUR e FACTORTAME, de 5 de março de 1996, procs. apensos C-46/93 e C-48/93, Col. 1996, pp. I-1209 e ss;
- EL CORTE INGLÉS, de 7 de março de 1996, proc. C-192/94, Col. 1996, pp. I-1296 e ss;
- COMISSÃO *vs.* FRANÇA, de 7 de março de 1996, proc. C-334/94, Col. 1996, pp. I-1331 e ss;
- BRUYÈRE e o, de 21 de março de 1996, proc. C-297/94, Col. 1996, pp. I-1560 e ss;
- SFEI e o, de 11 de julho de 1996, proc. C-39/94, Col. 1996, pp. I-3547 e ss;
- DILLENKOFER, de 8 de outubro de 1996, procs. apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94 e C-190/94, Col. 1996, pp. I-4845 e ss;
- COMISSÃO *vs.* LIRESTAL e o, de 24 de outubro de 1996, proc. C-32/95 P, Col. 1996, pp. I-5387 e ss;
- KRAAIJVELDEN e o, de 24 de outubro de 1996, proc. C-72/95, Col. 1996, pp. I-5431 e ss;

- VIHO *vs.* COMISSÃO, de 24 de outubro de 1996, proc. C-73/95 P, Col. 1996, pp. I-5482 e ss;
- COMISSÃO *vs.* DAFFIX, de 20 de fevereiro de 1997, proc. C-166/95 P, Col. 1997, pp. I-991 e ss;
- GUÉRIN AUTOMOBILES *vs.* COMISSÃO (GUÉRIN II), de 18 de março de 1997, proc. C-282/95 P, Col. 1997, pp. I-1531 e ss;
- COMISSÃO *vs.* ALEMANHA, de 20 de março de 1997, proc. C-96/95, Col. 1997, pp. I-1653 e ss;
- WOODSPRING *vs.* BAKERS OF NAILSEA, de 15 de abril de 1997, proc. C-27/95, Rec. 1997, pp. I-1857 e ss;
- KREMZOW, de 29 de maio de 1997, proc. C-299/95, Col. 1997, pp. I-2637 e ss;
- CELESTINI, de 5 de junho de 1997, proc. C-105/94, Col. 1997, pp. I-3001 e ss;
- BONIFACI e BERTO, de 10 de julho de 1997, procs. apensos C-94/95 e C-95/95, Col. 1997, pp. I-4006 e ss;
- PALMISANI, de 10 de julho de 1997, proc. C-261/95, Col. 1997, pp. I-4037 e ss;
- MASO, de 10 de julho de 1997, proc. C-373/95, Col. 1997, pp. I-4051 e ss;
- AFFISH, de 17 de julho de 1997, proc. C-183/95, Col. 1997, pp. I-4362 e ss;
- KRÜGER, de 17 de julho de 1997, proc. C-334/95, Col. 1997, pp. I-4538 e ss;
- BLACKSPUR DIY *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 16 de setembro de 1997, proc. C-362/95 P, Col. 1997, pp. I-4791 e ss;
- DORSCH CONSULT, de 17 de setembro de 1997, proc. C-54/96, Col. 1997, pp. I-4983 e ss;
- COMISSÃO *vs.* FRANÇA, de 23 de outubro de 1997, proc. C-159/94, Col. 1997, pp. I-5815 e ss;
- CRISTIAN DIOR e o, de 4 de novembro de 1997, proc. C-337/95, Col. 1997, pp. I-6034 e ss;
- COMISSÃO *vs.* V, de 20 de novembro de 1997, proc. C-188/96 P, Col. 1997, pp. I-6575 e ss;
- CONSELHO *vs.* DE NIL E IMPENS, de 14 de maio de 1998, proc. C-259/96 P, Col. 1998, pp. I-2915 e ss;
- GREENPEACE e o. *vs.* COMISSÃO, de 2 de abril de 1998, proc. C-321/95 P, Col. 1998, pp. I-1702 e ss;
- DREYFUS *vs.* COMISSÃO, de 5 de maio de 1998, proc. C-386/96 P, Col. 1998, pp. I-2351 e ss;

- SOMACO vs. COMISSÃO, de 7 de maio de 1998, proc. C-401/96 P, Col. 1998, pp. I-2604 e ss;
- COMISSÃO vs. CONSELHO, de 12 de maio de 1998, proc. C-170/96, Col. 1998, pp. I-2782 e ss;
- DEERE vs. COMISSÃO, de 28 de maio de 1998, proc. C-7/95 P, Col. 1998, pp. I-3138 e ss;
- FRANÇA e o. vs. COMISSÃO, de 31 de março de 1998, procs. apensos C-68/94 e C-30/95, Col. 1998, pp. I-1375 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 18 de junho de 1998, proc. C-35/96, Col. 1998, pp. I-3851 e ss;
- COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 29 de setembro de 1998, proc. C-191/95, Col. 1998, pp. I-5449 e ss;
- COMISSÃO vs. ESPANHA, de 1 de outubro de 1998, proc. C-71/97, Col. 1998, pp. I-5991 e ss;
- VICTORIA FILM, de 12 de novembro de 1998, proc. C-134/97, Col. 1998, pp. I-7044 e ss;
- BAUSTAHLGEWEBE vs. COMISSÃO, de 17 de dezembro de 1998, proc. C-185/95 P, Col. 1998, pp. I-8485 e ss;
- COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 21 de janeiro de 1999, proc. C-207/97, Col. 1999, pp. 275 e ss;
- KÖLLENSPERGER e ATZWANGER, de 4 de fevereiro de 1999, proc. C-103/97, Col. 1999, pp. I-566 e ss;
- ANTILLEAN RICE MILLS e o. vs. COMISSÃO, de 11 de fevereiro de 1999, proc. C-390/95 P, Col. 1999, pp. I-798 e ss;
- ECO SWISS, de 1 de junho de 1999, proc. C-126/97, Col. 1999, pp. I-3055 e ss;
- KONLE, de 1 de junho de 1999, proc. C-302/97, Col. 1999, pp. I-3099 e ss;
- LUCACCIONI vs. COMISSÃO, de 9 de setembro de 1999, proc. C-257/98 P, Col. 1999, pp. I-5251 e ss;
- COMISSÃO vs. ASSIDOMÄN e o, de 14 de setembro de 1999, proc. C-310/97 P, Col. 1999, pp. I-5363 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 9 de novembro de 1999, proc. C-365/97, Col. 1999, pp. I-7773 e ss;
- DORSCH CONSULT vs. CONSELHO e COMISSÃO (DORSCH CONSULT III), de 15 de junho de 2000, proc. C-237/98 P, Col. 2000, pp. I-4549 e ss;
- COMISSÃO vs. GRÉCIA, de 4 de julho de 2000, proc. C-387/97, Col. 2000, pp. I-5092 e ss;
- BERGADERM e GOUPIL vs. COMISSÃO, de 4 de julho de 2000, proc. C-352/98 P, Col. 2000, pp. I-5310 e ss;

- HAIM, de 4 de julho de 2000, proc. C-424/97, Col. 2000, pp. I-5123 e ss;
- SALZGITTER *vs.* COMISSÃO, de 13 de julho de 2000, proc. C-210/98 P, Col. 2000, pp. I-5883 e ss;
- PE *vs.* RICHARD, de 13 de julho de 2000, proc. C-174/99 P, Col. 2000, pp. I-6213 e ss;
- MEDIOCURSO *vs.* COMISSÃO, de 21 de setembro de 2000, proc. C-462/98 P, Col. 2000, pp. I-7196 e ss;
- KNP BT *vs.* COMISSÃO, de 16 de novembro de 2000, proc. C-248/98 P, Col. 2000, pp. I-9655 e ss;
- CASCADES *vs.* COMISSÃO, de 16 de novembro de 2000, proc. C-279/98 P, Col. 2000, pp. I-9709 e ss;
- WEIG *vs.* COMISSÃO, de 16 de novembro de 2000, proc. C-280/98 P, Col. 2000, pp. I-9770 e ss;
- ROQUETTE FRÈRES (ROQUETTE XV), de 28 de novembro de 2000, proc. C-88/99, Col. 2000, pp. I-10481 e ss;
- KOFISA ITALIA, de 11 de janeiro de 2001, proc. C-1/99, Col. 2001, pp. I-207 e ss;
- SIPLES, de 11 de janeiro de 2001, proc. C-226/99, Col. 2001, pp. I-277 e ss;
- COMISSÃO *vs.* FRANÇA, de 1 de fevereiro de 2001, proc. C-333/99, Col. 2001, pp. I-1039 e ss;
- GOMES VALENTE, de 22 de fevereiro de 2001, proc. C-393/98, Col. 2001, pp. I-1341 e ss;
- PREUSSENELEKTRA, de 13 de março de 2001, proc. C-379/98, Col. 2001, pp. I-2159 e ss;
- COMISSÃO *vs.* BÉLGICA, de 3 de julho de 2001, proc. C-378/98, Col. 2001, pp. I-5122 e ss;
- AMBULANZ GLÖCKNER, de 25 de outubro de 2001, proc. C-475/99, Col. 2001, pp. I-8137 e ss;
- NEDERLANDSE *vs.* CONSELHO, de 22 de novembro de 2001, proc. C-452/98, Col. 2001, pp. I-8973 e ss;
- COMISSÃO *vs.* ÁUSTRIA, de 27 de novembro de 2001, proc. C-424/99, Col. 2001, pp. I-9302 e ss;
- NACHI EUROPE, de 15 de dezembro de 2001, proc. C-239/99, Col. 2001, pp. I-1220 e ss;
- FRANÇA *vs.* MONSANTO e COMISSÃO, de 8 de janeiro de 2002, proc. C-248/99 P, Col. 2002, pp. I-46 e ss;
- COMISSÃO *vs.* ITÁLIA, de 15 de janeiro de 2002, proc. C-439/99, Col. 2002, pp. I-305 e ss;

- ARAP e o. vs. COMISSÃO, de 16 de maio de 2002, proc. C-321/99 P, Col. 2002, pp. I-4250 e ss;
- UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES, de 25 de julho de 2002, proc. C-50/00 P, Col. 2002, pp. I-6719 e ss;
- GRUNDIG ITALIANA, de 24 de setembro de 2002, proc. C-255/00, Col. 2002, pp. I-8014 e ss;
- COMISSÃO vs. BÉLGICA, de 5 de novembro de 2002, proc. C-471/98, Col. 2002, pp. I-9690 e ss;
- COMISSÃO vs. CONSELHO, de 10 de dezembro de 2002, proc. C-29/99, Col. 2002, pp. I-11221 e ss;
- COMISSÃO vs. PE e CONSELHO, de 21 de janeiro de 2003, proc. C-378/00, Col. 2003, pp. I-937 e ss;
- IKA, de 25 de fevereiro de 2003, proc. C-326/00, Col. 2003, pp. I-1703 e ss;
- INTERPORC vs. COMISSÃO, de 6 de março de 2003, proc. C-41/00 P, Col. 2003, pp. I-2156 e ss;
- KABA, de 6 de março de 2003, proc. C-466/00, Col. 2003, pp. I-2256 e ss;
- SCHMIDBERGER, de 12 de junho de 2003, proc. C-112/00, Col. 2003, pp. I-5694 e ss;
- KÖBLER, de 30 de setembro de 2003, proc. C-224/01, Col. 2003, pp. I-10290 e ss;
- ALEMANHA vs. COMISSÃO, de 30 de setembro de 2003, proc. C-239/01, Col. 2003, pp. I-10333 e ss;
- COMISSÃO vs. REINO UNIDO, de 6 de novembro de 2003, proc. C-434/01, Col. 2003, pp. I-13239 e ss;
- COMISSÃO vs. ESPANHA, de 25 de novembro de 2003, proc. C-278/01, Col. 2003, pp. I-14167 e ss;
- KÜHNE & HEITZ, de 13 de janeiro de 2004, proc. C-453/00, Col. 2004, pp. I-858 e ss;
- SCHNEIDER, de 5 de fevereiro de 2004, proc. C-380/01, Col. 2004, pp. I-1403 e ss;
- COMISSÃO vs. JÉGO-QUÉRÉ, de 1 de abril de 2004, proc. C-263/02 P, Col. 2004, pp. I-3443 e ss;
- ORFANOPOULOS, de 29 de abril de 2004, proc. C-482/01, Col. 2004, pp. I-5295 e ss;
- COMISSÃO vs. ITÁLIA, de 10 de junho de 2004, proc. C-87/02, Col. 2004, pp. I-5989 e ss;
- COMISSÃO vs. PAÍSES BAIXOS, de 24 de junho de 2004, proc. C-350/02, Col. 2004, pp. I-6246 e ss;
- COMISSÃO vs. CONSELHO, de 13 de julho de 2004, proc. C-27/04, Col. 2004, pp. I-6679 e ss;
- OMEGA, de 14 de outubro de 2004, proc. C-36/02, Col. 2004, pp. I-9641 e ss;

- COMISSÃO vs. PORTUGAL, de 14 de outubro de 2004, proc. C-275/03, disponível no sítio www.curia.europa.eu;

- COMISSÃO vs. GREENCORE, de 9 de dezembro de 2004, proc. C-123/03 P, Col. 2004, pp. I-11656 e ss;

- KELLER, de 12 de abril de 2005, proc. C-145/03, Col. 2005, pp. I-2529 e ss;

- COMISSÃO vs. IRLANDA, de 26 de abril de 2005, proc. C-494/01, Col. 2005, pp. I-3331 e ss;

- FRANÇA vs. PE e CONSELHO, 24 de maio de 2005, proc. C-244/03, Col. 2005, pp. I-4021 e ss;

- SYFAIT e o, de 31 de maio de 2005, proc. C-53/03, Col. 2005, pp. I-4638 e ss;

- DÖRR E ÜNAL, de 2 de junho de 2005, proc. C-136/03, Col. 2003, pp. I-4779 e ss;

- COMISSÃO vs. FRANÇA, de 12 de julho de 2005, proc. C-304/02, Col. 2005, pp. I-6318 e ss;

- INTERMODAL TRANSPORTS, de 15 de setembro de 2005, proc. C-495/03, Col. 2005, pp. I-8191 e ss;

- GASTON SCHUL (GASTON SCHUL II), de 6 de dezembro de 2005, proc. C-461/03, Col. 2005, pp. I-10537 e ss;

- IATA/ELFAA, de 10 de janeiro de 2006, proc. C-344/04, Col. 2006, pp. I-443 e ss;

- ATZENI e o, de 23 de fevereiro de 2006, proc. apensos C-346/03 e C-529/03, Col. 2006, pp. I-1875 e ss;

- COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 27 de abril de 2006, proc. C-441/02, Col. 2006, pp. I-3449 e ss;

- REGIONE SICILIANA vs. COMISSÃO, de 2 de maio de 2006, proc. C-417/04 P, pp. I-3906 e ss;

- TRAGHETTI, de 13 de junho de 2006, proc. C-173/03, Col. 2006, pp. I-5204 e ss;

- AIR LIQUIDE INDUSTRIES BELGIUM, de 15 de junho de 2006, procs. apensos C-393/04 e C-41/05, Col. 2006, pp. I-5321 e ss;

- CONSEIL GÉNÉRAL DE LA VIENNE, de 22 de junho de 2006, proc. C-419/04, Col. 2006, pp. I-5659 e ss;

- ADENELER e o, de 4 de julho de 2006, proc. C-212/04, Col. 2006, pp. I-6091 e ss;

- REYNOLDS TOBACCO e o. vs. COMISSÃO, de 12 de setembro de 2006, proc. C-131/03 P, Col. 2006, pp. I-7823 e ss;

- ESPANHA vs. REINO UNIDO, de 12 de setembro de 2006, proc. C-145/04, Col. 2006, pp. I-7961 e ss;

- SLOB, de 14 de setembro de 2006, proc. C-496/04, Col. 2006, pp. I-8278 e ss;

- UNIBET, de 13 de março de 2007, proc. C-432/05, Col. 2007, pp. I-2301 e ss;
- ROQUETTE FRÈRES (ROQUETTE XVIII), de 8 de março de 2007, proc. C-441/05, Col. 2007, pp. I-2022 e ss;
- CAMPINA, de 8 de março de 2007, proc. C-45/06, Col. 2007, pp. I-2091 e ss;
- VAN DER WEERD e o., de 7 de junho de 2007, procs. apensos C-222/05 a C-225/05, Col. 2007, pp. I-4233 e ss;
- COMISSÃO vs. FINLÂNDIA, de 14 de junho de 2007, proc. C-342/05, Col. 2007, pp. I-4730 e ss;
- ORDRE DES BARREAUX FRANCOPHONES ET GERMANOPHONES e o., de 26 de junho de 2007, proc. C-305/05, Col. 2007, pp. I-5335 e ss;
- FENDT ITALIANA, de 05 de julho de 2007, procs. apensos C-145/06 e C-146/06, Col. 2007, pp. I-5884 e ss;
- COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 18 de julho de 2007, proc. C-503/04, Col. 2007, pp. I-6183 e ss;
- LUCCHINI, de 18 de julho de 2007, proc. C-119/05, Col. 2007, pp. I-6228 e ss;
- COMISSÃO vs. ALEMANHA, de 18 de julho de 2007, proc. C-503/04, Col. 2007, pp. I-6183 e ss;
- KOMNINOU e o. vs. COMISSÃO, de 25 de outubro de 2007, proc. C-167/06 P, Col. 2007, pp. I-141 e ss;
- VIKING, de 11 de dezembro de 2007, proc. C-438/05, Col. 2007, pp. 10806 e ss;
- LAVAL, de 18 de dezembro de 2007, proc. C-341/05, Col. 2007, pp. 11845 e ss;
- COMISSÃO vs. PORTUGAL, de 10 de janeiro de 2008, proc. C-70/06, Col. 2008, pp. I-1 e ss;
- KEMPTER, de 12 de fevereiro de 2008, proc. C-2/06, Col. 2008, pp. I-411 e ss;
- ESPANHA vs. CONSELHO, de 15 de maio de 2008, proc. C-442/04, Rec. 2008, pp. I-3542 e ss;
- COMISSÃO vs. CONSELHO, de 20 de maio de 2008, proc. C-91/05, Rec. 2008, pp. I-3708 e ss;
- GOURMET CLASSIC, de 12 de junho de 2008, proc. C-458/06, Col. 2008, pp. I-4207 e ss;
- RINAU, de 11 de julho de 2008, proc. C-195/08 PPU, Col. 2008, pp. I-5271 e ss;
- ATHINAÏKI TECHNIKI vs. COMISSÃO, de 17 de julho de 2008, proc. C-521/06 P, Col. 2008, pp. I-5829 e ss;
- SANTESTEBAN, de 12 de agosto de 2008, proc. C-296/08, Col. 2008, pp. I-6307 e ss;
- KADI e o. vs. CONSELHO e COMISSÃO, de 3 de setembro de 2008, procs. apensos C-402/05 P e C-415/05 P, Col. 2008, pp. I-6351 e ss;

- FIAMM e o. *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 9 de setembro de 2008, procs. apensos C-120/06 P e C-121/06 P, Col. 2008, pp. 6513 e ss;
- BAVARIA e BAVARIA ITALIA, de 2 de julho de 2009, proc. C-343/07, Col. 2009, pp. I-5491 e ss;
- COMISSÃO *vs.* PORTUGAL, de 10 de setembro de 2009, proc. C-457/07, Col. 2009, pp. I-8091 e ss;
- COMISSÃO *vs.* CONSELHO, de 1 de outubro de 2009, proc. C-370/07, Col. 2009, pp. I-8917 e ss;
- HASSAN e AYADI *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 3 de dezembro de 2009, procs. apensos C-399/06 P e C-403/06 P, Col. 2009, pp. I-11393 e ss;
- E e F, de 29 de junho de 2010, proc. C-550/09, disponível no sítio *www.curia.europa.eu*;
- E.ON ENERGIE *vs.* COMISSÃO, de 22 de novembro de 2012, proc. C-89/11 P, disponível no sítio *www.curia.europa.eu*;
- NOVARTIS PHARMA, de 11 de abril de 2013, proc. C-535/11, disponível no sítio *www.curia.europa.eu*;
- COMISSÃO e CONSELHO *vs.* KADI, de 18 de julho de 2013, procs. apensos C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, disponível no sítio *www.curia.europa.eu*;

1.1.2. Despachos

- do Presidente do TJ, de 26 de junho de 1959, caso ACCIAIERIA *vs.* ALTA AUTORIDADE, proc. 31/59, Rec. 1959, pp. 209 e ss;
- do Presidente do TJ, de 31 de agosto de 1962, caso PLAUMANN *vs.* COMISSÃO, proc. 25/62 R, Rec. 1962, pp. 6 e ss;
- do Presidente do TJ, de 12 de dezembro de 1968, caso RENKENS *vs.* COMISSÃO, proc. 27/68 R, Col. 1968, pp. 274 e ss;
- do Presidente TJ de 5 de outubro de 1969, caso ALEMANHA *vs.* COMISSÃO, proc. 50/69 R, Rec. 1969, pp. 449 e ss;
- do Presidente do TJ, de 30 de novembro de 1972, caso PERINCILOLO *vs.* CONSELHO, proc. 75/72 R, Rec. 1972, pp. 1201 e ss;
- do Presidente do TJ, de 3 de abril de 1974, caso KALIE CHEMIE *vs.* COMISSÃO, proc. 20-74 R, Rec. 1974, pp. 337 e ss;
- do Presidente do TJ, de 8 de julho de 1974, caso KALIE CHEMIE *vs.* COMISSÃO, proc. 20-74 R II, Rec. 1974, pp. 787 e ss;

- do Presidente do TJ, de 28 de maio de 1975, caso KÖNECKE vs. COMISSÃO, proc. 44/75 R, Rec. 1975, pp. 637 e ss;
- do Presidente do TJ, de 22 de outubro de 1975, caso NATIONAL CARBONIZING COMPAGNY LIMITED vs. COMISSÃO, proc. 109/75 R, Rec. 1975, pp. 1193 e ss;
- de 11 de janeiro de 1977, caso NOLD vs. RUHRKOHLE, proc. 4-73 (Execução), Rec. 1977, pp. 1 e ss;
- do Presidente do TJ, de 21 de maio de 1977, caso COMISSÃO vs. REINO UNIDO, procs. apensos 31/77 R e 53/77 R, Rec. 1977, pp. 921 e ss;
- do Presidente do TJ, de 17 de janeiro de 1980, caso PARDINI vs. COMISSÃO, proc. 809/79 R, Rec. 1980, pp. 139 e ss;
- do Presidente TJ, de 9 de junho de 1980, caso B. vs. PE, proc. 123/80 R, Rec. 1980, pp. 1793 e ss;
- do Presidente do TJ, de 21 de agosto de 1980, caso REICHARDT, proc. 174/80, Rec. 1980, pp. 2665 e ss;
- do Presidente do TJ, 16 de dezembro de 1980, caso METALLURGIA RUMI SPA vs. COMISSÃO, proc. 258/80 R, Rec. 1980, pp. 3878 e ss;
- do Presidente do TJ, de 7 de julho de 1981, caso IBM vs. COMISSÃO, procs. apensos 60/81 e 190/81 R, Col. 1981, pp. 1857 e ss;
- do Presidente do TJ, de 14 de julho de 1981, caso SUSS vs. COMISSÃO, proc. 186/80 R, Col. 1981, pp. 3501 e ss;
- do Presidente do TJ, de 20 de julho de 1981, caso ALVAREZ vs. PE, proc. 206/81 R, Rec. 1991, pp. 2865 e ss;
- do Presidente do TJ, de 3 de julho de 1984, caso DE COMPTE vs. PE, proc. 141/84 R, Rec. 1984, pp. 2575 e ss;
- do Presidente do TJ, de 17 de julho de 1984, caso SOCIÉTÉ D'INITIATIVES ET DE COOPÉRATION AGRICOLE vs. COMISSÃO, proc. 114/83, Rec. 1984, pp. 2315 e ss;
- do Presidente do TJ, de 7 de junho de 1985, caso COMISSÃO vs. ITÁLIA, proc. 154/85 R, Rec. 1985, pp. 1753 e ss;
- do Presidente do TJ, de 9 de julho de 1986, caso ESPANHA vs. COMISSÃO e CONSELHO, proc. 119/86 R, Col. 1986, pp. 2241 e ss;
- do Presidente do TJ, de 27 de janeiro de 1988, caso DISTRIVET vs. CONSELHO, proc. 376/87 R, Col. 1988, pp. 209 e ss;
- do Presidente do TJ, de 13 de julho de 1988, caso FÉDÉRATION EUROPÉENNE DE LA SANTÉ ANIMALE e o. vs. CONSELHO, proc. 160/88 R, Col. 1988, pp. 4121 e ss;

- do Presidente da Segunda Secção do TJ, de 31 de julho de 1989, caso S. vs. COMISSÃO, proc. 206/89 R, Col. 1989, pp. 2841 e ss;
- do Presidente do TJ, de 10 de outubro de 1989, caso COMISSÃO vs. REINO UNIDO, proc. C-246/89 R, Col. 1989, pp. 3125 e ss;
- do Presidente do TJ, de 23 de maio de 1990, caso COMOS-TANK e o. vs. COMISSÃO, procs. apensos C-51/90 R e C-59/90 R, Col. 1990, pp. I-2167 e ss;
- de 12 de junho de 1990, caso COMISSÃO vs. ALEMANHA, proc. C-195/90 R, Col. 1990, pp. I-3352 e ss;
- do Presidente do TJ, de 17 de maio de 1991, caso CIRFS e o. vs. COMISSÃO, proc. C-313/90 R, Col.1991, pp. I-2557 e ss;
- do Presidente do TJ, de 18 de outubro de 1991, caso ABERTAL e o. vs. COMISSÃO, proc. C-213/91 R, Col. 1991, pp. I-5109 e ss;
- de 26 de abril de 1993, caso KUPKA-FLORIDI vs. COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL, proc. C-244/92 P, Col. 1993, pp. I-2041 e ss;
- do Presidente do TJ, de 29 de junho de 1993, caso ALEMANHA vs. CONSELHO, proc. C-280/93 R, Col. 1993, pp. I-3667 e ss;
- de 26 de setembro de 1994, caso X vs. Comissão, proc. C-26/94 P, Col. 1994, pp. I-4381 e ss;
- do Presidente do TJ, de 19 de julho de 1995, caso COMISSÃO vs. ATLANTIC CONTAINER LINE e o, proc. C-149/95 P(R), Col. 1995, pp. I-2168 e ss;
- do Presidente do TJ, de 26 de fevereiro de 1996, caso BIOGEN, proc. C-181/95, Col. 1996, pp. I-717 e ss;
- de 28 de março de 1996, caso KIK vs. CONSELHO e COMISSÃO, proc. C-270/95 P, Col. 1996, pp. I-1989 e ss;
- de 12 de julho de 1996, caso REINO UNIDO vs. COMISSÃO, proc. C-180/96 R, Col. 1996, pp. I-3906 e ss;
- do Presidente do TJ, de 24 de setembro de 1996, caso REINO UNIDO vs. COMISSÃO, procs. apensos C-239/96 R e C-240/96 R, Col. 1996, pp. I-4475 e ss;
- do Presidente do TJ, de 14 de outubro de 1996, caso SCK e FNK vs. COMISSÃO, proc. C-268/96 P (R), Col. 1996, pp. I-4973 e ss;
- do Presidente do TJ, de 29 de janeiro de 1997, caso ANTONISSEN vs. CONSELHO e COMISSÃO, proc. C-393/96 P (R), Col. 1997, pp. I-444 e ss;
- do Presidente do TJ, de 21 de março de 1997, caso PAÍSES BAIXOS vs. CONSELHO, proc. C-110/97 R, Col. 1997, pp. I-1795 e ss;

- do Presidente do TJ, de 30 de junho de 1997, caso BANCO DE FOMENTO E EXTERIOR, proc. C-66/97, Col. 1997, pp. I-3759 e ss;
- de 16 de setembro de 1997, caso KOELMAN vs. COMISSÃO, proc. C-59/96 P, Col. 1997, pp. I-4812 e ss;
- de 6 de outubro de 1997, caso AIUFFASS e AKT vs. COMISSÃO, proc. C-55/97 P, Col. 1997, pp. I-5385 e ss;
- de 16 de outubro de 1997, caso DIMITRIADIS vs. TRIBUNAL DE CONTAS, proc. C-140/96 P, Col. 1997, pp. I-5637 e ss;
- de 5 de dezembro de 1997, caso CONSELHO vs. LEITE MATEUS, proc. C-218/97 P, Col. 1997, pp. I-6945 e ss;
- do Presidente do TJ, de 25 de junho de 1998, caso ANTILHAS NEERLANDESAS vs. CONSELHO, proc. C-159/98 P (R), Col. 1998, pp. I-4150;
- do Presidente do TJ, de 11 de fevereiro de 1999, caso GOLDSTEIN vs. COMISSÃO, proc. C-4/99 P (R), não publicado;
- do Presidente do TJ, de 25 de março de 1999, caso WILLEME vs. COMISSÃO, proc. C-65/99 P (R), Col. 1999, pp. I-1859 e ss;
- do Presidente do TJ, de 29 de junho de 1999, caso ITÁLIA vs. COMISSÃO, proc. C-107/99 R, Col. 1999, pp. I-4011 e ss;
- do Presidente do TJ, de 18 de novembro de 1999, caso PFIZER ANIMAL HEALTH vs. CONSELHO, proc. C-329/99 P (R), Col. 1999, pp. I-8343 e ss;
- do Presidente do TJ, de 14 de dezembro de 1999, caso HFB e o. vs. COMISSÃO, proc. C-335/99 P (R), Col. 1999, pp. I-8705 e ss;
- de 4 de fevereiro de 2000, caso EMESA SUGAR, proc. C-17/98, Col. 2000, pp. I-667 e ss;
- do Presidente do TJ, de 12 de outubro de 2000, caso GRÉCIA vs. COMISSÃO, proc. C-278/00 R, Col. 2000, pp. I-8787 e ss;
- do Presidente do TJ, de 12 de outubro de 2000, caso FCPG e o. vs. CONSELHO, proc. C-300/00 P(R), Col. 2000, pp. I-8799 e ss;
- do Presidente do TJ, de 11 de abril de 2001, caso COMISSÃO vs. ROUSSEL, proc. C-478/00 P (R), Col. 2001, pp. I-3082 e ss;
- de 10 de maio de 2001, caso FNAB e o. vs. Conselho, proc. C-345/00 P, Col. 2001, pp. I-3814 e ss;
- do Presidente do TJ, de 24 de outubro de 2001, caso A. DORY, proc. C-186/01 R, Col. 2001, pp. I-7825 e ss;

1.1.3. Pareceres

- 1/91, de 14 de dezembro de 1991, Col. 1991, pp. I-6079 e ss;
- 2/94, de 28 de março de 1996, Col. 1996, pp. I-1783 e ss;
- 2/00, de 6 de dezembro de 2001, Col. 2001, pp. I-9713 e ss;
- 1/09, de 11 de março de 2011, Col. 2011, pp. I-1137 e ss;

1.2. Do Tribunal de Primeira Instância/Tribunal Geral

1.2.1. Acórdãos

- TETRA PAK, de 10 de junho de 1990, proc. T-51/89, Col. 1990, pp. II-306 e ss;
- HANNING *vs.* PE, de 20 de setembro de 1990, proc. T-37/89, Col. 1990, pp. II-463 e ss;
- STAHLWERKE PEINE-SALZGITTER *vs.* COMISSÃO, de 27 de junho de 1991, proc. T-120/89, Col. 1991, pp. II-366 e ss;
- LA CINQ *vs.* COMISSÃO, de 24 de janeiro de 1992, proc. T-44/90, Col. 1992, pp. II-1 e ss;
- BASF e o. *vs.* COMISSÃO, de 27 de fevereiro de 1992, procs. apensos T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, Col. 1992, pp. II-318 e ss;
- ASIA MOTOR FRANCE e o. *vs.* COMISSÃO, de 18 de setembro de 1992, proc. T-28/90, Col. 1992, pp. II-2285 e ss;
- ASIA MOTOR FRANCE e o. *vs.* COMISSÃO (ASIA MOTOR FRANCE II), de 29 de junho de 1993, proc. T-7/92, Col. 1992, pp. II-669 e ss;
- HERLITZ *vs.* COMISSÃO, de 14 de julho de 1994, proc. T-66/92, Col. 1994, pp. II-531 e ss;
- PARKER *vs.* COMISSÃO, de 14 de julho de 1994, proc. T-77/92, Col. 1994, pp. II-549 e ss;
- LIRESTAL e o. *vs.* COMISSÃO, de 6 de dezembro de 1994, proc. T-450/93, Col. 1994, pp. II-1180 e ss;
- SOCURTE e o. *vs.* COMISSÃO, de 7 de março de 1995, procs. apensos T-432/93, T-433/93 e T-434/93, Col. 1995, pp. II-503 e ss;
- COBRECAF e o. *vs.* COMISSÃO, de 15 de março de 1995, proc. T-514/93, Col. 1995, pp. II-621 e ss;

- CCE de VITTEL *vs.* COMISSÃO, de 27 de abril de 1995, proc. T-12/93, Col. 1995, pp. II-1247 e ss;
- GUÉRIN AUTOMOBILES *vs.* COMISSÃO, de 27 de junho de 1995, proc. T-186/94, Col. 1995, pp. II-1753 e ss;
- EXPORTEURS IN LEVENDE VARKENS e o. *vs.* COMISSÃO, de 13 de dezembro de 1995, procs. apensos T-481/93 e T-484/93, Col. 1995, pp. II-2941 e ss;
- WINDPARK GROOTHUSEN *vs.* COMISSÃO, de 13 de dezembro de 1995, proc. T-109/94, Col. 1995, pp. II-3009 e ss;
- LECLERC *vs.* COMISSÃO, de 12 de janeiro de 1996, proc. T-88/92, Col. 1996, pp. II-1967 e ss;
- ASIA MOTOR FRANCE e o. *vs.* COMISSÃO (ASIA MOTOR FRANCE III), de 18 de setembro de 1996, proc. T-387/94, Col. 1996, pp. II-965 e ss;
- KOELMAN *vs.* COMISSÃO, de 9 de janeiro de 1996, proc. T-575/93, Col. 1996, pp. II-1 e ss;
- MARX ESSER e o. *vs.* PE, de 24 de setembro de 1996, proc. T-182/94, Rec. 1996, pp. II-1197 e ss;
- FFSA e o. *vs.* COMISSÃO, de 27 de fevereiro de 1997, proc. T-106/95, Col. 1997, pp. II-233 e ss;
- GUÉRIN AUTOMOBILES *vs.* COMISSÃO (GUÉRIN III), de 06 de maio de 1997, proc. T-195/95, pp. II-681 e ss;
- OFICEMEN *vs.* COMISSÃO, de 10 de julho de 1997, proc. T-212/95, Col. 1997, pp. II-1161 e ss;
- DUBOIS ET FILS *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 29 de janeiro de 1998, proc. T-113/96, Col. 1998, pp. II-125 e ss;
- PANTOCHIM *vs.* COMISSÃO, de 17 de fevereiro de 1998, proc. T-107/96, Col. 1998, pp. II-314 e ss;
- DORSCH CONSULT *vs.* CONSELHO e COMISSÃO (DORSCH CONSULT II), de 28 de abril de 1998, proc. T-184/95, Col. 1998, pp. II-667 e ss;
- UEAPME *vs.* CONSELHO, de 17 de junho de 1998, proc. T-135/96, Col. 1998, pp. II-2335 e ss;
- FRESH MARINE *vs.* COMISSÃO, de 24 de outubro de 2000, proc. T-178/98, Col. 2000, pp. II-3331 e ss;
- DIECKMANN & HANSEN *vs.* COMISSÃO, de 23 de outubro de 2001, proc. T-155/99, Col. 2001, pp. II-3143 e ss;

- AREA COVA *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 6 de dezembro de 2001, proc. T-196/99, Col. 2000, pp. II-3597 e ss;
- JÉGO-QUÉRÉ *vs.* COMISSÃO, de 3 de maio de 2002, proc. T-177/01, Col. 2002, pp. II-2365 e ss;
- ASTIPESCA *vs.* COMISSÃO, de 17 de outubro de 2002, proc. T-180/00, Col. 2002, pp. II-3988 e ss;
- PHILIP MORRIS e o. *vs.* COMISSÃO, de 15 de janeiro de 2003, procs. apensos T-377/00, T-379/00 T-380/00, T-260/01 e T-272/01, Col. 2003, pp. II-1 e ss;
- AFRIKANISCHE FRUCHT-COMPAGNIE e o. *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 10 de abril de 2004, proc. apensos T-64/01 e T-65/01, Col. 2004, pp. II-527 e ss;
- HOLCIM *vs.* COMISSÃO, de 4 de maio de 2005, proc. T-86/03, Col. 2005, pp. II-1542 e ss;
- KADI *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 21 de setembro de 2005, proc. T-315/05, Col. 2005, pp. II-3659 e ss;
- REGIONE SICILIANA *vs.* COMISSÃO, de 18 de outubro de 2005, proc. T-60/03, Col. 2005, pp. II-4139 e ss;
- BEAMGLOW *vs.* PE e o, de 14 de dezembro de 2005, proc. T-383/00, Col. 2005, pp. II-5465 e ss;
- IMPALA *vs.* COMISSÃO, de 13 de junho de 2006, proc. T-464/04, Col. 2006, pp. II-2298 e ss;
- OMPI *vs.* CONSELHO, de 12 de dezembro de 2006, proc. T-228/02, Col. 2006, pp. II-4665 e ss;
- PAÍSES BAIXOS *vs.* COMISSÃO, de 10 de abril de 2008, proc. T-233/04, Rec. 2008, pp. II-594 e ss;
- CESTAS *vs.* COMISSÃO, de 17 de abril de 2008, proc. T-260/04, Col. 2008, pp. II-701 e ss;
- MYTRAVEL *vs.* COMISSÃO, de 9 de setembro de 2008, proc. T-212/03, Col. 2008, pp. II-1967 e ss;
- SCHUNK GMBH e o. *vs.* COMISSÃO, de 8 de outubro de 2008, proc. T-69/04, Col. 2008, pp. II-2567 e ss;
- PMOI II *vs.* CONSELHO, de 4 de dezembro de 2008, proc. T-284/08, Col. 2008, pp. II-3484 e ss;
- SHANGAI *vs.* CONSELHO, de 18 de março de 2009, proc. T-299/05, Col. 2009, pp. II-565 e ss;
- HOECHT *vs.* COMISSÃO, de 30 de setembro de 2009, proc. T-161/05, Col. 2009, pp. 3555 e ss;

- KADI *vs.* COMISSÃO, de 30 de setembro de 2010, proc. T-85/09, Col. 2010, pp. II-5177 e ss;
- MICROBAN *vs.* COMISSÃO, de 25 de outubro de 2011, proc. T-262/10, Col. 2011, pp. II-7697 e ss;

1.2.2. Despachos

- do TPI, de 29 de novembro de 1993, caso KOELMAN *vs.* COMISSÃO proc. T-56/92, Col. 1993, pp. II-1269 e ss;
- do Presidente do TPI, de 10 de maio de 1994, caso SCPAEMC *vs.* COMISSÃO, proc. T-88/94 R, Col. 1994, pp. II-263 e ss;
- do Presidente do TPI, de 2 de dezembro de 1994, caso UNION CARBIDE *vs.* COMISSÃO, proc. T-322/94 R, Col. 1994, pp. II-1159 e ss;
- do TPI, de 9 de agosto de 1995, GREENPEACE e o. *vs.* COMISSÃO, proc. T-585/93, Col. 1995, pp. II-2209 e ss;
- do Presidente do TPI, de 3 de junho de 1996, caso BAYER *vs.* COMISSÃO, proc. T-41/96 R, Col. 1996, pp. II-381 e ss;
- do TPI, de 21 de outubro de 1996, caso PANTOCHIM *vs.* COMISSÃO, proc. T-107/96 R, Col. 1996, pp. II-1361 e ss;
- do Presidente do TPI, caso ANTONISSEN *vs.* CONSELHO e COMISSÃO, de 29 de novembro de 1996, proc. T-179/96 R, Col. 1996, pp. II-1643 e ss;
- do TPI, de 17 de dezembro de 1996, caso MOCCIA IRME e o. *vs.* COMISSÃO, proc. T-164/96 R, Col. 1996, pp. II-2261 e ss;
- do TPI, de 13 de fevereiro de 1998, caso GUÉRIN AUTOMOBILES *vs.* COMISSÃO, proc. T-276/97, Col. 1998, pp. II-263 e ss;
- despacho do TPI, de 28 de outubro de 1998, caso GOLDSTEIN *vs.* COMISSÃO, proc. T-100/98, Col. 1998, pp. II-4065 e ss;
- do Presidente do TPI, de 28 de abril de 1999, caso VAN PARYS e o. *vs.* COMISSÃO, proc. T-11/99 R, Col. 1999, pp. II-1357 e ss;
- do Presidente do TPI, de 3 de junho de 1999, caso ACAV e o. *vs.* CONSELHO, proc. T-138/98, Col. 1999, pp. II-1799 e ss;
- do Presidente do TPI, de 30 de junho de 1999, caso PFIZER *vs.* COMISSÃO e CONSELHO, proc. T-13/99 R, Col. 1999, pp. II-1961 e ss;

- do Presidente do TPI, de 30 de junho de 1999, caso ALPHARMA vs. CONSELHO, proc. T-70/99 R, Col. 1999, pp. II-2027 e ss;
- do Presidente do TPI, de 9 de julho de 1999, caso HBF vs. COMISSÃO, proc. T-9/99 R, Col. 1999, pp. II-2429 e ss;
- do Presidente do TPI, de 21 de julho de 1999, caso DSR-SENATOR LINES vs. COMISSÃO, proc. T-191/98, Col. 1999, pp. II-2531 e ss;
- do TPI, de 23 de novembro de 1999, caso UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES vs. CONSELHO, proc. T-173/98, Col. 1998, pp. II-3357 e ss;
- do Presidente do TPI, de 10 de junho de 2000, caso FEDERACIÓN DE COFRADÍAS DE PESCADORES DE GUIPÚZCOA vs. CONSELHO, proc. T-54/00 R, Col. 2000, pp. II-2875 e ss;
- do Presidente do TPI, de 28 de junho de 2000, caso ARTEGODAN e o. vs. COMISSÃO, proc. T-74/00 R, Col. 2000, pp. II-2585 e ss;
- do Presidente do TPI, de 21 de setembro de 2004, caso KREUZER MEDIEN vs. PE e CONSELHO, proc. T-310/03 R, Col. 2004, pp. II-3243 e ss;
- do TPI, de 17 de outubro de 2005, caso FIRST DATA e o. vs. COMISSÃO, proc. T-28/02, Col. 2005, pp. II-4119 e ss;
- do TG, caso VEROMAR DI TUDISCO ALFIO & SALVATORE e o. vs. COMISSÃO, de 30 de novembro de 2009, procs. apensos T-313 a 318/08 e T-320 a 328/08, não publicado;
- do TG, de 11 de fevereiro de 2010, caso COMISSÃO vs. CdT, proc. T-456/07, Rec. 2010, pp. II-183 e ss;
- do TG, caso INUIT TAPIIRIT KANATAMI e o. vs. PE e CONSELHO, de 6 de setembro de 2011, proc. T-18/10, Col. 2011, pp. II-5599 e ss;

1.3. Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

- CHAPPEL vs. REINO UNIDO, de 30 de março de 1989, *Recueil des arrêts et décisions* 1989, série A, n.º 152-A;
- NIEMIETZ vs. ALEMANHA, de 16 de dezembro de 1992, *Recueil des arrêts et décisions* 1992, série A, n.º 251-B;
- FUNKE vs. FRANÇA, de 25 de fevereiro de 1993, *Recueil des arrêts et décisions* 1993, série A, n.º 256-A;
- CHAHAL vs. REINO UNIDO, de 15 de novembro de 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-V;

- MATTHEWS vs. REINO UNIDO, de 18 de fevereiro de 1999, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-I;

- BOSPHORUS AIRWAYS (*Hava Yollari Turizm Ve Tikaret Anonym Sirketi*) vs. IRLANDA, de 30 de junho de 2005, *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-VI;

- NADA vs. SUÍÇA, de 12 de setembro de 2012, (ainda não publicado no *Recueil des arrêts et décisions*);

1.4. Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal Alemão

- de 18 de outubro de 1967, Coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BVerfGE*), Vol. 22, pp. 293 e ss;

- SOLANGE I, de 29 de maio de 1974, tradução francesa disponível in *RTDE*, 1975 (n.º 2), pp. 316 e ss;

- SOLANGE II, de 22 de outubro de 1986, tradução castelhana disponível in *RIE*, 1987 (n.º 14/3), pp. 881 e ss;

- MAASTRICHT, de 12 de outubro de 1993, tradução portuguesa disponível in Maria Luísa DUARTE e Pedro DELGADO ALVES, *União Europeia e jurisprudência constitucional dos Estados membros*, Lisboa, 2006, pp. 283 e ss;

- BANANAS, de 7 de junho de 2000, tradução francesa disponível in *RTDE*, 2001 (n.º 1), pp. 155 e ss;

- LISBOA, de 30 de junho de 2009, tradução inglesa disponível no sítio www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html

1.5. Acórdãos do Tribunal Constitucional Italiano

- FRONTINI, de 27 de dezembro de 1973, disponível in Maria Luísa DUARTE e Pedro DELGADO ALVES, *União Europeia e jurisprudência constitucional dos Estados membros*, Lisboa, 2006, pp. 197 e ss;

- GRANITAL, de 8 de junho de 1984, disponível in Maria Luísa DUARTE e Pedro DELGADO ALVES, *União Europeia e jurisprudência constitucional dos Estados membros*, Lisboa, 2006, pp. 211 e ss;

1.6. Acórdãos de tribunais portugueses

- Acórdão do Tribunal Constitucional, de 22 de agosto de 1988, proc. 86/88, Diário da República, II série;
- Acórdão do Tribunal Constitucional, de 29 de maio de 2008, proc. 1065/07, Diário da República, II série;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de março de 2013, proc. 15/12.6YFLSB, disponível no sítio *www.dgsi.pt*;

1.7. Acórdãos de outros órgãos jurisdicionais

- Da *Cour de Cassation Belga*: DE KEYSER, de 19 de dezembro de 1991, *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 141;
- Da *Cour Fédérale du Canada*: ABOUSFIAN ABDELRAZIK vs. THE MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS AND THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA, de 4 de junho de 2009;
- Da *United Kingdom Supreme Court*: AHMED e o. vs. HER MAJESTY'S TREASURY, de 27 de janeiro de 2010;

2. Bibliografia

AA. VV.

- *I processi speciali*, Nápoles, 1979;
- *Integração Europeia. Perspectivas*, Lisboa, 1993;
- *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Dordrecht, 1994;
- *A União Europeia na Encruzilhada*, Coimbra, 1996;
- *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1997;
- *Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini*, Vol II: *Diritto dell'Unione Europea*, Milão, 1998;
- *Colectânea de estudos em homenagem a Francisco Lucas Pires*, Lisboa, 1999;
- *Organizações Internacionais*, Lisboa, 1999;
- *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Vol. I, Bruxelas, 1999;
- *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra - 1999/2000*, Coimbra, 2000;
- *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001;
- *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - A participação da Assembleia da República*, Lisboa, 2001;
- *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução constitucional e perspectivas futuras*, Lisboa, 2001;
- *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001;
- *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, 2001;
- *Portugal e a construção europeia*, Coimbra, 2003;
- *1952-2002: Quinquagésimo aniversário do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Luxemburgo, 2003;
- *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra, 2005;
- *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra, 2006;
- *Teoria del neoconstitucionalismo - Ensayos escogidos*, Madrid, 2007;
- *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case*, in *GLJ*, 2009 (n.º 8);
- *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vols. I e II, Coimbra 2010;

- *Direito e Justiça. Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vols. I e III, Lisboa, 2011;

- *O Tratado de Lisboa. Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, 2012;

ACCETTO Matej; e **ZLEPTNIG**, Stefan

- *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *EPL*, 2005 (Vol. 11; n.º 3), pp. 375-403;

ALBORS-LLORENS, Albertina

- *Remedies against the EU Institutions after Lisbon: An Era of Opportunity*, in *The Cambridge Law Journal*, 2012 (Vol. 71; n.º 3), pp. 507-536;

ALMEIDA, Mário Aroso de

- *O novo regime do processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª Edição, Coimbra, 2004;

ALMEIDA, Moitinho de

- *A responsabilidade civil extracontratual das Comunidades Económicas Europeias*, in *BFDUC* (n.º especial), Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, Vol. I, 1986, Coimbra, pp. 853-890;

- *O reenvio prejudicial perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra, 1992;

ALONSO GARCÍA, Ricardo

- *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *RIDPC*, 2002 (Vol. 12; n.º 1), pp. 1-29;

- *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *ELJ*, 2002 (Vol. 8; n.º 4), pp. 492-514;

- *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Pamplona, 2007;

ALONSO GARCIA, Ricardo; e **BAÑO LÉON**, J. M.

- *El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1990 (Ano 10; n.º 29), pp. 193-222;

ALSTON, Phillip (editor),

- *The EU and the Human Rights*, Oxford, 1999;

ALVIM, Mariana de Sousa e

- *A Tutela Judicial Provisória dos Particulares no âmbito do Direito Comunitário*, Estoril, 2008;

AMARAL, Diogo Freitas do

- *Direito Administrativo*, Volume IV, Lisboa, 1988;

- *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra, 2001;

AMARAL, Diogo Freitas do; e **PIÇARRA**, Nuno

- *O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito de União Europeia: uma evolução na continuidade*, in *Revista Mestrado em Direito*, 2008 (Ano 9; n.º 1), pp. 187-222;

AMARAL, Jorge Augusto Pais de

- *Direito Processual Civil*, 11.ª Edição, Coimbra, 2013;

ANDRADE, José Carlos Vieira de

- *A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e as Constituições Nacionais*, in AA. VV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, pp. 83-88;

- *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª Edição, Coimbra, 2009;

- *A Justiça Administrativa*, 9.ª Edição, Coimbra, 2007;

ANDRADE, Manuel de

- *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra, 1979;

ANDRADE, Miguel de Almeida

- *Guia prático do reenvio prejudicial*, Gabinete de DDC, Lisboa, 1991;

AREILZA CARVAJAL, José M. de

- *O Parecer 2/94 do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ou como não abordar o espinhoso assunto das competências comunitárias*, in *Revista Jurídica (AAFDL)*, 1997 (n.º 21), pp. 317-328;

ARNAUD, André-Jean

- *O pensamento jurídico europeu*, Lisboa, 1995;

ARNULL, Anthony

- *Liability for Legislative Acts under Article 215(2) EC*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (editores), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, pp. 129-152;

- *Taming the beast? The Treaty of Amsterdam and the Court of Justice*, in David O'KEEFFE e Patrick TWOMEY (editores), *Legal issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999, pp. 109-121;

- *Private Applicants and the Action for Annulment since Codorniu*, in *CMLR*, 2001, (Vol. 38; n.º 1) pp. 7-52:

- *The European Union and its Court of Justice*, 2.ª Edição, Oxford, 2006;

ASCENSÃO, José de Oliveira

- *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição, Coimbra, 2013;

BAKER, Estella; e **HARDING**, Christopher

- *From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the Third Pillar*, in *ELR*, 2009 (Vol. 34; n.º 1), pp. 25-54;

BALTHASAR, Stephan

- *Locus Standi Rules for Challenges to Regulatory Acts by Private Applicants: the New Article 263(4) TFEU*, in *ELR*, 2010 (Vol. 35; n.º 4), pp. 542-550;

BAN, Bruno du

- *Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté*, in *CDE*, 1977 (n.º 4), pp. 397-434;

BARAV, Ami

- *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *l'Europe et le Droit*, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, 1991, pp. 1-20;

BARRETO, Ireneu Cabral

- *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.^a Ed, Coimbra, 2010;

BARROS, Lucília Napoleão

- *O Caso Yassin Abdullah Kadi, terrorismo, direitos humanos e a dificuldade de implementação das Resoluções do Conselho de Segurança da ONU no sistema jurídico europeu*, in *Debater a Europa*, 2013 (n.º 9), pp. 158-173;

BEBR, Gerhard

- *Development of judicial control of the European Communities*, Haia, 1981;

- *Joined Cases C-6/90 and 9/90, Francovich v. Italy, Bonifaci v. Italy Judgment of the Court of Justice of 19 November 1991*, in *CMLR*, 1992 (Vol. 29; n.º 3), pp. 557-584;

BECK, Ulrich

(tradução castelhana de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e M^a Rosa Borrás)

- *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (título original: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*), Barcelona, 2002;

BEQIRAJ, Julinda

- *The Delicate Equilibrium of EU Trade Measures: The Seals Case*, in *GLJ*, 2013 (Vol. 14; n.º 1), pp. 279-320;

BERRY, Elspeth; e **HARGREAVES**, Sylvia

- *European Union Law*, 2.^a Edition, Oxford, 2007;

BESSELINK, Leonard

- *The Member States, the National Constitutions and the scope of the Charter*, in *MJ*, 2001 (Vol. 8; n.º 1), pp. 68-80;

BIEBER, Roland

- *Les limites matérielles et formelles à la révision des Traités établissant la Communauté Européenne*, in *RMCUE*, 1993 (n.º 367), pp. 343-350;

BLÁZQUEZ PEINADO, María

- *El procedimiento contra los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario*, Castelló de la Plana, 2001;

BLUMANN, Claude

- *Aspects institutionnels*, in *Le Traité d'Amsterdam*, in *RTDE*, 1997 (Extrato n.º 4), Paris, 1998, pp. 13-41;

BONNIE, Anne

- *Commission discretion under article 171(2) E.C.*, in *ELR*, 1998 (Vol. 23; n.º 6), pp. 537-551;

- *The Evolving Role of the European Commission in the Enforcement of Community Law: From Negotiating Compliance to Prosecuting Member States?*, in *Journal of Contemporary European Research*, 2005 (Vol. 1; n.º 2), pp. 39-50;

BOOM, Steve J.

- *The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany be the "Virginia of Europe"*, in *AJCL*, 1995 (Vol. 43), pp. 177-226;

BOTELHO, Catarina Santos

- *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais - Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Coimbra, 2010;

- *Haja uma nova jurisdição constitucional - Pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional*, in *ROA*, 2010 (Ano 70; Jan-Dez), pp. 591-623;

- *Quo vadis "doutrina da margem nacional de apreciação"? O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional*, in AA. VV, *Direito e Justiça. Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Volume I*, Lisboa, 2011, pp. 331-372;

BOULOUIS, Jean

- *La qualité du Parlement européen pour agir en annulation*, in *RMC*, 1989 (n.º 324), pp. 119-122;

BOULOUIS, Jean; e CHEVALIER Roger-Michel

- *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Tomo I, 6.^a Edição, Paris, 1994;

BRATANOVA, Elena

- *Terrorist Financing and European Union Sanctions List: is the Court's Annulment of a Council Decision a Lasting Protection for an Organization?*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2009 (Vol. 15; n.º 2), pp. 7-11;

BREUER, Marten

- *State Liability for Judicial Wrongs and Community Law: the case of Gerhard Köbler v Austria*, in *ELR*, 2004 (Vol. 29; n.º 2), pp. 243-254;

BRONKHORST, H. J.

- *The Valid Legislative Act as a Cause of Liability of the Communities*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (editores), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, pp. 153-166;

BROWN, L. Neville; e KENNEDY, Tom

- *The Court of Justice of the European Communities*, 4.^a Edição, Londres, 1994;

BÚRCA, Gráinne de

- *The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *ELR*, 2001 (Vol. 26; n.º 2), pp. 126-138;

- *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, in *Harvard International Law Journal*, 2010 (Vol. 51; n.º 1), pp. 1-49;

BURDEAU, Georges

(Tradução portuguesa de Maria E. A. Prado Galvão)

- *O Estado*, (título original: *L'État*), São Paulo, 2000;

CAGGIANO, Giandonato

- *Il ruolo dei giudici comunitari nell'evoluzione del diritto della concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009 (n.º 2), pp. 389-414;

CALAMANDREI, Piero

- *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936;
- *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares* (tradução em espanhol da Argentina de Santiago Sentís Melendo; título original: *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*), Buenos Aires, 1997;

CALHEIROS, José

- *Algumas considerações sobre o princípio da interpretação conforme do direito interno face às directivas comunitárias*, in DDC, 1991 (n.º 45/46), pp. 9-31;

CAMPOS, João Mota de

- *Direito Comunitário. I Volume: o Direito Institucional*, 8.ª Edição, Lisboa 1997;
- *Direito Comunitário. II Volume: o ordenamento jurídico comunitário*, 5.ª Edição, Lisboa, 1997;
- *Direito Comunitário. III Volume: o ordenamento económico*, 2.ª Edição, Lisboa, 1997;
- *Manual de Direito Comunitário*, 3.ª Edição, Lisboa, 2002;

CAMPOS, João Mota de; e CAMPOS, João Luiz Mota de

- *Contencioso Comunitário*, Lisboa, 2002;
- *Manual de Direito Europeu. O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 6.ª Edição, Coimbra, 2010;

CANANEA, Giacinto della

- *Case Law: Global Security and Procedural Due Process of Law between the United Nations and the European Union: Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2009 (Vol. 15; n.º 1), pp. 511-519;

CANEDO, Marguerite

- *L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire*, in *RTDE*, 2000 (n.º 3), pp. 450-510;

CANOTILHO, J. J. Gomes

- *Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente*, in AA. VV, *Colectânea de estudos em homenagem a Francisco Lucas Pires*, Lisboa, 1999, pp. 143-153;

- *Compreensão jurídico-política da Carta*, in AA. VV, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Coimbra, 2001, pp. 13-15;
- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, 2005;
- *Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias*, in Estudos sobre Direitos Fundamentais, 2.ª Edição, Coimbra, 2008, pp. 137-159;
- *"Brançosos" e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2.ª Edição, Coimbra, 2008;
- *Prefácio*, in Jürgen HABERMAS, Um ensaio sobre a Constituição da Europa, Lisboa, 2012;

CANOTILHO, J. J. Gomes; e **MOREIRA**, Vital

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, 2007;

CANOTILHO, Mariana Rodrigues

- *O princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de direitos fundamentais*, Coimbra, 2008;

CAPOTORTI, F.; **EHLERMANN**, C. D.; e **FROWEIN**, J. (coordenação)

- *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden, 1987;

CAPUANO, Valeria

- *Responsabilità extracontrattuale della Comunità per errata valutazione di una concentrazione da parte della Commissione: il caso MyTravel*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009 (n.º 2), pp. 501-512;

CARANTA, Roberto

- *Judicial protection against Member States: a new jus commune takes shape*, in *CMLR*, 1995 (Vol. 32; n.º 3), pp. 703-726;

CARDWELL, Paul James; **FRECH** Duncan; e **WHITE** Nigel

- *European Court of Justice, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P) Judgment of 3 September 2008*, in *ICLQ*, 2009 (Vol. 58; n.º 1), pp. 229-240;

CASCAJO CASTRO, José L.; e **GIMENO SENDRA** Vicente

- *El recurso de amparo*, in *Temas clave de la Constitución Española*, Madrid, 1984;

CASSESE, Antonio; **CLAPHAM**, Andrew; e **WEILER** Joseph H. H. (editores)

- *Human Rights and the European Community*. Vol. II: *Methods of Protection*, Baden-Baden, 1992;

CASSIA, Paul

- *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, 2002;

CASTILLO BLANCO, Federico

- *La protección de la confianza en el derecho administrativo*, Madrid, 1988;

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando

- *La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa: análisis y comentarios*, in *RDCE*, 2009 (Año 13; n.º 34), pp. 969-1010;

CASTRO, Paulo Canelas de

- *O reenvio prejudicial: um mecanismo de integração através da cooperação de juízes. Apontamentos sobre uma história (ainda?) de sucesso*, in *Temas da Integração*, 1997 (n.º 3, pp. 101-158;

CAUFFMAN, Caroline

- *Schneider IV: The Commission can indeed be liable for its merger decisions... if the conditions for liability are satisfied*, in *European Competition Law Review*, 2010 (Vol. 31; n.º 1), pp. 1-7;

CAUPERS, João

- *Introdução ao Direito Administrativo*, 9.ª Edição, Lisboa, 2007;

CAUPERS, João; e **RAPOSO**, João

- *Contencioso Administrativo anotado e comentado*, Lisboa, 1996;

CAVALLINI, Jöel

- *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, 1995;

CEIA, Eleonora Mesquita

- *A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 2009, pp. 89-107;

CHIOVENDA, Giuseppe

- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2.^a Edição, Madrid, 1948;

CLASSEN, Claus Dieter

- *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübingen: Mohr, 2004;

CONSTANTINESCO, Vlad

- *La constitutionnalisation de l'Union Européenne*, in Joël RIDEAU (direção), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Nice, 2000, pp. 133-152;

COPPEL, Jason; e O'NEILL, A.

- *The European Court of Justice: taking rights seriously*, in *CMLR*, 1992 (Vol. 29; n.º 4), pp. 669-692;

COSTA, José Manuel Cardoso da

- *O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, in ANTUNES VARELA *et al.* (editores), *Ab Uno ad Omnes - 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 1363-1380;

COUTINHO, Francisco Pereira

- *Os tribunais nacionais na ordem jurídica da União Europeia. O caso português*, Coimbra, 2013;

COUZINET, J. F.

- *La faute dans le régime de la responsabilité non contractuelle des Communautés Européennes*, in *RTDE*, 1986 (n.º 3), pp. 367-390;

CRAIG, Paul

- *Political Constitutionalism and Judicial Review*, in Christopher FORSYTH; Mark ELLIOTT; Swati JHAVERI; Michael RAMSDEN; e Anne SCULLY-HILL (editores), *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*, Oxford, 2010, pp. 19-42;

CRAIG, Paul; e BÚRCA, Gráinne de

- (organizadores) *The Evolution of EU Law*, Oxford, Londres, 1999;
- *EU Law. Text, Cases & Materials*, 5.^a Edição, Oxford, 2011;

CUNHA, Joaquim da Silva; e PEREIRA, Maria da Assunção do Vale

- *Manual de Direito Internacional Público*, 2.^a Edição, Coimbra, 2004;

CUNHA, Paulo de Pitta e

- *O desafio da integração europeia*, in *Integração Europeia. Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Lisboa, 1993, pp. 253-272;

- *O Tratado de Amesterdão*, in *De Maastricht a Amesterdão - Problemas da União Monetária Europeia*, Coimbra, 1999, pp. 133-144;

- *A Convenção Europeia*, in *A integração europeia no dobrar do século*, Coimbra, 2003, pp. 115-120;

- *Direito Europeu. Instituições e Políticas da União*, Coimbra, 2006;

- *O Tratado de Lisboa. Génese, conteúdo e efeitos*, Lisboa, 2008;

CUNHA, Paulo de Pitta e; e RUIZ, Nuno

- *O Ordenamento Comunitário e o Direito Interno Português*, in *ROA*, 1995 (Ano 55; Vol II; julho), pp. 341-352;

CURTIN, Deirdre

- *The constitutional structure of the Union: a Europe of bites and pieces*, in *CMLR*, 1993 (Vol. 30; n.º 1), pp. 17-69;

CURTIN Deirdre; e VAN OOIK, Ronald

- *The Sting is always in the Tail. The personal scope of application of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *MJ*, 2001 (Vol 8; n.º 1), pp. 102-114;

DANNEMANN, Gerhard

- *Constitutional Complaints: the European Perspective*, in *ICLQ*, 1994 (Vol. 43; n.º 1), pp. 142-153;

d'ALMEIDA, Luís Duarte

- *A Tutela de Direitos Subjetivos Derivados do Direito Comunitário: Medidas Provisórias nos Tribunais Nacionais*, Lisboa, 2000;

DELICOSTOPOULOS, John S.

- *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, in *ELJ*, 2003 (Vol 9; n.º 5), pp. 599-613;

DIEZ-HOCHLEITNER, Javier

- *Le traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de justice par les Etats membres*, in *RMUE*, 1994 (n.º 2), pp. 111-159;

DONY, Marianne; e RONSE, Thierry

- *Réflexions sur la spécificité du recours en carence*, in *CDE*, 2000 (n.ºs 5 e 6), pp. 595-636;

DOUGAN, Michael

- *National Remedies Before the Court of Justice, Issues of Harmonization and Differentiation*, Oxford and Portland Oregon, 2004;

DRAETTA, Ugo

- *La membership dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008 (n.º 3), pp. 469-485;

DRZEMCZEWSKI, Andrew

- *The European Human Rights Convention: Protocol No. 11 - Entry into Force and First Year of Application*. in *DDC* (n.ºs 79/80) 1999, pp. 221-247;

DUARTE, Maria Luísa

- *A teoria do acto claro e o artigo 177.º do Tratado CEE*, in *Revista Jurídica (AAFDL)*, 1986 (n.º 6), pp. 223-231;

- *O estatuto do Parlamento Europeu no contencioso comunitário. Notas sobre a evolução jurisprudencial recente*, in *O Direito*, 1991 (n.º 1), pp. 115-148;
- *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário*, Coimbra, 1992;
- *A acção de indemnização por responsabilidade extracontratual da Comunidade Económica Europeia. Âmbito, natureza e condições de acesso dos particulares*, in *ROA*, 1993 (Ano 53; Vol I; Abril), pp. 85-111;
- *A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do Direito Comunitário*, Lisboa, 1994;
- *O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição (notas de uma reflexão crítica)*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1995, pp. 669-715;
- *A liberdade de circulação de pessoas e o estatuto de cidadania previsto no Tratado da União Europeia*, in AA. VV, *A União Europeia na encruzilhada*, Coimbra, 1996, pp. 167-194;
- *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros*, Lisboa, 1997;
- *A cooperação intergovernamental na União Europeia - âmbito, natureza das acções previstas e sua relação com o domínio da integração comunitária*, in AA. VV, *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1997, pp. 35-56;
- *A União Europeia e os direitos Fundamentais. Métodos de protecção*, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra, 2000, pp. 11-35;
- *Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias*, Vol. I, Tomo I - Instituições e Órgãos. Processos de Decisão, Lisboa, 2001;
- *Contencioso Comunitário*, Cascais, 2003 [igualmente disponível sob o título *Direito Comunitário II (Contencioso Comunitário). Relatório*, Coimbra, 2003];
- *União Europeia e Direitos Fundamentais. No espaço da internormatividade*, Lisboa, 2006;
- *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem - uma defesa do "triângulo judicial europeu"*, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, II, Coimbra, 2006, pp. 205-236;
- *O Banco Central Europeu e o Sistema Judicial da União Europeia: supremacia decisória e controlo da legalidade*, in *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. III, Lisboa, 2006, pp. 149-176;
- *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra, 2008;

- *Notas de apresentação*, in Maria Luísa DUARTE e Carlos Alberto LOPES, *Tratado de Lisboa*, Lisboa, 2008, pp. 5-11;

- *Uma visita guiada ao novo estatuto jurídico da União Europeia*, in *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2010, pp. 7-89;

- *A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais - A chancela do Tratado de Lisboa*, in *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2010, pp. 91-115;

- *O Tratado de Lisboa e o teste da "identidade constitucional" dos Estados membros - uma leitura prospectiva da decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 30 de Junho de 2009*, in *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2010, pp. 117-140;

- *União Europeia. Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, Coimbra, 2011;

- *O Tratado de Lisboa e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais*, in Nuno PIÇARRA (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011, pp. 81-98;

DUARTE, Maria Luísa; e **ALVES**, Pedro Delgado

- *União Europeia e jurisprudência constitucional dos Estados membros*, Lisboa, 2006;

DUARTE, Maria Luísa; e **LOPES**, Carlos Alberto

- *Tratado de Lisboa*, Lisboa, 2008;

DUBOIS, Patrick

- *L'exception d'illégalité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in CDE, 1978 (n.º 4), pp. 407-439;

ECKES, Christina

- *Does the European Court of Human Rights provide protections from the European Community? - The Case of Bosphorus Airways*, in *EPL*, 2007 (Vol. 13; n.º 1), pp. 47-67;

EDWARD, David

- *Reform of Article 234 Procedure: The Limits of Possible*, in David O'KEEFFE e Antonio BAVASSO (editores), *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*. Vol. I: *Judicial Review in European Union Law*, Haia, 2000, pp. 119-142;

ELIANTONIO, Mariolina

- *The Future of National Procedure Law in Europe: Harmonization vs. Judge-Made Standards in the Field of Administrative Justice*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2008-8, Maastricht, 2008;

FAVRE, Jean-Marc

- *Le Traité de Nice: vers un affaiblissement de la capacité d'action de l'Union?*, in *RTDE*, 2001 (n.º 2), pp. 271-304;

- *L'essentiel de l'Union européenne et du Droit communautaire*, 9.^a Ed, Paris, 2008;

FELICETTA, Lauria

- *Manuale di Diritto delle Comunità Europee*, 3.^a Edição, Milão, 1992;

FERNANDES, Sophie Perez

- *A Responsabilidade Civil do Estado-Legislador por Violação do Direito da União Europeia*, Cascais, 2012;

FERNANDEZ MARTIN, José María

- *El principio de tutela efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho Comunitario. Evolución y alcance*, in *RIE*, 1994 (n.º 21/3), pp. 845-896;

FERRAJOLI, Luigi

- *Sobre los derechos fundamentales*, in AA. VV, *Teoria de neoconstitucionalismo - Ensayos escogidos*, Madrid, pp. 71-89;

FLAUSS, Jean-François

- *Les droits de l'Homme comme élément d'une constitution et de l'ordre européen*, Saarbrücken, 1992;

FINES, Francette

- *A General Analytical Perspective on Community Liability*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (editores), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, pp. 11-40;

FOLSOM, Ralph H.

- *European Union law in a nutshell*, 6.^a Ed, St. Paul, Minn, 2008;

FORRESTER, Ian S.

- *Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures*, in *ELR*, 2009 (Vol. 34; n.º 6), pp. 817-843;

FORSYTH, Christopher; **ELLIOTT**, Mark; **JHAVERI**, Swati; **RAMSDEN** Michael; e **SCULLY-HILL**, Anne (editores),

- *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*, Oxford, 2010;

FREITAS, José Lebre

- *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra, 1996;

FREITAS, Lourenço Vilhena de

- *Os contratos de direito público na União Europeia. No quadro do direito administrativo europeu*, Vol. I: Direito administrativo da União Europeia, Coimbra, 2012;

FROMONT, Michel

- *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *RTDE*, 1966 (n.º 1), pp. 47-55;

GAJA, Giorgio

- *Some Reflections on the European Community's International Responsibility*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (editores), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, pp. 351-362;

- *The Growing Variety of Procedures concerning Preliminary Rulings*, in David O'KEEFFE e Antonio BAVASSO (editores), *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*. Vol. I: *Judicial Review in European Union Law*, Haia, 2000, pp. 143-152;

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo

- *La Sentencia Factortame (19 de Junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional*, in *REDA*, 1990 (n.º 67), pp. 401-422;

- *Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho Comunitario; la sentencia Zuckerfabrik del TJ de las CE de 21-2-1991, in REDA, 1991 (n.º 72), pp. 537-554;*

- *La Justicia Administrativa en el cambio del siglo, in AA VV, Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra - 1999/2000, Coimbra, 2000, pp. 347-367;*

GERVEN, Walter Van

- *Bridging the Gap between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the field of Legal Remedies?, in CMLR, 1995 (Vol 32; n.º 3), pp. 679-702;*

- *Of Rights, Remedies and Procedures, in CMLR, 2000 (Vol. 37; n.º 3), pp. 501-536;*

GIRERD, Pascal

- *Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres? in RTDE, 2002 (n.º 1), pp. 75-102;*

GOMES, Carla Amado

- *A impugnação jurisdicional de actos comunitários lesivos do ambiente, nos termos do artigo 230 do Tratado de Roma: uma acção nada popular, in RevCEDOUA (Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente), 2004 (n.º 1), pp. 89-110.*

- *Jurisprudência dirigente ou vinculação à Constituição? Pensamentos avulsos sobre o Acórdão do TJCE de 13 de Setembro de 2005, in Revista do Ministério Público, 2006 (n.º 107), pp. 213-230;*

GOMES, José Luís Caramelo

- *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário, Coimbra, 2003;*

GONÇALVES, Maria Eduarda; **JOSÉ**, Pedro Simão; e **GOMES**, João Salis

- *O Tratado de Nice e o futuro da Europa, Lisboa, 2001;*

GONZALÉS ALONSO, Luis Norberto

- *La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia, in RDCE, 1998 (Año 2; n.º 4), pp. 501-548;*

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel

- *A evolução da protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário*, in AA. VV, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Coimbra, 2001, pp. 17-38;
- *Direito Comunitário*, 5.^a Edição, Coimbra, 2008;
- *Direito da União*, 6.^a Edição, Coimbra, 2010;

GORMLEY, Laurence W.

- *Judicial Review: Advice for the Deaf?*, in *Fordham Int'l LJ*, 2005 (Vol. 29; n.º 4), pp. 655-689;

GOUVEIA, Jorge Bacelar

- *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, 3.^a Edição, Coimbra, 2009;

GOUVEIA, Jorge Bacelar; e COUTINHO, Francisco Pereira (coordenação)

- *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Lisboa, 2013;

GRABITZ, Eberhard; e HILF, Meinhard (editores)

- *Das Recht der Europäischen Union*, Munique, 1999;
- *Kommentar zur Europäischen Union*, Munique, 2001;

GREER, Steven

- *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006;

GREWE, Constance

- *Réflexions comparatives sur l'Etat de droit*, in Joël RIDEAU (direção), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Nice, 2000, pp. 11-22;

GUHR, Alexandra Hilal; MOSCHTAGHI, Ramin; e KNUST, Mandana

- *Max Planck Manual on Fair Trial Standard*, 2.^a Edição, Heidelberg, 2005, disponível in <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/maxplanckfairtrialmanual2edengl.pdf>

HÄBERLE, Peter

(tradução castelhana de Francisco Balaguer Callejon)

- *La regresiva "Sentencia Lisboa" como "Maastricht II" anquilosada*, in *ReDCE*, 2009 (Ano 6; n.º 12), pp. 397-429;

HABERMAS, Jürgen

- *Why Europe needs a Constitution*, in *New Left Review*, 2001 (Vol. 11), pp. 5-26;

- *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Lisboa, 2012;

HARLOW, Carol

- *A Common European Law of Remedies?*, in Claire KILPATRICK, Tonia NOVITZ e Paul SKIDMORE (editores), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000, pp. 69-86;

HARTLEY, Trevor C.

- *Constitutional and Institutional Aspects of the Maastricht Agreement*, in *ICLQ*, 1993 (Vol. 42; n.º 2), pp. 213-237;

- *The Foundations of European Community Law*, 6.^a Edição, Oxford, 2007;

HENKEL, Christoph

- *Constitutionalism of the European Union: Judicial Legislation and Political Decision Making by the European Court of Justice*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2001 (Vol. 19), pp. 153-180;

HERDEGEN, Matthias

- *Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional restraints for an "ever closer union"*, in *CMLR*, 1994 (Vol. 31; n.º 2), pp. 235-262;

- *Europarecht*, 4.^a Edição, Munique, 2002;

HERMANN-RODEVILLE, V. J.

- *Un exemple de contentieux économique: Le recours en indemnité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *RTDE*, 1986 (n.º 1), pp. 5-51;

HEUKELS, Ton

- *The Contractual Liability of the European Community Revisited*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (editores), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, pp. 89-108;

HEUKELS, Ton; e MCDONNELL, Alison (editores)

- *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997;

HOBE, Sephan

- *Europarecht*, 4.^a Ed, Munique, 2009;

HOSKINS, Mark

- *Tilting the balance: supremacy and national procedural rules*, in *ELR*, 1996 (Vol. 19; n.º 4), pp. 365-377;

ISAAC, Guy

- *Droit Communautaire Général*, 7.^a Edição, Paris, 1999;

JACQUÉ, Jean Paul

- *Recours en annulation, campagne d'information pour l'élection du Parlement européen*, in *RTDE*, 1986 (n.º 3), pp. 500-511;

- *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6.^a Edição, Paris, 2010;

- *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *CMLR*, 2011 (Vol. 48; n.º 4), pp. 995-1023;

JANER TORRENS, Joan D.

- *La influencia del Derecho Comunitario en la creación de un ius commune de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales*, in *RDCE*, 2002 (Año 6; n.º 11), pp. 177-192;

JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos

- *El incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros cuando median actos de los particulares: una aportación al debate sobre la interdependencia entre Derecho comunitario y Derecho internacional*, in *RDCE*, 2000 (Año 4; n.º 7), pp. 15-48;

JOERGES, Christian; e **RÖDL**, Florian

- *Informal Politics, Formalized Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflection after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in *ELJ*, 2009 (Vol. 15; n.º 1), pp. 1-19;

KELSEN, Hans

(tradução portuguesa de Luís Carlos Borges)

- *Teoria Geral do Direito e do Estado* (título original: *General Theory of Law and State*), 3.ª Edição, São Paulo, 2000;

KIBLEY, Ian

- *Financial penalties under Article 228(2) EC: Excessive complexity?*, in *CMLR*, 2007 (Vol. 44; n.º 3), pp. 743-759;

KILPATRIK, Claire

- *The Future of Remedies in Europe*, in Claire KILPATRICK, Tonia NOVITZ e Paul SKIDMORE (editores), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000, pp. 1-34;

KILPATRICK, Claire; **NOVITZ**, Tonia; e **SKIDMORE**, Paul (editores),

- *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000;

KOMÁREK, Jan

- *Federal elements in the Community judicial system: Building coherence in the Community legal order*, in *CMLR*, 2005 (Vol. 42; n.º 1), pp. 9-34;

KOVAR, Robert

- *Les accords liant les Communautés Européennes et l'ordre juridique communautaire: à propos d'une jurisprudence récente de la Cour de Justice*, in *RMC*, 1974 (n.º 176), pp. 344-360;

KOVAR, Robert; e **BARAV**, Ami

- *Le recours individuel en annulation*, in *CDE*, 1976 (n.º 1), pp. 68-109;

KUILE, B. H. Ter

- *To refer or not refer: about the last paragraph of Article 177 of the EC Treaty*, in *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermers*, Vol II, Dordrecht, 1994, pp. 381-389;

LAMOUREAUX, François

- *The Retroactivity of Community Acts in the Case Law of the Court of Justice*, in *CMLR*, 1983 (Vol. 20; n.º 2), pp. 269-296;

LANCEIRO, Rui T.

- *O Tratado de Lisboa e o princípio da cooperação leal*, in *Cadernos O Direito*, 2010, pp. 283-317;

LANG, John Temple

- *The Duties of National Courts under Community Constitutional Law*, in *ELR*, 1997 (Vol. 22; n.º 3), pp. 3-18;

- *The Principle of Effective Protection of Community Law Rights*, in David O'KEEFFE e Antonio BAVASSO (editores), *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*. Vol. I: *Judicial Review in European Union Law*, Haia, 2000, pp. 235-274;

- *Developments, Issues, and New Remedies - The Duties of National Authorities and Courts Under Article 10 of the EC Treaty*, in *Fordham Int'l LJ*, 2003 (Vol. 27; n.º 6), pp. 1904-1939;

- *The Development by the Court of Justice of the Duties of Cooperation of National Authorities and Community Institutions Under Article 10 EC*, in *Fordham Int'l LJ*, 2007 (Vol. 31; n.º 5), pp. 1483-1532;

LANGRISH, Sally

- *The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights*, in *ELR*, 1998 (Vol. 23; n.º 1), pp. 3-19;

LECLERC, Stéphane; AKANDJI-KOMBÉ Jean-François; e REDOR, Marie-Joëlle
(editores)

- *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, 1999;

LECZYLIIEWICKZ, Dorota

- *"Effective Judicial Protection" of Human Rights After Lisbon: Should National Courts be Empowered to Review EU Secondary Law?*, in *ELR*, 2010 (Vol. 35; n.º 3), pp. 326-348;

LENAERTS, Koen

- *La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel*, in *CDE*, 1983 (n.º 3), pp. 471-500;

- *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, in *AJCL*, 1990 (Vol. 38), pp. 205-263;

- *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, in *CMLR*, 1991 (Vol. 28; n.º 1), pp. 11-35;

- *Fundamental rights to be included in a Community Catalogue*, in *ELR*, 1991 (Vol. 16; n.º 5), pp. 367-390;

- *Form and substance of the preliminary rulings procedure*, in AA. VV, *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Dordrecht, 1994, pp. 355-380;

- *Fundamental rights in the European Union*, in *ELR*, 2000 (Vol. 25; n.º 6), pp. 570-600;

- *Respect for fundamental rights as a constitutional principle of the European Union*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2000 (n.º 6), pp. 1-25;

LENAERTS, Koen; ARTS Dirk; e MASELIS, Ignace

- *Procedural Law of the European Union*, 2.^a Edição, Londres, 2009;

LENAERTS, Koen; e CAMBIEN, Nathan

- *Regions and the European Court: Giving Shape to the Regional Dimension of the Member States*, in *ELR*, 2010 (Vol. 35; n.º 5), pp. 609-635;

LENAERTS, Koen; e DESOMER, Marlies

- *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures*, in *ELJ*, 2005 (Vol. 11; n.º 6), pp. 744-765;

LIISBERG, Jonas Bering

- *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law?*
The Jean Monnet Program, Working Paper 4/01;

LOBO, Marina Costa; e **LAINS**, Pedro (organizadores)

- *Em nome da Europa - Portugal em mudança*, Cascais, 2007;

LOCKE, John

(tradução portuguesa de Miguel Morgado)

- *Dois Tratados do Governo Civil* (título original: *Two Treatises of Government*), Lisboa, 2006;

LOPES, J. J. Almeida

- *Tratados Europeus Explicados*, 2.^a Edição, Lisboa, 2002;

LORENZ, Werner

- *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Community*, in *AJCL*, 1964 (Vol. 13), pp. 1-29;

LOUIS, Jean-Victor

- *A ordem jurídica comunitária*, 5.^a Edição, Luxemburgo, 1995;

MACCORMICK, Neil

- *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, 1993 (Vol. 56; 1), pp. 1-18;

MACGREGOR, Anne; e **GECIC**, Bogdan

- *Due Process in EU Competition Cases Following the Introduction of the New Best Practices Guidelines on Antitrust Proceedings*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, pp. 425-438.

MACHADO, Jónatas E. M.

- *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, Coimbra, 1996;

- *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais na esfera pública do sistema social*, Coimbra, 2002;

- *Direito Internacional. Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, 3.^a Edição, Coimbra, 2006;

- *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2011;

MADURO, Miguel Poiares

- *We, the Court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Oxford, 1998;

- *A Crise Existencial do Constitucionalismo Europeu*, in AA. VV, Colectânea de estudos de homenagem a Francisco Lucas Pires, Lisboa, 1999, pp. 201-215;

- *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*, Cascais, 2006;

MADURO, Miguel Poiares; e **COUTINHO**, Francisco Pereira

- *O Direito da União Europeia e a ordem jurídica portuguesa*, in Marina COSTA LOBO e Pedro LAINS (organizadores), *Em nome da Europa - Portugal em mudança (1986-2006)*, Cascais, 2007, pp. 147-172;

MANCINI, Giuseppe Federico

- *The Making of a Constitution For Europe*, in *CMLR*, 1989 (Vol. 26; n.º 4), pp. 595-614;

MANGAS MARTINS, Araceli; e **LIÑAN NOGUERAS**, Diego

- *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 2.ª Edição, Madrid, 1999;

MANIN, Philip

- *L'invocabilité des directives: quelques interrogations*, in *RTDE*, 1990 (n.º 4), pp. 669-693;

MARCO, Antonio Di

- *I limiti all'autonomia procedurale in materia risarcitoria*, Estasburgo, 2012;

MARCOUX, Laurent

- *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Économique Européenne*, in *Revue International de Droit Comparé*, 1983 (Vol. 35; n.º 4), pp. 691-733;

MARQUES, Francisco Paes

- *O acesso dos particulares ao recurso de anulação após o Tratado de Lisboa: remendos a um fato fora de moda*, in *Cadernos O Direito*, n.º 5, 2010, pp. 89-109;

- *A exceção de ilegalidade no contencioso da União Europeia*, Lisboa, 2008;

MARTÍN RODRIGUEZ, Pablo J.

- *La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario*, in *RDCE*, 2004 (Ano 8; n.º 19), pp. 829-868;

MARTINS, Ana Maria Guerra

- *Efeitos dos acórdãos prejudiciais do artigo 177.º do TR (CEE)*, Lisboa, 1988;

- *O Tratado da União Europeia. Contributo para a sua compreensão*, Lisboa, 1993;

- *O artigo 235.º do Tratado da Comunidade Europeia. Cláusula de alargamento das competências dos órgãos comunitários*, Lisboa, 1995;

- *Algumas reflexões sobre a reforma do sistema jurisdicional comunitário*, in AA. VV, *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1997, pp. 205-230;

- *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 2000;

- *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra, 2004;

- *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, in *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011, pp. 17-124;

- *A "despilarização" da União Europeia*, in *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011, pp. 125-175;

- *Os fundamentos axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um estudo sobre o artigo 2.º do TUE*, in Nuno PIÇARRA (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, pp. 47-79;

- *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, 2012;

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira

- *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, 2003;

MARTINS, Patrícia Fragoso

- *O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-Membros. Dos Tratados ao Projecto de Constituição Europeia*, Estoril, 2006;

- *Da Proclamação à Garantia Efetiva dos Direitos Fundamentais. Em busca de um due process of law na União Europeia*, Estoril, 2007;

- *Um "Supremo Tribunal" para a União? Reflexões sobre o lugar do TJCE na arquitectura judiciária europeia*, in AA. VV, *Direito e Justiça. Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume III, Lisboa, 2011, pp. 99-156;

MATHIEU, Sandrine

- *L'adhésion de la Communauté à la CEDH: un problème de compétence ou un problème de soumission?*, in *RMCUE* (n.º 414), Janeiro de 1998, pp. 31-36;

MCDONNAGH, Alistair

- *Pour un élargissement des conditions de recevabilité des recours en contrôle de la légalité par des personnes privées en droit communautaire: le cas de l'article 175.º du traité CE*, in *CDE*, 1994 (n.ºs 5 e 6), pp. 607-640;

MEAD, Philip

- *The Relationship between the Action for Damages and an Action for Annulment: The Return of Plaumann*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (editores), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, pp. 243-258;

MEDEIROS, Rui

- *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*, in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, Lisboa, 2001 pp. 227-293;

MEIJ, Arjen W. H.

- *Article 215(2) EC and Local Remedies*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (editores), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, pp. 273-284;

MELO, A. Barbosa de

- *Notas de Contencioso Comunitário* (policopiado), Coimbra, 1986;

MENÉNDEZ, Agustín

- *Chartering Europe: the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Working Paper* (Francisco Lucas Pires e Constitucionalismo Europeu) n.º 2001/03;

MENGOZZI, Paolo

- *The rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *RDE*, 1992 (Vol. 32; n.º 3), pp. 511-525;

- *Le Tribunal de première instance des Communautés européennes et la protection juridique des particuliers*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999 (n.º 2), pp. 181-205;

MESQUITA, Maria José Rangel de

- *Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento*, Coimbra, 1997;
- *O Poder Sancionatório da União e das Comunidades Europeias sobre os Estados Membros*, Coimbra, 2006;
- *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra, 2009;
- *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2010;
- *O sistema jurisdicional após o Tratado de Lisboa*, in AA. VV, O Tratado de Lisboa. Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2012, pp. 71-94;
- *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, Coimbra, 2013;

MIRANDA, Alberto Souto de

- *A competência dos tribunais dos Estados membros para apreciarem a validade dos actos comunitários no âmbito do artigo 177.º do Tratado de Roma*, in Temas de Direito Comunitário, Coimbra, 1990, pp. 9-31;
- *O Tribunal de Justiça e a apreciação não vinculada das questões prejudiciais*, in Temas de Direito Comunitário, Coimbra, 1990, pp. 65-122;

MIRANDA, Jorge

- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V - Actividade Constitucional do Estado, Coimbra, 1997;
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo III - Estrutura Constitucional do Estado, 4.^a Edição, Coimbra, 1998;
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV - Direitos Fundamentais, 3.^a Edição, Coimbra, 2000;
- *Sobre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Parecer Breve*, in AA. VV, A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - A participação da Assembleia da República, Lisboa, 2001, pp. 69-73;
- *O Direito Constitucional Português da Integração Europeia. Alguns aspectos*, in AA. VV, Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução constitucional e perspectivas futuras, Lisboa, 2001, pp. 15-62;

- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I - Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais, 7.^a Edição, Coimbra, 2003;

- *Curso de Direito Internacional Público*, 4.^a Edição, Cascais, 2009;

MIRANDA, Jorge; e **MEDEIROS**, Rui

- *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I: Introdução Geral; Preâmbulo; artigos 1.º a 79.º*, Coimbra, 2005;

MONCADA, Luís Cabral de

- *A Legalidade Europeia*, in *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra, 2006, pp. 903-954;

MONIZ, Graça

- *Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total*, in *Debater a Europa*, 2013 (n.º 9), pp. 131-156;

MONTEIRO, A. Reis

- *Educação da Europa*, Lisboa, 1997;

MONTESQUIEU, Charles de Secondat

(tradução em português do Brasil de Cristina Murachco)

- *O Espírito das Leis* (título original: *L'Esprit des lois*), São Paulo, 2000;

MORAIS, Carlos Blanco de

- *A sindicabilidade do direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional português*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. I, Coimbra 2010, pp. 221-255;

MOREIRA, Vital

- *A tutela dos direitos fundamentais na União Europeia*, in AA. VV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, pp. 75-82;

- *A Carta e a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, in AA. VV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, pp. 89-99;

MOURA, José Barros

- *Cidadania Europeia. Uma Construção Racional*, Lisboa, 1999;

MUÑOZ MACHADO, Santiago

- *El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea*, Madrid, 1986;

MURRAY David

- *EU law rights and national remedies: an uneasy partnership? in Diffusion, The UCLan Journal of Undergraduate Research*, 2013 (Vol. 6, n.º 1), disponível *on line* (<http://atp.uclan.ac.uk/buddypress/diffusion/?p=1523>)

NAÔMÉ, Caroline

- *La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes*, in *RDE*, 1993 (Vol. 33; n.º 2), pp. 223-258;

NASCIMBENE, Bruno

- *Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in AA. VV, *Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini*, Vol II: *Diritto dell'Unione Europea*, Milão, 1998, pp. 683-694;

NIETO MARTÍN, Adán

- *Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal*, in *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica. Estudios de Derecho Judicial*, Separata n.º 61, 2004;

NIHOUL, Paul

- *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale*, in *RTDE* 1994 (n.º 2), pp. 171-194;

NOVAIS, Jorge Reis

- *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004;

O'KEEFFE, David

- *Is the spirit of Article 177 under attack? Preliminary references and admissibility*, in AA. VV, Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini, Vol II: Diritto dell'Unione Europea, Milão, 1998, pp. 695-729;

O'KEEFFE, David; e **BAVASSO**, Antonio (editori)

- *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*. Vol. I: Judicial Review in European Union Law, Haia, 2000;

O'KEEFFE David; e **TWOMEY** Patrick (editori)

- *Legal issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999;

OLIVIER, Dord

- *Systèmes juridiques nationaux et cour européennes: de l'affrontement à la complémentarité?*, in *Pouvoirs - Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques*, 2001 (n.º 96), Les cours européennes Luxembourg et Strasbourg, pp. 5-18;

OLIVER, Peter

- *Joint Liability of the Community and the Member States*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (editori), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, pp. 285-309;

- *Le Règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, in *CDE*, 2005 (n.ºs 3 e 4), pp. 351-394;

OTTAVIANO, Ilaria

- *Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009 (n.º 2), pp. 451-477;

OTERO, Paulo

- *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003;

PAIS, Sofia Oliveira

- *O Acórdão Marleasing - Rumo à consagração implícita do efeito horizontal das directivas*, in BFDUC (Vol. 68), Coimbra, 1992;

- (Coordenação) *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia. Uma abordagem jurisprudencial*, 2.^a Edição, Coimbra, 2012;

- *A cooperação judiciária com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Um passo para a frente, dois passos para trás?* in Estudos de Direito da União Europeia, Coimbra, 2012, pp. 63-78;

- *Assimetrias no contencioso da União Europeia depois de Lisboa*, in Estudos de Direito da União Europeia, Coimbra, 2012, pp. 79-96;

- *A proteção dos particulares no âmbito do recurso de anulação depois de Lisboa. Breves reflexões*, in Estudos de Direito da União Europeia, Coimbra, 2012, pp. 97-113;

PASQUALE, Patrizia De

- *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea tra buona fede e leale collaborazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009 (n.º 2), pp. 431-449;

PASTOR BORGONÓN, Blanca; e **GINDERACHTER**, Eric Van

- *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Cuadernos de Estudios Europeos*, Civitas, Madrid, 1993;

PATRÃO, Afonso Nunes de Figueiredo

- *Responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia*, Coimbra, 2008;

PECHSTEIN, Matthias

- *La constitutionnalisation du droit au juge en Allemagne*, in Joël RIDEAU (direção), *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, Paris, 1998, pp. 59-68;

PEREIRA, André Gonçalves; e **QUADROS**, Fausto de

- *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a Edição, Coimbra, 1997;

PEREIRA, Margarida Silva

- *A protecção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos pela ordem jurídica das Comunidades Europeias*, in *Revista Jurídica*, 1983 (n.º 2), outubro-dezembro, pp. 105-135;

PÉREZ DE NANCLARES, José Martín y; e **MANGAS MARTÍN**, Araceli

- *El sistema de competencias de la Comunidad Europea: germen iusinternacionalista "versus" vocación federal*, Madrid, 1997;

PESCATORE, Pierre

- *l'Ordre Juridique des Communautés Européennes*, 2.^a Ed, Liège, 1973:

- *Aspects judiciaires de l'acquis communautaire*, in *RTDE*, 1981 (n.º 4), pp. 617-651;

- *The doctrine of direct effect: an infant disease of Community Law*, in *ELR*, 1983 (Vol. 8; n.º 3), pp. 155-177;

- *O Recurso Prejudicial do Artigo 177.º do Tratado CEE e a Cooperação do Tribunal de Justiça com as jurisdições nacionais*, tradução portuguesa, Luxemburgo, 1986;

- *Les mesures conservatoires et les référés*, in *La juridiction internationale permanente*, Paris, 1987, pp. 315-362;

- *Reenvio prejudicial: evolução do sistema*, in 1952-2002: Quinquagésimo aniversário do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 2003, pp. 17-30;

- *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge*, in Fabrice PICOD (direção), *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelas, 2008, pp. 615-636;

PIÇARRA, Nuno

- *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177.º do Tratado CEE*, Lisboa, 1991;

- *Cidadania europeia, Direito Comunitário e Direito nacional*, in *O Direito*, 1994 (n.ºs 3 e 4), pp. 185-207 e 499-529;

- *A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Um estudo de Direito Constitucional*, in ANTUNES VARELA et al. (editores), *Ab Uno ad Omnes - 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 1393-1440;

- *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça*, in *Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2000 (n.º 1), pp. 81-125;

- *A justiça constitucional da União Europeia*, in *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. III, Lisboa, 2006, pp. 467-501;

- (Coordenação) *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011;

- *O Tratado de Lisboa em Perspectiva Constitucional. Uma apresentação à luz de vinte meses de vigência*, in Nuno PIÇARRA (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011, pp. 19-37;

PIÇARRA, Nuno; e **COUTINHO**, Francisco Pereira

- *A Europeização dos Tribunais Portugueses*, Instituto Português de Relações Internacionais da Universidade Nova de Lisboa, *Working Paper* 18, Lisboa, 2006;

PICOD, Fabrice (direção),

- *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelas, 2008;

PIRES, Francisco Lucas

- *A política social comunitária como exemplo do princípio da subsidiariedade*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1991 (n.ºs 3-4), pp. 239-259;

- *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1997;

PISANESCHI, Andrea

- *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Pádova, 1998;

PLIAKOS, Asteris D.

- *La nature juridique de l'Union Européenne*, in *RTDE*, 1993 (n.º 2), pp. 187-224;

PORTO, Manuel Lopes; e **ANASTÁCIO**, Gonçalo (coordenação)

- *Tratado de Lisboa. Anotado e comentado*, Coimbra, 2012;

POSCH, Albert

- *The Kadi Case: Rethinking the Relationship between EU Law and International Law*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2009 (Vol. 15; n.º 2), pp. 1-5;

POSSER, Herbert

- *Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde*, in *Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft*, Bd. 77, Berlin, 1993;

PRECHAL, Sacha

- *Community Law in National Courts: The Lessons from Van Schijndel*, in *CMLR*, 1998 (Vol. 35; n.º 3), pp. 681-706;

PRECHAL, Sacha; e **VRIES** Sybe A. de

- *Seamless Web of Judicial Protection in the Internal Market*, in *ELR*, 2009 (Vol. 34; n.º 1), pp. 5-24;

PRETE, Luca; e **SMULDERS**, Ben

- *The Coming of Age of Infringement Proceedings*, in *CMLR*, 2010 (Vol. 47; n.º 1), pp. 9-61;

PROENÇA, Carlos

- *O princípio da flexibilidade no espaço de liberdade, segurança e justiça*, Lisboa, 2004;

PUREZA, José Manuel

- *Justiça e cidadania. Por uma justiça mais democrática*, in *RCCS*, 1999 (n.º 54), pp. 47-54;

QUADROS, Fausto de

- *Sumários de Direito das Comunidades Europeias*, Lisboa, 1983;

- *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público. Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, Coimbra, 1984;

- *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1995;

- *O princípio da subsidiariedade no Tratado da União Europeia: contributos para a revisão do Tratado*, in AA. VV, *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1997, pp. 231-247;

- *A nova dimensão do Direito Administrativo. O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, 1999;

- *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2004;

- *Direito da União Europeia*, 3.^a Edição, Coimbra, 2013;

QUADROS, Fausto de; e **MARTINS**, Ana Maria Guerra

- *Contencioso Comunitário*, Coimbra, 2002;

- *Contencioso da União Europeia*, 2.^a Edição, Coimbra, 2007;

QUADROS, Fausto de; e **PINTO**, Ricardo de Gouvêa

- *Os casos Portugueses*, in Coleção Divulgação do Direito Comunitário. Colectânea Anotada de Jurisprudência Comunitária; 1995 (n.º 19);

QUADROS, Inês

- *A função subjectiva da competência prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra, 2006;

QUEIROZ, Cristina

- *Direito Internacional Público II - Organizações Internacionais*, Lisboa, 2002;

- *Poder constituinte, democracia e direitos fundamentais. Uma via constitucional para a Europa?*, Coimbra, 2013;

RADBRUCH, Gustav

(tradução portuguesa de L. Cabral de Moncada)

- *Filosofia do Direito* (título original: *Rechtsphilosophie*), 5.^a Edição, Coimbra, 1974;

RAMOS, Rui Moura

- *Les aspects nouveaux de la libre circulation des personnes: vers une citoyenneté européenne*, Lisboa, 1993 [igualmente disponível in *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2.^a Edição, Coimbra, 1999, pp. 249-303];

- *As Comunidades Europeias. Enquadramento normativo-institucional*, in *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2.^a Edição, Coimbra, 1999, pp. 7-102 [igualmente disponível in *DDC*, 1986 (n.ºs 25 e 26), pp. 7-108];

- *Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na construção comunitária*, in *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2.^a Edição, Coimbra, 1999, pp. 213-237;

- *Maastricht e os direitos do cidadão europeu*, in *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2.^a Edição, Coimbra, 1999, pp. 323-358;

- *O Tratado de Nice e a reforma do sistema jurisdicional comunitário*, in *Temas da Integração*, 2001 (n.ºs 12 e 13), pp. 77-104;

- *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Alguns aspectos*, in AA. VV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001, pp. 53-57;

- *O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa e a posição dos tribunais constitucionais dos Estados membros no sistema jurídico e jurisdicional da União Europeia*, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Vol. II, Coimbra, 2005, pp. 365-395 [igualmente disponível in *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra, 2013, pp. 197-228];

RANGEL, Paulo Castro

- *A separação de poderes segundo Montesquieu*, in AA. VV, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra, 2001, pp. 347-365;

RAVO, Linda Maria

- *The role of the Principle of Effective Judicial Protection in the EU and its Impact on National Jurisdictions*, in *Sources of Law and Legal Protection*, 2012 (Triestine Lecture, 1), pp. 101-125;

RAWLS, John

(tradução portuguesa de Carlos Pinto Correia)

- *Uma teoria da justiça* (título original: *A Theory of Justice*), 2.^a Edição, Lisboa, 2001;

RIBEIRO, Manuel de Almeida; **COUTINHO**, Francisco Pereira; e **CABRITA**, Isabel
(coordenação)

- *Enciclopédia de Direito Internacional*, Coimbra, 2011;

RIBEIRO, Marta Chantal

- *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*, Coimbra, 1996;

RIDEAU, Joël

- *Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, in Stéphane LECLERC, Jean-François AKANDJI-KOMBÉ e Marie-Joëlle REDOR (editores), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelas, 1999, pp. 75-103;

- (direção), *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, Paris, 1998;

- (direção), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Nice, 2000;

- *l'Incertaine montée vers l'Union de droit*, in Joël RIDEAU (direção), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Nice, 2000, pp. 1-22;

RÖBEN, Volker

- *Kommentar zum artigo 35 EUV*, in Eberhard GRABITZ e Meinhard HILF (editores), *Das Recht der Europäischen Union*, Munique, 1999;

ROCHA, Manuel Lopes

- *Protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária*, in Ministério da Justiça, Gabinete de Direito Europeu, n.º 11, Lisboa, 1992;

ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la

- *La Convention sur la Charte des Droits Fondamentaux et le processus de construction européenne*, in *RMCUE* (n.º 437), Avril 2000, pp. 223-227;

- *La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?*, in *RMCUE* (n.º 443), Décembre 2000, pp. 674-680;

- *Droits de l'Homme. La Charte de Droits Fondamentaux et au delà*, The Jean Monnet Program, Working Paper n.º 10/01, Paris, 2001;

RODRÌGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos

- *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *RIDPC*, 2001 (Vol. 11; n.º 1), pp. 5-28;

ROMÃO, Margarida Telles

- *Liberdade e vinculação na administração comunitária*, Lisboa, 2000;

ROQUE, Miguel Prata

- *O Direito Administrativo Europeu - Um motor da convergência dinâmica dos direitos administrativos nacionais*, in AA. VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra 2010, pp. 903-964;

ROUSSEAU, Jean-Jacques

(tradução portuguesa de Leonardo Manuel Pereira Brum)

- *O Contrato Social* (título original: *Le Contrat Social*), 5.ª Edição, Mem Martins, 2003;

ROWE, Nicola; e **SCHLETTE**, Volker

- *The protection of human rights in Europe after the eleventh protocol to the ECHR*, in *ELR*, 1998 (Vol. 23); *Human Rights Survey*, 1998, pp. 3-16;

RUIZ, Nuno

- *O princípio da subsidiariedade e a harmonização de legislações na Comunidade Europeia*, in AA. VV, *A União Europeia na Encruzilhada*, Coimbra, 1996, pp. 129-138;

RYLANDER, Lisa

- *Effective private enforcement of EU competition law*, Uppsala, 2013;

SAIZ ARNAIZ, Alejandro

- *Constitutional Jurisdiction in Europe: Between Law and Politics*, in *MJ*, 1999 (Vol. 6; n.º 2), pp. 111-126;

SALAZAR, Lorenzo

- *Il controverso ruolo della Corte de Giustizia nel "Terzo Pilastro": prime applicazioni dell'art. K.3 del Trattato sull'Unione Europea*, in *Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini*, Vol. II: *Diritto dell'Unione Europea*, Milão, 1998, pp. 905-932;

SALCEDO, Juan

- *Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales*, in *RDCE*, 2001 (Ano 5; n.º 9), pp. 7-26;

SANCHO, Ángel

- *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 1999;

SANTA MARIA PAZ, Andrés Sáenz de

- *Primera multa coercitiva a un Estado miembro por inexecución e sentencia (Comentario a la sentencia del TJCE de 4 de julio de 2000, Comisión c. Grecia)*, in *RDCE*, 2000 (Ano 4; n.º 8), pp. 493 a 518;

SANTOS, Boaventura de Sousa

- *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*, Porto, 2000;

SANTOS, Cecília Macdowell; et al.

- *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e Portugal: uma revisão bibliográfica*, 2008, Oficina do CES n.º 303, pp. 1-25;

SARAIVA, Rute Gil

- *Sobre o princípio da subsidiariedade (génese, evolução, interpretação e aplicação)*, Lisboa, 2001;

SAURON, Jean-Luc

- *Comprendre le Traité de Lisbonne*, Paris, 2008;

SCHERMERS Henry G.; e SWAAK, Christof R. A.

- *Official Acts of Community Servants and Article 215(4) EC*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (eds.), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, pp. 167-178.

SCHERMERS Henry G.; e WAELBROECK, Denis F.

- *Judicial Protection in the European Union*, 6.^a Edição, Haia, 2001;

SCHOCKWEILER, Fernand A.

- *L'exécution des arrêts de la Cour*, in F. CAPOTORTI, C. D. EHLERMANN e J. FROWEIN (coordenação), *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden, 1987, pp. 613-635;

SCHORKOPF, Frank

- *The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *GLJ*, 2009 (n.º 8), pp. 1219-1240;

SCHWARTZ, Jürgen

- *The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights*, in *CMLR*, 1986 (Vol. 23; n.º 2), pp. 401-417;

- *Tendencies toward a common administrative law in Europe*, in *ELR*, 1991 (Vol. 16; n.º 1), pp. 3 a 19;

- *La ratification du Traité de Maastricht en Allemagne, l'arrêt de la Cour Constitutionnelle de Karlsruhe*, in *RMUE*, 1994 (n.º 2), pp. 293 a 302;

- *Enlargement, the European Constitution and Administrative Law*, in *ICLQ*, 2004 (Vol. 53; n.º 4), pp. 969-984;

SIEBERSON, Stephen C.

- *The Treaty of Lisbon and its Impact on the European Union's Democratic Deficit*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2008, pp. 445-465;

SILVA, Miguel Moura e,

- *Direito Comunitário I. Jurisprudência, Questões e Notas. Tomo 1 - Direito Institucional e Ordem Jurídica Comunitária*, Lisboa, 2000;

- *Direito da União Europeia. Jurisprudência Essencial*, Lisboa, 2007;

SILVA, Suzana Tavares da

- *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra, 2010;

SILVEIRA, Alessandra

- *A responsabilidade do Estado por violação do Direito da União Europeia à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça*, in *Scientia Iuridica*, 2008 (n.º 315), pp. 437-452;

- *Constituição, ordenamento e aplicação das normas europeias e nacionais*, in *POLIS - Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, 2008, pp. 65-84;

- *Da (ir)responsabilidade do Estado-juiz por violação do Direito da União Europeia*, in *Scientia Iuridica*, 2009 (n.º 320), pp. 773-804;

- *Princípios de Direito da União Europeia*, Lisboa, 2009;

SILVEIRA, Alessandra; e **CANOTILHO**, Mariana (coordenação)

- *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*, Coimbra, 2013;

SIMON, Denys

- *Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives*, in *Europe*, 1991, Dezembro, pp. 1-3;

- *L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la CEDH*, in *Europe*, 1996, junho, pp. 1-6;

- *Le système juridique communautaire*, 2.^a Edição, Paris, 1998;

- *The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law*, in David O'KEEFFE e Antonio BAVASSO (editores), *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley. Vol. I: Judicial Review in European Union Law*, Haia, 2000, pp. 275-286;

- *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: "Je t'aime, mais non plus"?*, in *Pouvoirs - Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques*, 2001 (n.º 96), Les cours européennes Luxembourg et Strasbourg, pp. 31-49;

- *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême (À propos de l'arrêt Köbler, CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, in Europe*, 2003, pp. 3-6;

- *Consolidation de la responsabilité des États membres du fait des violations imputables aux juridictions nationales*, in *Europe*, 2006, n.º 8-9, pp. 9-11;

SIMON, Denys; e **BARAV**, Ami

- *La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire*, in *RMC*, 1987 (n.º 305), pp. 165-174;

SINANOTIS, Dimitrios

- *The Plea of Illegality in EC Law*, in *EPL*, 2001 (Vol. 7; n.º 1), pp. 103-125;

SISKOVA, Nadezda

- *Treaty of Lisbon and Charter of Fundamental Rights of the EU: future prospects*, in *Temas da Integração*, 2008 (n.º 26), pp. 11-20;

SJÖSTRAND, Cecilia

- *Effective Judicial Protection of Individuals - A duty for the Court of Justice or the National Courts*, Lund, 2011;

SOARES, A. Goucha

- *O Tratado de Amesterdão e o novo passo da União Europeia*, in *Cadernos de Ciência e Legislação*, 1998 (Janeiro-Março; n.º 21; vol. 1), pp. 5-40;

- *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A protecção dos direitos fundamentais no Ordenamento Comunitário*, Coimbra, 2002;

SOUSA, Constança Urbano de

- *Princípios estruturantes do Direito Comunitário de criação jurisprudencial*, in *Ministério da Justiça, Gabinete de Direito Europeu*, n.º 32, Lisboa, 2000;

- *O "novo" terceiro pilar da União Europeia: a cooperação policial e judiciária em matéria penal*, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, 2001, pp. 867-915;

SOUSA, Marcelo Rebelo de

- *A Cidadania Europeia - Nível de concretização dos direitos, possibilidade de alargamento e suas implicações*, in *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1997, pp. 119-129;

- *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, 1999;

- *A transposição das diretivas comunitárias na ordem jurídica portuguesa*, in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, BFDUC (n.º 38), Coimbra, 1999, pp. 65-81;

SOUSA, Miguel Teixeira de

- *Direito Processual Civil Europeu*, Lisboa, 2003;

SPIELMANN, Dean

- *Human rights case law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: conflicts, inconsistencies and complementarities*, in Philip ALSTON (editor), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, pp. 757-780;

STARR-DEELEN, Donna; e **DEELEN**, Bart

- *The European Court of Justice as a Federator*, in *The Journal of Federalism*, 1996 (Vol. 26; n.º 4), pp. 81-97;

STEIN, Torsten

- *La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht*, in *RIE*, 1994 (n.º 21/3), pp. 745-769;

STEINER, Josephine

- *From direct effect to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law*, in *ELR*, 1993 (Vol. 18; n.º 1), pp. 3-22;

STREINZ, Rudolf

- *Europarecht*, 8.ª Edição, Heidelberg, 2008;

SZYSZCZAK, Erika M.

- *Making Europe More Relevant to its Citizens: Effective Judicial Protection*, in *ELR*, 1996 (Vol. 21; n.º 5), pp. 351-364;

TABOROWSKI, Maciej

- *Case C-432/05 Unibet, Some Practical Remarks on Effective Judicial Protection*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, pp. 621-647;

TARZIA, Giuseppe

- *Providências cautelares atípicas (uma análise comparativa)*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 112, Coimbra, 1999, pp. 241-260;

TEIXEIRA, Sónia

- *A protecção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 1998;

TELLES, Patrícia Galvão

- *As sanções e as relações entre as ordens jurídicas internacionais e europeia*, in *BFDUC*, 2012 (Vol. 88; Tomo II), pp. 881-898;

TESAURO, Giuseppe

- *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and the National Courts*, in *Yearbook of European Law*, 1993, pp. 1-17;

- *Diritto Comunitario*, 2.ª Edição, Pádova, 2001;

TEZCAN, Ercüment

- *Les sanctions prévues par l'article 171, alinéa 2 du Traité CE en cas de non-exécution d'un arrêt de la Cour de Justice par un État membre et les développements récents à ce propos*, in *Revue Européen de Droit Public*, 1998 (Vol 10; n.º 1), pp. 39-68;

THIELE, Alexander

- *Europarecht*, 6.ª Edição, Niederle, 2008;

THILL, Marc.

- *Le défaut de qualité du Parlement Européen pour agir en annulation au titre de l'article 173 du Traité CEE: l'arrêt de la Cour de Justice du 27 septembre 1988 et ses implications sur d'autres aspects du contentieux communautaire*, in *CDE*, 1989 (n.ºs 3 e 4), pp. 367-391;

THIM, Daniel

- *In the name of sovereign Statehood: a critical introduction to the Lisbon judgment of the German Constitutional Court*, in *CMLR*, 2009 (Vol. 46; n.º 6), pp. 1795-1822;

TISSOT, Sophie G.

- *La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission*, in *RTDE*, 2002 (n.º 1), pp. 91-121;

TIZZANO, Antonio

- *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in AA. VV, *I processi speciali*, Napoles, 1979, pp. 363-405;

TOTH, A. G.

- *The Concepts of Damage and Causality as Elements of Non-Contractual Liability*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (editores), *The Action of Damages in Community Law*, pp. 179-197;

TRABUCCHI, A.

- *L'effet "erga omnes" des décisions préjudicielles rendues par la Cour de Justice des Communautés*, in *RTDE*, 1974 (n.º 1), pp. 56-87;

TUR AUSINA, Rosario

- *Garantía de Derechos y Jurisdicción Constitucional - Efectividad del Amparo tras la Sentencia Estimatoria*, València, 2008;

VALLE GÁLVEZ, Alejandro

- *La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar e Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, in *RDCE*, 1998 (Año 2; n.º 3), pp. 41-78;

VANDERSANDEN, Georges

- *Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées*, in *CDE*, 1995 (n.ºs 5 e 6), pp. 535-552;

- *La procédure préjudicielle: à la recherche d'une identité perdue*, in AA. VV, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Vol. I, Bruxelles, 1999, pp. 619-648;

VANDERSANDEN, Georges; e **BARAV**, Ami

- *Contentieux communautaire*, Bruxelas, 1977;

VARELA, Antunes

- *O direito de acção e a sua natureza jurídica*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 125 (1993), n.º 3824, pp. 325-331; n.º 3825, pp. 357-361; Ano 126 (1993), n.º 3826, pp. 12-16; n.º 3827, pp. 37-41; n.º 3828, pp. 70-75; n.ºs 3829 e 3830, pp. 103-107; n.º 3831, pp. 166-170;

VARELA Antunes; *et al.* (editores),

- *Ab Uno ad Omnes - 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998;

VARELA, Antunes; **BEZERRA**, J. Miguel; **NORA**, Sampaio e

- *Manual de Processo Civil*, 2.ª Edição, Coimbra, 1985;

VASCONCELOS, Álvaro de (coordenação)

- *Valores da Europa. Identidade e legitimidade*, Cascais, 1999;

VASCONCELOS, Pedro Bacelar de

- *Justiça e Cidadania: para uma justiça mais democrática*, in *RCCS*, 1999 (n.º 54), pp. 55-58;

VESTERDORF, Bo

- *A protecção jurisdicional face aos actos das instituições comunitárias*, in *1952-2002: Quinquagésimo aniversário do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Luxemburgo, 2003, pp. 69-80;

VILAÇA, José Luís da Cruz

- *O Contencioso Comunitário. Competência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias*, in *AA. VV, Integração Europeia. Perspectivas*, Lisboa, 1993, pp. 75-91;

- *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, in *Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini*, Vol. II: *Diritto dell'Unione Europea*, Milão, 1998, pp. 257-306;

- *A protecção dos direitos dos cidadãos no espaço comunitário*, in Álvaro de VASCONCELOS (coordenação), *Valores da Europa. Identidade e legitimidade*, Cascais, 1999, pp. 51-80;

- *A propósito dos efeitos das directivas nas ordens jurídicas dos Estados membros*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2001 (n.º 30), pp. 3-19;

VILAÇA José Luís da Cruz; e **ANTUNES** Luís Miguel Pais

- *The Court of First Instance of the European Communities: A Significant Step Towards the Consolidation of the European Community as a Community Governed by the Rule of Law*, in *Yearbook of European Law*, 1990, pp. 1-56;

- *Le démarrage d'une nouvelle juridiction communautaire: le tribunal de première instance un an après*, in *L'Europe et le Droit*, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, 1991, pp. 47-74;

VILHENA, Maria do Rosário

- *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário*, Coimbra, 2002;

VITORINO, António

- *La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000 (n.º 3), pp. 499-509;

- *A Carta dos Direitos Fundamentais, fundamento do Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça*, in *Europa Novas Fronteiras*, 2000, pp. 66 a 74;

- *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Cascais, 2002;

- *As perspectivas depois de Nice*, in AA. VV, *Portugal e a construção europeia*, Coimbra, 2003, pp. 167-174;

- *A "Casa Europeia" de Lisboa*, in Nuno PIÇARRA (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011, pp. 39-45;

VOGT, Matthias

- *Indirect Judicial Protection in EC Law - the Case of the Plea of Illegality*, in *ELR*, 2006 (Vol. 31; n.º 3), pp. 364-377;

WELBROECK, Denis F.

- *Treaty Violations and Liability of Member States: the Effect of the Francovich Case Law*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (editores), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, pp. 311-338;

WELBROECK, Michel

- *La Cour de justice et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *CDE*, 1996 (n.º 5 e 6), pp. 549-553;

WATHELET, Melchior

- *La Charte des Droits Fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue*, in *CDE*, 2000 (n.º 5 e 6), pp. 585-593;

WEILER, Joseph H. H.

- *Pride and Prejudice - Parliament v. Council*, in *ELR*, 1989 (Vol. 24; n.º 5), pp. 334-346;

- *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991 (Vol. 100; n.º 8), pp. 2403-2483;

- *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *ELJ*, 1995 (Vol. 1; n.º 1), pp. 219-258;

- *The Reformation of European Constitutionalism*, in *Journal of Common Market Studies*, 1997 (Vol. 35; n.º 1), pp. 97-131;

- *Methods of Protection of Fundamental Human Rights in the European Community: Towards a Second and a Third Generation of Protection*, in Antonio CASSESE, Andrew CLAPHAM, e Joseph H. H. WEILER (editores), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden-Baden, 1992, pp. 555-641;

WEILER, Joseph H. H.; e **LOCKHART**, Nicholas J. S.

- *Taking rights seriously: the European Court of Justice and its fundamental rights jurisprudence - Part I*, in *CMLR*, 1995 (Vol. 32; n.º 1), pp. 51-94;

- *Taking rights seriously: the European Court of Justice and its fundamental rights jurisprudence - Part II*, in *CMLR*, 1995 (Vol. 32; n.º 2), pp. 579-627;

WENNERÁS, Pal

- *A new dawn for Commission enforcement under Articles 226 and 228 EC: General and persistent (gap) infringements, lump sums and penalty payments*, in *CMLR*, 2006 (Vol. 43; n.º 1), pp. 31-62;

WILDHABER, Luzius

- *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Journal*, 2002 (Vol. 23), pp. 161-165;

WINTER, J. A.

- *Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in Community Law*, in *CMLR*, 1972 (Vol. 9; n.º 4), pp. 425-438;

WITTE, Bruno de

- *Community Law and National Constitutional Values*, in *Legal Issues of European Integration*, 1991 (n.º 2), pp. 1-22;

- *Direct effect, supremacy and the nature of the EU legal order*, in Paul CRAIG e Gráinne de BÚRCA (organizadores), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Londres, 1999, pp. 177-213;

- *The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*, in Phillip ALSTON (editor), *The EU and the Human Rights*, Oxford, 1999, pp. 859-897;

- *The legal status of the Charter: vital question or non-issue?*, in *MJ*, 2001 (Vol 8; n.º 1), pp. 81-89;

WITTE, Floris de

- *The European Judiciary after Lisbon*, in *MJ*, 2008 (Vol. 15; n.º 1), pp. 43-54;

WOUDE, Marc H. van der

- *Liability for Administrative Acts under Article 215(2) EC*, in Ton HEUKELS e Alison MCDONNELL (editores), *The Action for Damages in Community Law*, Haia, 1997, pp. 109-128;

ZIPPELIUS, Reinhold

(tradução portuguesa de Karin Praefke-Aires Coutinho)

- *Teoria Geral do Estado* (título original: *Allgemeine Staatslehre*), 3.^a Edição, Lisboa, 1997.

Índice geral

Resumo	XI
<i>Abstract</i>	XIII
Modo de citação das fontes e orientações de leitura	XV
Principais abreviaturas e acrónimos utilizados	XVII

Introdução

1. Considerações iniciais	1
2. Delimitação do objeto e plano da tese	7
3. Razões de escolha do tema	12
4. Questões metodológicas	13

Parte I

A tutela jurisdicional efetiva na União Europeia: conceito e pressupostos

Capítulo I

Noção, conteúdo, natureza e fundamento da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia

1. Razão de ordem	19
2. Questão prévia: os acórdãos Maastricht e Lisboa do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a natureza do processo europeu de integração	24
2.1. A sentença do <i>BVerfG</i> de 12 de outubro de 1993	25
2.2. A sentença do <i>BVerfG</i> de 30 de junho de 2009	28
2.3. Implicações sobre a natureza da instituição jurisdicional da União Europeia	30
3. Clarificação conceptual de tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia	31

3.1. Delimitação negativa	34
3.1.1. Formas não jurisdicionais de proteção do direito da União Europeia previstas no respetivo ordenamento	34
I. O controlo político desenvolvido pelo Parlamento Europeu sobre outras instituições, em especial em relação à Comissão	34
II. O controlo político operado pelo Conselho e pelo Conselho Europeu sobre os Estados membros	36
III. O controlo gracioso efetuado pelo Provedor de Justiça Europeu	39
IV. O contributo do instituto da Cidadania da União	40
V. O controlo gracioso emergente da esfera competencial da Comissão ...	42
3.1.2. Formas não jurisdicionais de proteção do direito da União Europeia previstas nas ordens jurídicas dos Estados membros	44
3.1.3. Síntese	46
3.2. Delimitação positiva	47
3.2.1. Noção	49
I. O direito de acesso aos tribunais da União Europeia	51
II. O processo justo e equitativo: a ideia de <i>due process of law</i> e as suas decorrências	55
III. O direito à execução das decisões dos tribunais da União Europeia ...	59
IV. O decretamento de medidas provisórias que garantam a eficácia das decisões do processo principal	62
3.2.2. A garantia da via judiciária	63
3.2.3. As principais garantias processuais	64
I. O direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição	65
II. A garantia do juiz natural ou legal	67
III. As garantias no âmbito do direito sancionatório	68
3.2.4. Positivização no quadro dos Tratados	72
3.2.5. A natureza híbrida da tutela jurisdicional efetiva	73
I. Como princípio geral de direito da União Europeia	73
II. Como direito fundamental	75
3.2.6. Os titulares do direito à tutela jurisdicional efetiva	78
I. Os particulares	78
II. Os Estados membros?	78
3.3. As noções de tribunais e de contencioso da União Europeia	81
3.3.1. Esclarecimento prévio	81

3.3.2. Os tribunais da União Europeia	82
3.3.3. O contencioso da União Europeia	87
4. Principais situações da ordem jurídica da União suscetíveis de despoletar reações a que subjaz a tutela jurisdicional efetiva	89
4.1. A salvaguarda da ampla legalidade europeia	89
4.2. A repressão da ilicitude na esfera das atuações da União e dos Estados membros desde que relacionadas com a integração europeia	95
5. A União Europeia como União de direito enquanto fundamento axiológico da tutela jurisdicional efetiva	98

Capítulo II

Pressuposto orgânico e formal da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia: os tribunais da União e as regras adjetivas

1. Razão de ordem	105
2. O Tribunal de Justiça da União Europeia enquanto instituição jurisdicional	107
2.1. Elementos constitutivos da jurisdição	107
2.2. Caráter permanente e competência exclusiva, imperativa e parcialmente de plena jurisdição	109
2.3. Competência declarativa e cautelar, e geralmente não executória	112
2.4. O dispositivo, o contraditório e o inquisitório enquanto princípios estruturantes do inerente direito processual	115
2.5. O desdobramento do Tribunal de Justiça da União Europeia	118
2.5.1. O papel do Tribunal Geral	122
I. O Tribunal Geral enquanto órgão jurisdicional de primeira instância e a reserva de competência do Tribunal de Justiça	122
II. Recurso para o Tribunal de Justiça das decisões do Tribunal Geral	125
III. O Tribunal Geral como instância de apelo das decisões dos tribunais especializados	130
IV. O Tribunal Geral (e o Tribunal de Justiça) como instância de controlo jurisdicional das decisões administrativas da Comissão	131
V. A permanente ausência de competência prejudicial do Tribunal Geral..	135
VI. Reapreciação excecional das decisões do Tribunal Geral pelo Tribunal de Justiça	137

2.5.2. O papel do Tribunal da Função Pública (breve referência)	140
2.5.3. O papel do Tribunal de Justiça (remissão)	142
2.6. A exclusão (e a inclusão) da competência do Tribunal de Justiça da União Europeia nas matérias da Política Externa e de Segurança Comum	142
2.6.1. Desvios à regra: a competência do Tribunal da Justiça da União Europeia nos domínios PESC	144
2.6.2. A tutela jurisdicional efetiva e a competência anulatória de atos da União conexos com os domínios PESC. A jurisprudência <i>Kadi</i>	145
I. Primeiro momento	146
II. Segundo momento	168
2.7. A tutela jurisdicional efetiva e alguns aspetos da tramitação dos processos nos órgãos integrados no Tribunal de Justiça da União Europeia	182
2.7.1. Na forma processual comum	182
2.7.2. Nas formas processuais especiais	186
I. Na tramitação dos processos de medidas provisórias de natureza cautelar	187
II. Na tramitação dos processos de reenvio prejudicial	189
2.7.3. A relevância dos pressupostos processuais e das exceções de inadmissibilidade	193
3. Os tribunais dos Estados membros enquanto órgãos da jurisdição da União Europeia em sentido amplo	195
3.1. Os órgãos jurisdicionais nacionais como aplicadores comuns do direito da União.....	195
3.2. Os princípios orientadores de tal atividade	198
3.2.1. O princípio da autonomia processual	200
3.2.2. O princípio da efetividade	206
3.2.3. O princípio da equivalência	208
3.2.4. Balanço	210
3.3. O controlo jurisdicional das sanções aplicadas aos particulares, pelos Estados membros, pelo menosprezo da legalidade europeia	211
4. Repartição de competências entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais nacionais enquanto órgãos jurisdicionais da União	212
4.1. Os princípios da competência de atribuição e da universalidade de competência..	213
4.2. Os critérios da atribuição positiva e da atribuição residual	214
4.3. Decorrência de ambos os critérios	215

Capítulo III

Pressupostos substantivos da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia: primado e seus corolários, e sistema de proteção de direitos fundamentais

Razão de ordem	219
§ 1.º	
O princípio do primado do direito da União e suas decorrências enquanto pressuposto material da tutela jurisdicional efetiva na União Europeia	
1. O princípio do primado e a tutela jurisdicional efetiva	222
1.1. Ativismo judiciário na revelação e fundamentação do primado	223
1.2. Noção e implicações do primado	226
1.3. O primado e as administrações públicas dos Estados membros	228
1.4. O primado e o lugar do direito da União Europeia nas fontes do direito	229
1.5. Fundamento do primado	233
2. Os princípios da aplicabilidade direta e do efeito direto do direito da União Europeia e a tutela jurisdicional efetiva	234
2.1. Problema prévio: coincidência ou divergência entre os conceitos de aplicabilidade direta e de efeito direto?	234
2.2. O princípio da aplicabilidade direta e a tutela jurisdicional efetiva	236
2.2.1. Consagração da aplicabilidade direta no Tratado	237
2.2.2. A aplicabilidade direta do demais direito derivado da União	237
2.2.3. Repercussões da aplicabilidade direta na tutela jurisdicional efetiva	238
2.3. O princípio do efeito direto e a tutela jurisdicional efetiva	239
2.3.1. Tipos de efeito direto	240
2.3.2. A tutela jurisdicional efetiva enquanto fundamento do efeito direto	240
2.3.3. O ativismo judiciário na revelação do efeito direto e inferências para a tutela jurisdicional efetiva	242
I. Efeito direto das disposições dos Tratados	242
II. Efeito direto das disposições do direito derivado	245
III. Negação do efeito direto horizontal das diretivas	247
IV. Medidas compensatórias pela negação do efeito direto	248

3. O princípio da uniformidade do direito da União Europeia e a tutela jurisdicional efetiva	248
---	-----

§ 2.º

O sistema de proteção de direitos fundamentais enquanto pressuposto substancial da tutela jurisdicional efetiva na União Europeia

1. A problemática da proteção dos direitos fundamentais no ordenamento da União Europeia	252
2. A omissão dos Tratados Comunitários quanto à necessidade de proteção dos direitos fundamentais	254
3. O ativismo judiciário do Tribunal de Justiça perante a omissão dos Tratados relativamente à necessidade de proteção dos direitos fundamentais	256
3.1. Fase inicial: a descrença axiológica do Tribunal face aos direitos fundamentais motivada pela desnecessidade de salvaguarda dos mesmos pelos Tratados	257
3.2. Segunda fase: a aceitação e integração dos direitos fundamentais nos princípios gerais de direito pelo Tribunal	259
3.3. Terceira fase: a proteção dos direitos fundamentais nas Comunidades mediante recurso a instrumentos jurídicos externos	263
3.3.1. O contributo da nova linha jurisprudencial para a pacificação do conflito entre o Tribunal de Justiça e as jurisdições constitucionais nacionais	265
3.3.2. A extrapolação da nova linha do Tribunal de Justiça para o âmbito nacional conexo com a matéria comunitária	267
3.3.3. Em especial, as alusões à tutela jurisdicional efetiva enquanto direito fundamental	270
I. Referências expressas e implícitas	270
II. Referências expressas e explícitas	271
3.4. Balanço	275
4. Repercussões do ativismo do Tribunal de Justiça na integração da lacuna dos Tratados relativamente à proteção dos direitos fundamentais	278
4.1. O Tratado de Maastricht e a cláusula geral de proteção dos direitos fundamentais desprovida de tutela jurisdicional	278
4.1.1. A ausência de tutela jurisdicional nos domínios PESC	279
4.1.2. A institucionalização da cidadania europeia. Propostas para o incremento da figura	280

4.2. O Tratado de Amesterdão e as repercussões para a tutela jurisdicional efetiva decorrentes da comunitarização parcial do antigo terceiro pilar	281
4.3. O Tratado de Lisboa, a eliminação da estrutura de pilares e o incremento dos direitos de cidadania europeia	283
4.3.1. Repercussões ao nível da tutela jurisdicional efetiva decorrentes da eliminação da estrutura de pilares	285
4.3.2. Um novo direito de cidadania europeia ainda que desprovido de tutela jurisdicional	287
4.4. Balanço	288
5. O reforço da tutela jurisdicional e política dos direitos fundamentais operado pelos tratados subsequentes a Maastricht	289
5.1. O Tratado de Amesterdão e o reforço do princípio do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais	290
5.2. O contributo do Tratado de Lisboa	292
5.3. Balanço	293
6. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem	294
6.1. A problemática da adesão: o Parecer 2/94 do Tribunal de Justiça	295
6.2. Os contributos do Tratado Constitucional e do Tratado de Lisboa	297
6.3. Vantagens da adesão	299
6.4. Um problema resultante da adesão: divergências jurisprudenciais na interpretação do conteúdo dos direitos fundamentais	301
7. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia	304
7.1. Uma Carta para a União Europeia e para os Estados membros	305
7.2. A natureza jurídica da Carta e a tutela jurisdicional efetiva	306
7.3. O contributo do Tratado de Lisboa e a posição do Reino Unido e da Polónia (extensível à República Checa)	308
7.4. A cláusula de não retrocesso e o nível de proteção mais elevado	309
7.5. Um recurso jurisdicional direto dos particulares destinado à salvaguarda de direitos fundamentais ofendidos ou ameaçados pelos poderes públicos da União Europeia?	311

Parte II

A tutela jurisdicional efetiva no âmbito das medidas provisórias de natureza cautelar previstas no direito da União Europeia

1. Razão de ordem	319
2. O decretamento de providências cautelares pelos órgãos integrantes do Tribunal de Justiça da União Europeia e a tutela jurisdicional efetiva	321
2.1. A suspensão da execução de atos da União Europeia	322
2.1.1. Natureza do ato impugnado	323
2.1.2. Referência breve aos atos das autoridades europeias que imponham uma obrigação pecuniária a pessoas que não sejam Estados	326
2.2. O decretamento de outras medidas cautelares	327
2.3. Pressupostos processuais de admissão dos pedidos de medidas provisórias de natureza cautelar	330
2.3.1. Competência do tribunal.....	330
2.3.2. Idoneidade do meio principal	331
2.3.3. Subordinação do pedido cautelar a processo principal pendente no Tribunal	333
2.3.4. Legitimidade do requerente	335
2.3.5. Especificação do objeto do litígio	336
2.3.6. Apresentação do pedido de medidas cautelares em separado	336
2.3.7. Oportunidade de apresentação do pedido	338
3. O decretamento de providências cautelares fundadas no direito da União Europeia pelos órgãos jurisdicionais nacionais e a tutela jurisdicional efetiva	339
3.1. A problemática em torno da competência dos tribunais dos Estados membros no decretamento de medidas cautelares baseadas no direito da União	340
3.2. A consagração do papel dos tribunais nacionais para o decretamento de providências cautelares fundadas no direito da União (a jurisprudência <i>Factortame</i>)	346
3.3. A consolidação da competência dos tribunais nacionais para o decretamento de providências cautelares fundadas no direito da União (a jurisprudência <i>Zuckerfabrik, Atlanta e Unibet</i>)	352
3.4. A mais-valia da jurisprudência <i>Antonissen</i>: a extensão da tutela jurisdicional cautelar decretada pelos tribunais nacionais a medidas de natureza antecipatória..	360

3.5. Razão de ser e conteúdo da competência dos tribunais nacionais para o ordenamento de providências cautelares fundadas no direito da União	362
4. Requisitos de fundo a considerar pelos tribunais no decretamento de medidas provisórias de natureza cautelar fundadas no direito da União Europeia	364
4.1. O <i>fumus boni iuris</i>	366
4.2. O <i>periculum in mora</i>	368
4.3. A ponderação dos interesses em presença	372
5. Características dos instrumentos processuais de tutela cautelar	374
5.1. A sumariedade	374
5.2. A provisoriedade	376
5.3. A instrumentalidade	378

Parte III

Corolários da tutela jurisdicional efetiva nos instrumentos processuais da União Europeia *stricto sensu* a cargo da respetiva instituição jurisdicional

Capítulo I

A tutela jurisdicional efetiva no mecanismo contencioso de declaração e repressão de comportamentos dos Estados membros contrários às obrigações decorrentes dos Tratados

1. Razão de ordem	385
2. Tutela jurisdicional efetiva e âmbitos objetivo e subjetivo das duas espécies de ações por incumprimento	388
2.1. Objeto e finalidade de ambos os tipos de ações	388
2.1.1. O Tratado de Lisboa e o alargamento das obrigações cujo desrespeito pode determinar a instauração de ações de finalidade eminentemente declarativa de simples apreciação	389
2.1.2. Formas de incumprimento	390
2.1.3. Desnecessidade de produção de efeito direto pelas normas europeias que constituem fonte de obrigações para os Estados membros	391
2.1.4. Finalidade dos dois tipos de ações por incumprimento	391
2.1.5. Natureza objetiva das ações por incumprimento	392
2.2. As legitimidades processuais	393
2.2.1. Legitimidade ativa da Comissão	394

2.2.2. Legitimidade ativa em situações especiais	396
2.2.3. Legitimidade ativa dos Estados membros	396
2.2.4. Legitimidade passiva	398
3. A dinâmica das ações por incumprimento e tutela jurisdicional efetiva	400
3.1. A tutela jurisdicional efetiva e a fase pré-contenciosa da ação de finalidade eminentemente declarativa de simples apreciação	402
3.1.1. Fase administrativa da ação movida por impulso processual da Comissão	402
3.1.2. Fase administrativa da ação que opõe os Estados membros	408
3.1.3. Fase administrativa especial	410
3.1.4. Preterição da fase administrativa	413
3.2. A tutela jurisdicional efetiva e a fase jurisdicional da ação de finalidade eminentemente declarativa de simples apreciação	413
3.2.1. O acórdão do Tribunal de Justiça	415
3.2.2. Execução voluntária do acórdão	416
3.3. A tutela jurisdicional efetiva e a ação de finalidade eminentemente repressiva ou declarativa de condenação	419
3.3.1. Execução coerciva do acórdão	419
3.3.2. O contributo do Tratado de Maastricht	420
3.3.3. A dinâmica processual e o objeto da segunda ação	421
3.3.4. O contributo do Tratado de Lisboa	426
3.3.5. <i>De iure condendo</i> : proposta de aumento dos poderes sancionatórios do Tribunal de Justiça	427
4. A tutela jurisdicional efetiva e a problemática relativa à participação dos particulares nas ações por incumprimento	429
4.1. A queixa dos particulares	430
4.2. A compatibilidade do direito de queixa com a tutela jurisdicional efetiva	433
5. A ausência de ações por incumprimento no contencioso do antigo terceiro pilar: distorção temporária à tutela jurisdicional efetiva	435

Capítulo II

A tutela jurisdicional efetiva no contencioso de tutela da legalidade europeia, em especial no recurso de anulação

1. Razão de ordem	437
2. A tutela jurisdicional efetiva e o recurso de anulação	439
2.1. A tutela jurisdicional efetiva latente nos sucessivos alargamentos da tipologia de atos passíveis de constituir objeto de controlo do recurso de anulação	440
2.1.1. Atos passíveis de recurso no quadro do Tratado da Comunidade Económica Europeia	442
2.1.2. Os contributos da jurisprudência comunitária e do Tratado de Maastricht	444
I. O papel do Tribunal de Justiça	444
II. A importância do Tratado de Maastricht	446
2.1.3. O contributo do Tratado de Lisboa	447
2.1.4. A não impugnabilidade de determinados atos. Abrandamento da tutela jurisdicional efetiva?	448
2.2. A tutela jurisdicional efetiva e a legitimidade dos recorrentes: o reforço dos poderes das instituições e dos órgãos da União e os limites à impugnabilidade movida pelos particulares	450
2.2.1. O reforço dos poderes do Parlamento Europeu	451
2.2.2. O reforço dos poderes do Banco Central Europeu, do Tribunal de Contas da União Europeia e do Comité das Regiões	453
2.2.3. Âmbito e limites da legitimidade dos particulares para a interposição de recurso de anulação contra atos normativos e administrativos da União Europeia	453
I. Atos suscetíveis de impugnação contenciosa pelos particulares no quadro jurídico-institucional vigente até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa	454
II. Âmbito das restrições com que os particulares se confrontaram até ao Tratado de Lisboa na impugnação de decisões de que não fossem destinatários e o contributo do Tribunal de Justiça	460
III. Crítica ao regime que vigorou até ao Tratado de Lisboa e contribuição para as alterações ocorridas por força deste	463
IV. Os contributos do Tratado de Lisboa	469

V. A autonomização do pressuposto processual relativo ao interesse em agir	476
VI. <i>De iure condendo</i> : da legitimidade das organizações representativas dos interesses de certas categorias de pessoas à institucionalização de um instrumento do tipo ação popular nos domínios da União Europeia.....	477
2.3. A tutela jurisdicional efetiva e a exigência de cumprimento de prazos	480
2.3.1. O reenvio prejudicial: remissão	483
2.3.2. A exceção de ilegalidade: remissão	483
2.4. A tutela jurisdicional efetiva noutros aspetos do regime jurídico do recurso de anulação	484
2.4.1. Nos fundamentos da via anulatória	484
2.4.2. Nos efeitos do acórdão anulatório	487
2.4.3. Na execução do acórdão anulatório	490
2.5. O recurso de anulação no contencioso do antigo terceiro pilar: distorções temporárias à tutela jurisdicional efetiva	494
2.5.1. Âmbito objetivo: o objeto de controlo	495
2.5.2. Âmbito subjetivo: as legitimidades processuais	496
3. A tutela jurisdicional efetiva e a exceção de ilegalidade	498
3.1. Utilidade prática e acessoriedade da exceção de ilegalidade	499
3.2. O alargamento da tipologia de atos cuja ilegalidade pode ser invocada por via de exceção	503
3.3. A legitimidade dos excipientes	504
3.4. As limitações do mecanismo	511
3.5. As vantagens do instrumento	513
3.6. Um aspeto crítico. Proposta de resolução em função das exigências da tutela jurisdicional efetiva	514
4. A tutela jurisdicional efetiva e a ação por omissão	515
4.1. No parâmetro e no objeto de controlo	516
4.2. No aspeto das legitimidades	518
4.3. Na tramitação processual	520
4.4. Na execução do acórdão que declare a violação dos Tratados por inação	522

Capítulo III

A tutela jurisdicional efetiva no instrumento processual das questões prejudiciais

1. Razão de ordem	525
2. A tutela jurisdicional efetiva no âmbito das finalidades do instrumento das questões prejudiciais	528
2.1. Na salvaguarda de pretensões de natureza subjetiva fundadas no direito da União Europeia	529
2.2. No auxílio à interpretação uniforme e à correta aplicação do direito da União Europeia	530
2.3. Na demanda de uma ordem jurídica europeia una e coerente	531
2.4. Articulação de papéis num tandem formado pelos tribunais nacionais e pelo Tribunal de Justiça	532
3. A tutela jurisdicional efetiva e os sujeitos processuais do reenvio prejudicial	534
3.1. Os tribunais do reenvio: a noção comunitária de órgão jurisdicional nacional	534
3.2. A participação de outros intervenientes	536
4. Tutela jurisdicional efetiva e espécies de questões prejudiciais	537
4.1. O objeto do reenvio: questões interpretativas e relativas à validade do direito da União	537
4.1.1. O incremento da tutela jurisdicional efetiva na evolução dos Tratados relativamente ao objeto das questões prejudiciais de validade	541
4.1.2. Tutela jurisdicional efetiva e justificação das espécies de questões prejudiciais. Repercussões ao nível dos efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça	543
4.1.3. A competência exclusiva do Tribunal de Justiça para declarar a invalidade de normas europeias: abrandamento da tutela jurisdicional efetiva?	548
4.2. Questões prejudiciais facultativas e obrigatórias: o princípio do livre acesso das jurisdições nacionais ao Tribunal de Justiça	552
4.2.1. O contributo do Tratado de Lisboa para o reforço da tutela jurisdicional efetiva	555
4.2.2. A pertinência das questões prejudiciais	556
4.2.3. Tutela jurisdicional efetiva e limitações à atividade cognitivo-decisória dos tribunais nacionais na interrogação prejudicial do Tribunal de Justiça.....	558

I. A necessidade prudencial de reenviar	560
II. As violações do dever de reenvio e do sentido interpretativo previamente definido em acórdão prejudicial do Tribunal de Justiça ...	564
4.3. As prerrogativas do Tribunal de Justiça perante questões prejudiciais	570
5. O reforço da tutela jurisdicional efetiva operado pelo Tratado de Lisboa através da introdução de reenvios prejudiciais com tramitação abreviada	572
6. O reenvio prejudicial especial do contencioso do antigo terceiro pilar previsto no n.º 1 do ex-artigo 35.º do Tratado da União Europeia: distorções temporárias à tutela jurisdicional efetiva?	573
6.1. Âmbito objetivo do reenvio	574
6.2. O carácter não imperativo da competência prejudicial	576
6.3. Âmbito subjetivo do reenvio	577

Capítulo IV

A tutela jurisdicional efetiva no instrumento contencioso de apuramento da responsabilidade extracontratual da União Europeia

1. Razão de ordem	579
2. Tutela jurisdicional efetiva e ação de indemnização	581
2.1. Noção e âmbito positivo da ação	581
2.2. Âmbito negativo da ação	582
2.3. Os possíveis demandados	584
2.4. Alguns aspetos relativos aos pressupostos processuais	585
2.4.1. Legitimidade processual ativa	585
2.4.2. Tribunal competente	586
2.5. Condições positivas de procedência da ação	586
2.5.1. A atuação da União Europeia	588
2.5.2. A ilicitude e a responsabilidade da União por facto lícito	591
2.5.3. O dano e a sua quantificação	595
2.5.4. O nexo de causalidade	597
2.5.5. A culpa e a responsabilidade objetiva da União	597
2.6. Condição negativa de procedência da ação	600
2.7. Tutela jurisdicional efetiva e contextualização da ação de indemnização no sistema geral de proteção jurisdicional dos particulares previsto nos Tratados	601

2.7.1. A autonomia da ação de indemnização face ao recurso de anulação e à ação por omissão	602
2.7.2. A subsidiariedade da ação de indemnização face às vias jurisdicionais internas	605

Parte IV

Corolários da tutela jurisdicional efetiva no contencioso da União Europeia *lato sensu* a cargo das jurisdições nacionais

Capítulo I

A tutela jurisdicional efetiva e a interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União Europeia

1. Razão de ordem	609
2. A interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União Europeia	610
2.1. Valência como instrumento de prossecução da tutela jurisdicional efetiva	611
2.2. Vinculação da administração pública nacional e repercussão ao nível da tutela jurisdicional efetiva	612
3. Tutela jurisdicional efetiva e ativismo judiciário na formulação do princípio da interpretação conforme	613
3.1. A jurisprudência <i>Von Colson e Kamann</i>	613
3.2. A jurisprudência <i>Marleasing</i>	615
3.3. A jurisprudência <i>Faccini Dori</i>	618
3.4. A jurisprudência <i>Adeneler</i>	619
4. O princípio da interpretação conforme aplicado ao próprio direito da União	619

Capítulo II

A tutela jurisdicional efetiva e o apuramento da responsabilidade extracontratual dos agentes nacionais por violação do direito da União Europeia

Considerações introdutórias	621
--	-----

§ 1.º

A responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União Europeia

1. Razão de ordem	624
2. A responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União Europeia	626
2.1. Ativismo judiciário do Tribunal de Justiça na formulação do princípio da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União Europeia	629
2.1.1. A jurisprudência <i>Francovich</i>	629
2.1.2. A jurisprudência <i>Brasserie du pêcheur e Factortame</i>	634
2.1.3. O caráter objetivo da responsabilidade dos Estados membros	637
2.2. Traços gerais do regime da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da União Europeia e tutela jurisdicional efetiva	638
3. Alguns problemas em torno de um princípio de aplicação jurisdicional	642
3.1. A questão melindrosa nos casos em que a fonte dos prejuízos sofridos pelo particular radica no poder judicial	643
3.2. A possibilidade de atribuição de eficácia retroativa ao ato nacional de transposição tardia de diretivas	646
3.3. A restituição ao particular das quantias indevidamente exigidas pelas autoridades nacionais, nomeadamente, a repetição do indevido	648
3.4. A possibilidade de instauração de ações de indemnização por entidades públicas contra os respetivos Estados membros onde estão inseridas organicamente	649
3.5. A eventual instauração de uma ação de indemnização por um Estado membro ...	650

§ 2.º

A responsabilidade dos particulares por violação do direito da União Europeia

1. Razão de ordem	651
2. A responsabilidade civil dos particulares pelo desvalor da legalidade europeia	653
2.1. A mobilização dos tribunais nacionais e a necessidade de intervenção dos órgãos integrantes do Tribunal de Justiça da União Europeia	655
2.2. Pressupostos da responsabilidade civil dos particulares	657
2.3. Caracterização da responsabilidade dos particulares	659
2.4. A jurisprudência <i>Viking e Laval</i>	659

2.4.1. O caso <i>Laval</i>	659
2.4.2. O caso <i>Viking</i>	662
2.4.3. Síntese	664

Conclusão

1. Teses conclusivas	665
2. Considerações finais	728
3. Epílogo	735

Fontes citadas

1. Jurisprudência	737
2. Bibliografia	767

Índice geral