

“O Contencioso dos auxílios de estado”

José Caramelo Gomes

Introdução

A análise de um tema tal como o presente, o Contencioso dos auxílios públicos, implica, antes de mais, a sua justificação como questão prévia. Com efeito, em que medida se justificará este tratamento autónomo em relação ao conjunto mais vasto do Contencioso Comunitário ?

A tutela jurisdicional do Direito Comunitário assenta em princípios decorrentes dos Tratados institutivos das Comunidades Europeias e bem assim nas sucessivas interpretações autênticas efectuadas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Assim sendo, a autonomia científica desta matéria apenas se justificará quando, dos princípios legislativos e jurisprudenciais decorram especialidades de regime, que o diferenciem do regime geral do contencioso comunitário.

Antecipando desde já algumas conclusões, parece-nos razoável afirmar que estas especialidades existem, justificando, pois, a análise concreta das diferenças existentes na matéria. Para o efeito, torna-se necessário explanar, ainda que sucintamente, algumas noções relativas ao regime geral do Contencioso Comunitário, nomeadamente aquelas que, relativamente aos auxílios públicos parecem conhecer maiores desvios.

O Contencioso dos auxílios públicos é uma realidade que se decompõe em diversas vertentes. A primeira consiste na intervenção das jurisdições nacionais tendo em vista a observância das normas comunitárias directamente aplicáveis numa óptica de salvaguarda dos direitos subjectivos que os particulares retiram da norma comunitária. Esta intervenção decorre antes do mais da própria aplicabilidade directa da norma Comunitária e do princípio da execução descentralizada. O seu objectivo principal é a garantia de inexecução nacional de medidas estaduais contrárias ao Direito Comunitário.

A segunda vertente consiste na tutela jurisdicional da decisão comunitária constatando o incumprimento estadual em sede de auxílios públicos.

Finalmente, a terceira vertente, cindível em dois aspectos, atende ao contencioso da legalidade do acto comunitário. De facto, este contencioso da legalidade do acto comunitário desdobra-se em duas vias de direito genericamente qualificadas consoante o órgão jurisdicional perante o qual se desenvolvem: o tribunal nacional e o TJCE.

Last but not least, para um perfeito entendimento do contencioso dos auxílios públicos torna-se indispensável analisar, ainda que sumariamente, o alcance das normas dos artigos 92º e 93º, nomeadamente em sede de interpretação da proibição comportada

pelo artigo 92º nº 1 e do processo administrativo determinado pela prática decisional da Comissão e da jurisprudência do TJCE relativa ao modo de exercício dos poderes de fiscalização incumbindo à Comissão.

Verifica-se, assim, que o Contencioso dos auxílios públicos se manifesta através da quase totalidade, senão mesmo da totalidade, das vias de direito susceptíveis de tutelar jurisdicionalmente a norma comunitária, implicando, por isso, o estudo do regime existente no que respeita à aplicabilidade directa da norma comunitária, ao recurso de anulação, à acção por incumprimento, à acção por omissão, à responsabilidade extracontratual da Comunidade, à excepção da ilegalidade e, bem assim, uma pequena referência ao contencioso de plena jurisdição.

Uma vez que o tema a desenvolver não é o Contencioso Comunitário propriamente dito, as referências ao regime geral serão incidentais e apenas suficientes para a percepção das diferenças existentes.

Em todo o caso, especial atenção será dada aos critérios de repartição de competências entre a jurisdição nacional e a Comissão, por um lado e a jurisdição nacional e o TJCE por outro.

1. A tutela da ordem jurídica comunitária

O Direito contido e fundado nos tratados institutivos das Comunidades Europeias constitui “*un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets, ainsi que les procédures nécessaires pour faire sanctionner toute violation éventuelle*”¹.

A tutela efectiva da ordem jurídica impõe a existência, de um poder independente, competente para a fiscalizar o comportamento dos sujeitos de direito, habilitado a impor aos prevaricadores a conformação com as suas obrigações. Este poder consubstancia-se, em primeiro lugar, na função genericamente cometida à Comissão de guardião dos tratados²; que comporta uma dupla vertente, os poderes de controlo e os poderes de sanção³ e, em segundo lugar, na tutela jurisdicional a cargo das jurisdições comunitárias, nelas se incluindo, por via do princípio da aplicabilidade directa, as jurisdições nacionais.

Assim, resulta claro que o sistema de tutela da ordem pública comunitária é partilhado por duas Instituições: a Comissão e a jurisdição comunitária.⁴

1.1 Poderes da Comissão

À Comissão assiste, no âmbito dos seus poderes de controlo, o poder de fiscalização, traduzido no direito de exigir aos Estados-membros e às empresas todas as informações que considere necessárias ao correcto desempenho das suas funções, incumbindo aos destinatários a obrigação de as prestar; o direito de acção, traduzido na possibilidade de, através das vias de direito tipificadas nos tratados, recorrer ao TJCE, perseguindo em acção por incumprimento os Estados-membros incumpridores⁵ e em anulação ou omissão as Instituições Comunitárias que violem a ordem pública comunitária⁶.

¹ Ac 90 & 91/63, de 13 de Novembro de 1964, *Commission v. Luxemburg et Belgique*, Rec 1964, p. 1179

² Artigo 155º CE

³ Mota de Campos, João, *Direito Comunitário*, I Volume, *O Direito Institucional*, 7ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995, p. 171-176.

⁴ Em sentido lato, abrangendo o TJCE, o TPI e as jurisdições nacionais.

⁵ Artigo 169º CE

⁶ Artigo 173º e 175º CE

Ainda no âmbito dos seus poderes de controlo, assistem à Comissão os poderes de sanção, seja contra os Estados-membros⁷, seja contra particulares⁸.

1.2 Poderes da jurisdição comunitária

À jurisdição comunitária incumbe a tutela jurisdicional da ordem jurídica comunitária, segundo diversas vias de direito, conforme a instância de processo e a natureza da violação invocada.

Ao incumprimento estadual alegado pela Comissão corresponde a acção por incumprimento junto do TJCE, competente também para conhecer dos recursos de anulação e omissão contra actos ou omissões ilegais praticados pelas Instituições comunitárias, sempre que o recorrente se inclua na categoria dos chamados requerentes privilegiados⁹. No caso contrário, sempre que o recorrente em anulação ou omissão não seja um dos requerentes privilegiados, a instância competente será o TPI.

Esta descrição, sumária, do sistema de garantia comunitária não ficaria completa sem a referência às jurisdições nacionais. Na realidade, por força do princípio da aplicabilidade directa, às jurisdições nacionais incumbe efectivar, no âmbito da sua competência, a tutela da ordem pública comunitária.

1.2.1 A competência do TJCE

O TJCE é a única instituição competente para, assegurando o respeito pelo Direito, interpretar autenticamente os Tratados institutivos das Comunidades Europeias e o Direito deles derivado¹⁰.

Esta competência jurisdicional, tal como conformada, demonstra que a Comunidade Europeia se rege segundo o princípio do Estado de Direito, o que implica a fiscalização da conformidade dos comportamentos dos Estados e das Instituições comunitárias com o Direito Comunitário originário, segundo um princípio de atribuição de competência, que se manifesta nas diversas vias de direito abertas pelos tratados. Por não ser este o objecto de estudo do presente trabalho, dedicaremos tão só alguns parágrafos às diversas vias de direito perante o TJCE.

1.2.1.1 A acção por incumprimento

A acção por incumprimento é um processo objectivo, tendo em vista a determinação do alcance exacto das obrigações estaduais¹¹ e, dessa forma, constitui uma das expressões mais características da construção comunitária, "*ultrapassando de longe as regras*

⁷ Artigo 88º CECA

⁸ Artigo 87º nº 2 al a); artigos 15º e 16º do Regulamento 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962

⁹ São requerentes privilegiados: os Estados-membros, as Instituições Comunitárias e o Banco Central Europeu

¹⁰ Artigo 164º e 219º CE

¹¹ Ac 7/71, de 14 de Dezembro de 1971, *Commission c. France*, Rec 1971, p 1021

*admitidas em Direito Internacional clássico para assegurar a execução das obrigações dos estados*¹².

A ordem jurídica comunitária caracteriza-se pela existência de alguns equilíbrios de poder que lhe são próprios. Em primeiro lugar, porque a competência comunitária é uma competência de atribuição¹³, o que implica a existência de competências estaduais em simultâneo com as competências comunitárias. Em segundo lugar, porque a execução do Direito Comunitário se encontra, em larga medida, cometida aos Estados-membros; em terceiro lugar porque o exercício da competência comunitária se encontra regulado nos tratados que estabelecem um equilíbrio interinstitucional.

Em consequência do chamado princípio da decisão centralizada e aplicação descentralizada, aos Estados-membros incumbe a execução do Direito Comunitário, tornando-se pois indispensável a existência de mecanismos capazes de verificar o estrito cumprimento das obrigações comunitárias dos Estados.

Sendo certo que, nos termos dos tratados este controle é, antes de mais, desempenhado pela Comissão, no exercício da sua função de guardião dos tratados¹⁴, é também verdade que a par deste poder quase *policial* deve existir uma jurisdição competente para verificar e, se necessário for, sancionar, qualquer violação da legalidade comunitária.

O controle jurisdicional da conformidade dos comportamentos dos Estados-membros para com as suas obrigações comunitárias é o objecto do recurso por incumprimento estabelecido nos artigos 169º a 171º CE.

Este é um sistema que não reveste a natureza de um contencioso de responsabilidade, ao contrário do que é normalmente estabelecido em Direito Internacional. O recurso por incumprimento *"não implica a existência de um prejuízo sofrido pelos outros estados membros como requisito de interposição"*¹⁵ e trata-se de um procedimento objectivo, pois que não pressupõe a existência de culpa do chefe do estado perseguido, dado que *"não se trata de questões de culpabilidade ou moralidade, mas tão só da verificação de uma situação jurídica"*¹⁶, consubstanciando a *"ultima ratio que permite fazer prevalecer o interesse comunitário consagrado pelos tratados contra a inércia e a resistência dos estados membros"*¹⁷.

Pela gravidade de que se reveste, esta via de direito está, de alguma forma, regulamentada nos tratados com um detalhe um pouco maior que as restantes vias perante o TJCE.

¹² Ac 20/59, de 15 de Julho de 1960, *Italie c. Haute Autorité*, Rec 1960, p. 663

¹³ Mota de Campos, João, *Direito Comunitário*, I volume, *O Direito Institucional*, 7ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995, p. 557 e sgs, pp. 567-584

¹⁴ Artigo 155º CE

¹⁵ Ac 7/71, de 14 de Dezembro de 1971, *Commission c. France*, Rec 1971, p 1021

¹⁶ *Idem*, conclusões Roemer

¹⁷ Ac 20/59, de 15 de Julho de 1960, *Pays-Bas c. Haute Autorité*, Rec 1960, p 723

Designadamente, a sua fase pré contenciosa é objecto de minuciosa pormenorização processual, cujo escopo será, certamente, a obtenção da conformação estadual com as suas obrigações comunitárias de forma não contenciosa.

A exigência do respeito pela tramitação prévia estabelecida nos primeiros parágrafos do artigo 169º determina o que podemos considerar as suas condições de admissibilidade, que o transformam num processo algo pesado.

Por isso, em algumas matérias específicas os tratados estabelecem vias de direito, que tendo em vista, pelo essencial o mesmo objectivo da acção por incumprimento, aligeiram de alguma forma a tramitação prévia à fase judicial. Nisto consiste, aliás, o principal traço distintivo entre elas e a acção por incumprimento. São exemplos desta situação os artigos 93º, 225º nº 2, 100-A nº 4 e 90º nº 3 CE.

1.2.1.2 O recurso de anulação

O princípio da legalidade, enquanto princípio fundamental de direito conformador da ordem jurídica comunitária, determina a existência de mecanismos capazes de tutelar a legalidade comunitária, tendo em vista as diversas manifestações que o exercício dos relevantes poderes de decisão entregues às Instituições comunitárias pode assumir.

Em nome deste imperativo, os Tratados consagraram o mecanismo do recurso de anulação — artigo 173º CE, artigo 33º CECA e artigo 146º CEEA — e o mecanismo do reenvio prejudicial em apreciação de validade — artigo 177º CE e artigo 150º CEEA.

Estas duas vias de direito têm uma natureza complementar. Na realidade, o imperativo decorrente do princípio da legalidade, que impõe a possibilidade de anular um acto ilegal não pode deixar de ser modelado pelos imperativos decorrentes do princípio da segurança jurídica, também este um princípio fundamental de direito conformador da ordem jurídica comunitária, determinando a existência de prazos de recurso algo limitados.

A prevenção dos direitos dos particulares fica, no entanto, ressalvada pela possibilidade da fiscalização incidental da legalidade efectuada pelas jurisdições nacionais, sob condição do reenvio prejudicial em apreciação de invalidade, tal como definida pela jurisprudência *Fotofrost*¹⁸.

I. O acto atacável

O Tribunal de Justiça fiscaliza a legalidade dos actos da Comissão, que não sejam recomendações ou pareceres, nos termos do artigo 173º CE.

A noção de acto atacável em anulação é um conceito amplo, que inclui não apenas os actos típicos previstos no artigo 189º CE, mas também todo e qualquer acto das

¹⁸ Ac 314/85, de 22 de Outubro de 1987, *Fotofrost*, Rec 1987, p. 4199

instituições comunitárias que produzam efeitos jurídicos¹⁹ e, quando produzam efeitos jurídicos, também as recomendações e pareceres²⁰.

Para este efeito, a qualificação formal do acto é irrelevante, atendendo-se ao seu conteúdo material²¹, o que suscita a questão relativa à impugnabilidade das recomendações ou pareceres. Estes actos encontram-se expressamente excluídos do contencioso de anulação pela interpretação literal do artigo 173º; no entanto, uma vez que a jurisprudência do TJCE é no sentido de aceitar o recurso contra todo e qualquer acto produtor de efeitos jurídicos, actos formalmente qualificados como recomendações e pareceres têm sido objecto de contencioso de anulação. Torna-se para tal indispensável que o acto em causa tenha, materialmente, uma natureza decisória²².

O conceito de acto atacável não pode, entretanto, atendendo à interpretação literal do artigo 173º, desligar-se em absoluto da qualidade do recorrente. De facto, a legitimidade processual activa, de que trataremos adiante, pode eliminar a susceptibilidade de recurso de anulação contra determinadas categorias de actos.

Referimo-nos aos regulamentos e às directivas, desde que esta classificação decorra de um critério material e não de um critério formal.

Com efeito, aos particulares apenas assiste, de acordo com uma interpretação literal do artigo 173º, a possibilidade de impugnar contenciosamente actos que lhes sejam dirigidos ou lhes digam directa e individualmente respeito.

Veremos adiante que a jurisprudência do TJCE sobre esta matéria parece ter conhecido alguns desenvolvimentos algo bizarros nos últimos tempos.

II. A legitimidade processual

A legitimidade processual passiva incumbe, naturalmente, à Instituição ou Instituições das quais emana o acto impugnado, não oferecendo quaisquer dúvidas.

Já no que respeita à legitimidade processual activa, a única questão controversa respeitava à situação do Parlamento Europeu, sendo certo que a revisão de Maastricht eliminou, pelo essencial, os defeitos apontados à redacção do artigo 173º CE, consagrando, aliás, jurisprudência do TJCE.

No que respeita à legitimidade processual activa dos particulares colocam-se algumas questões pertinentes.

¹⁹ Ac. 22/70, de 31 de Março de 1971, *AETR*, Rec. 1971, p. 277; Ac C-325/91, de 16 de Junho de 1993, *France c. Commission*, Rec 1993.

²⁰ Ac C-303/90, de 13 de Novembro de 1991, *France c. Commission*, Rec 1991, p. 5340

²¹ Jean Vitor Louis, Georges Vandensanden, Denis Waelbroeck, Michel Waelbroeck, *Commentaire Megret, Le Droit de la CEE*, Vol 10, *La Cour de Justice, Les actes des Institutions*, 2ª Edição, Université de Bruxelles, 1993, p. 112

²² Ac 1 & 14/57 de 10 de Dezembro de 1957, *Usines à tubes de la Sarre*, Rec 1957, III, p. 222

Os particulares apenas têm legitimidade processual activa quando têm um interesse para agir, que existe quando são destinatários do acto impugnado, ou quando este lhes diga directa e individualmente respeito.

Assim sendo, os particulares apenas têm legitimidade processual activa contra actos comunitários que, para eles, independentemente da sua qualificação formal, revistam a natureza de decisões.

Com base neste raciocínio, o TJCE admitiu recursos de anulação interpostos por particulares contra regulamentos²³ e contra directivas²⁴.

Preocupante é jurisprudência *Codorniú*²⁵ em que o TJCE, reafirmando a natureza normativa de um regulamento, admitiu que um particular possa ser directa e individualmente afectado pelo mesmo: “*Se é verdade que à luz dos critérios do artigo 173º, segundo parágrafo, do Tratado, a medida impugnada tem, pela sua natureza e pelo seu alcance, natureza normativa, uma vez que se aplica à generalidade dos operadores económicos interessados, tal facto não exclui, porém, a possibilidade de afectar individualmente alguns deles*”²⁶.

III. Os vícios do acto

O elenco estabelecido no artigo 173º comporta a enumeração clássica de vícios do acto administrativo: incompetência, vicio de forma, violação de lei e desvio do poder. Os dois primeiros constituem vícios que afectam a legalidade externa dos actos, enquanto os segundos afectam a sua legalidade interna²⁷

A incompetência pode ser absoluta ou relativa. Estamos perante uma incompetência absoluta quando, em razão da matéria ou em razão do território, não existe competência comunitária; perante uma incompetência relativa quando a Comunidade é material e territorialmente competente, mas, nos termos do equilíbrio institucional estabelecido pelos tratados, o seu exercício incumbe a outra Instituição comunitária que não a que praticou o acto²⁸. A incompetência é um vicio de ordem pública, pelo que o TJCE pode dele conhecer oficiosamente²⁹.

²³ Ac 162/78, de 20 de Novembro de 1979, *Wagner*, Rec 1979, p. 3467

²⁴ Ac C-298/89, de 29 de Junho de 1993, *Gibraltar*, Rec 1993, p.

²⁵ Ac C-309/89, de 18 de Maio de 1994, *Codorniú*, Rec 1994, p.

²⁶ *Idem*, considerando 19

²⁷ G. Vandersanden & A. Barav, *Contentieux Communautaire*

²⁸ G. Vandersanden & A. Barav, *Contentieux Communautaire*

²⁹ Ac 31/69, de 17 de Fevereiro de 1970, *Commission c. Italie*, Rec 1970, p. 23; Ac T-79/89, de 27 de Fevereiro de 1992, *BASF c. Commission*, Rec 1992, p. II-318

O vício de forma apenas implica anulabilidade do acto quando incida sobre uma formalidade essencial. Esta qualificação incumbe ao TJCE³⁰, que pode conhecer este vício oficiosamente³¹.

O vício de forma abrange a violação da obrigação de consulta e a falta de fundamentação, bem como a violação, quando pertinente, do princípio do contraditório.

A violação de lei, —“violação do presente Tratado”—, inclui a violação dos Tratados institutivos das Comunidades Europeias, os protocolos anexos, bem como os actos que posteriormente os alteraram, nomeadamente, os diversos actos de adesão, assim como a violação de qualquer acto de direito derivado de grau superior.

Finalmente, o desvio do poder tem sido caracterizado pelo TJCE de acordo com a sua definição clássica, como a utilização do poder tendo em vista um fim diferente daquele em função do qual foi atribuído³².

1.2.1.3 O recurso por omissão

O recurso por omissão é o contraponto necessário ao recurso de anulação, ditado pela tutela da legalidade da ordem jurídica comunitária.

Existe omissão ilegal sempre que uma Instituição comunitária, obrigada à adopção de um acto, não o faz, independentemente do seu conteúdo. No entanto, apenas algumas omissões são susceptíveis de recurso por omissão.

O conhecimento jurisdicional da omissão depende de diversos factores: a natureza e o conteúdo do acto solicitado, que se conjugam com a qualidade do requerente, conhecendo diversa solução consoante se trate de um requerente privilegiado ou de um particular.

O artigo 175º CE permite diversas interpretações intermédias entre as duas interpretações extremas, atendendo ao conceito de “pronuncia”. Na realidade, para uma interpretação mais restritiva, que perfilhe uma certa assimilação do recurso por omissão ao recurso em anulação, apenas seriam susceptíveis de recurso por omissão as omissões de actos de natureza obrigatória e decisória; uma interpretação mais ampla, entende que seriam susceptíveis de recurso em omissão as omissões ilegais de todo e qualquer tipo de acto comunitário, mesmo os actos não obrigatórios e decisórios.

A primeira interpretação parece pecar por demasiado restritiva. Na realidade, admitir o conhecimento da omissão ilegal tão só nos casos em que o acto omitido quando praticado seria gerador de efeitos jurídicos equivaleria a negligenciar uma questão

³⁰ Jean Vitor Louis, Georges Vandensanden, Denis Waelbroeck, Michel Waelbroeck, *Commentaire Megret, Le Droit de la CEE*, Vol 10, *La Cour de Justice, Les actes des Institutions*, 2ª Edição, Université de Bruxelles, 1993, p. 145

³¹ Ac C-291/89, de 7 de Maio de 1991, *Interhotel*, Rec 1991, p. I-2276; Ac T-57/89, de 29 de Março de 1990, *Alexandrakis*, Rec 1990, p. II-143

³² Ac 15/57, de 12 de Junho de 1958, *Hauts Fourneaux de Chasse*, Rec 1958, p. IV- 155

importante: é que a omissão de um acto desta natureza pode, ela própria, produzir efeitos jurídicos, mesmo que o acto, caso tivesse sido adoptado não os produziria³³.

Por outro lado, a segunda interpretação parece pecar por demasiado ampla, manifestando-se incompatível com a jurisprudência que reconhece ao recurso em omissão uma certa complementaridade com o recurso de anulação³⁴.

O TJCE adoptou uma interpretação intermédia, admitindo a impugnação de omissões de actos que adoptados poderiam ser objecto de recurso de anulação, consagrando de alguma forma a tese do paralelismo, mas admitiu também o recurso contra omissões de actos insusceptíveis de recurso de anulação, sempre que esses actos, desprovidos de efeitos jurídicos, se constituam como indispensáveis para a adopção de um acto susceptível de recurso de anulação³⁵.

O conceito de omissão atacável é diferente quando o requerente seja um particular. De facto, o TJCE³⁶ consagrou na sua jurisprudência o paralelismo entre o acto e a omissão do acto, admitindo o recurso em omissão sempre que o particular pudesse recorrer em anulação contra o acto cuja prática é solicitada, o que significa que apenas é possível agir em omissão quando esta se refira a um acto materialmente qualificado como Decisão nos termos do artigo 189º, parecendo-nos algo descabido, pelo momento, extrapolar da jurisprudência *Codorniú* a possibilidade de um particular atacar a omissão de actos regulamentares.

1.2.1.4 O reenvio prejudicial

A aplicação do Direito Comunitário é uma competência de direito comum das jurisdições nacionais. Nas relações entre os indivíduos, ou entre estes e os Estados-membros, o Direito Comunitário releva da competência do juiz interno, por força do princípio da aplicabilidade directa da norma comunitária.

Este poder nacional, no entanto, está enquadrado pelo artigo 177º CE e jurisprudência subsequente do TJCE, que o interpretou, na medida em que a exigência da uniformidade da interpretação do Direito Comunitário e os poderes exclusivos atribuídos ao TJCE pelos tratados, não se coadunariam com um poder ilimitado das jurisdições nacionais.

Nestes termos, o juiz nacional encontra-se limitado, no exercício da sua função comunitária pelo normativo do artigo 177º CE, que lhe impõe, em alguns casos, a obrigatoriedade do reenvio prejudicial.

Por força dos princípios da aplicabilidade directa e do primado, qualquer parte num litígio pode invocar em juízo, em apoio da sua pretensão, uma disposição comunitária e, se necessário for, solicitar a desaplicação de norma nacional com ela incompatível.

³³ Pommies, Bernard, "Recours en carence", JCDI, 161-24, 1991

³⁴ Ac 13/83, de 22 de Maio de 1985, *PE c. Conseil*, Rec 1985, p 1513

³⁵ Ac 377/87, de 12 de Julho de 1988, *PE c. Conseil*, Rec 1988, p. 4017

³⁶ Ac 15/70, de 18 de Novembro de 1970, *Chevalley*, Rec 1970, p. 975

Além disso, à mesma parte é lícito invocar em juízo a ilegalidade de qualquer acto comunitário, tendo em vista a exoneração de qualquer obrigação imposta pelo acto alegadamente ilegal.

Estas duas possibilidades têm em vista a tutela da legalidade comunitária. A primeira, numa perspectiva de fiscalização incidental do incumprimento estadual, como que completando a acção por incumprimento regulada no artigo 169º CE. A segunda, completando, a nível incidental, a acção em anulação regulada no artigo 173º CE.

Este poder de tutela da legalidade, efectuado a título incidental, não pode, no entanto, em nome do princípio da uniformidade da aplicação e interpretação do Direito Comunitário, desenvolver-se completamente alheado da competência exclusiva assinada ao TJCE pelos artigos 164º e 219º CE.

O corolário lógico do sistema é, pois, a existência de duas espécies de reenvio prejudicial: em interpretação e em apreciação de validade.

O reenvio prejudicial é um incidente de instância que se desenrola a um nível nacional. Inicia-se com a suspensão da instância e a colocação de uma questão prejudicial ao TJCE, tendo em vista a interpretação de uma norma comunitária ou a apreciação da validade de um acto comunitário e termina com o acórdão³⁷, retomando-se nessa altura a instância principal, incumbindo ao juiz nacional resolver o litígio de acordo com a decisão da jurisdição comunitária.

Estamos perante um processo que não tem natureza contenciosa³⁸, entre juízes, associando-os, no exercício das respectivas competências, para a solução de um litígio. *"O reenvio prejudicial é um instrumento de cooperação judiciária ... pelo qual um juiz nacional e o juiz comunitário são chamados, no âmbito das competências próprias, a contribuir para uma decisão que assegure a aplicação uniforme do Direito Comunitário no conjunto dos estados membros"*³⁹.

1.2.2 A competência do TPI

O TPI é competente⁴⁰ para conhecer, em primeira instância dos litígios entre as Comunidades e os seus agentes, dos recursos de anulação e omissão, acções para efectivação da responsabilidade extracontratual das Comunidades e acções relativas a contratos celebrados pela Comunidade ou por sua conta, em que sejam requerentes pessoas singulares ou colectivas diferentes dos requerentes privilegiados⁴¹.

³⁷ Salvo os casos, cada vez mais frequentes, em que a questão prejudicial é considerada inadmissível por despacho

³⁸ Ac 44/65, de 9 de Dezembro de 1965, *Hessische Knappschaft/Maison Singer*, Rec 1965, p.

³⁹ Ac 16/65, de 1 de Dezembro de 1965, *Firma Schwarze*, Rec 1965, p. 1081

⁴⁰ Artigo 3º da Decisão do Conselho nº 88/591, tal como modificada pela Decisão 93/350 de 8 de Junho de 1993.

⁴¹ Mota de Campos, João, *Direito Comunitário*, I volume, *O Direito Institucional*, 7ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995, p. 345 e sgs

1.2.3 A competência das jurisdições nacionais

As jurisdições nacionais têm o poder/dever de aplicar, nos litígios que lhes são apresentados, no âmbito da sua competência, as normas comunitárias pertinentes. Fazem-no de acordo com regras decorrentes dos princípios da aplicabilidade directa e do primado, pelo que dedicaremos os próximos parágrafos à análise, necessariamente sumária, desses princípios.

1.2.3.1 A aplicabilidade directa

O princípio da aplicabilidade directa da norma comunitária é um dos elementos integrantes do qualificado “*acquis formel*”⁴² e é um dos princípios determinantes da articulação entre a ordem jurídica comunitária e as diversas ordens jurídicas nacionais dos Estados-membros. Constitui, para as jurisdições nacionais um mandato específico: o de aplicar, nos litígios que lhe são apresentados as normas comunitárias relevantes, atendendo, sempre que seja o caso, à norma de solução de conflitos consubstanciada pelo princípio do primado, que investe, ele próprio um segundo mandato específico.

A aplicabilidade directa, em conjugação com o primado, levam à constituição de um terceiro mandato a favor das jurisdições nacionais: o de realizar, através do exercício da função jurisdicional nacional, a plena eficácia da norma comunitária.

A primeira vez que o TJCE tomou posição sobre esta matéria foi a propósito do artigo 12º CE, no seu acórdão *Van Gend en Loos*⁴³, a propósito de uma questão que lhe foi colocada pelo *Tariefcommissie* neerlandês, através da qual o TJCE é interrogado sobre “*si l'article 12 du traité a un effet immédiat en droit interne, dans le sens que les ressortissants des États membres pourraient faire valoir sur la base de cet article des droits que le juge national doit sauvegarder*”.

Na sua resposta à *Tariefcommissie*, o TJCE não formula uma definição clara do que seja aplicabilidade directa, mas, mediante uma interpretação finalista do Tratado CE, o TJCE responde pela afirmativa: “*selon l'esprit, l'économie et le texte du traité l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder*”.

A conclusão obtida funda-se na análise, em primeiro lugar, do próprio artigo 12º. Com efeito, o TJCE constata que a norma em causa comporta uma interdição clara e incondicional que comporta uma obrigação de *non facere*. Acresce que esta obrigação não se encontra sujeita a qualquer reserva à sua concretização pela intervenção positiva dos Estados-membros, pelo que a proibição em questão é perfeitamente adequada à produção de efeitos nas relações entre os Estados-membros e os seus nacionais.

Esta construção é, de certo modo, clássica. Com efeito, como aponta o Prof. Waelbroeck, “*de tous temps, la jurisprudence nationale a reconnu aux particuliers le droit de se fonder sur les dispositions d'un traité international imposant des obligations*

⁴² Pescatore, P., “Aspects judiciaires de l’acquis communautaire”, RTDE, 1981, p. 619 ss

⁴³ Ac 26/62, de 5 de Fevereiro de 1963, *Van Gend en Loos*, Rec 1963, p. 1

à l'Etat pour faire écarter l'application de mesures nationales contraire à ces obligations..."⁴⁴. O que se verifica de novo, é que, em *Van Gend en Loos*, a aplicabilidade directa é considerada integrante da própria natureza da ordem jurídica comunitária, de uma forma que porventura se desenvolveu e esclareceu no Parecer 1/91: "*Selon une jurisprudence constant de la Cour de justice, les traités communautaires ont instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les Etats ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont, non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants...*"⁴⁵.

O alcance do princípio da aplicabilidade directa terá sido insuspeito no momento da sua formulação. No entanto, o desenvolvimento posterior que lhe foi dado pelo TJCE revelou um potencial inimaginável.

Com efeito, a solicitação principalmente das jurisdições nacionais, através do reenvio prejudicial, o TJCE começou por reconhecer o efeito directo das normas dos tratados impondo uma obrigação de abstenção, passando em seguida a normas contendo obrigações positivas⁴⁶, às normas contendo obrigações estritamente processuais⁴⁷ e finalmente aos actos obrigatórios de direito derivado enumerados no artigo 189º CE⁴⁸.

Para uma boa parte da doutrina o acórdão *Simmenthal*⁴⁹ teria cristalizado o conceito de aplicabilidade directa. Assim,

“L'applicabilité directe signifie que les règles de droit communautaire doivent déployer la plénitude des leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les Etats membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité;

qu'ansi, ces dispositions sont une source immédiate de droits et obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des Etats membres ou des particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit communautaire;

*que cet effet concerne également tout juge qui, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un Etat membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire.”*⁵⁰

⁴⁴ Waelbroeck, M. “L’immédiateté communautaire, caractéristique de la supranationalité”, in *Le droit international demain*, La Haye, 1974, p. 86, citado por Louis, J. V., Vandersanden, G., Waelbroeck, D., & Waelbroeck M., *Commentaire Megret, Le Droit de la CEE*, Vol X, *La Cour de Justice, Les actes des institutions*, 2ª Edição, Collection Études Européennes, Université de Bruxelles, 1993, p. 543

⁴⁵ Avis 1/91, de 14 de Dezembro de 1991, *Espace économique européen*, Rec 1991, p. I-6079

⁴⁶ Ac 57/65, de 16 de Junho de 1966, *Lutticke*, Rec 1966, p. 302

⁴⁷ Ac 120/73, de 11 de Dezembro de 1973, *Lorenz*, Rec 1973, p. 1483

⁴⁸ Ac 41/74, de 4 de Dezembro de 1974, *Van Duyn*, Rec 1974 p. 1337

⁴⁹ Ac 106/77, de 9 de Março de 1978, *Simmenthal*, Rec 1978, p. 629

⁵⁰ Ac 106/77, de 9 de Março de 1978, *Simmenthal*, cit.

A aplicabilidade directa é pois construída colocando em relação imediata por um lado os direitos subjectivos dos particulares e as obrigações dos Estados-membros e a aplicação uniforme da norma comunitária por outro, tendo em vista a realização da plena eficácia da norma comunitária. Esta construção, existente já em *Van Gend en Loos*, traz implícita em si a própria noção de primado. Com efeito, como afirma o Prof. J. V. Louis⁵¹, “*L’arrêt Van Gend en Loos contenait en germe l’arrêt Costa c. ENEL. Le fait n’est pas apparu à tous avec une égale évidence, mai il est désormais caractérisé par le recours à la formule due à Robert Kovar: l’effet bloquant du droit communautaire directement applicable. Celui-ci ne se conçoit que comme supérieur à l’égard duquel il reste autonome.*”

Além disso, o Tribunal afirma que as disposições comunitárias directamente aplicáveis são “*une source immédiate de droits et d’obligations*” para todos os que por elas são afectados, desinteressando-se da questão doutrinal da distinção entre aplicabilidade directa e efeito directo, considerando directamente aplicável toda a disposição produzindo efeito directo, notando-se, no entanto, na sua jurisprudência subsequente, a manutenção da distinção entre a verticalidade e horizontalidade dos efeitos produzidos e a inadmissibilidade, em certos casos, da produção de efeitos horizontais.

1.2.3.2 O primado

O princípio do primado é uma exigência existencial do Direito Comunitário⁵² e, na medida em que, ao contrário do que acontece nos diversos sistemas federais, não existe nos tratados qualquer norma de solução de conflitos, coube ao TJCE a sua formulação por via jurisprudencial no acórdão *Costa v. ENEL*⁵³, de uma forma que nos parece intimamente relacionada com a definição de aplicabilidade directa.

Com efeito, se a afirmação de que o primado decorre da aplicabilidade directa é uma afirmação redutora do seu alcance e relevância, é sem duvida alguma através do primado que o comando comunitário imposto ao juiz nacional pela aplicabilidade directa se torna imperativo⁵⁴. Esta afirmação que parece de alguma forma evidente, na actualidade, não terá sido claramente consagrada no acórdão *Costa c. ENEL*.

De facto, na sua primeira pronúncia sobre o modo de articulação entre o Direito Comunitário e o Direito nacional, nomeadamente sobre a oponibilidade à norma comunitária de uma norma nacional, o TJCE respondeu que “*Attendu qu’il résulte de l’ensemble de ces éléments, qu’issue d’une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quelqu’il soit sans perdre son caractère communautaire et sans*

⁵¹ Louis, J. V., Vandensanden, G., Waelbroeck, D., & Waelbroeck M., *Commentaire Megret, Le Droit de la CEE*, Vol X, *La Cour de Justice, Les actes des institutions*, 2ª Edição, Collection Études Européennes, Université de Bruxelles, 1993, p. 546

⁵² Pescatore, P., “Aspects judiciaires de l’acquis communautaire”, RTDE, 1981, p. 619 ss

⁵³ Ac 6/64, de 15 de Julho de 1964, *Costa v. ENEL*, cit.

⁵⁴ Ganshof van der Meersch, “L’ordre juridique des Communautés Européennes et le droit international”, RCADI, 1975, P. 248, pp 254, citado por Louis, J. V., Vandensanden, G., Waelbroeck, D., & Waelbroeck M., *Commentaire Megret, Le Droit de la CEE*, Vol X, *La Cour de Justice, Les actes des institutions*, 2ª Edição, Collection Études Européennes, Université de Bruxelles, 1993.

que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même”⁵⁵, o que caracteriza o primado como um comando tendo como destinatário principal o juiz e, conseqüentemente, intimamente relacionado com o princípio anteriormente formulado da aplicabilidade directa.

A dúvida persistiria até 14 de Dezembro de 1991, data em que o Tribunal emitiu o seu Parecer 1/91, *Espace Economique Européen*⁵⁶, em que se afirma que: “*Les caractéristiques essentielles de l’ordre juridique communautaire (...) sont en particulier sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que l’effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes*”⁵⁷.

A referência ao primado, em primeiro lugar, como critério de relacionamento entre o Direito Comunitário e os Direitos dos Estados-membros, posteriormente completado pela referência ao efeito directo aponta, claramente, um alcance maior ao primado, que deve ser entendido como mais do que uma simples norma de solução de conflitos, antes determinando uma hierarquia de normas jurídicas⁵⁸, sendo que a sua manifestação perante a função jurisdicional nacional consubstancia, realmente, uma norma de solução de conflitos.

A primeira questão colocada pelo primado foi a fundamentação do próprio princípio residir, não numa expressa norma constitucional dos diversos Estados-membros⁵⁹ que defina a hierarquia das normas comunitárias, mas tão só na especificidade própria do Direito Comunitário. Mantendo-se a questão em aberto, certo é que se pode considerar o princípio como aceite pelas diversas jurisdições nacionais⁶⁰.

A segunda questão colocada pelo primado do Direito Comunitário é o problema da sua articulação com as normas constitucionais nacionais. Esta situação colocou-se com particular acuidade no acórdão *Nold*⁶¹, a propósito da salvaguarda dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos. Colocado perante a questão de saber se o princípio do primado deveria ceder perante um direito fundamental consagrado constitucionalmente, o TJCE raciocinou em termos tais que lhe permitiram afirmar em simultâneo o primado absoluto do Direito Comunitário e o respeito pelos direitos fundamentais. Assim,

⁵⁵ Ac 6/64, de 15 de Julho de 1964, *Costa v. ENEL*, cit. p. 1160

⁵⁶ Parecer 1/91, de 14 de Dezembro de 1991, *Espace Economique Européen*, Rec 1991, p. 6079, considerando 21.

⁵⁷ A expressão utilizada, *ordre juridique communautaire* é uma expressão que nos desagrada pela sua conotação dualista. No entanto, é frequente a sua utilização pelo TJCE.

⁵⁸ Louis, J. V., Vandersanden, G., Waelbroeck, D., & Waelbroeck M., *Commentaire Megret, Le Droit de la CEE*, Vol X, *La Cour de Justice, Les actes des institutions*, 2ª Edição, Collection Études Européennes, Université de Bruxelles, 1993, p. 547

⁵⁹ Com excepção da Irlanda.

⁶⁰ Simon, D., “Les exigences de la primauté du Droit Communautaire: continuité ou métamorphoses ?” in *Mélanges Boulouis*, p. 481

⁶¹ Ac 4/73, de 14 de Maio de 1974, *Nold*, Rec 1974, p 491, considerando 13

13 attendu que, ainsi que la cour l' a deja affirme, les droits fondamentaux font partie integrante des principes generaux du droit dont elle assure le respect;

qu' en assurant la sauvegarde de ces droits, la cour est tenue de s' inspirer des traditions constitutionnelles communes aux etats membres et ne saurait, des lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces etats;

O raciocínio explanado converte a questão em análise, um problema de primazia, num simples problema de hierarquia entre as fontes de Direito Comunitário. Com efeito, ao reconhecer os direitos fundamentais como parte integrante dos princípios gerais de Direito Comunitário, ao respeito dos quais o Direito Comunitário derivado se encontra subordinado, o TJCE desloca o problema do nível do primado para um nível interno do Direito Comunitário.

Esta posição do TJCE comporta uma segunda leitura, amenizada, da afirmação do primado absoluto do Direito Comunitário, que havia sido formulada no acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*⁶² e foi severamente criticada pelas jurisdições constitucionais italiana e alemã. Sendo certo que a questão não está definitivamente encerrada, pelo menos encontra-se em certa medida desvalorizada no seu alcance prático.

A grande questão colocada ao nível do primado será talvez aquilo que Simon chamou *contradiction fondamentale*⁶³: a exigência intrínseca de primazia do Direito Comunitário deve ser realizada pelos instrumentos do Direito nacional, o que provoca alguma incerteza quanto à eficácia dos diversos modelos nacionais através dos quais o primado deverá realizar-se.

Por outras palavras, na medida em que incumbe ao juiz nacional a efectivação dos direitos que os particulares retiram do Direito Comunitário, as exigências decorrentes do primado provocaram, em primeiro lugar, um enquadramento comunitário do direito processual nacional e da função jurisdicional nacional e, em segundo lugar, à comunitarização do fundamento das competências do juiz nacional⁶⁴.

1.2.3.3 O mandato comunitário do juiz nacional

Ao juiz nacional incumbe proteger os direitos que os particulares retiram do efeito directo da norma comunitária: “*Par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct du droit communautaire*”⁶⁵.

⁶² Ac 11/70, de 17 de Dezembro de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec 1970, p. 1127

⁶³ *Idem*, p. 484

⁶⁴ Voltaremos a esta questão quando da análise do princípio da autonomia institucional e processual

⁶⁵ Ac 33/76, de 16 de Dezembro de 1976, *Rewe*, Rec 1976, 1989

Este dever será, em princípio, desempenhado segundo as normas processuais internas, de acordo com o princípio da autonomia institucional e processual dos Estados-membros, na medida em que *“il appartient à l’ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinée à assurer la sauvegarde des droits que les justiciable tirent de l’effet direct du droit communautaire...”*⁶⁶.

Na realidade, a organização judiciária dos Estados-membros, bem como o seu direito processual são, naturalmente, matérias que escapam ao âmbito das competências comunitárias.

Estas matérias, no entanto, são bastas vezes determinantes para a realização do Direito. Frequentemente, as soluções existentes em Direito Nacional mostram-se inadequadas e insuficientes para a tutela efectiva do Direito Comunitário, mesmo quando à situação comunitariamente relevante são aplicadas normas processuais não discriminatórias. Por outro lado, aceitar o império absoluto do princípio da autonomia institucional e processual poderia levar a que por via adjectiva fosse negado o efeito útil do Direito Comunitário.

Os limites ao princípio da autonomia institucional e processual dos Estados-membros foram estabelecidos pela primeira vez no Ac *REWE*⁶⁷, que determinou que as modalidades da realização coerciva da norma comunitária não podem ser menos favoráveis do que aquelas tendentes a realizar idênticos direitos de fonte interna, sendo certo que, em qualquer caso, as condições nacionais impostas não podem ser de molde a tornar praticamente impossível a sua realização: as condições impostas pelo direito interno *“ne sauraient être aménagées de manière a rendre pratiquement impossible l’exercice des droits conférés par l’ordre juridique communautaire”*⁶⁸.

São contrários ao Direito Comunitário e consequentemente inadmissíveis a título do princípio da autonomia institucional e processual, todos os regimes de prova cujo efeito seja de tornar praticamente impossível, ou excessivamente difícil a realização do pleno efeito da norma comunitária⁶⁹, nomeadamente o estabelecimento de presunções legais inelidíveis, ou ilidíveis quando o regime de prova contrária seja de molde a transformá-las em inelidíveis. Neste caso, o juiz encarregado de dirimir o litígio deverá desaplicar a norma nacional, apreciando livremente a prova produzida⁷⁰.

Podem ser também limites a este princípio os prazos nacionais de prescrição⁷¹, bem como a inexistência de uma via de direito adequada à satisfação dos direitos que os

⁶⁶ Ac 33/76, de 16 de Dezembro de 1976, *Rewe*, cit.

⁶⁷ *Idem*

⁶⁸ Ac 199/82, de 9 de Novembro de 1983, *San Giorgio*, Rec 1983, p. 3595

⁶⁹ *Idem*, Ac *San Giorgio*

⁷⁰ *Idem*, Ac *San Giorgio*

⁷¹ Ac 33/76, de 16 de Dezembro de 1976, *REWE*, Rec 1976, p. 1899

particulares retiram da norma comunitária, consubstanciando aquilo a que o Advogado-Geral Darmon chamou o *droit au juge*⁷².

Este *droit au juge* é consequência do princípio da aplicabilidade directa da norma comunitária e significa, antes de mais, a toda e qualquer causa um juiz. Mas não apenas um juiz, antes um juiz competente para a plena realização do direito ofendido. Foi assim que o TJCE, no Ac *Johnston*⁷³ o definiu:

“Le controle juridictionnel imposé par cet article est l’expression d’ un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention Européennes de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, du 4 de Novembre de 1950. Comme il a été reconnu par la Déclaration commune de l’Assemblée, du Conseil et de la Commission, en date du 5 avril 1977, et par la jurisprudence de la Cour, il convient de tenir compte des principes dont s’inspire cette convention dans le cadre du droit communautaire.”

“En vertu de l’article 6 de la directive, interprétée à la lumière du principe général indiqué, tout personne a droit à un recours effectif devant une juridiction compétente contre les actes dont elle estime qu’ ils portent atteinte à l’égalité de traitement entre hommes et femmes prévu par la directive 76/207. Il appartient aux États membres d’assurer un contrôle juridictionnel effectif sur le respect des dispositions applicables de droit communautaire et la législation nationale destinée à mettre en oeuvre les droits prévus par la directive”

O conteúdo da expressão *droit au juge* parece assim atender a dois momentos distintos: o primeiro momento de estabelecimento de uma competência jurisdicional relativamente a um litígio; o segundo momento, relativo ao modo e às regras determinantes do exercício dessa competência jurisdicional. Estes dois momentos são, aliás, os mesmos que nesta perspectiva se encontram na formulação do próprio princípio da autonomia institucional e processual dos Estados-membros e parece resultar da jurisprudência do TJCE que a aplicação deste princípio não pode determinar a ausência de tutela jurisdicional dos direitos subjectivos que os particulares retiram do Direito Comunitário, seja por via adjectiva, seja por via institucional.

A segunda situação é a mais complexa. Na realidade, quando um juiz, no exercício da sua competência estatutária, verifica a incompatibilidade do Direito Comunitário com a sua ordem jurídica interna, o princípio do primado impõe-lhe um comando específico e conciso: deverá afastar a aplicação do Direito Nacional, ainda que de natureza processual. Esta solução, no entanto, não resolve o problema colocado quer pela ausência de uma jurisdição competente *ab initio* para conhecer o processo, nem o problema da inexistência de uma via de direito idónea.

Neste caso, ficará o direito sem tutela ?

⁷² A expressão “*droit au juge*” é do Advogado-geral Darmon, in Ac 222/84, de 15 de Maio de 1986, *Johnston*, Rec 1986, p. 1651

⁷³ Ac 222/84, de 15 de Maio de 1986, *Johnston*, Rec 1986, p. 1651

A resposta a esta questão, se atendermos ao princípio da autonomia institucional e processual, não pode deixar de ser afirmativa. Esta solução, no entanto, não é consentânea com o princípio do efeito útil da Direito Comunitário, pelo que se afigura necessário a modelação do princípio da autonomia também na sua vertente institucional.

As primeiras pronúncias do TJCE nesta matéria foram a propósito da amplitude dos poderes cognoscivos do juiz nacional, estabelecida previamente a sua competência pelo direito nacional para dirimir o litígio em questão, como que limitando um pouco mais o princípio da autonomia institucional e processual apenas nesta segunda vertente adjectiva.

A criação de vias de direito autónomas, ao que sabemos, ainda não aconteceu. No entanto, a título incidental, o TJCE criou, pese embora com algum desvio sobre a questão fundamental, novas vias de direito na generalidade dos Estados-membros.

Na realidade, a generalidade das ordens jurídicas dos Estados-membros desconhece a figura da suspensão provisória da lei. Nestes termos, terão os particulares direito a uma protecção provisória dos seus interesses fundados no direito comunitário, contra um acto legislativo nacional alegadamente contrário ao Direito Comunitário?

A questão colocou-se a um juiz britânico a propósito de um litígio que lhe fora submetido no âmbito da sua competência, dando origem a um reenvio prejudicial, o Ac. *Factortame*⁷⁴.

Em causa estava entre o Governo britânico e a sociedade de direito inglês, *Factortame* e outros, relativamente à aplicação do *Merchant Shipping Act* de 1988 e do *Merchant Shipping (Registration of Fishing Vessels) Regulations* de 1988.

As sociedades em questão eram proprietárias e exploravam navios de pesca matriculados no registo de navios britânico ao abrigo do *Merchant Shipping Act* de 1894. Os administradores e accionistas das ditas empresas eram maioritariamente cidadãos espanhóis.

A alteração do regime legal de matrícula de embarcações de pesca, tal como redefinido pelo Acto de 1988 impunha condições impossíveis de cumprir pelas empresas em questão.

A sociedade *Factortame*, perante a contingência de se ver impedida de operar, a partir de 1 de Abril de 1989, impugnou judicialmente, em 16 de Dezembro de 1988, o Acto de 1988, alegando a sua incompatibilidade com o direito comunitário, solicitando a outorga de medidas provisórias.

Em 10 de Março de 1989, o juiz de instância decidiu suspendê-la, colocando uma questão prejudicial ao TJCE, sobre as questões de compatibilidade do Direito Comunitário com o acto legislativo em questão, determinando ainda, a título cautelar, a suspensão provisória dos Actos de 1988 relativamente à sua aplicação aos requerentes.

⁷⁴ Ac C-213/89, de 19 de Junho de 1990, *Factortame*, Rec 1990, p I-2433

O Governo britânico recorreu do despacho no que respeitava à medidas provisórias, tendo obtido vencimento em segunda instância, porquanto o *Court of Appeal* considerou que não existia, em direito britânico, qualquer norma que habilitasse um órgão jurisdicional a suspender provisoriamente a aplicação de leis.

A sociedade *Factortame* recorreu desta sentença para a *House of Lords*, que verificando a inexistência de qualquer norma de direito interno habilitando as jurisdições britânicas a suspender provisoriamente uma lei, considerou ainda assim que este poder poderia eventualmente existir por força do direito Comunitário. Por isso, colocou uma questão prejudicial ao TJCE, para averiguar se, na inexistência em direito interno, do poder jurisdicional de suspensão provisória da lei, tendo em vista a salvaguarda de direitos que os particulares invocam com base no Direito Comunitário, o este obriga ou autoriza o juiz nacional a proteger a título cautelar os direitos invocados.

A questão prejudicial foi particularmente bem formulada, pois que a *House of Lords* detectou a questão em causa. Na medida em que não existe poder sem lei, se o direito nacional não fundamenta o poder de conceder medidas provisórias, então para que estas possam ser outorgadas terão que necessariamente se fundamentar no Direito Comunitário. Com efeito, o problema não se coloca no âmbito dos princípios assentes de direito comunitário, à data da formulação do reenvio, nomeadamente no princípio do primado, mas sim na existência e origem do título para estatuir.

A questão é tanto mais relevante porquanto o princípio da autonomia institucional e processual dos Estados-membros determina a estraneidade do Direito Comunitário aos princípios conformadores do exercício da função jurisdicional em cada Estado-membro.

O TJCE, no entanto, reformulou a questão prejudicial desvirtuando-a e colocando a questão numa simples manifestação de primado.

Com efeito, o Tribunal determinou que o “*Direito Comunitário deve ser interpretado no sentido de que, quando o órgão jurisdicional 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 de direito nacional, deve afastar a aplicação dessa norma*”⁷⁵.

Ora, a questão colocada claramente não foi de saber se o tribunal nacional podia afastar uma norma nacional que o interditava de conceder medidas provisórias. Era sim de saber se o próprio Direito Comunitário continha uma norma habilitando o juiz a decidir em sentido favorável à tutela provisória.

Do exposto, resulta que o juiz nacional é, no estado actual do Direito Comunitário, a jurisdição comunitária de direito comum, com os poderes que lhe são assinados pela respectiva ordem jurídica, nos termos do princípio da autonomia institucional e processual, dentro dos limites acima citados.

A primeira manifestação destes poderes do juiz nacional consiste no próprio poder de apreciar, de sua própria autoridade, a compatibilidade do Direito Comunitária com o

⁷⁵ Idem, p I-2474

Direito Interno, afastando, quando inconciliáveis, nos litígios que lhe são submetidos no âmbito da sua competência, a aplicação da norma de Direito Interno.

A primeira tomada de posição do TJCE nesta matéria data de 1968, no acórdão *Lueck*⁷⁶, em que estava em causa uma norma nacional incompatível com o artigo 95º CE. Questionado sobre as consequências do primado da norma constante do artigo 95º CE, no que concerne as disposições nacionais com ela incompatíveis, o Tribunal afirmou:

“attendu que la troisième question tend à élucider les conséquences de la primauté de la règle communautaire, c’est-à-dire en l’espèce de l’article 95 du traité, à l’égard des dispositions du droit national incompatibles avec cette règle; qu’elle concerne, notamment le point de savoir si le juge doit considérer ces dispositions comme non-applicables, pour autant qu’elles sont incompatibles avec la règle de droit communautaire ou s’il doit les déclarer nulles à dater de l’échéance du délai indiqué à l’article 95 alinéa 3;

attendu que si l’effet reconnu à l’article 95 du traité exclut l’application de tout mesure d’ordre interne incompatible avec ce texte, cet article ne limit cependant pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d’appliquer, parmi les divers procédés de l’ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire.”

Verifica-se assim que a inaplicabilidade da norma é a consequência mínima exigida pelo direito comunitário, sendo no entanto permitido ao juiz do processo lançar mão de outros institutos desde que previstos pelo direito nacional.

Na ausência de disposições de direito interno reconhecendo ao juiz de processo, o poder de inaplicar a norma incompatível com o direito comunitário, que como já vimos, é o conteúdo mínimo da obrigação comunitária do juiz, o é o Direito Comunitário ele próprio, que garante essa faculdade ao juiz nacional. Esta parece ser a melhor leitura da considerando 24 do acórdão *Simmenthal*⁷⁷, de que recordamos a situação *sub judice*.

Estavam em causa duas questões prejudiciais colocadas pelo Pretore de Susa relativas ao princípio da aplicabilidade directa, tendo em vista averiguar da compatibilidade com o Direito Comunitário da jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano reservando para si o conhecimento da incompatibilidade entre direito interno e direito comunitário. Respondendo à primeira questão, o TJCE afirmou⁷⁸:

“qu’ il decoule de l’ ensemble de ce qui precede que tout juge national, saisi dans le cadre de sa competence, a l’ obligation d’ appliquer integralement le droit communautaire et de proteger les droits que celui-ci confere aux particuliers, en laissant inappliquee toute disposition eventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit anterieure ou posterieure a la regle communautaire;

⁷⁶ Ac 34/67, de 4 de Abril de 1968, *Lueck*, Rec 1968, p. 359, pp. 370

⁷⁷ Ac 106/77, de 9 de Março de 1978, *Simmenthal*, cit.

⁷⁸ Idem considerandos 20 e sgs

22 que serait, des lors, incompatible avec les exigences inherentes a la nature meme du droit communautaire toute disposition d' un ordre juridique national ou toute pratique, legislative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l' efficacite du droit communautaire par le fait de refuser au juge competent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment meme de cette application, tout ce qui est necessaire pour ecarter les dispositions legislatives nationales formant eventuellement obstacle a la pleine efficacite des normes communautaires;

23 que tel serait le cas si, dans l' hypothese d' une contrariete entre une disposition du droit communautaire et une loi nationale posterieure, la solution de ce conflit etait reservee a une autorite autre que le juge appele a assurer l' application du droit communautaire, investie d' un pouvoir d' appreciation propre, meme si l' obstacle resultant ainsi pour la pleine efficacite de ce droit n' etait que temporaire;

24 qu' il y a donc lieu de repondre a la premiere question que le juge national charge d' appliquer, dans le cadre de sa competence, les dispositions du droit communautaire, a l' obligation d' assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquee, de sa propre autorite, toute disposition contraire de la legislation nationale, meme posterieure, sans qu' il ait a demander ou a attendre l' elimination prealable de celle-ci par voie legislative ou par tout autre procede constitutionnel;”

De facto, a expressão “*de sa propre autorite*”, ilustra a distância que separa *Simmenthal* de *Luck*. Neste, o juiz era, aparentemente, titular do poder de verificar inclusivamente a nulidade da norma nacional, enquanto naquele, o juiz não teria sequer, à luz do direito nacional conformador do exercício da função jurisdicional, o poder de constatar a incompatibilidade da norma nacional com a norma comunitária, sendo certo que, para o Direito Comunitário e, no que respeita às jurisdições nacionais, a exigência nesta matéria é a inaplicabilidade.

Finalmente, qual deverá ser o comportamento do juiz nacional sempre que a norma comunitária pertinente não possa ser directamente aplicada ao litígio ?

A solução mais imediata, de aplicação da norma de Direito Interno é afastada pela jurisprudência do TJCE, que construiu o princípio da interpretação conforme do Direito Nacional com a norma comunitária.

A primeira referência a este princípio surge em 1984 com o Ac *Von Colson et Kamann*⁷⁹, em que se questionava um acto nacional de transposição de uma Directiva, nomeadamente sobre qual a interpretação a dar à exigência comunitária de uma sanção não discriminada contra a violação do princípio da não discriminação entre trabalhadores em razão do sexo. A resposta do TJCE determinou que existe uma obrigação de interpretação conforme do Direito Nacional com o Direito Comunitário, “*dans toute la mesure où une marge d' appreciation lui est accordée par son droit national*”.

⁷⁹ Ac 14/83, de 10 de Abril de 1984, *Von Colson et Kamann*, Rec 1984, p. 1891

A condição imposta, a existência de uma margem de apreciação concedida pelo Direito Nacional, consentânea com o princípio da autonomia institucional e processual dos Estados-membros, parece determinar que, na sua ausência, à jurisdição nacional nada mais resta que aplicar o seu Direito Interno.

De facto, na situação *sub judice* em *Von Colson et Kaman* a norma da Directiva não continha todos os requisitos necessários à sua aplicabilidade directa, tal como determinada pela jurisprudência *Van Duyn*⁸⁰. Esta terá sido, aliás, a razão determinante do aparecimento deste princípio da interpretação conforme.

Já na jurisprudência *Murphy*⁸¹, a propósito da interpretação do artigo 119º CE, determinando que “*il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne, dans toute la mesure où une marge de appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conforme aux exigences du droit communautaire*”. Na impossibilidade de conformar as normas por via interpretativa, pela ausência de poder para tal, a jurisdição nacional deverá desaplicar o seu Direito Interno.

Neste caso, a interpretação conforme da norma interna, porque em referência a uma norma do Tratado previamente considerada como directamente aplicável⁸² é, de certa forma, uma solução menos gravosa que a alternativa ditada pelos princípios da aplicabilidade directa e do primado. Este facto, no entanto, não nos parece suficiente para a pronúncia tal como formulada.

Na realidade, a solução final, na impossibilidade da interpretação conforme é, manifestamente, o reconhecimento da aplicabilidade directa da norma do artigo 119º ao caso concreto. Ora, assim sendo, não se concebe a necessidade deste desvio ao *acquis communautaire*.

As pronúncias *Von Colson et Kaman* e *Murphy* pouco adiantam à solução que se poderia encontrar no quadro dos princípios do primado e da aplicabilidade directa. De facto, no primeiro, a solução final só é diferente se o juiz de instância possuir, de acordo com o seu Direito nacional, o poder de proceder à interpretação conforme. Caso contrário, porque a norma comunitária não é directamente aplicável, solucionará o litígio de acordo com o seu direito interno.

No segundo caso, a solução dada passa sempre pela obtenção do resultado previsto na norma comunitária. Ora, na medida em que estamos perante Direito Comunitário directamente aplicável, vertical e horizontalmente, esta seria sempre a solução obtida pela aplicação dos referidos princípios.

⁸⁰ Ac 41/74, de 4 de Dezembro de 1974, *Van Duyn*, Rec 1974, p. 1337

⁸¹ Ac 157/86, de 4 de Fevereiro de 1988, *Murphy*, Rec 1988, p. 673

⁸² Ac 43/75, de 8 de Abril de 1976, *Defrenne*, Rec 1976, p. 455

Situação bem diversa é a que resulta do Ac. *Marleasing*⁸³. Em causa estava a interpretação da norma do artigo 11º da Directiva 68/151, designadamente a questão de saber da sua aplicabilidade directa.

O TJCE rejeitou, sem qualquer análise da norma⁸⁴, a possibilidade da sua aplicabilidade directa, em sintonia com jurisprudência anterior, na medida em que o litígio opunha dois particulares e às normas das directivas apenas é reconhecido efeito directo vertical.

No entanto, o TJCE não quis deixar de salvaguardar a produção dos efeitos da norma comunitária. Recorreu para o efeito ao princípio da interpretação conforme, estabelecendo que: “aplicando o seu 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 possível, à luz do texto e da finalidade da Directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 189º, terceiro parágrafo, do tratado.”, o que naturalmente determina o reconhecimento, por via indirecta, do efeito directo horizontal às normas das Directivas.

A fórmula utilizada em *Marleasing* com a expressão *dans toute la mesure do possible* é ambígua e suscita algumas dúvidas.

Antes de mais, dir-se-á que para a interpretação conforme ser possível é indispensável, no respeito pelo princípio da autonomia institucional e processual, que o juiz tenha uma margem de apreciação reconhecida pelo seu Direito Interno. Desta forma, a expressão utilizada abrangeria, para além de outras situações, também os requisitos estabelecidos na jurisprudência anterior. No entanto, nada no acórdão nos indica que o juiz de processo fosse detentor de uma margem de apreciação conferida pelo seu direito nacional. Esta questão, aliás, é mesmo ignorada pelo Tribunal, que acaba por impor a obrigação da interpretação conforme no caso concreto.

Assim sendo, parece-nos mais correcto considerar que a intenção do Tribunal foi precisamente eliminar o requisito anterior, pelo que no estado actual do Direito Comunitário apenas se nos afiguram existir relativamente ao princípio da interpretação conforme duas limitações.

A primeira decorre do próprio conteúdo da norma comunitária: se ela não for clara, precisa e incondicionada, é impossível ao juiz avaliar o seu alcance por via interpretativa.

A segunda limitação será porventura mais relevante. É que não se nos afigura possível que, pela via da interpretação conforme se avalizem violações ao princípio da segurança jurídica.

Esta leitura parece de alguma forma ter sido acolhida pelo TJCE na sua jurisprudência posterior.

⁸³ Ac C-106/89, de 13 de Novembro de 1990, *Marleasing*, Rec 1990, p. I - 41

⁸⁴ Do nosso ponto de vista tratava-se de uma norma clara, precisa e incondicionada, logo susceptível de produção de efeito directo, exclusivamente vertical, atendendo à jurisprudência assente à data da pronúncia do Acórdão

De facto, em *Pretore de Salo*⁸⁵ e *Kolpinghuis Nijmegen*⁸⁶, o Tribunal afirmou que “*une directive ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d’une loi interne prise par un État membre pour son application, de déterminer ou d’aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions*”, o que parece significar que o TJCE aceita como limite à obrigação de interpretação conforme os princípios da irretroactividade da norma penal e o princípio da segurança jurídica. Este limite será, quanto a nós, um limite imposto também ao princípio do efeito útil.

1.2.3.4 O contencioso da repetição do indevido

O Direito Comunitário é, em larga medida, direito económico e enquanto tal implica repercussões pecuniárias, ao nível comunitário como ao nível nacional, tanto para os Estados como para os operadores económicos.

Esta afirmação infere-se a partir do texto dos próprios Tratados. Com efeito, a interdição dos direitos aduaneiros e encargos de efeito equivalente à importação e exportação⁸⁷ e a proibição da taxaço interna discriminatória⁸⁸, demonstram claramente a importância das implicações financeiras do Direito Comunitário.

Assim, quando a norma comunitária proíbe aos Estados-membros a cobrança de certos montantes, na medida em que essa norma produza efeito directo, aos operadores económicos assiste, em primeiro lugar, o direito de não pagar. Este comportamento, no entanto, é bastas vezes pouco consentâneo com as necessidades da vida comercial, pelo que frequentemente o operador económico opta pelo pagamento do valor em questão, demandando posteriormente o seu reembolso perante as autoridades nacionais. Esta situação está na origem de inúmeros reenvios prejudiciais, através dos quais o TJCE construiu o contencioso comunitário da repetição do indevido⁸⁹.

Pelas suas características próprias, o contencioso da repetição do indevido encontra-se intimamente relacionado, senão mesmo no centro, da tutela jurisdicional devida aos particulares, o que tem levado, o TJCE, ao longo dos anos, a desenvolver todo um conjunto de regras aplicáveis na matéria, tanto na vertente do reembolso aos particulares como do reembolso aos Estados e à Comunidade.

O fundamento do direito à repetição do indevido não é exclusivo nem particular do Direito Comunitário. Com efeito, a repetição do indevido é um princípio comum ao direito civil⁹⁰ e ao direito público, inspirado na equidade⁹¹, que impõe a restituição de valores percebidos sem fundamentação num título jurídico válido.

⁸⁵ Ac 14/86, de 11 de Junho de 1987, *Pretore de Salo*, Rec 1987, p. 2545

⁸⁶ Ac 80/86, de 8 de Outubro de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, Rec 1987, p. 3969

⁸⁷ Artigos 12º e seguintes Tratado CE, especialmente artigo 16º.

⁸⁸ Artigo 95º CE

⁸⁹ Barav, A., “La repetition de l’indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, CDE, 1981, p. 507

⁹⁰ Antunes Varela, J. M., *Das Obrigações em Geral*, Vol I, Almedina, Coimbra, 5ª Edição, 1986, p. 458

Esta questão comunitariza-se a partir do momento em que decorra do Direito Comunitário a invalidade do título jurídico ao abrigo do qual o montante foi pago ou percebido e uma análise cuidada da jurisprudência comunitária permite encontrar, pese embora exista um tronco comum, ramificações diversas na fundamentação do direito ao reembolso, conforme as diversas situações concretas.

Os primeiros afloramentos da questão datam de 1976, nos Ac *REWE*⁹² e *COMET*⁹³, em que a repetição do indevido é tratada de uma forma indirecta, mercê, nomeadamente, da formulação das questões prejudiciais colocadas pelas jurisdições de reenvio, que atendiam antes de mais, à questão de saber da compatibilidade do Direito Comunitário com os prazos nacionais de interposição dos processos adequados.

A primeira vez que o TJCE explicitamente reconheceu o fundamento comunitário da repetição do indevido foi no processo *Pigs and Bacon*⁹⁴.

Em causa estava um sistema de comercialização de carne de suíno na Irlanda, de acordo com o qual era cobrada uma taxa aos produtores, em contrapartida de um prémio concedido aos exportadores.

Verificando que a taxa assim cobrada servia objectivos incompatíveis com o Direito Comunitário, o TJCE declarou o direito de qualquer operador económico a ela sujeito, que a tivesse pago, teria o direito de reclamar os montantes indevidamente liquidados.

Esta posição de princípio seria posteriormente reafirmada pelo TJCE no Ac *Hans Just*⁹⁵, em que o Tribunal determinou o reembolso de montantes cobrados em violação do artigo 95º CE.

Os exemplos jurisprudenciais citados respeitam à primeira espécie de situação que podemos encontrar no contencioso da repetição do indevido, e, na realidade, a mais frequente, de cobranças estaduais incompatíveis com do Direito Comunitário⁹⁶.

Neste caso, a fundamentação encontrada pelo Tribunal para o reembolso é o próprio efeito directo da norma comunitária violada, ainda que de uma forma indirecta. De facto, do efeito directo dessa norma decorre, antes de mais, o direito a não pagar, como

⁹¹ Barav, A., “La repetition de l’indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, CDE, 1981, p. 510

⁹² Ac 33/76, de 16 de Dezembro de 1976, *REWE*, Rec 1976, p. 1899

⁹³ Ac 45/76, de 16 de Dezembro de 1976, *Comet*, Rec 1976, p. 2043

⁹⁴ Ac 177/78, de 26 de Junho de 1979, *Pigs and Bacon Commission c. McCarren*, Rec 1979, p. 2161

⁹⁵ Ac 68/79, de 27 de Fevereiro de 1980, *Hans Just*, Rec. 1980, p. 501

⁹⁶ Ac 33/76, de 16 de Dezembro de 1976, *Rewe*, Rec 1976, p. 1899; Ac 45/76, de 16 de Dezembro de 1976, *Comet*, Rec 1976, p. 2043; Ac 77/76, de 25 de Maio de 1977, *Cuchi*, Rec 1977, p. 987; Ac 177/78, de 26 de Junho de 1979, *Pigs and Bacon*, Rec 1979, p. 2161; Ac 68/79, de 27 de Fevereiro de 1980, *Hans Just*, Rec 1980, p. 501; Ac 61/79, de 27 de Março de 1980, *Denkavit Italiana*, Rec 1980, p. 1205; Ac 811/79, de 10 de Junho de 1980, *Ariete*, Rec 1980, p. 2545; Ac 826/79, de 10 de Junho de 1980, *MIRECO*, Rec 1980, p. 2559; Ac 142 & 143/80, de 27 de Maio de 1981, *Essevi & Salengo*, Rec 1981, p. 1413; Ac 199/82, de 9 de Novembro de 1983, *San Giorgio*, Rec 1983, p. 3595; Ac 331, 376 & 378/85, de 25 de Fevereiro de 1988, *Bianco*, Rec 1988, p. 1799; Ac 240/87, de 29 de Junho de 1988, *Deville*, Rec 1988, p. 3513; Ac 386/87, de 9 de Novembro de 1989 *Bessin et Salsson*, Rec 1989, p. 3551.

correspondente lógico da proibição de cobrar e, caso o pagamento se concretize, é uma exigência natural da realização do pleno efeito da norma comunitária a imposição do seu reembolso⁹⁷. Desta forma e porque a fundamentação encontrada pelo TJCE para a repetição do indevido é a aplicabilidade directa da norma comunitária violada, parece natural afirmar que não existe direito ao reembolso quando a norma comunitária em causa não seja directamente aplicável⁹⁸.

Esta fundamentação é, a nosso ver e, como salienta o Prof. Ami Barav⁹⁹, algo falaciosa. Na realidade, a fundamentação normal da repetição do indevido é a ilegalidade do título a propósito do qual os montantes foram percebidos. Ora, se assim é, parece que esta ilegalidade poderá decorrer de qualquer norma comunitária, produza ou não efeito directo.

A fundamentação da repetição do indevido na ilegalidade do título permitiria, assim, uniformizar a fundamentação da repetição do indevido, independentemente da situação *sub judice*.

A segunda situação espécie do contencioso da repetição do indevido relaciona-se com as cobranças efectuadas pelas autoridades nacionais com base em actos comunitários posteriormente declarados inválidos¹⁰⁰. Esta situação colocou-se pela primeira vez no Ac *Express Dairy Foods*¹⁰¹, após a declaração de invalidade de alguns regulamentos comunitários sobre montantes compensatórios monetários cobrados na exportação de lacticínios. O Tribunal respondeu ao juiz de instância de uma forma algo dúbia, ao afirmar que compete à jurisdição nacional decidir sobre o reembolso, o que parece admitir a possibilidade deste não se concretizar¹⁰², possibilidade essa que foi expressamente imposta à jurisdição nacional, no processo *International Chemical Corporation*¹⁰³, sempre que o operador onerado com a cobrança ilegal a tivesse repercutido sobre os seus clientes, numa pronúncia, aliás, consentânea com a prestada no Ac *Hans Just*.

Esta jurisprudência provocou de imediato reacções legislativas em alguns Estados-membros, nomeadamente, em Itália, que estabeleceu de imediato uma presunção de **repercussão**, ilidível apenas mediante prova documental, dando origem a

⁹⁷ Ac 199/82, *San Giorgio*, cit.; Ac 240/87, *Déville*, cit.

⁹⁸ A este respeito, Barav, A., “La repetition de l’indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, CDE, 1981, p. 516 e sgs.

⁹⁹ *Idem*

¹⁰⁰ Ac 130/79, de 12 de Junho de 1980 *Express Dairy Foods*, Rec 1980, p. 1887; Ac 66/80, de 13 de Maio de 1981, *International Chemical Corporation*, Rec 1981, p. 1191

¹⁰¹ Ac 130/79, de 12 de Junho de 1980, *Express Dairy Foods*, Rec 1980, p. 1887

¹⁰² A este respeito, Barav, A., “La repetition de l’indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, CDE, 1981, p. 519

¹⁰³ Ac 66/80, de 13 de Maio de 1981, *International Chemical Corporation*, Rec 1981, p. 1191

alguns reenvios prejudiciais¹⁰⁴, em que o TJCE teria a oportunidade de alterar ligeiramente a sua jurisprudência.

A terceira situação de repetição do indevido é a que decorre de uma aplicação errada do Direito Comunitário.

Sabemos que o Direito Comunitário se executa em larga medida através das autoridades estaduais e que esta descentralização pode gerar, como efectivamente acontece, aplicações erróneas das normas comunitárias.

Situações desta natureza estiveram subjacentes a diversos processos perante o TJCE¹⁰⁵ e a fundamentação encontrada foi mais uma vez diferente. De acordo com as pronúncias do Tribunal, o reembolso torna-se exigível em virtude da responsabilidade que para os Estados-membros resulta da sua intervenção em sede de finanças comunitárias.

A quarta situação de repetição do indevido respeita ao reembolso de auxílios de estado incompatíveis com o mercado comum¹⁰⁶ e foi pela primeira vez admitido pelo TJCE no processo relativo aos auxílios à reconversão das regiões mineiras na República Federal¹⁰⁷. Esta situação será objecto de estudo *infra*, na medida em que se inclui na parte especial deste trabalho.

1.2.3.5 O contencioso da responsabilidade

A questão da responsabilidade do Estado pelo incumprimento do Direito Comunitário colocou-se pela primeira vez perante o TJCE em 1975, no processo *Russo c. Aima*¹⁰⁸. Estava em causa uma questão prejudicial colocada por um juiz italiano, encarregado de dirimir um litígio opondo um produtor de trigo e a administração italiana, tendo em vista a reparação de danos patrimoniais provocados pelo organismo de intervenção agrícola.

A resposta do TJCE, pese embora a remissão para o direito interno relativo à responsabilidade do Estado, parece apontar no sentido de considerar que o Direito Comunitário investe os particulares no direito à reparação sempre que os seus direitos sejam prejudicados por um comportamento estadual ilegal face ao Direito Comunitário.

Apenas em 1991 o Tribunal viria a pronunciar-se em termos explícitos, mas não necessariamente claros, sobre o problema da responsabilidade do Estado¹⁰⁹, a propósito

¹⁰⁴ Ac 199/82, *San Giorgio*, Rec 1983, p. 3595; Ac 331, 376 & 378/85, *Bianco*, Rec 1988, p 1799, cit.

¹⁰⁵ Ac 265/78, de 5 de Março de 1980, *Ferwerda*, Rec 1980, p 617; Ac 119 & 126/79, de 12 de Junho de 1980 *Lippische Hauptgenossenschaft*, Rec 1980, p. 1863; Ac 127 & 128/79, de 27 de Março de 1980, *Salumi*, Rec 1980, p. 1237

¹⁰⁶ Ac 70/72, de 12 de Julho de 1973, *Commission c. Allemagne*, Rec 1973, p 813; Ac 94/87, de 2 de Fevereiro de 1989, *Commission c. Allemagne*, Rec 1989, p 175; Ac C-142/87, de 21 de Março de 1990 *Belgique c. Commission*, Rec 1990, p I-959; Ac C-301/87, de 14 de Fevereiro de 1990, *France c. Commission*, Rec 1990, p I-307; Ac C-303/88, de 21 de Março de 1991, *Italie c. Commission*, Rec 1991, p I-1433; Ac C-5/89, de 2 de Setembro de 1990, *Commission c. Allemagne*, Rec 1990, p I-3437

¹⁰⁷ Ac 70/72, de 12 de Julho de 1973, *Commission c. Allemagne*, Rec 1973, p 813

¹⁰⁸ Ac 69/75, de 12 de Novembro de 1976, *Russo c. Aima*, Rec 1976, p. 45

¹⁰⁹ Ac C-6 & 9/90, de 19 de Novembro de 1991, *Francovich*, Rec 1991, p.

de um litígio sobre uma Directiva do Conselho, de Outubro de 1980, relativa à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência da entidade patronal¹¹⁰.

Nos termos da Directiva, os Estados-membros devem tomar medidas no sentido de assegurar, em caso de insolvência da entidade patronal, o pagamento dos créditos em dívida aos trabalhadores, desde que resultantes dos contratos de trabalho ou de relações laborais e incidentes sobre as remunerações.

Esta Directiva deveria ter sido transposta no prazo de 36 meses, sendo que a Itália não o fez, tendo-lhe sido instaurada acção por incumprimento¹¹¹, julgada procedente pelo TJCE.

Credores da sua entidade patronal, Andrea Francovich e Danila Bonifaci, impossibilitados de realizar o seu direito, em virtude da falta de transposição da Directiva, intentaram junto dos Tribunais italianos uma acção contra a República italiana tendo em vista a sua condenação no pagamento das respectivas dívidas.

O juiz de instância colocou, a propósito, três questões prejudiciais, a primeira das quais no sentido de saber se os particulares lesados pela falta de transposição de uma Directiva podem invocar as suas disposições directamente aplicáveis para pedir a sua aplicação pelo Estado-membro e reclamar os prejuízos sofridos pela falta de transposição das suas disposições não directamente aplicáveis.

A resposta do TJCE à primeira questão estruturou-se em duas fases, a primeira, que analisou a aplicabilidade directa das normas da Directiva e a segunda, que analisou a questão da responsabilidade do Estado.

Da leitura do dispositivo, o Tribunal concluiu que existiam três normas pertinentes na Directiva, cuja aplicabilidade directa convinha averiguar. Fê-lo à luz da jurisprudência assente nesta matéria¹¹², analisando a questão em três vertentes: a identidade do credor, o conteúdo do direito e a identidade do devedor.

Se quanto aos dois primeiros elementos, o TJCE não teve quaisquer dúvidas em considerar as normas que os determinam suficientemente claras e incondicionais e, conseqüentemente, directamente aplicáveis. Já quanto ao terceiro elemento, considerou que a margem de manobra prevista no artigo 5º da Directiva, relativamente à organização, funcionamento e financiamento da instituição de garantia era suficiente para não permitir uma identificação do devedor.

Assim sendo, as normas da Directiva não poderiam ser invocadas em acção de pagamento contra o Estado-membro, pela incerteza quanto ao devedor da prestação.

¹¹⁰ Directiva 80/987/CEE, de 20 de Outubro de 1980

¹¹¹ Ac 22/87, de 2 de Fevereiro de 1989, *Commission c. Italie*, Rec 1989, p. 163

¹¹² Ac. 41/74, de 4 de Dezembro de 1974, *Van Duyn*, Rec 1974, p. 1337; Ac 148/78, de 5 de Abril de 1979, *Ratti*, Rec 1979, p. 1629; Ac 8/81, de 19 de Janeiro de 1982, *Becker*, Rec 1982, p. 53; Ac 222/84, de 15 de Maio de 1986, *Johnston*, Rec 1986, p. 1651; Ac C-188/89, de 12 de Julho de 1990, *Foster*, Rec 1990, p. I-3313.

Verificada esta impossibilidade, o TJCE analisou a questão da responsabilidade do Estado, concluindo que neste caso, acção em responsabilidade, não se torna necessário conhecer o devedor. Na realidade, na acção em responsabilidade torna-se indispensável sim conhecer o autor do facto ilícito gerador do dano; ora, o facto ilícito gerador do prejuízo era a falta de transposição da Directiva e naturalmente que o seu autor era a República Italiana.

Ora, em sede de acção em responsabilidade, ao contrário da acção em pagamento, apenas são necessárias duas normas directamente aplicáveis: a que identifica o lesado e a que identifica o prejuízo, o que se verificava na Directiva em causa, pelo que o Tribunal concluiu pela existência da responsabilidade do Estado, com a consequente obrigação de indemnizar.

Desta forma, pese embora as limitações decorrentes do circunstancialismo próprio do *Ac Francovich*¹¹³, há que tomar em devida conta a afirmação fundamental incluída no considerando 35: “*o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares pelas violações do Direito Comunitário que lhe são imputáveis é inerente ao sistema do tratado*”.

¹¹³ Barav, “Omnipotent Courts” in

2. O Contencioso dos Auxílios de estado

A Comunidade Europeia tem como missão, nos termos do Artigo 2º CE, “promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das actividades económicas, um crescimento sustentável e não inflacionista que respeite o ambiente, um alto grau de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de emprego e de protecção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-membros.”¹¹⁴

Um dos meios através do qual estas missões serão cumpridas é “...através da criação de um mercado comum e de uma União Económica e Monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3º e 3º-A...”¹¹⁵, o que implica a implementação de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno¹¹⁶.

Ora, a concessão de auxílios de estado, é susceptível de falsear a concorrência no mercado interno “*não apenas por impedirem a optimização da alocação dos recursos, mas também enquanto geradores de efeitos semelhantes aos das barreiras aduaneiras e de outras formas de protecção*”¹¹⁷ e, por isso mesmo, os autores do Tratado entenderam necessário consagrar a esta matéria a terceira Secção do Capítulo I, Título V, da Parte III do Tratado que institui a Comunidade Europeia, artigos 92º a 94º.

O artigo 92ºCE desenvolve-se em três parágrafos, segundo uma lógica transparente. O número um determina a incompatibilidade dos auxílios de estado com o mercado comum, desde que verificados alguns requisitos, nele enumerados, que determinam o seu campo material de aplicação. Esta estipulação, conjugada com o princípio da cooperação estabelecido no artigo 5º CE¹¹⁸ e com o princípio da boa-fé, impõe aos Estados-membros uma obrigação de *stand still*, que se consubstancia num dever geral de abstenção de adopção de comportamentos considerados incompatíveis com o mercado comum, nos termos estabelecidos pelo artigo 92º nº 1 CE.

¹¹⁴ Artigo 2º CE

¹¹⁵ Artigo 2º CE

¹¹⁶ Artigo 3º, *alinea g)* CE

¹¹⁷ Comissão das Comunidades Europeias, Primeiro relatório sobre os auxílios de Estado na Comunidade Europeia, Bruxelas, 1989

¹¹⁸ “Os Estados-membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado.”

O número dois do artigo 92º contém o que alguns autores chamam *lista branca*, ou seja, o elenco de auxílios de estado compatíveis de pleno direito com o mercado comum, por não se verificarem quanto a eles, os requisitos de incompatibilidade estabelecidos no número um e, o número três, a chamada *lista cinzenta*, ou seja, a enumeração dos auxílios de estado que poderão, em certas condições, ser considerados compatíveis com o mercado comum, eventualmente em derrogação do número um.

Como se verifica, existe alguma semelhança entre a formulação do artigo 85º nº 1 e 3 CE e o artigo 92º nº 1 e 3 CE. O número um comporta uma estipulação de incompatibilidade com o mercado comum e o número três eventuais derrogações ao princípio geral estabelecido. As diferenças, se é que existem, atenderiam, a nosso ver, aos destinatários de uma e outra norma, no artigo 85º as empresas, no artigo 92º, os Estados-membros. No entanto, o próprio Tratado¹¹⁹ submete as empresas públicas ao regime estabelecido no artigo 85º e da jurisprudência do TJCE ressalta que as empresas são também elas afectadas pela estipulação do artigo 92º, que determina obrigações para elas decorrentes¹²⁰.

A segunda diferença entre o artigo 85º e o artigo 92º resulta de uma comparação atenta dos primeiros parágrafos. Na realidade, o nº 1 do artigo 92º limita-se a definir, em termos algo vagos, a incompatibilidade de alguns auxílios públicos com o mercado comum, tornando-se indispensável, para a perfeição da norma o recurso aos referidos artigo 5º CE e princípio da boa-fé, por forma a que dele resulte uma obrigação para um qualquer sujeito. Assim não acontece com o número um do artigo 85º, que claramente estabelece uma proibição dos comportamentos anticoncurrenciais indicados.

Esta diferença comporta, necessariamente, resultados diferentes no que respeita às sanções da violação dos respectivos número um. Assim, enquanto o artigo 85º determina, através do seu número dois, a nulidade de qualquer acordo entre empresas que viole o disposto no artigo 85º número um, não encontramos estipulação semelhante no artigo 92º. Com efeito, o artigo 92º nº 2 enumera especificamente o elenco dos auxílios de estado compatíveis com o mercado comum e o regime originário dos auxílios públicos é omissivo na qualificação do vício que inquina os actos nacionais violadores da obrigação decorrente do artigo 92º nº 1.

Assim sendo, a solução deverá encontrar-se nos princípios gerais determinados pelo TJCE no que respeita à condição do direito nacional contrário à norma comunitária, sem prejuízo de eventuais adaptações decorrentes da especificidade da matéria de auxílios públicos¹²¹.

¹¹⁹ Artigo 90º CE

¹²⁰ Jurisprudência repetição do indevido, vg, TWD

¹²¹ A primeira tomada de posição do TJCE nesta matéria data de 1968, no acórdão *Lueck* — Ac 34/67, de 4 de Abril de 1968, *Lueck*, Rec 1968, p. 359, pp. 370 —, em que estava em causa uma norma nacional incompatível com o artigo 95º CE. Questionado sobre as consequências do primado da norma constante do artigo 95º CE, no que concerne as disposições nacionais com ela incompatíveis, o Tribunal afirmou:

“attenué que la troisième question tend à élucider les conséquences de la primauté de la règle communautaire, c’est-à-dire en l’espèce de l’article 95 du traité, à l’égard des dispositions du droit national incompatibles avec cette règle; qu’elle concerne, notamment le point de savoir si le juge doit considérer ces dispositions comme non-applicables, pour

autant qu'elles sont incompatibles avec la règle de droit communautaire ou s'il doit les déclarer nulles à dater de l'échéance du délai indiqué à l'article 95 alinéa 3;

attendu que si l'effet reconnu à l'article 95 du traité exclut l'application de toute mesure d'ordre interne incompatible avec ce texte, cet article ne limite cependant pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire."

Assim, a jurisdição nacional pode escolher, entre as soluções consagradas pelo seu direito nacional, qualquer outra mais radical que a inaplicabilidade, considerada como o mínimo exigível. A declaração de nulidade não é exigida pelo Direito Comunitário, relevando da descriconaridade do juiz, quando tal poder lhe seja reconhecido em direito interno — Ac 170/88, de 11 de Julho de 1989, *Ford Espana*, Rec 1989, p. 2305 —.

Na ausência de disposições de direito interno reconhecendo ao juiz de processo, o poder de inaplicar a norma incompatível com o direito comunitário, que como já vimos, é o conteúdo mínimo da obrigação comunitária do juiz, é o Direito Comunitário ele próprio que garante essa faculdade ao juiz nacional. Esta parece ser a melhor leitura do considerando 24 do acórdão *Simmenthal* — Ac 106/77, de 9 de Março de 1978, *Simmenthal*, cit.—, de que recordamos a situação *sub judice*.

Estavam em causa duas questões prejudiciais colocadas pelo Pretore de Susa relativas ao princípio da aplicabilidade directa, tendo em vista averiguar da compatibilidade com o Direito Comunitário da jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano reservando para si o conhecimento da incompatibilidade entre direito interno e direito comunitário. Respondendo à primeira questão, o TJCE afirmou:

"qu' il découle de l' ensemble de ce qui precede que tout juge national, saisi dans le cadre de sa competence, a l' obligation d' appliquer integralement le droit communautaire et de proteger les droits que celui-ci confere aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition eventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit anterieure ou posterieure a la regle communautaire;

22 que serait, des lors, incompatible avec les exigences inherentes a la nature meme du droit communautaire toute disposition d' un ordre juridique national ou toute pratique, legislative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l' efficacite du droit communautaire par le fait de refuser au juge competent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment meme de cette application, tout ce qui est necessaire pour ecarter les dispositions legislatives nationales formant eventuellement obstacle a la pleine efficacite des normes communautaires;

23 que tel serait le cas si, dans l' hypothese d' une contrariete entre une disposition du droit communautaire et une loi nationale posterieure, la solution de ce conflit etait reservee a une autorite autre que le juge appele a assurer l' application du droit communautaire, investie d' un pouvoir d' appreciation propre, meme si l' obstacle resultant ainsi pour la pleine efficacite de ce droit n' etait que temporaire;

24 qu' il y a donc lieu de repondre a la premiere question que le juge national charge d' appliquer, dans le cadre de sa competence, les dispositions du droit communautaire, a l' obligation d' assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorite, toute disposition contraire de la legislation nationale, meme posterieure, sans qu' il ait a demander ou a attendre l' elimination prealable de celle-ci par voie legislative ou par tout autre procede constitutionnel;"

De facto, a expressão “*de sa propre autorite*”, ilustra a distância que separa *Simmenthal* de *Luck*. Neste , o juiz era, aparentemente, titular do poder de verificar inclusivamente a nulidade da norma nacional, enquanto naquele, o juiz não teria sequer, à luz do direito nacional conformador do exercício da função jurisdicional, o poder de constatar a incompatibilidade da norma nacional com a norma comunitária.

Assim, do ponto de vista jurisdicional, o Direito Comunitário satisfaz-se com a simples inaplicabilidade do direito interno com ele incompatível. No entanto, do ponto de vista legislativo, os Estados-membros são obrigados a eliminar da sua ordem jurídica as disposições incompatíveis com o direito comunitário — Ac 104/86, de 24 de Março de 1988, *Commission c. Italie*, Rec 1988, p. 1799 —, quer esta incompatibilidade tenha sido estabelecida por acórdão prejudicial — Ac 199/82, de 9 de Novembro de 1983, *San Giorgio*, Rec 1983, p. 3595 —, quer, *a fortiori*, no caso de um acórdão em constatação de incumprimento — Ac 225/86, 27 de Abril de 1988, *Commission c. Italie*, Rec 1988, p. 2271 —, cuja correcta execução impõe, aliás, a supressão das disposições nacionais em questão — Ac 225/86, cit.

Esta obrigação encontrava-se já implícita no acórdão *Waterkeyn* — Ac 314 a 316/81 e 83/82, de 14 de Dezembro de 1982, *Waterkeyn*, Rec 1982, p. 4337: *dans le cas où l'arrêt constate l'incompatibilité avec le traité de certaines dispositions legislatives d'un État membre, il entraîne, pour les autorités participant à l'exercice du pouvoir législatif l'obligation de modifier les dispositions en cause, de manière à les rendre conformes aux exigences du droit communautaire*”.

Em qualquer caso, um acórdão em constatação de incumprimento implica, a partir da sua pronúncia, “*pour les autorités nationales compétentes prohibition de plein droit d'appliquer une disposition nationale reconnue incompatible avec le traité*” — Ac 48/71, de 13 de Julho de 1972, *Commission c. Italie*, Rec 1972, p. 529.

O regime comunitário originário dos auxílios de estado é completado pelas regras processuais incluídas nos artigos 93º e 94º CE.

A Instituição comunitária encarregada de zelar pela observância do princípio geral estabelecido no artigo 92º CE é a Comissão¹²², que para o efeito é dotada do poder de impor aos Estados-membros a supressão ou modificação dos auxílios, se necessário por via contenciosa junto do Tribunal de Justiça e dispensada de recurso ao mecanismo estabelecido para a acção por incumprimento¹²³. A acção da Comissão encontra-se, no entanto, limitada nos termos do terceiro parágrafo do número dois do artigo 93º, que permite ao Conselho pronunciar-se, a pedido de qualquer Estado-membro pela compatibilidade de determinado auxílio, em derrogação ao princípio geral estabelecido no artigo 92º¹²⁴.

Por outro lado, para o correcto desempenho das suas funções de fiscalização, a Comissão conta com um importante contributo estabelecido no nº 3 do Artigo 93º: o dever, incumbindo aos Estados-membros, de lhe comunicar previamente a instituição ou alteração de qualquer modalidade de auxílios públicos.

Saliente-se ainda que, nos termos do Artigo 94º, o Conselho tem o poder de estabelecer por via regulamentar as regras necessárias para a execução dos artigos 92º e 93º. Este poder nunca foi exercido *de per se*, tendo apenas servido como base jurídica complementar do Artigo 75º CE, na adopção dos Regulamentos 1191/69 CEE, 1192/69 CEE, 1107/70 CEE e 1435/75 CEE¹²⁵, pelo que se pode concluir pela quase inexistência de normas processuais nesta matéria, relevando, o que existe, de decisões do TJCE.

Sem que, de momento, se pretenda analisar o conceito de auxílios estaduais, nem sequer a prática decisional da Comissão no que concerne ao seu enquadramento no regime excepcional previsto no artigo 92º nº 3, do exposto ressalta que, aparentemente, existem dois vícios que podem afectar ao auxílios públicos: a incompatibilidade com o mercado comum, nos termos do Artigo 92º nº 1 e a ausência de notificação à Comissão, tal como imposta pelo Artigo 93º nº 3.

Assim sendo, a concessão de um auxílio público pode implicar duas violações autónomas ao Direito Comunitário: a violação do Artigo 92º nº 1 CE, quando afecte o comércio entre os Estados-membros e falseie ou ameace falsear a concorrência e a violação da obrigação de notificação prevista no nº 3 do Artigo 93º.

2.1 Auxílios incompatíveis com o mercado comum - a violação do Artigo 92º nº 1

A verificação da incompatibilidade das medidas estaduais com o mercado comum, tal como determinada no artigo 92º nº 1 CE, impõe o conhecimento prévio do conteúdo de

¹²² Artigo 93º nº 1

¹²³ Artigo 93º nº 2

¹²⁴ Esta é, aliás, uma das poucas situações em que o Conselho pode validamente adoptar um acto na ausência de proposta da Comissão, consignando um poder de iniciativa aos Estados-membros.

¹²⁵ Isabelle Hazard, Pouvoirs respectifs de la Commission et des Juridictions nationales: Arrêts récents en matière de procédure applicable aux aides d'états, in RMC, nº 365, 1993

alguns conceitos incluídos na norma em causa. Assim, torna-se necessário saber qual o alcance da noção de auxílio de estado, relevando para o efeito a análise da forma, dos destinatários e dos efeitos da medida estadual analisada. Este será o objecto de análise, ainda que de forma sumária, da presente secção.

2.1.1 O conceito de auxílio de estado

O conceito de auxílio de estado, omissivo no Tratado CE, foi inicialmente formulado pelo TJCE como “*des avantages consentis par les autorités publiques qui, sous formes diverses, faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions*”¹²⁶. O termo *avantages* inclui, para além das prestações positivas, tais como subvenções, quaisquer comportamentos que sejam susceptíveis de diminuir os encargos do operador económico e, por essa via, produzam efeitos similares à subvenção¹²⁷. Estes comportamentos incluem, nomeadamente, exonerações fiscais¹²⁸, desagravamento dos encargos sociais¹²⁹, incentivos à criação de emprego¹³⁰, empréstimos com juros bonificados¹³¹, avais e outras garantias estatais¹³², subsídios à exportação¹³³ e tomada de participações sociais¹³⁴.

A caracterização de auxílios de estado efectuada pelo TJCE implica para alguns autores¹³⁵, uma análise decomposta sobre os vários elementos constitutivos da noção. Assim é relevante determinar a origem, a forma, os destinatários e os efeitos do auxílio.

Quanto à origem, a redacção do artigo 92º nº 1 obriga a que seja efectuada uma análise sobre duas questões: uma formal, a natureza do prestador do auxílio e uma substancial, a origem dos recursos utilizados.

O conceito de estado relevante em matérias de auxílios públicos deve ser entendido em sentido amplo¹³⁶, nele se incluindo a administração central, a administração local¹³⁷, bem

¹²⁶ Ac 173/73, de 2 de Julho de 1974, *Itália c. Comissão*, Rec 1974, p 709

¹²⁷ Ac 30/59, de 23 de Fevereiro de 1961, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridade*, Rec 1961, p. 3

¹²⁸ Décimo Relatório sobre a Política de Concorrência

¹²⁹ Ac 173/73, de 2 de Julho de 1974, *Italie c. Commission*, Rec 1974, p. 709

¹³⁰ Oitavo Relatório sobre Política de Concorrência

¹³¹ Ac 323/82, de 14 de Novembro de 1984, *Intermills c. Commission*, Rec 1984, p. 3809

¹³² Oitavo Relatório sobre Política de Concorrência

¹³³ Ac 6 & 11/69, de 10 de Dezembro de 1969, *Commission c. France*, Rec 1969, p. 523

¹³⁴

¹³⁵ S. Morson, Christian Garbar, entre outros

¹³⁶ Garbar, C., “Aides d’État: Pratique décisionnelle de la Commission de la Communauté Européenne (1990-1994), 1^{ere} Partie”, RMU, 383, Dezembro 1994, p. 666, e Morson, S., “Aides d’état”, in *Dictionnaire Juridique des Communautés Européennes*, PUF, 1993, p. 61

¹³⁷ A este respeito, veja-se Coussirat-Coustère, V. “Les aides locales aux entreprises face au Droit Communautaire”, in *AJDA*, 1985, p 171.

como todas as instituições em que os poderes públicos exerçam uma influência determinante¹³⁸.

Também no que respeita à origem dos recursos utilizados na prestação do auxílio, a jurisprudência do TJCE e a prática decisional da Comissão apontam no sentido de uma interpretação ampla do conceito, pese embora a ocorrência de algumas decisões e acórdãos algo contraditórios com a orientação geral. Pelo essencial, um benefício não tem que necessariamente ser financiado pelos recursos do Estado para que possa ser qualificado como auxílio¹³⁹. Este entendimento deve, no entanto, considerar-se algo limitado pela jurisprudência recente do TJCE, constante do Ac *Sloman Neptun*¹⁴⁰.

Em causa estava o regime jurídico que permite aplicar, aos contratos de trabalho celebrados entre o armador e os tripulantes de navios mercantes matriculados no Estado-membro em causa, condições geralmente menos favoráveis que as aplicáveis aos trabalhadores de nacionalidade comunitária ou de nacionalidade de um terceiro Estado, desde que estes trabalhadores não tivessem residência ou domicílio na Comunidade.

Apreciando a questão de saber se tal regime poderia consubstanciar um auxílio de estado interdito nos termos do artigo 92º CE, o Tribunal constatou que a vantagem financeira criada pelo regime em questão não é, nem directa nem indirectamente, financiada pelos recursos estaduais. Desta forma, por recurso ao critério da origem do auxílio, o TJCE afastou a situação *sub judice* do alcance da proibição do artigo 92º CE, delimitando a sua jurisprudência anterior, em termos que resultam claros da fundamentação do acórdão:

“Il résulte des termes mêmes de (l’article 92º §1) et des règles de procédures instaurées par l’article 93º du traité que les avantages accordés par d’autres moyens que des ressources d’État ne tombent pas dans le champ d’application des dispositions en cause. La distinction entre aides accordées par l’État et aides accordées au moyen de ressources d’État est destinée à inclure dans la notion d’aide non seulement les aides accordées directement par l’État, mais également celles accordées par des organismes publiques ou privés, dédignés ou institués par l’État”¹⁴¹

Parece-nos pois, que no estado actual do Direito Comunitário, apenas será caracterizável como auxílio de estado, atendendo à origem dos recursos utilizados, aqueles cujo financiamento se efectue à custa de recursos estaduais.

2.1.2 A forma do auxílio

Os auxílios públicos são uma das mais vivas manifestações de imaginação estadual e comunitária. Com efeito, se é certo que os factos demonstram a persistência de auxílios

¹³⁸ Ac 78/76, de 22 de Março de 1977, *Steinike et Weinling c. RFA*, Rec 1977, 595; Ac 169/84, de 12 de Julho de 1990, *STE CDF*, Rec 1990, 3083; Ac C-305/89, de 21 de Março de 1991, *Italie c. Commission*, Rec 1991, p. 1603; Ac C-303/88, de 21 de Março de 1991, *Italie c. Commission*, Rec 1991, p. 1433

¹³⁹ Ac 290/83, de 30 de Julho de 1985, *Commission c. France*, Rec 1985, 439

¹⁴⁰ Ac C-72 e C-73/91, de 17 de Março de 1991, *Sloman Neptun*, Rec 1991,

¹⁴¹ Ac C-72 e C-73/91, de 17 de Março de 1991, *Sloman Neptun*, Rec 1991,

sob a forma clássica, tal como subvenções e medidas tendo em vista diminuir os custos suportados pelas empresas¹⁴², também é um facto que os Estados-membros têm adoptado soluções que muitas vezes se desenquadram deste conceito, que têm sido qualificadas pela Comissão como de auxílio de estado, para efeitos de aplicação da proibição do artigo 92º §1.

A primeira vez que a Comissão, de forma concisa enumerou os tipos de medidas consideradas como auxílios de estado foi em 1963, numa resposta a uma questão escrita¹⁴³. As diversas formas enunciadas abrangiam subsídios directos, isenções fiscais, taxas de juros bonificadas ou preferenciais, garantia de empréstimos, condições favoráveis ou negócios gratuitos na aquisição de terrenos ou instalações, fornecimento de bens ou serviços em termos preferenciais, indemnização de prejuízos e outras medidas de efeito equivalente¹⁴⁴.

Esta lista tem sido progressivamente alargada a fornecimentos preferenciais, taxas de redesconto preferenciais, garantia de dividendos, dilação nas cobranças fiscais e sociais, reembolso directo ou indirecto de custos em operações de crédito¹⁴⁵, participações em capital social, suprimentos, compensações financeiras, conversão de dívidas, subsídios directos, cessão de créditos em condições preferenciais e tarifas especiais¹⁴⁶.

2.1.3 Os destinatários do auxílio

A prática decisional da Comissão aponta no sentido de apenas qualificar como auxílios favorecendo certas empresas ou produções¹⁴⁷ aqueles que têm como destinatários empresas identificáveis. Assim sendo, medidas cujos destinatários não sejam individualizados ou individualizáveis, porque o seu objecto é o conjunto da economia, não podem ser consideradas auxílios de estado para efeitos de sujeição à proibição do artigo 92º nº 1¹⁴⁸. É o caso de medidas de política económica, tais como a redução das taxas de juro, ou a política cambial¹⁴⁹, desde que aplicáveis ao conjunto da economia do Estado-membro em causa. Se a medida apenas afectar um determinado sector da economia, já estaremos perante uma situação qualificável como auxílio público.

¹⁴² Tais como isenções fiscais ou parafiscais, avais e bonificações, perdão de créditos, venda de imóveis abaixo do preço de mercado, tarifas preferenciais, transformação de créditos em capital social.

¹⁴³ JO 235 de 1963, Edição especial

¹⁴⁴ Hancher, L., Ottervanger T., Slot, P. J., *EC State Aids*, European Practice Library, Chancery Law Publishing, Chichester, 1993, p. 31 e sgs

¹⁴⁵ Documento 20.502/IV/68, de Dezembro de 1968

¹⁴⁶ Hancher, L., Ottervanger T., Slot, P. J., *EC State Aids*, European Practice Library, Chancery Law Publishing, Chichester, 1993, p. 31 e sgs

¹⁴⁷ Artigo 92º § 1.

¹⁴⁸ Ac 6 & 11/69, de 10 de Dezembro de 1969, *Commission c. France*, Rec 1969, p. 523

¹⁴⁹ Hancher, L., Ottervanger T., Slot, P. J., *EC State Aids*, European Practice Library, Chancery Law Publishing, Chichester, 1993, p. 25 e sgs

Admitamos uma lei nacional impondo ao sector têxtil uma taxa de contribuição para a segurança social diversa da aplicável aos restantes sectores. Tal era a situação *sub judice* no Ac 173/73, *Italie c. Commission*¹⁵⁰, tendo o TJCE considerado que existia um auxílio de estado.

2.1.4 Os efeitos do auxílio

O artigo 92º nº 1 estabelece a proibição de auxílios atendendo a dois elementos relativos aos efeitos das medidas em causa. A sua interpretação *a contrario* determinaria o âmbito de aplicação material da norma, implicando a eventual formulação de uma regra *de minimis* aplicável aos auxílios de estado, que a existir, apenas se poderá fundamentar neste critério.

Da letra do artigo 92º resulta que os dois elementos em causa, a afectação das trocas comunitárias e o falseamento da (ou ameaça de falsear a) concorrência, são cumulativos, o que determinaria a sua análise em separado, sendo que apenas a verificação cumulativo dos dois critérios consubstanciaria a interdição da medida em causa.

A prática decisional da Comissão é, no entanto, bem diversa¹⁵¹. Quando analisando a inserção da empresa ou empresas beneficiárias da medida estadual no mercado, a primeira preocupação da Comissão é averiguar se existe um mercado comunitário para a produção das empresas em causa e se este é um mercado concorrencial. Nesta matéria, é irrelevante saber se a empresa beneficiária do auxílio é ou não uma empresa exportadora. Com efeito, mesmo que esta não exporte a sua produção, o auxílio que lhe é prestado é de molde a fortalecer a produção do Estado em causa e, conseqüentemente, dificultar o acesso ao mercado por parte de empresas estabelecidas noutros Estados-membros¹⁵². A resposta é normalmente positiva e bastas vezes a Comissão conclui ainda pela existência de produção comunitária excedentária.

Perante a resposta positiva às duas questões anteriores, a Comissão procura averiguar se o auxílio projectado será de molde a melhorar a posição do destinatário no mercado, sendo certo que a resposta está naturalmente condicionada à prévia determinação da vantagem corporizada na medida estadual.

Verificado que exista uma vantagem e que existe um mercado comunitário concorrencial, a única conclusão lógica é a constatação de que o auxílio falseia a concorrência e que os seus efeitos se repercutem nas trocas intercomunitárias.

O raciocínio tipo acima descrito ilustra a natureza comum dos dois elementos na prática decisional da Comissão, que por vias diferentes entroncam numa mesma consequência.

¹⁵⁰ Ac 173/73, de 2 de Julho de 1974, *Italie c. Commission*, Rec 1974, p. 709

¹⁵¹ Garbar, C., “Aides d’État: Pratique décisionnelle de la Commission de la Communauté Européenne (1990-1994), 1^{ere} Partie”, RMU, 383, Dezembro 1994, p. 673

¹⁵² Decisão 92/296 de 27 de Novembro de 1991 e Decisão 93/353 de 9 de Março de 1993.

Esta posição tem sido igualmente adoptada pelo TJCE. Na realidade, o Tribunal entende que não é necessário demonstrar que o auxílio tem um efeito apreciável na concorrência, na medida em que aquele fortalece a posição de determinadas empresas relativamente aos seus concorrentes no mercado comum¹⁵³.

2.2 Auxílios compatíveis com o mercado comum

Os auxílios de estado tal como qualificados pelo artigo 92º nº 1 podem, apesar de incompatíveis com o mercado comum, beneficiar de isenções desta proibição. Este é o caso dos auxílios que preenchem as condições estabelecidas no artigo 92º nº 2 e 3 CE.

2.2.1 Os auxílios compatíveis de pleno direito, artigo 92º nº 2

O artigo 92º nº 2 CE estabelece uma lista de tipos de auxílios públicos compatíveis de pleno direito com o mercado comum. Isto não significa que as medidas que os estabelecem ou implementam estejam isentas do controle da Comissão estabelecido nos termos do artigo 93º.

Antes pelo contrário, significa que, qualquer projecto de auxílio que se encontre nas circunstâncias descritas deverá ser considerado pela Comissão compatível com o mercado comum, ou seja, a Comissão, no exercício dos seus poderes de fiscalização, sempre que verifique a existência das condições estabelecidas pelo artigo 92º nº 2 deve, sem qualquer margem de descrionaridade, considerá-las compatíveis com o mercado comum¹⁵⁴.

2.2.2 O artigo 92º nº 3

O artigo 92º nº 3 inclui a lista dos auxílios públicos que podem ser considerados compatíveis com o mercado comum, por decisão da Comissão, no exercício de poderes discricionários.

Sendo certo que não existe, no Tratado, qualquer enquadramento do exercício destes poderes, o TJCE considerou necessário o estabelecimento de alguns critérios determinantes do seu exercício.

Assim, no *Ac Philip Morris*¹⁵⁵ determinou que o exercício deste poder pela Comissão deve assentar em motivações económicas, técnicas e políticas, atendendo não só à necessidade do auxílio na prossecução de objectivos económicos, mas também aos eventuais objectivos sociais, no contexto sócio económico de toda a Comunidade¹⁵⁶.

¹⁵³ Ac 730/79, de 17 de Setembro de 1980, *Philip Morris c. Commission*, Rec 1980, p. 2671; Ac 310/85, de 24 de Fevereiro de 1987, *Deufil*, Rec. 1987, p. 901

¹⁵⁴ Hancher, L., Ottervanger T., Slot, P. J., *EC State Aids*, European Practice Library, Chancery Law Publishing, Chichester, 1993, p. 55

¹⁵⁵ Ac 730/79, *Philip Morris*, cit.

¹⁵⁶ Hancher, L., Ottervanger T., Slot, P. J., *EC State Aids*, European Practice Library, Chancery Law Publishing, Chichester, 1993, p. 58

2.3 Auxílios não notificados - a violação do Artigo 93º nº 3

O artigo 93º nº 3 CE estabelece um dever de notificação incumbindo aos Estados-membros, tendo por objecto a instituição ou alteração dos regimes nacionais de auxílios públicos e o correspondente dever de se absterem de realizar quaisquer actos de execução dos projectos notificados, até que a Comissão se pronuncie sobre a sua compatibilidade com o mercado comum.

Assim sendo, independentemente da sua compatibilidade com o mercado comum, qualquer auxílio estadual instituído ou executado, total ou parcialmente, sem reconhecimento prévio da sua compatibilidade pela Comissão consubstancia a violação dos referidos deveres de comunicação e de abstenção. Esta violação do Direito Comunitário, no entanto, não determina a incompatibilidade do auxílio com o mercado comum. De facto, esta apenas resulta da verificação dos requisitos enumerados pelo artigo 92º nº 1, a saber, a afectação das trocas comerciais entre os Estados-membros e a lesão ou ameaça de lesão sobre a concorrência, pelo favorecimento de certas empresas ou produções.

2.4. A fiscalização dos auxílios de estado

As regras aplicáveis à fiscalização dos auxílios públicos constam do Artigo 93º CE, que atribui uma competência genérica à Comissão. Esta competência, aliás, já lhe pertencia, sendo certo que apenas alguma especialidade no processo de fiscalização justificaria a sua inclusão expressa no Tratado. Com efeito, como verificaremos, esta especialidade existe, mas de uma forma algo incompleta, o que levou a que as normas processuais em matéria de fiscalização de auxílios de estado tenha sido amplamente desenvolvida pelo TJCE.

A este problema soma-se uma outra questão, que tem por base o próprio princípio da aplicabilidade directa das normas comunitárias. É que por força da aplicabilidade directa, é ao juiz nacional que incumbe em larga medida proceder à tutela da norma comunitária, o que no caso em apreço pode levar à ocorrência de conflitos positivos de competência.

Também aqui o TJCE desempenha um papel determinante, na interpretação das normas originárias, construindo aquilo que se pode apelidar de normas processuais repartidoras de competência.

O objecto da presente secção é precisamente a delimitação das respectivas competências, entre a Comissão e as jurisdições nacionais, *de iure condito* e *de iure condendo*.

A Comissão é competente para fiscalizar todos os regimes de auxílios estaduais sejam eles anteriores ou posteriores à entrada em vigor do Tratado CE no território do Estado-membro em questão, de acordo com o procedimento previsto no Artigo 93º.

Este mesmo Artigo 93º estabelece a obrigação dos Estados-membros notificarem à Comissão os regimes de auxílios em execução ou em projecto, pelo que do regime comunitário resulta para os Estados-membros uma proibição, tal como formulada no nº1 do Artigo 92º e uma obrigação, a do terceiro parágrafo do Artigo 93º.

Ainda nos termos do mesmo artigo 93º a Comissão é competente para perseguir qualquer Estado-membro relativamente ao qual verifique a existência de uma violação das obrigações para ele decorrentes do artigo 92º CE.

Assim sendo, o sistema comunitário prevê a garantia da legalidade através de múltiplos mecanismos. Em primeiro lugar, um poder de fiscalização preventivo, tendo em vista impedir a efectiva ocorrência de violações à legalidade comunitária. Em segundo lugar, como precaução contra eventuais falhas deste controle, o tratado prevê também a existência de mecanismos repressivos contra violações efectivas, ainda a cargo da Comissão, naquilo a que chamaríamos a fase graciosa ou pré contenciosa e, finalmente, uma tutela jurisdicional capaz de sancionar judicialmente as violações da ordem jurídica comunitária.

A completa e perfeita realização da ordem pública comunitária não poderia, além disso, deixar de contemplar, como imperativo decorrente do princípio da legalidade, o controle jurisdicional da legalidade dos actos resultantes do exercício tanto dos poderes preventivos como repressivos a cargo da Comissão. Para isso, o TJCE é competente para conhecer, em contencioso de anulação, de quaisquer actos susceptíveis de produzir efeitos jurídicos adoptados pela Comissão no exercício das suas funções estatutárias¹⁵⁷.

Finalmente, decorrente do princípio de decisão centralizada e aplicação descentralizada da norma comunitária, consubstanciado nos poderes de execução atribuídos aos Estados-membros e como corolário dos princípios da aplicabilidade directa e do primado da norma comunitária, senão mesmo como corolário do *acquis formel*, a legalidade comunitária é ainda tutelada pelas jurisdições nacionais enquanto jurisdições comunitárias de direito comum.

As diversas vertentes em que se decompõe a tutela da legalidade comunitária serão objecto de análise nas próximas secções.

2.4.1 Os poderes preventivos da Comissão

A Comissão tem o dever de examinar permanentemente os regimes de auxílios existentes nos Estados-membros propondo-lhes as medidas adequadas, que sejam exigidas pelo desenvolvimento progressivo ou pelo funcionamento do mercado comum¹⁵⁸. Para o correcto desempenho desta fiscalização preventiva, a Comissão conta com a colaboração dos Estados-membros, a quem incumbe o dever de a informar quanto a novos auxílios ou alterações aos auxílios existentes.

O dever de notificação prévia incluído no artigo 93º nº 3 é pois um dos meios auxiliares mais importantes para o correcto acompanhamento preventivo da Comissão. No entanto, o seu laconismo, tal como expresso no Tratado, levanta alguns problemas interpretativos, que analisaremos de seguida.

A primeira questão que se coloca é a definição de quais as medidas estaduais que devem ser objecto de notificação, ou seja, quais as medidas estaduais relevantes do conceito de

¹⁵⁷ Artigo 173º CE

¹⁵⁸ Artigo 93º nº 1 CE

auxílios públicos. Sendo certo que a o conceito relevante para efeitos de notificação deverá ser o que resulta da interpretação jurisprudencial do artigo 92º nº 1, é também verdade que num primeiro momento é aos Estados-membros que incumbe subsumir casuisticamente o princípio geral, assim determinando quais as medidas que devem ser objecto de notificação.

A existência de uma formulação jurisprudencial do conceito de auxílio público é, no entanto, algo insuficiente para determinar o alcance do dever de notificação, pelo que a Comissão entendeu por bem difundir algumas comunicações sobre a matéria, incidindo principalmente sobre as tomadas de participações sociais.

Abstendo-nos de comentar o alcance jurídico destes actos comunitários, que se nos afigura, aliás, completamente inexistente, parece-nos de qualquer forma possível afirmar que por seu intermédio a Comissão pretende clarificar o seu entendimento sobre as questões sobre as quais incidem e assim permitir aos sujeitos de Direito Comunitário conhecer previamente as orientações que pautarão tendencialmente a acção da Comissão.

Tendencialmente porque, reiterando que não pretendemos por agora discutir a questão dos efeitos ou mesmo da natureza jurídica das ditas comunicações, não se nos afigura lícito considerar a própria Comissão vinculada pelos entendimentos que exprima numa qualquer comunicação, sempre lhe sendo possível, perante um caso concreto, decidir em desvio do comunicado.

A primeira comunicação da Comissão nesta matéria data de 24 de Novembro de 1983¹⁵⁹ e tem por objecto definir o alcance do dever de notificação incumbindo aos Estados-membros, o que faz em termos algo vagos: *“les États membres ne peuvent pas se dispenser de l’obligation d’information que fait peser sur eux l’article 93, paragraphe 3, même s’ils estiment que la mesure envisagée ne présente pas toutes les caractéristiques de l’article 92, paragraphe 1, ou qu’elle est compatible avec le Marché commun au sens de l’article 93, paragraphe 2”*.

Ainda de alcance genérico, esta não foi, apesar de tudo, a primeira vez que a Comissão prestou esclarecimentos sobre a sua abordagem da matéria de auxílios públicos, uma vez que já anteriormente o havia feito, por intermédio de cartas dirigidas aos Estados-membros, em 2 de Outubro de 1981 e em 5 de Janeiro de 1977¹⁶⁰.

No estado actual do Direito Comunitário parece-nos admissível afirmar que o princípio geral quanto ao alcance da obrigação de notificação se encontra precisamente na citada Comunicação de 24 de Novembro de 1983, tal como completada pelos actos da Comissão relativamente à tomada de participações no capital social das empresas¹⁶¹.

¹⁵⁹ JOCE de 24 de Novembro de 1983, C 318/83

¹⁶⁰ Comissão das Comunidades Europeias, Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias, Volume II, Regras aplicáveis aos auxílios estatais, Bruxelas 1990

¹⁶¹ Bull CE 9.1984

Com efeito, o conceito de auxílio público abrange, de acordo com a prática decisional recente da Comissão, também algumas situações de aquisição de participações sociais nas empresas, assim se impondo aos Estados-membros a obrigação de notificar quaisquer projectos nesta matéria.

Apesar de não ser o momento mais indicado deste estudo para uma análise das razões pelas quais a Comissão entendeu alargar o conceito de auxílio público à questão das participações sociais, pela sua relevância actual parece avisado dedicar-lhe algumas linhas, numa perspectiva mais descritiva que analítica.

A Comissão distingue diversas hipóteses nesta matéria. Em primeiro lugar, excluem-se da obrigação de notificação, consequentemente gozando *ab initio* de uma certa “*presunção*” de conformidade com o artigo 92º nº 1 CE, as aquisições parciais ou totais que não acarretem o encaixe de capital fresco na empresa objecto do negócio.

Sempre que exista um *apport* de capital torna-se necessário recorrer ao conceito do *investidor privado*. A aplicação deste conceito do investidor privado tem em vista determinar se o *apport* efectuado se realizou em condições idênticas às que seriam necessárias para que um investidor privado, operando em condições normais numa economia de mercado, efectuasse idêntico investimento.

No caso de uma resposta afirmativa, a Comissão parece contentar-se com uma informação à *posteriori*, o que indicia, quanto a nós, uma certa *presunção* de conformidade, suficientemente forte para que se prescindia do controle preventivo.

No caso de uma resposta negativa, a situação em causa pode consubstanciar um auxílio público proibido pelo artigo 92º nº 1, incluindo-se nas situações que deverão ser objecto de notificação prévia nos termos do artigo 93º nº 3.

Em todo o caso existem ainda duas hipóteses em que a Comissão parece querer estabelecer uma *presunção* de auxílio: sempre que, independentemente da situação objectiva se traduzir em entrada de capital fresco ou não, a aquisição da participação seja acompanhada de outras medidas que devem, elas próprias ser objecto de notificação e sempre que a aquisição respeite a uma empresa enquadrada em sectores confrontados com dificuldades particulares.

Esta postura da Comissão é indiciadora de alguma intenção da sua parte de, por via da obrigação de informação que incumbe aos Estados-membros, alargar o conceito de auxílio de estado, interpretando extensivamente o artigo 92º CE, em nome, segundo alguma doutrina, do princípio do efeito útil¹⁶² aplicado ao mesmo artigo 92º.

A obrigação de comunicação assim cometida aos Estados-membros é completada por um dever de abstenção que lhes incumbe igualmente. O dever de se abster de executar as medidas notificadas antes de a Comissão se pronunciar sobre elas. Só assim, aliás, se justifica a nossa afirmação da existência de poderes preventivos da Comissão. A violação deste dever de abstenção pelos Estados-membros será objecto de estudo na próxima secção, pois que não estamos já perante uma prevenção contra a violação da

¹⁶² Struys, M. L., “Questions Choiesies de procédure en matière d’aides d’État”, RTDE, nº 1, 1993, 22

ordem jurídica comunitária mas perante uma violação efectiva, logo objecto de actos repressivos.

Em todo o caso, saliente-se desde já que os poderes preventivos da Comissão abrangem, desde 1990, o poder de proferir decisões provisórias, válidas pela duração do processo de averiguações por ela conduzido e no termo do qual virá a ser proferida decisão quanto à compatibilidade dos auxílios observados.

Este poder foi-lhe reconhecido pelo Tribunal de Justiça no *Ac Boussac Saint Frères*¹⁶³ e consubstancia-se na possibilidade de ordenar, sem intervenção do Tribunal, enquanto decorre o processo de averiguação, o congelamento das medidas estatais eventualmente contrárias ao artigo 92º nº 1.

Em causa estava um litígio, opondo a República Francesa e a Comissão, tendo em vista a anulação de uma decisão da Comissão, 87/585/CEE de 15 de Julho de 1987¹⁶⁴, relativa a auxílios concedidos pelo governo francês a um fabricante de vestuário e artigos em papel, Boussac Saint Frères.

Os auxílios em causa, sob a forma de participações no capital social, empréstimos a juros bonificados e reduções nos encargos com a segurança social, foram prestados pelo Governo francês no período entre Junho de 1982 e Agosto de 1984. Estes auxílios não haviam sido previamente notificados. Por esse facto, a Comissão considerou-os ilícitos por violação do dever de informação estabelecido no artigo 93º nº 3, bem como incompatíveis com o mercado comum e, conseqüentemente, interditos pelo artigo 92º, abrindo o procedimento previsto no artigo 93º nº 2, que culminou na adopção da decisão objecto do recurso de anulação em causa, em que a Comissão constata a incompatibilidade das medidas estatais com o mercado comum, para efeitos de aplicação do artigo 92º nº 1 e ordena a recuperação de uma parte dos auxílios prestados.

Entre as diversas questões suscitadas pelas partes ressalta o alcance do dever de notificação imposto pelo artigo 93º nº 3. Este facto levou o TJCE a analisar detalhadamente a norma em causa, apelando designadamente à sua jurisprudência *Heineken*¹⁶⁵. Assim, *”l' objet de la premiere phrase du paragraphe 3 de l' article 93 du traite est d' assurer a la Commission l' occasion d' exercer, en temps utile et dans l' interet general des Communautés, son controle sur tout projet tendant a instituer ou a modifier des aides. La derniere phrase du paragraphe 3 de l' article 93 du traite constitue la sauvegarde du mecanisme de controle institue par cet article, lequel, a son tour, est essentiel pour garantir le fonctionnement du marche commun. L' interdiction de mise a execution prevue par cet article vise a garantir que les effets d' un regime d' aides ne se produisent pas avant que la Commission n' ait eu un delai raisonnable pour examiner le projet en detail et, le cas echeant, entamer la procedure prevue au paragraphe 2 de ce meme article.”*¹⁶⁶

¹⁶³ Ac 301/87, de 14 de Fevereiro de 1990, *France c. Commission*, Rec 1990, p. 307

¹⁶⁴ (JO L 352, p. 42)

¹⁶⁵ Ac 91/83 et 127/83, de 9 Outubro de 1984, *Heineken*, Rec. 1984, p. 3435

¹⁶⁶ Ac 301/87, de 14 de Fevereiro de 1990, *France c. Commission*, Rec 1990, p. 307

Em consequência, a plena eficácia do sistema previsto no artigo 93º implica, segundo o Tribunal, a possibilidade de adopção de medidas provisórias tendo em vista combater todas as violações ao referido normativo, sendo certo que, em nome dos legítimos interesses dos estados, estas deverão ser susceptíveis de controle jurisdicional. Estas medidas compreendem, antes de mais, o poder, uma vez que a Comissão constata a instituição ou modificação de um auxílio sem notificação prévia, de, convidado o Estado-membro em causa a prestar as suas observações, lhe dirigir uma decisão provisória, válida até à pronúncia final quanto ao fundo, impondo a suspensão dos auxílios em causa e, quando necessário, o fornecimento de todos os elementos considerados necessários à análise do auxílio quanto ao fundo. Este poder existe mesmo quando o Estado-membro tenha notificado previamente o auxílio em análise e não tenha observado o seu dever de abstenção.

A decisão provisória não dispensa, naturalmente, a Comissão de se pronunciar, a final, quanto ao fundo, verificando a compatibilidade ou incompatibilidade do regime em questão com o artigo 92º nº 1.

No entanto, quando o Estado-membro desrespeite a decisão provisória que lhe solicite a junção ao processo de elementos necessários para a sua conclusão, a Comissão fica investida no poder de imediatamente e, com base exclusivamente nos elementos ao seu dispor, pôr fim ao processo de averiguação e declarar a compatibilidade ou incompatibilidade do auxílio com o artigo 92º nº 1. Neste poder inclui-se, na hipótese de conclusão pela incompatibilidade, o poder de ordenar a recuperação dos auxílios já prestados.

O desrespeito da Decisão, pela continuidade de prestação de auxílio, consubstancia, por outro lado, uma situação de incumprimento que beneficia do regime estabelecido no artigo 93º nº 2 § 3, em derrogação do estabelecido no artigo 169º e 170º CE. Este regime mais favorável não isenta, no entanto, a Comissão de prosseguir com o exame do auxílio quanto ao fundo. Assim sendo, a tese invocada pela Comissão, que pretendia ver consagrada a ilegalidade *per se* de todos os auxílio não notificados improcedeu.

Existe pois, após *Boussac Saint Frères*, um alargamento dos poderes preventivos da Comissão

2.4.2 Os poderes repressivos da Comissão

Como corolário lógico dos poderes preventivos ou de fiscalização assinados à Comissão pelo Tratado, este mesmo atribui-lhe também poderes repressivos, tendo em vista dotar a Comissão dos meios necessários para expurgar da ordem jurídica comunitária medidas estaduais contrárias à legalidade comunitária.

O primeiro meio ao dispor da Comissão consta da jurisprudência *Boussac Saint Frères* e consubstancia-se na possibilidade de dirigir decisões provisórias aos Estados-membros sempre que este violem a obrigação de notificação constante do nº3 do artigo 93º.

Estas decisões provisórias serão tomadas após convite dirigido ao Estado-membro em causa para prestar as suas observações: “*Des lors, la Commission, lorsqu' elle constate qu' une aide a été instituée ou modifiée sans avoir été notifiée, a le pouvoir, après avoir*

mis l' Etat membre concerné en mesure de s' exprimer a cet égard, d' enjoindre a celui-ci, par une decision provisoire..."¹⁶⁷

A inobservância do preceituado nas decisões provisórias, que cumprem a dupla função de notificar o Estado-membro para apresentar as suas observações e de lhe impor a adopção de um comportamento consentâneo com as suas obrigações comunitárias, habilita a Comissão a de imediato proceder à análise da compatibilidade do auxílio em causa com o mercado comum, tal como determinado no artigo 92º e, paralelamente, a perseguir o Estado-membro em causa junto do TJCE tendo em vista fazer constatar a violação da obrigação imposta pelo artigo 93º n.º 3, bem como a violação do próprio artigo 189º CE.

A dúbia formulação do Ac. *Boussac*¹⁶⁸, coloca-nos perante a questão de saber a que título é que a Comissão perseguirá o Estado-membro incumpridor, ou seja, se o TJCE interpretou, nesta matéria, o artigo 93º n.º 2 CE ou o artigo 169º CE.

A questão não é incipiente como à primeira vista pode parecer. Com efeito, se a norma interpretada é o artigo 169º CE, a chamada "*decisão provisória*"¹⁶⁹ ou "*Injunction*" mais não é que o parecer fundamentado nele previsto. E se assim for, o acto em causa não é susceptível de recurso de anulação nos termos do artigo 173º CE.

Ao contrário, se a norma interpretada for o n.º 2 do artigo 93º, o acto em causa é uma verdadeira decisão, nos termos do artigo 189º CE e, como tal, poderá ser objecto de recurso de anulação nos termos do artigo 173º CE.

Veremos adiante qual das duas soluções terá sido consagrada pelo TJCE.

O segundo meio ao dispor da Comissão consubstancia-se na possibilidade de dirigir aos Estados-membros decisões, nos termos do artigo 93º n.º 2, impondo-lhes a modificação ou supressão, bem como a possibilidade de exigir a recuperação dos montantes entretanto atribuídos¹⁷⁰, dos auxílios públicos considerados incompatíveis com o mercado comum.

O alcance do poder repressivo da Comissão, titulado pelo artigo 93º n.º 2 CE, tem sido objecto de discussão doutrinal e jurisprudencial, tendo em vista a justificação de, por um lado, a actualmente sistemática obrigação de recuperação dos auxílios incompatíveis e, por outro lado, a recente política da Comissão de inclusão de condições suspensivas nas suas Decisões.

¹⁶⁷ Idem, considerando 19

¹⁶⁸ Considerando 23: "*Si l' Etat membre omet de suspendre le versement de l' aide, il convient de reconnaitre que la Commission a le droit, tout en poursuivant l' examen quant au fond, de saisir directement la Cour pour faire constater cette violation du traite. Une telle saisine se justifie, au vu de l' urgence, parce qu' il y a eu une decision d' injonction arretee apres que l' Etat membre concerne a ete mis en mesure de presenter ses observations et donc a l' issue d' une procedure precontentieuse contradictoire comme dans le cas de la voie de recours prevue par l' article 93, paragraphe 2, deuxieme alinea, du traite. En effet, cette voie n' est qu' une variante du recours en manquement, adaptee de maniere specifique aux problemes particuliers que presentent les aides etatiques pour la concurrence dans le marche commun.*"

¹⁶⁹ No texto do acórdão por vezes chamada *decision provisoire* e outras vezes *injunction*.

¹⁷⁰ Veja-se, a este respeito, *infra*, a secção sobre o reembolso dos auxílios de estado incompatíveis com o mercado comum.

Quanto à primeira questão, procederemos a uma análise mais detalhada em fase posterior do estudo.

O problema da condição suspensiva colocou-se com particular acuidade no Ac *TWD II*¹⁷¹.

Pela complexidade da situação impõe-se uma breve exposição dos factos.

Entre 1981 e 1983, a sociedade de direito alemão, *TWD*, exercendo actividades no mercado das fibras sintéticas, beneficiou de um conjunto de auxílios prestado pelo Governo Federal alemão e pelo *Land* da Baviera. Entre estes auxílios contava-se uma subvenção de 6,12 milhões de DM e um empréstimo de 11 milhões de DM em condições preferenciais.

Estes dois auxílios foram considerados incompatíveis com o mercado comum, nos termos do artigo 92º nº 1 CE, por Decisão da Comissão 86/509/CEE, de 21 de Maio de 1986¹⁷², que ordenou a sua recuperação. Esta Decisão não foi objecto de recurso de anulação. No entanto, a *TWD* interpôs recurso de anulação, perante a jurisdição nacional competente, do acto nacional de execução, fundando a sua pretensão na ilegalidade da Decisão de 21 de Maio de 1985.

O órgão jurisdicional nacional encarregado de conhecer o processo em segunda instância colocou uma questão prejudicial¹⁷³ sobre o alcance dos seus poderes cognoscivos em sede de ilegalidade do acto comunitário.

Em todo o caso, a *TWD* não devolveu os montantes em causa.

Em 1989 e em 1991 a República Federal notificou à Comissão dois projectos de auxílio à mesma empresa *TWD*, o primeiro respeitante a uma subvenção de 4,52 milhões de DM e dois empréstimos bonificados de 6 e 14 milhões de DM, respectivamente e o segundo, respeitante a dois empréstimos bonificados, de 2,8 e 3 milhões de DM respectivamente.

Ambos projectos de auxílios foram considerados compatíveis com o mercado comum, nos termos do artigo 92º CE, por Decisão da Comissão de 26 de Março de 1991¹⁷⁴ e de 18 de Dezembro de 1991¹⁷⁵, sujeitos, no entanto, pelo artigo segundo das duas Decisões, à condição suspensiva de reembolso prévio dos auxílios considerados ilegais pela Decisão 86/509/CEE.

A *TWD* interpôs recurso de anulação contra as duas Decisões, invocando a sua ilegalidade com diversos fundamentos, entre os quais a incompetência da Comissão

¹⁷¹ Ac T-244 & 486/93, de 13 de Setembro de 1995, *TWD*, ainda não publicado.

¹⁷² JO L 300 p. 34

¹⁷³ Ac. C-188/92, de 9 de Março de 1994, *TWD I*, Rec 1994, p. I-846

¹⁷⁴ Decisão 91/391/CEE, de 26 de Março de 1991, *TWD II*, JO L 215, p. 16

¹⁷⁵ Decisão 92/330/CEE, de 18 de Dezembro de 1991, *TWD III*, JO L 183 p. 36

para incluir a condição suspensiva, bem como o desvio do poder por esta consubstanciado.

O problema da incompetência da Comissão prende-se com o alcance do poder que lhe é reconhecido pelo artigo 93º CE. Com efeito, a Comissão é competente para uma de três opções: ordenar a supressão do auxílio quando o considere incompatível, neste poder se incluindo, por força da interpretação jurisprudencial, a recuperação dos montantes entretanto prestados; ordenar a modificação quando, por via da alteração, o auxílio incompatível se compatibilize; considerar compatível o auxílio projectado.

A situação *sub judice* não se enquadra em qualquer das opções descritas. O artigo 1º das duas Decisões claramente declara as medidas compatíveis com o mercado comum, pelo que não parece lícito sujeitar a sua execução a qualquer condição.

A situação seria diferente se resultasse do texto da Decisão aquilo que a Comissão alega em sua defesa perante o TPI: os auxílios projectados seriam incompatíveis com o mercado comum, na medida em que o seu efeito, acumulado com o dos auxílios não restituídos proporcionaria à *TWD* uma vantagem excessiva e indevida gravemente prejudicial ao interesse comum.

Este raciocínio em nada colidiria com o alcance do poder da Comissão. Na realidade, a esta incumbe, no exercício de poderes discricionários, considerar, no respeito pelo Direito Comunitário, a compatibilidade ou incompatibilidade do auxílio público e a declaração da incompatibilidade dos auxílios II e III, com base na ilegalidade dos primeiros, bem como na lesão provocada ao interesse comum seria perfeitamente aceitável à luz do direito constituído.

No entanto, atendendo ao normativo impugnado, resulta claro que os auxílios são expressamente considerados compatíveis, pelo que a Comissão terá pretendido alargar os seus poderes nesta matéria, por forma a adquirir um poder sancionatório.

Este objectivo, inconfessado mas implícito, foi claramente apontado pela *TWD* nas suas alegações e negado pela Comissão, mais uma vez recorrendo ao argumento de que os auxílios em causa seriam incompatíveis com o mercado comum, tendo em vista os efeitos acumulados.

O argumento, como se verificou, resulta frouxo perante a redacção dos actos atacados. Acresce que o resultado das três decisões, consideradas em conjunto, traduz alguma inconsistência.

De facto, a primeira Decisão considerou incompatível com o mercado comum uma subvenção de 6,12 milhões de DM e um empréstimo de 11 milhões de DM. A segunda e terceira, conjuntamente, admitem a compatibilidade de uma subvenção de 4,52 milhões de DM e empréstimos somando 25,8 milhões de DM.

Ora, considerando que o beneficiário do auxílio é o mesmo operador económico, operando no mesmo mercado, resulta claro, da análise dos montantes envolvidos, que a análise determinante da incompatibilidade dos primeiros auxílios não poderia deixar de conduzir a um resultado similar à efectuada para os segundos. E então, estes teriam que ser, necessariamente, considerados também incompatíveis com o mercado comum.

Uma Decisão contrária apenas indicia, a nosso ver, uma de duas alternativas: ou a primeira Decisão foi o resultado erróneo da análise efectuada e os auxílios deveriam ter sido considerados compatíveis, ou a análise efectuada na segunda e terceiras Decisões teria determinado também a incompatibilidade dos auxílios e a decisão final terá resultado de outros imperativos que não os estabelecidos no Tratado.

A segunda hipótese, a nosso ver mais lógica, consubstancia a utilização ilegal dos poderes da Comissão, que assim teria adoptado aquelas Decisões tendo em vista o reforço da sua intervenção, na medida em que “não dispõe de qualquer meio coercivo no sentido de acelerar ou de executar a sua decisão de 1986, o que torna ainda mais necessária a suspensão dos pagamentos actuais”¹⁷⁶, desta forma actuando em desvio do poder.

Esta construção não colheu nos processos em causa. O TPI concluiu pela admissibilidade da condição suspensiva como manifestação do poder de impor modificações, previsto no artigo 93º nº 2 CE, considerando que o raciocínio explanado pela Comissão na sua defesa se encontrava já na fundamentação das Decisões impugnadas e, bem assim, não se verificava qualquer desvio do poder.

A solução encontrada pelo TPI parece-nos algo infeliz, pelo que aguardamos com expectativa a sentença do TJCE em recurso.

Perante uma situação de desrespeito das Decisões da Comissão adoptadas ao abrigo do artigo 93º nº 2, a Comissão recorrer directamente ao TJCE tendo em vista fazer constatar o incumprimento, em derrogação do artigo 169º. Por outras palavras, a decisão que põe termo ao processo de averiguação da compatibilidade dos auxílios públicos com o mercado comum tem valor idêntico ao do parecer fundamentado previsto no artigo 169º CE.

Além disso, se atendermos ao conteúdo da própria decisão, verifica-se que ela comporta necessariamente a verificação do incumprimento estadual e um comando tendo em vista a conformação estadual com as obrigações comunitárias. Este é o conteúdo típico do parecer fundamentado previsto no artigo 169º CE.

Assim sendo, qual terá sido a razão determinante do estabelecimento desta derrogação ao processo previsto pelo artigo 169º?

Na ausência da norma do artigo 93º nº 2, o processo a seguir, sempre que a Comissão constatasse a existência de auxílios públicos contrários ao mercado comum, seria o processo previsto no artigo 169º. Assim sendo, de duas uma: ou a Comissão tomaria uma decisão, no sentido comunitário do termo, no termo do processo de fiscalização e só após o seu incumprimento poderia desencadear o processo previsto no artigo 169º, ou formularia um parecer fundamentado, desencadeando-o de imediato.

Os argumentos a favor da primeira solução são importantes. Com efeito, o acto comunitário que verifica a incompatibilidade de auxílios públicos com o mercado comum conhece implicações importantes ao nível dos operadores económicos,

¹⁷⁶ Fundamentação das Decisões impugnadas, Decisão 91/391/CEE, de 26 de Março de 1991, *TWD II*, JO L 215 e Decisão 92/330/CEE, de 18 de Dezembro de 1991, *TWD III*, JO L 183

beneficiários das medidas em causa. Além disso, os auxílios públicos são, em larga medida, importantes factores de desenvolvimento económico, sendo certo que este é um dos objectivos principais da Comunidade Europeia.

Nestes termos, a opção por terminar o processo de fiscalização comunitário por um acto típico, susceptível de contencioso de anulação, é indispensável para a salvaguarda do princípio da legalidade comunitária, bem como dos interesses juridicamente relevantes que os Estados-membros e os operadores económicos retiram do Direito Comunitário.

A solução contrária, de terminar o processo de fiscalização por parecer fundamentado, teria por efeito privar os Estados-membros e *maxime*, os operadores económicos, da tutela jurisdicional da legalidade comunitária. Esta solução seria, conseqüentemente, contrária ao princípio da legalidade.

No entanto, imperativos que se prendem com a celeridade e economia processual indispensáveis na matéria, tendo em vista o potencial nocivo das medidas em causa, não se coaduna com a primeira solução.

Dentro do raciocínio explanado, parece-nos justificada pois a derrogação ao artigo 169º CE, sendo certo que esta derrogação se consubstancia, do nosso ponto de vista, pelo reconhecimento, à decisão que põe termo ao processo de fiscalização, de um duplo valor ou natureza: a de acto típico decisão e de parecer fundamentado para efeitos de acção por incumprimento.

Retomando aqui a questão de saber qual a natureza da “*decisão provisória*”, parece-nos igualmente válido o raciocínio exposto para a decisão final, logo reconhecendo-lhe uma dupla natureza, de decisão e parecer fundamentado, assim possibilitando a sua impugnação contenciosa, concluindo-se pois, que a jurisprudência *Boussac* interpreta, na realidade, a norma do artigo 93º CE.

Uma vez que tanto a decisão como a “*decisão provisória*” são susceptíveis de recurso de anulação e que ambas podem, quando desrespeitadas, originar um processo junto do TJCE tendo em vista fazer constatar o incumprimento estadual, parece possível a existência de um nexo de prejudicialidade entre os dois processos.

Na realidade, a anulação da Decisão pelo TJCE não será prejudicial relativamente à acção por incumprimento?

A resposta a esta questão passa, antes de mais, pela avaliação dos vícios que afectem, em concreto, a validade do acto impugnado. Assim, se o vício alegado for de molde a provocar, erroneamente, a conclusão de que o comportamento estadual violou as obrigações para ele decorrentes dos artigos 92º e 93º CE, logo determinando a inexistência de incumprimento, parece claro que a anulação da Decisão prejudica a estatuição do TJCE no processo por incumprimento.

No entanto, a inobservância de uma Decisão desta natureza implica uma dupla violação das obrigações comunitárias dos Estados-membros: a eventual violação das obrigações decorrentes dos artigos 92º ou 93º CE e das obrigações próprias da força obrigatória da Decisão, tal como definida no artigo 189º CE.

De facto, os processos perante o TJCE não têm efeito suspensivo, excepto nos casos em que o Tribunal considere necessário¹⁷⁷, pelo que a interposição, ainda que tempestiva do recurso de anulação, não exime o Estado-membro de se conformar com as determinações do acto impugnado, sob pena de violar as obrigações para ele decorrentes do artigo 189º CE.

Nestes termos, parece inquestionável que a interposição do recurso de anulação não preclui a possibilidade da Comissão, verificada que seja a inconformação estadual, recorrer ao TJCE nos termos do artigo 93º e da jurisprudência *Boussac*, excepção feita no caso do Tribunal decidir pela suspensão provisória do acto impugnado, a pedido do Estado-membro interessado, nos termos do artigo 185 CE, artigo 83º do Regulamento de Processo e Despacho de 25 de Fevereiro de 1975¹⁷⁸.

Por outro lado, deverá o Tribunal suspender a acção por incumprimento até à sentença no processo de anulação, quando a suspensão da eficácia do acto não lhe tenha sido demandada e se verifique a eventualidade da existência de um vício de molde a afectar o sentido do acto impugnado?

Parece-nos que sim, tendo em vista, especialmente, objectivos de economia processual.

A suspensão da instância encontra-se regulada no artigo 82º-A do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 19 de Junho de 1991 e pode ser decidida pelo Presidente, ouvido o Advogado-geral.

Assim sendo, parece que só excepcionalmente o TJCE deverá admitir a suspensão da Decisão da Comissão, precludindo a possibilidade de acção por incumprimento e também apenas excepcionalmente, quando não exista suspensão da execução, deverá o TJCE suspender a instância no processo por incumprimento.

2.4.3 A jurisdição comunitária e os auxílios públicos

Como já vimos, o TJCE pode ser chamado a intervir no Contencioso dos auxílios públicos em sede de acção por incumprimento¹⁷⁹, contra a violação da legalidade comunitária pelos Estados-membros, nos termos do artigo 93º CE, bem como em recurso de anulação¹⁸⁰, interposto pelo Estados-membros contra as Decisões da Comissão adoptadas no exercício dos seus poderes de fiscalização, tendo em vista a tutela da legalidade comunitária contra violações perpetradas pela Comissão.

Saliente-se que, nos termos do artigo 173º CE, não são apenas os Estados-membros destinatários os detentores da legitimidade processual activa para agir em anulação contra as Decisões da Comissão. Qualquer outro Estado-membro, o Conselho e ainda os

¹⁷⁷ Artigo 185º CE

¹⁷⁸ Ac 22/75, de 29 de Outubro de 1975, *Kuster*, Rec 1975, 277

¹⁷⁹ *Infra*,

¹⁸⁰ *Infra*,

particulares, nas condições determinadas no artigo 173º CE¹⁸¹, são detentores desta legitimidade.

O TJCE, ou o TPI, conforme o caso, são ainda competentes para, tutelando a legalidade comunitária da intervenção da Comissão, conhecer de acções por omissão¹⁸², nos termos do artigo 175º CE e acções em responsabilidade extracontratual nos termos do artigo 215º segundo parágrafo¹⁸³

2.4.4 Os Tribunais nacionais e os auxílios públicos

O princípio da aplicabilidade directa do Direito Comunitário investe as jurisdições nacionais como jurisdições comunitárias. Este facto, relevando do acervo comunitário, determina implicações importantes em sede de auxílios públicos, de acordo com a jurisprudência *Saumon*¹⁸⁴.

Em causa estava uma questão prejudicial colocada pelo Conselho de Estado francês, no âmbito de um processo de anulação de uma taxa profissional.

Por decreto ministerial de 15 de Abril de 1985, em execução de um Decreto de 1984, foi instituída uma taxa parafiscal em benefício de algumas organizações de pesca. Dois sindicatos, cujos membros eram afectados pela dita taxa atacaram o referido despacho em anulação, invocando para tal a violação dos deveres enumerados no artigo 93º nº 3 CE, nomeadamente, o dever de abstenção incumbindo aos Estados-membros após a notificação e até à pronuncia da Comissão.

O auxílio havia sido notificado à Comissão, mas fora executado sem que esta se houvesse pronunciado. Mais tarde, a Comissão haveria de considerar o auxílio compatível com o artigo 92º nº 1.

A questão principal é de saber em que medida a violação do aludido dever de abstenção, invocável pelos interessados em virtude da aplicabilidade directa da ultima norma do artigo 93º nº 3, declarada directamente aplicável pelo TJCE ¹⁸⁵ no *Ac Costa c. ENEL*, implica a ilegalidade dos actos de execução de auxílios públicos notificados, mas que não foram ainda objecto de decisão comunitária quanto ao fundo, tendo em vista que do controle efectuado pela Comissão, quanto ao fundo, pode resultar a verificação da compatibilidade das medidas em causa com o artigo 92º CE.

Inflectindo a sua jurisprudência anterior, o TJCE admitiu a ilegalidade *per se* dos auxílios de estado que violem o artigo 93º nº 3:

¹⁸¹ Neste caso perante o Tribunal de Primeira Instância, artigo 3º da Decisão do Conselho de 24/11/88 1988, JOL 319/1, de 25/11/88, tal como modificada pela Decisão do Conselho de 8/6/93, JOL 144/21 de 16/6/1993

¹⁸² *Infra*

¹⁸³ *Infra*

¹⁸⁴ Ac C-354/90, de 21 de Novembro de 1991, *Saumon* Rec 1991, p.

¹⁸⁵ Ac. 6/64, de 15 de Julho de 1964, *Costa/ENEL*, Rec 1964, p. 1141

“L’intervention des juridictions nationales est due à l’effet direct reconnu à la dernière phrase de l’article 93 paragraphe 3 du traité.

Au vu de ces développements, il y a lieu de considérer que la validité des actes comportant mise à exécution de mesures d’aide est affectée par la méconnaissance, de la part des autorités nationales, de la dernière phrase du paragraphe 3 de l’article 93 du traité.”

Esta posição do TJCE, aparentemente contrária à sua jurisprudência anterior, na realidade é consequência de uma repartição de poderes entre as jurisdições nacionais e a Comissão no que respeita à fiscalização e tutela da legalidade comunitária em auxílios de estado.

Com efeito, reafirmando a exclusividade da Comissão no que respeita à análise, quanto ao fundo, da conformidade dos auxílios públicos com o artigo 92º CE, de acordo com o procedimento previsto no artigo 93º, o TJCE verifica que a última frase do nº 3 do artigo 93º, porque preciso e incondicionado e criando direitos a favor dos particulares, logo produzindo efeito directo, não poderá deixar de ser invocável em juízo. E se assim é, importa conhecer qual o alcance da interdição imposta e quais as suas consequências, bem como os limites eventualmente impostos aos poderes cognoscivos do juiz nacional decorrentes da função fiscalizadora da Comissão.

Os poderes do juiz nacional são substancialmente diferentes daqueles assinados à Comissão. Com efeito, segundo o TJCE, à Comissão incumbe examinar a compatibilidade do auxílio projectado com o mercado comum, mesmo nos casos em que a medida em questão não foi notificada, sendo certo que essa avaliação lhe incumbe em exclusivo: “... rôle central e exclusif réservé par les articles 92º e 93º du traité à la Commission, pour la reconnaissance de l’incompatibilité éventuelle d’une aide avec le marché comum...”¹⁸⁶.

Em contrapartida, às jurisdições nacionais incumbe salvaguardar os direitos que os particulares tiram da proibição determinada pela última frase do nº3 do artigo 93º. Nestes termos, como primeira consequência, temos que a competência das jurisdições nacionais se encontra limitada no tempo: existe apenas para impor a realização coerciva da proibição enumerada no artigo 93º nº 3 e apenas pode ser exercida enquanto essa proibição subsiste, ou seja, até que a Comissão adopte uma decisão quanto à compatibilidade do auxílio.

Durante este período, as jurisdições nacionais “... doivent garantir aux justiciables qui sont en mesure de se prévaloir d’une telle méconnaissance que toutes les conséquences en seront tirées, conformément à leur droit national, tant en ce qui concerne la validité des actes comportant mise à exécution des mesures d’aide, que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition ou d’éventuelles mesures provisoires”.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Ac C-354/90, de 21 de Novembro de 1991, *Saumon* Rec 1991, p.

¹⁸⁷ Ac C-354/90, de 21 de Novembro de 1991, *Saumon* Rec 1991, p.

Esta definição comporta diversos elementos. O primeiro decorre do que alguma doutrina apelida de plenitude de competência do juiz nacional¹⁸⁸ e é consequência desde já dos próprios conceitos de aplicabilidade directa e primado do direito comunitário, tal como determinados no Ac *Van Gend en Loos*¹⁸⁹, *Costa c. ENEL*¹⁹⁰ e *Simmenthal*¹⁹¹, traduzindo a obrigação de realizar plenamente os direitos subjectivos que os particulares fundam na norma comunitária.

Esta realização plena pode implicar, se necessário, a aplicação de três comandos cumulativos: a verificação da incompatibilidade do acto de Direito interno para com o Direito Comunitário e a sua consequente inaplicabilidade, a obrigação de recuperação do auxílio ilegalmente prestado e a outorga de medidas provisórias, quando necessário.

O segundo elemento comporta um apelo ao chamado princípio da autonomia institucional e processual dos Estados-membros¹⁹². De facto, a tarefa comunitária do juiz nacional é definida pelo TJCE como uma *obrigação de resultado*, a realização do pleno efeito da norma comunitária, sendo certo que o TJCE remeteu para as ordens jurídicas nacionais as questões institucionais e processuais pertinentes¹⁹³, pressupondo a existência, nos diversos sistemas nacionais, de vias de direito capazes de realizar também o direito comunitário.

A jurisprudência *Saumon* determina pois, uma repartição de competências entre as jurisdições nacionais e a Comissão, no que respeita à matéria de auxílios públicos.

As jurisdições nacionais são, doravante, competentes para conhecer de litígios susceptíveis de resolução pela aplicação da norma estabelecida na última parte do n.º 3 do artigo 93.º, impondo, se assim o entenderem, a restituição de somas indevidamente prestadas. Este poder de fiscalização da legalidade formal dos auxílios de estado é, no entanto, um poder precário. Com efeito, uma decisão posterior da Comissão, verificando a compatibilidade do auxílio em causa tem por efeito suprir a invalidade formal, logo exonerando as jurisdições nacionais deste seu poder.

Acresce que a Comissão, por via do Ac *Boussac* é titular de um poder semelhante. A grande diferença é que a decisão da Comissão é uma decisão provisória, ou seja, tem carácter meramente preventivo, não a dispensando de analisar a questão da compatibilidade dos auxílios em causa, não lhe sendo permitido, nesta fase, exigir o reembolso dos auxílios prestados, ao passo que, perante as jurisdições nacionais, a violação do artigo 93.º n.º 3 constitui uma ilegalidade *per se* e a recuperação é possível.

¹⁸⁸ Barav, A., “La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire”, in *Mélanges Boulouis*, p. 1

¹⁸⁹ Ac 26/62, de 5 de Fevereiro de 1963, *Van Gend en Loos*, Rec 1963, p. 25, cit

¹⁹⁰ Ac. 6/64, de 15 de Julho de 1964, *Costa/ENEL*, Rec 1964, p. 1141, cit

¹⁹¹ Ac 106/77, *Simmenthal*, Rec 1978, p. 629, cit

¹⁹² Barav, “Omnipotent Courts”, in

¹⁹³ Ac 33/76, *REWE*, cit.

Nestes termos, parece admissível afirmar que a decisão final da Comissão tem natureza constitutiva da compatibilidade do auxílio público.

2.5 A protecção jurisdicional¹⁹⁴

2.5.1 A acção em anulação

Na matéria que nos ocupa podem intervir vários actos susceptíveis de impugnação contenciosa. Em primeiro lugar, na categoria dos actos instrutórios do processo de fiscalização, atacáveis na medida em que sejam actos prejudiciais¹⁹⁵, de acordo com o processo estabelecido no artigo 173º CE, encontramos a decisão provisória referida na jurisprudência *Boussac*. Em segundo lugar, acto atacável será também a decisão da Comissão que põe termo ao processo de fiscalização.

Subsumindo as questões da legitimidade processual activa à matéria que nos ocupa, porque, formal e materialmente, os actos impugnáveis serão sempre decisões, cumpre averiguar quem, para além do seu destinatário evidente, o Estado-membro em causa, detém a legitimidade processual activa.

A questão é mais complexa que à primeira vista parece e deve ser analisada tendo em vista as especificidades próprias da decisão em causa.

Tratando-se de uma decisão que considera incompatível com o mercado comum determinado regime de auxílios projectado, sempre que os seus potenciais beneficiários possam ser identificáveis, parece existir aqui um interesse em agir, na medida em que a decisão comunitária os afecta directa e individualmente. Esta afirmação será tanto mais incontestável quando o regime considerado incompatível respeite a uma situação concreta de um operador económico ou de um grupo de operadores económicos perfeitamente identificados.

Tratando-se de uma decisão que considere compatível com o mercado comum determinado regime de auxílios projectado, parece existir interesse em agir por parte de todos os operadores económicos comunitários concorrentes dos beneficiários que não sejam elegíveis para o mesmo regime. No entanto, a jurisprudência do TJCE aponta para uma solução bem mais restritiva.

Na realidade, o Tribunal afirmou que *“la seule circonstance qu’en acte est susceptible d’exercer une influence sur les rapports de concurrence existant sur le marché dont s’agit, ne saurait suffire pour que tout opérateur économique se trouvant dans une quelconque relation de concurrence avec le destinataire de l’acte puisse être considéré comme directement et individuellement concerné par ce dernier”*¹⁹⁶. A legitimidade processual activa dos concorrentes existe tão só relativamente àqueles que de alguma

¹⁹⁴ A análise da acção por incumprimento, iniciada no ponto anterior, será completada *infra* na exposição relativa ao reembolso dos auxílios de estado

¹⁹⁵ José Caramelo Gomes & José Augusto Pereira Fernandes, *Enquadramento jurídico da União Europeia*, Petrony, Lisboa, 1994, p. 260; Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, p. 422, 10ª Edição, Almedina, Coimbra; Ac 60/81, de 11 de Novembro de 1981, *IBM c. Commission*, Rec 1981, p. 2639

¹⁹⁶ Ac 10 & 18/68, de 10 de Dezembro de 1969, *Eridania*, Rec 1969, p 459

forma tivessem participado de forma efectiva no processo administrativo conducente à adopção do acto impugnado¹⁹⁷.

A pronúncia citada ocorreu num processo em que estava em causa uma questão relativa ao artigo 85º CE. No entanto, a mesma motivação determinou a pronúncia do Tribunal no *Ac Cofaz*¹⁹⁸ e, posteriormente, no *Ac Cook*¹⁹⁹, estendeu a legitimidade processual activa a todos os particulares interessados, sempre que a Comissão, adopte o acto em causa em violação da obrigação de notificação que lhe incumbe por força do artigo 93º nº 2 CE.

Quanto às decisões provisórias, tomadas quando exista violação do artigo 93º nº 3, parece que a legitimidade processual activa dos particulares deve aferir-se tendo em vista a sua situação específica decorrente da conformação estadual com o resultado prescrito no acto comunitário.

Assim sendo, quando, por força da decisão provisória, um particular se vir privado de um benefício que lhe vinha sendo entregue, não restam dúvidas de que o particular em causa é directa e individualmente afectado e poderá, naturalmente, agir em anulação.

2.5.2 A acção em omissão

A acção por omissão, regulada no artigo 175º CE, tem em vista a tutela da legalidade comunitária nos casos em que a sua violação ocorra por uma omissão do Parlamento Europeu, do Conselho ou da Comissão.

Constituem elementos constitutivos da omissão a abstenção da prática de qualquer acto gerador de efeitos jurídicos, no que respeita aos requerentes privilegiados, ou actos que não sejam recomendações ou pareceres que lhes devam ser dirigidos, relativamente aos particulares²⁰⁰, desde que a Instituição em causa tenha sido previamente convidada a agir.

No que respeita aos particulares, ao contrário dos requerentes privilegiados, é inadmissível a interposição de uma acção em omissão contra a Comissão quando esta se abstenha de perseguir um Estado-membro nos termos do artigo 93º nº 2 CE²⁰¹.

No entanto, aos particulares parece possível agir em omissão quando solicitem à Comissão a abertura do processo instrutório previsto no artigo 93º nº 2 CE²⁰²

¹⁹⁷ Jean Vitor Louis, Georges Vandersanden, Denis Waelbroeck, Michel Waelbroeck, *Commenaire Megret, Le Droit de la CEE*, Vol 10, *La Cour de Justice, Les actes des Institutions*, 2ª Edição, Université de Bruxelles, 1993, p. 131

¹⁹⁸ Ac 169/84, de 28 de Janeiro de 1986, *Cofaz*, Rec 1986, p. 415

¹⁹⁹ Ac C- 198/91, de 19 de Maio de 1993, *Cook*, Rec 1993, p., e Ac C-225/91, de 15 de Maio de 1993, *Matra*, Rec 1993, p.

²⁰⁰ José Caramelo Gomes & José Augusto Pereira Fernandes, *Enquadramento jurídico da União Europeia*, Petrony, Lisboa, 1994, p. 261

²⁰¹ Ac C-87/89, de 17 de Maio de 1990, *Sonito c. Commission*, Rec. 1990, p.; Ac 247/87, de 14 de Fevereiro de 1989, *Star Fruit*, Rec 1989, p. 291

2.5.3 A acção em responsabilidade extracontratual

A acção em responsabilidade extracontratual da Comunidade é regulada no artigo 215º nº 2 CE. Esta é uma competência exclusiva do TJCE, nos termos do artigo 178º CE, que nesta matéria deverá actuar de acordo com os princípios gerais comuns aos Direitos dos Estados-membros.

Assim sendo, a Comunidade poderá, teoricamente, ser responsável pelos prejuízos causados aos concorrentes de um beneficiário de um auxílio ilegal, erroneamente considerado compatível com o mercado comum, verificados que sejam os pressupostos da responsabilidade, nomeadamente, o facto ilícito (acção ou omissão), o prejuízo e o nexo de causalidade.

A única vez que o TJCE se pronunciou sobre a matéria foi no *Ac Société des Produits Bertrand c. Commission*²⁰³ e a sua pronúncia indicia que esta possibilidade existe.

Com efeito, a pretensão da recorrente foi negada apenas porque não se provou a existência do nexo de causalidade entre o facto ilícito e o prejuízo.

2.5.4 A intervenção da jurisdição nacional

As jurisdições nacionais, enquanto jurisdições comunitárias, têm um poder de fiscalização incidental da legalidade da norma comunitária, sendo-lhes, inclusivamente, disponibilizado para um perfeito desempenho desta missão comunitária, o recurso ao reenvio prejudicial em apreciação de validade previsto no artigo 177º CE.

Este poder, no entanto, encontra-se muito limitado desde 1987, quando o TJCE proferiu o seu famoso acórdão *Fotofrost*²⁰⁴, em que, pela via interpretativa, o juiz nacional se viu privado de conhecer incidentalmente da legalidade do acto comunitário, sendo-lhe imposta uma obrigação de reenvio prejudicial em apreciação de validade.

Em sede de auxílios de estado, as jurisdições nacionais podem ser chamadas, em primeiro lugar, a aplicar em litígios que lhe sejam submetidos, a norma constante da última frase do nº 3 do artigo 93º CE, que foi considerada directamente aplicável pelo TJCE²⁰⁵.

Isto significa que as jurisdições estaduais são competentes para conhecer dos litígios que decorram do incumprimento estadual das obrigações comunitárias, nos termos da jurisprudência *Saumon*²⁰⁶, neste poderes se incluindo o de ordenar a recuperação de auxílios não notificados.

²⁰² Hancher, L., Ottervanger T., Slot, P. J., *EC State Aids*, European Practice Library, Chancery Law Publishing, Chichester, 1993, p. 264

²⁰³ Ac 40/75, de 21 de Janeiro de 1976, *Société des Produits Bertrand c. Commission* Rec 1975, p. 1

²⁰⁴ Ac 315/85, de 22 de Outubro de 1987, *Fotofrost*, Rec 1987, p. 4199

²⁰⁵ Ac 6/64, de 15 de Julho de 1964, *Costa c. ENEL*, Rec 1964, p. 1141

²⁰⁶ Ac C-354/90, de 21 de Novembro de 1991, *Saumon* Rec 1991, p.

Em segundo lugar, as jurisdições nacionais poderiam ser chamadas a título incidental, a conhecer da legalidade das Decisões da Comissão que considerem incompatíveis com o mercado comum determinados auxílios públicos, no âmbito de processos tendo por objecto actos nacionais de execução das ditas decisões.

De facto, por força do princípio da aplicabilidade directa, os tribunais nacionais são competentes para, sob reserva de reenvio prejudicial obrigatório²⁰⁷, conhecer da legalidade dos actos comunitários perante ele invocados.

Uma questão desta natureza colocou-se no Ac *TWD I*²⁰⁸.

Entre 1981 e 1983 a empresa *TWD* recebeu, da República Federal da Alemanha, diversos subsídios, entre os quais um de 6,12 milhões de DM.

Os auxílios não foram notificados. Em 1985 a Comissão desencadeou o processo previsto no artigo 93º nº 2 CE, que culminou na adopção da Decisão 86/509/CEE, de 21 de Maio de 1986, publicada no JO L 300, que considerou os auxílios em questão ilegais, por violação do artigo 93º nº 3 CE, bem como incompatíveis com o mercado comum nos termos do artigo 92º CE. Consequentemente, a Comissão impôs à República Federal a recuperação dos auxílios.

Em 1 de Setembro de 1986 o ministro federal da Economia transmitiu à *TWD* uma cópia da referida Decisão, informando-a que podia interpor recurso contra ela, nos termos do artigo 173º CE, e em 19 de Março de 1987, exigiu o reembolso dos auxílios em causa.

A empresa *TWD* interpôs recurso de anulação contra o acto de 19 de Março, junto do Verwaltungsgericht Koln, que negou provimento ao recurso em 21 de Dezembro de 1987.

Desta sentença a *TWD* interpôs recurso para o Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, invocando a ilegalidade parcial da Decisão 85/609. Esta ilegalidade, no seu entender, seria invocável mesmo após ter expirado o prazo previsto no artigo 173º CE.

A jurisdição nacional, perante este argumento, submeteu ao TJCE uma questão prejudicial, para saber se a ilegalidade da Decisão poderia ser invocada mesmo após o decurso do prazo previsto no artigo 173º CE.

A resposta do Tribunal, fundada quase exclusivamente nos imperativos decorrentes do princípio da segurança jurídica, considerou que sempre que não seja tempestivamente interposto recurso de anulação pelos detentores da legitimidade processual activa, nos termos e prazos previstos no artigo 173º CE, deixa de ser possível a invocação desse mesmo vício perante as jurisdições nacionais.

²⁰⁷ Ac 314/85, de 22 de Outubro de 1987, *Fotofrost*, Rec 1987, p. 4199

²⁰⁸ Ac. C-188/92, de 9 de Março de 1994, *TWD I*, Rec 1994, p. I-846

2.6 O reembolso dos auxílios de estado

O princípio do reembolso dos auxílios de estado²⁰⁹ foi concebido pela Comissão, como forma de dotar a sua intervenção nesta matéria de um carácter dissuasor e sancionatório, sendo admitido pelo TJCE numa perspectiva da plena eficácia da interdição estabelecida pelo Direito Comunitário e tem por objectivo repôr a situação jurídica que existiria se o auxílio não houvesse sido atribuído²¹⁰.

No estado actual do Direito Comunitário a recuperação do auxílio ilegal pode ser imposta pela Comissão ao Estado-membro, pelos processos estabelecidos em Direito Interno, com fundamento na incompatibilidade do auxílio para com o mercado comum, ou seja, na violação do artigo 92º nº 1 CE ou pela jurisdição nacional, com fundamento na aplicabilidade directa da última frase do nº 3 do artigo 93º CE²¹¹.

A primeira vez que o TJCE reconheceu este poder foi no *Ac Commission c. Allemagne*²¹², mediante uma interpretação extensiva do artigo 93º nº 2²¹³.

Em causa estava um regime de auxílios a favor da reconversão de regiões mineiras estabelecido por uma lei da República Federal da Alemanha de 1968, notificado à Comissão antes da sua entrada em vigor.

A Comissão pronunciou-se pela compatibilidade do regime, tendo em vista a sua conformidade com a legalidade comunitária e por se tratar de um regime temporário, que deveria terminar em 1 de Janeiro de 1970.

Este regime viria, no entanto, a ser prorrogado por uma lei do Parlamento alemão, que apenas foi notificada à Comissão após a sua entrada em vigor, que decidiu instaurar o processo de investigação previsto no artigo 93º nº 2 CE, concluindo pela incompatibilidade do auxílio, ordenando à República Federal a cessação imediata dos auxílios.

A República Federal não se conformou com a Decisão da Comissão e continuou a aplicar o regime censurado. Perante esta situação, a Comissão recorreu ao TJCE, solicitando-lhe a constatação do incumprimento da República Federal, bem como a sua condenação na recuperação dos auxílios prestados após a data da Decisão que verificou a sua incompatibilidade.

Na sua contestação, a República Federal suscitou a inadmissibilidade do pedido da Comissão, invocando para tal o artigo 171º CE, que no seu entender interditava ao

²⁰⁹ O princípio consubstancia-se pela possibilidade de impôr ao Estado a obrigação de reaver, do beneficiário do auxílio, os montantes atribuídos em violação do Direito Comunitário.

²¹⁰ Isabelle Croizier, *L'offensive de la CEE contre les aides nationales*, Apogée, Rennes, 1993

²¹¹ Isabelle Hazard, "Pouvoirs respectifs de la Commission et des Juridictions nationales: Arrêts récents en matière de procédure applicable aux aides d'états", in RMC, nº 365, 1993; Ac Ac C-354/90, de 21 de Novembro de 1991, *Saumon* Rec 1991; Ac C-301/87, de 14 de Fevereiro de 1990, *Boussac*, Rec 1990, cit.

²¹² Ac 70/72, de 12 de Julho de 1973, *Commission c. Allemagne*, Rec 1973, p. 813

²¹³ Isabelle Croizier, *L'offensive de la CEE contre les aides nationales*, Apogée, Rennes, 1993, cit.

TJCE ultrapassar a simples constatação do incumprimento, competindo exclusivamente ao Estado em causa a decisão sobre as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal.

Na realidade, a República Federal apenas invocava a jurisprudência do TJCE²¹⁴, sustentando a natureza declarativa do acórdão por incumprimento.

Esta é uma questão pertinente. Terá a acção por incumprimento uma natureza declarativa, ou será, na realidade, um contencioso de plena jurisdição?

Em favor da primeira posição aponte-se, em primeiro lugar, a própria redacção do artigo 171º CE, que, à semelhança do artigo 143º CECA parece consagrar um equilíbrio entre a competência do Tribunal e o princípio da autonomia institucional dos Estados-membros, bem como as pronúncias do TJCE que explicitamente acatam esta interpretação.

Esta posição, no entanto, é de molde a enfraquecer a autoridade do acórdão por incumprimento, o que de algum modo levou a jurisprudência do TJCE, com o apoio de alguma doutrina²¹⁵, a alterar ligeiramente o equilíbrio estabelecido.

No caso concreto, o TJCE entendeu que a admissibilidade da acção por incumprimento deveria ser analisada em vista do artigo 93º nº 2 CE e não face ao artigo 171º CE, como pretendia a República Federal.

Ao fazê-lo, o problema deixou de ser uma questão de competência do Tribunal, para passar a ser uma questão de competência da Comissão.

Na realidade, o acórdão do Tribunal que constatasse o incumprimento da Decisão de 17 de Janeiro de 1971, que impunha o reembolso, não teria, nesta matéria mais que um valor declarativo, a partir do momento em que esta obrigação decorra do próprio acto inobservado, ou seja, em que a obrigação de reembolso imposta pela Comissão não seja respeitada.

Uma vez colocada nestes termos a questão do título da obrigação, resta saber se o título é válido ou, pelo contrário, está ferido de ilegalidade por incompetência do seu autor. Terá, a Comissão, face ao artigo 93º nº 2 CE, o poder de impor aos Estados-membros a recuperação dos auxílios públicos incompatíveis com o mercado comum?

Apesar de, no caso concreto, ter rejeitado a pretensão da Comissão, o TJCE admitiu o princípio geral, considerando que o poder de exigir a supressão ou a modificação de um auxílio público, consignado à Comissão pelo artigo 93º nº 2 CE ficaria desprovido de efeito útil se não pudesse comportar a obrigação de recuperação do auxílio incompatível. A inobservância desta obrigação consubstancia um incumprimento que pode ser conhecido pelo Tribunal, nos termos previstos no artigo 93º CE.

²¹⁴ Ac 6/60, de 16 de Dezembro de 1960, *Humblet*, Rec 1960, p 1125

²¹⁵ Simon, Denys, "Recours en constatation de manquement", JCL Europe Fasc. 380, 1991

Nestes termos, por via de uma interpretação extensiva do artigo 93º, a Comissão fica investida no poder de exigir ou não a recuperação do auxílio. Este poder, à semelhança do poder de avaliar a compatibilidade do auxílio com o mercado comum, é um poder discricionário²¹⁶, mas cujo exercício, como verificamos, apenas será lícito quando a ilegalidade do auxílio público decorra da sua incompatibilidade com o artigo 92º CE.

A jurisprudência citada constituiu a base da Comunicação da Comissão, relativa a auxílios públicos, de 1983²¹⁷. Nesta Comunicação a Comissão informa os potenciais beneficiários do risco de serem obrigados a devolver qualquer auxílio que lhes seja prestado antes de uma decisão final sobre a sua compatibilidade com o mercado comum, nos termos do artigo 92º CE.

Após 1983, a Comissão recorreu frequentemente a este poder²¹⁸, determinando casuisticamente qual o conteúdo exacto da obrigação de recuperação²¹⁹, em observância da jurisprudência *Commission c. Pays-Bas*²²⁰, que impõe precisamente esta obrigação de claramente especificar a obrigação do Estado-membro²²¹

Para além da Comissão, também as jurisdições nacionais têm este poder de impor a recuperação dos auxílios públicos ilegais. No entanto, porque no estado actual do Direito Comunitário, o poder de verificar a incompatibilidade do auxílio nos termos do artigo 92º CE é exclusivo da Comissão²²², o fundamento para a sua recuperação é a violação da última frase do terceiro parágrafo do número 3 do artigo 93º CE, considerada directamente aplicável pelo TJCE.

Isto significa, em primeiro lugar, que as jurisdições nacionais são competentes para tutelar os direitos que decorrem para os particulares da aplicabilidade directa da última frase do nº 3 do artigo 93º CE declarando a ilegalidade formal do auxílio e ordenando a sua recuperação ou, quando seja o caso, medidas provisórias²²³.

Decorrem diversas consequências desta conformação da competência da jurisdição nacional.

²¹⁶ Morson, S. “La récupération des aides octroyées par les États en violation du Traité CEE”, cit.

²¹⁷ JO C 318 1983

²¹⁸ Hancher, L., Ottervanger T., Slot, P. J., *EC State Aids*, European Practice Library, Chancery Law Publishing, Chichester, 1993, p. 250

²¹⁹ Decisão 91/144/CEE; Decisão 91/389/CEE; Decisão 91/175/CEE; Decisão 91/175/CEE; Decisão 92/329/CEE; Decisão 91/390/CEE; Decisão 91/391/CEE; Decisão 92/011/CEE; Decisão 92/296/CEE; Decisão 91/304/CEE; Decisão 92/330/CEE.

²²⁰ Ac 213/85, de 2 de Fevereiro de 1988, *Commission c. Pays Bas*, Rec 1988, p. 281

²²¹ No mesmo sentido, Ac C-188/92, de 9 de Março de 1994, *TWD I*, Rec 1994, p. I - 846, e Ac *Saumon*, cit.

²²² Ac *Saumon*, cit.

²²³ Isabelle Hazard, “Pouvoirs respectifs de la Commission et des Juridictions nationales: Arrêts récents en matière de procédure applicable aux aides d'états”, in RMC, nº 365, 1993; Ac C-354/90, de 21 de Novembro de 1991, *Saumon* Rec 1991; Ac C-301/87, de 14 de Fevereiro de 1990, *Boussac*, Rec 1990, cit.

A pedido dos interessados, designadamente os concorrentes do beneficiário, os Tribunais nacionais devem, quando confrontados com um auxílio formalmente ilegal, por violação do artigo 93º nº 3 CE, impedir a concessão efectiva do auxílio.

Quando esta situação não seja possível, porque extemporânea e, conseqüentemente, ineficaz, o Tribunal nacional é competente para considerar o auxílio ilegal e impor a sua recuperação.

Finalmente, a demanda dos concorrentes do beneficiário, ou dos seus credores lesados por uma situação de reembolso de auxílio ilegal, os Tribunais nacionais são competentes para conhecer de acções em responsabilidade contra o Estado-membro, por violação do Direito Comunitário²²⁴.

Do exposto resulta que a bizarra jurisprudência *Capolongo*²²⁵ se deverá considerar ultrapassada. Com efeito, em *Capolongo* o TJCE pronunciou-se pela aplicabilidade directa do nº 1 do artigo 92º CE, em termos inconsistentes com a sua jurisprudência na matéria, na medida em que admitiu a sua invocabilidade perante a jurisdição nacional apenas por via de actos derivados de execução.

Ora a jurisprudência citada²²⁶, quando reconhece aos particulares o direito de invocar perante um juiz nacional o artigo 93º nº 3, CE última frase e assina ao juiz nacional os poderes referidos para a tutela da legalidade comunitária decorrente da sua aplicabilidade directa implica, como salientam Hancher, Ottervanger e Slot²²⁷, a invocação também dos conceitos inerentes ao artigo 92º nº 1 CE.

De facto, a única forma de averiguar se determinada medida estadual consubstancia um auxílio público, para efeitos de lhe subsumir o dever de notificação e a cláusula de *stand still* estabelecidos no artigo 93º nº 3 CE, é por recurso ao conceito de auxílio público decorrente do artigo 92º nº 1 CE, tal como interpretado pela jurisprudência do TJCE.

Esta *invocabilidade* traduz, de acordo com alguma doutrina²²⁸, a própria essência da aplicabilidade directa.

Os Tribunais nacionais são ainda competentes para conhecer dos litígios respeitantes aos actos nacionais de execução das Decisões negativas dirigidas aos Estados-membros que imponham a recuperação. Esta questão será analisada mais adiante.

²²⁴ Hancher, L., Ottervanger T., Slot, P. J., *EC State Aids*, European Practice Library, Chancery Law Publishing, Chichester, 1993, p. 255; Ac C-354/90, de ??????, *Federation Nationale du Commerce Extérieur des produits alimentaires c. France*, Rec 1991, p.???; Ac 6 & 9/90, de 19 de Novembro de 1991, *Francovich*, Rec 1991, p. 5403

²²⁵ Ac 77/72, de 19 de Junho de 1973, *Capolongo c. Maya*, Rec 1973, p. 611

²²⁶ Ac Ac C-354/90, de 21 de Novembro de 1991, *Saumon* Rec 1991; Ac C-301/87, de 14 de Fevereiro de 1990, *Boussac*, Rec 1990, cit.

²²⁷ Hancher, L., Ottervanger T., Slot, P. J., *EC State Aids*, European Practice Library, Chancery Law Publishing, Chichester, 1993, p. 255

²²⁸ Mota de Campos, J. *Direito Comunitário*, Volume II, *O ordenamento Jurídico*, 4ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1994

2.6.1 O controle da legalidade da obrigação de recuperação

As Decisões da Comissão impondo a obrigação de recuperação de auxílios públicos ilegais podem ser objecto de recurso de anulação, nos termos gerais do artigo 173º CE. O recurso de anulação não tem, em princípio, efeito suspensivo²²⁹.

Este recurso poderá ser interposto pelo Estado-membro destinatário da Decisão, directamente ou através da autoridade por ele encarregada de gerir os benefícios²³⁰, bem como pelos próprios beneficiários do auxílio, que são, naturalmente, directa e individualmente afectados pela Decisão. Neste caso, verificamos que a jurisdição competente passa a ser o TPI²³¹.

A legitimidade processual activa dos beneficiários, no entanto, é uma questão que suscita alguns problemas. Com efeito, em algumas situações, quando estamos perante um auxílio em favor de categorias de empresas ou utilizadores, os particulares poderão não ser individualizáveis.

Este problema colocou-se diversas vezes, nomeadamente no *Ac Plaumann*²³² e *Ac Van der Kooy*²³³. No segundo caso, o TJCE considerou, apelando à jurisprudência *Plaumann*, que a Decisão impugnada tinha, para o requerente, a natureza de um acto de alcance geral na medida em que o afectava por força de uma única condição objectiva²³⁴ e, consequentemente, rejeitou o recurso.

Por outro lado, na mesma pronúncia, o TJCE veio a admitir a legitimidade processual activa de uma associação profissional, na medida em que as medidas consideradas incompatíveis resultavam de uma negociação entre essa mesma associação e o Estado-membro em causa.

O recurso de anulação deverá ser interposto no prazo de dois meses fixado pelo artigo 173º CE e conta-se, para os particulares, a partir da publicação da Decisão no JOL.

Findo este prazo, a legalidade da Decisão não pode ser contestada a título incidental, seja em processo por incumprimento, pelos Estados-membros²³⁵, seja perante o juiz nacional, pelos particulares²³⁶.

²²⁹ Artigo 185º CE

²³⁰ Ac 62 & 72/87, de 8 de Março de 1988, *Exécutif régional Wallon et SA Glaverbel c. Commission*, Rec 1988, p. 1573

²³¹ Artigo 3º da Decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988, JOL 319 de 25 de Novembro de 1988, na redacção que lhe foi dada pela Decisão do Conselho de 8 de Junho de 1993, JOL 144 de 16 de Junho de 1993.

²³² Ac 25/62, de 15 de Julho de 1963, *Plaumann c. Commission*, Rec 1963, p. 199

²³³ Ac 67, 68 & 70/85, de 2 de Fevereiro de 1988, *Van der Kooy*, Rec 1988, p. 219

²³⁴ Isabelle Croizier, *L'offensive de la CEE contre les aides nationales*, Apogée, Rennes, 1993, cit.

²³⁵ Ac 6 & 11/69, de 10 de Dezembro de 1969, *Commission c. France*, Rec 1969, p.523

²³⁶ Ac C-188/92, de 9 de Março de 1994, *TWD I*, Rec 1994, p. I - 846, cit.

Atendendo à própria natureza das decisões da Comissão nesta matéria, convirá analisar o elenco dos vícios susceptíveis de implicar a anulação do acto impugnado.

Em primeiro lugar, como o Tribunal afirmou reiteradas vezes²³⁷, na sua competência relativa a auxílios públicos, a Comissão actua no exercício de poderes discricionários. Isto significa, antes de mais, que as únicas possibilidades de invocar a ilegalidade substancial da Decisão são o erro manifesto de apreciação e o desvio do poder.

O TJCE admitiu, em princípio, estas possibilidades no *Ac. Industrie du verre plat*²³⁸, sendo certo que, relativamente ao poder discricionário, o Tribunal já havia afirmado²³⁹ que o seu exercício implica apreciações de ordem económica e social que devem efectuar-se no contexto comunitário.

A expressão contexto comunitário é, aliás, retomada sistematicamente pelo TJCE²⁴⁰, parecendo indiciar que este será o critério determinante para a verificação da existência de desvio do poder.

Relativamente à obrigação de recuperação, o TJCE parece já ter admitido, em princípio, a sua eventual ilegalidade por violação do princípio da proporcionalidade²⁴¹.

Além deste vícios, que afectam a legalidade substancial do acto, o TJCE tem admitido, de uma forma bem mais enérgica, a ilegalidade destas Decisões com base nos vícios afectando a sua legalidade formal.

Assim, a falta ou insuficiência da fundamentação²⁴² imposta pelo artigo 190º CE²⁴³ constitui um vício de extrema relevância para o TJCE²⁴⁴, que se sentiu na necessidade de esclarecer qual o conteúdo deste dever de fundamentação em sucessivos Acórdãos, entre os quais se salienta o Ac de 14 de Novembro de 1984²⁴⁵.

A violação dos direitos de defesa²⁴⁶, a inobservância de prazos razoáveis para a tomada de posição²⁴⁷ e o respeito pelos processos estabelecidos pelo Tratado²⁴⁸ são outros vícios igualmente aceites pelo TJCE.

²³⁷ Ac 730/79, de 17 de Setembro de 1980, *Philip Morris*, Rec 1980, p. 2671

²³⁸ Ac 62 & 72/87, de 8 de Março de 1988, *Exécutif régional Wallon et SA Glaverbel c. Commission*, Rec 1988, p. 1573

²³⁹ Ac 730/79, de 17 de Setembro de 1980, *Philip Morris*, Rec 1980, p. 2671

²⁴⁰ Entre outros, mais recentemente, Ac C-301/87, de 14 de Fevereiro de 1990, *Boussac*, Rec 1990, cit.

²⁴¹ Ac C-301/87, de 14 de Fevereiro de 1990, *Boussac*, Rec 1990, cit.

²⁴² Isabelle Croizier, *L'offensive de la CEE contre les aides nationales*, Apogée, Rennes, 1993, cit.

²⁴³ Ac 70/72, de 12 de Julho de 1973, *Commission c. Allemagne*, Rec 1973, p. 813, cit.

²⁴⁴ Ac 296 & 318/82, de 13 de Março de 1985, *Leeuwarder*, Rec 1985, p.

²⁴⁵ Ac 382/83, de 14 de Novembro de 1984, *Intermills*, Rec 1984, cit.

²⁴⁶ Ac 234/84, de 10 de Julho de 1986, *Belgique c. Commission*, Rec 1986, p. 2263

2.6.2 A tutela jurisdicional da obrigação de recuperação

A obrigação de recuperação é, entre as obrigações comunitárias dos Estados-membros, daquelas que maior resistências conhece, pelas implicações sociais e custos políticos que a sua execução pode implicar.

Desta forma, os Estados-membros têm procurado invocar uma grande variedade de argumentos quando perseguidos em acção por incumprimento perante o TJCE, que adopta, nesta matéria, uma visão extremamente rigorosa, privilegiando o interesse comunitário da competitividade europeia acima de qualquer outro.

A ilegalidade da Decisão não justifica o seu incumprimento. De facto, o TJCE afirmou reiteradas vezes que, escoado que seja o prazo para a interposição de acção em anulação, a Decisão se torna definitiva e a sua legalidade insusceptível de ser questionada pelo destinatário. Esta interpretação é um imperativo decorrente do princípio da segurança jurídica.

A impossibilidade de cumprir a Decisão tem sido também invocada com os mais diversos fundamentos, de direito e de facto: o princípio da intangibilidade do capital social²⁴⁹, o princípio da confiança legítima²⁵⁰ e as consequências da recuperação.

O princípio da intangibilidade do capital social conheceu consagração comunitária através da Directiva do Conselho de 13 de Dezembro de 1976²⁵¹ e foi invocado pela Bélgica em dois processos, que tentou obviar desta forma à obrigação de recuperação. Em causa estavam tomadas de participação em capital social que haviam sido consideradas auxílios incompatíveis com o mercado comum pela Comissão, e cuja recuperação foi imposta à Bélgica.

Esta obrigação de recuperação passaria, naturalmente, pela recuperação do capital social indevidamente subscrito, o que consubstanciaria uma violação do princípio da intangibilidade do capital social, por manifesta diminuição das garantias dos credores sociais. Esta tese não colheu junto do TJCE, que a considerou inadequada para justificar a impossibilidade absoluta de execução da obrigação de recuperação.

O princípio da confiança legítima foi diversas vezes invocado pela República Federal da Alemanha para justificar a impossibilidade absoluta de recuperação do auxílio incompatível.

²⁴⁷ Ac 223/85, de 24 de Novembro de 1987, *RSV*, Rec 1987, p. 4617

²⁴⁸ Ac C-294/90, de 4 de Fevereiro de 1992, *British Aerospace/Rover c. Commission*, Rec 1992,

²⁴⁹ Ac 52/84, de 15 de Janeiro de 1986, *Commission c. Belgique*, Rec 1986, p. 89; Ac 5/86, de 9 de Abril de 1987, *Commission c. Belgique*, Rec 1987, p. 1773

²⁵⁰ Ac 94/87, de 2 de Fevereiro de 1989, *Commission c. RFA*, Rec 1989, p. 175; Ac 5/89, de 20 de Setembro de 1990, *Commission c. RFA*, Rec 1990, p. 3437

²⁵¹ JO L 26 1977

Na ordem jurídica alemã, o princípio da confiança legítima implica a impossibilidade de revogação de um acto administrativo constitutivo de direitos passado que seja um ano sobre a sua adopção²⁵². O TJCE, pese embora admitindo o princípio, considerou que a sua aplicação não pode tornar praticamente impossível a recuperação exigida pelo Direito Comunitário.

Além disso, sempre que um auxílio seja entregue sem respeitar o artigo 93º nº 3, este é um acto ilegal que, de acordo com o TJCE não pode gerar quaisquer expectativas legítimas²⁵³.

Os Estados-membros invocaram ainda reiteradas vezes as consequências da recuperação como justificando o seu incumprimento. Com efeito, muitas vezes a recuperação do auxílio poderá provocar o desaparecimento do beneficiário.

O TJCE tem, nestas situações, demonstrado uma postura particularmente inflexível²⁵⁴. Na realidade, o Tribunal tem entendido que o interesse comunitário de salvaguarda da concorrência no mercado comum, como forma de aumentar a competitividade dos operadores europeus não pode, pela sua importância, ceder o passo ao interesse de um operador económico individualmente considerado²⁵⁵.

Finalmente, o TJCE parece admitir como justificativo do incumprimento da obrigação de recuperação a impossibilidade absoluta de correcta execução da Decisão, ao mesmo tempo que admite alguma relevância à alteração superveniente das circunstâncias²⁵⁶.

Quanto à impossibilidade absoluta, posto que a decorrente das limitações de Direito interno, ao lado da irrelevância das consequências sociais e políticas da recuperação, não constituem para o TJCE, como já vimos, justificativos para a inexecução da obrigação, o princípio da impossibilidade absoluta parece de alguma forma falho de conteúdo e talvez reduzido aos casos de força maior.

Quanto à alteração superveniente das circunstâncias, entendida pelo TJCE como o aparecimento de dificuldades imprevistas ou imprevisíveis, ou ainda pela constatação de consequências imprevistas pela Comissão²⁵⁷, não constituindo exoneração da obrigação, é pelo menos admitida como fundamento para a renegociação entre o Estado-membro e a Comissão.

²⁵² Isabelle Croizier, *L'ofensive de la CEE contre les aides nationales*, Apogée, Rennes, 1993, cit.

²⁵³ Hancher, L., Ottervanger T., Slot, P. J., *EC State Aids*, European Practice Library, Chancery Law Publishing, Chichester, 1993, p. 254

²⁵⁴ Ac 52/84, de 15 de Janeiro de 1986, *Commission c. Belgique*, cit.

²⁵⁵ Isabelle Croizier, *L'ofensive de la CEE contre les aides nationales*, Apogée, Rennes, 1993, cit.

²⁵⁶ Ac 52/84, de 15 de Janeiro de 1986, *Commission c. Belgique*, cit; Ac 94/87, de 2 de Fevereiro de 1989, *Commission c. RFA*, Rec 1989, p. 175; Ac. C-5/89, de 2 de Setembro de 1990, *Commission c. RFA*, Rec 1990, p. 3437.

²⁵⁷ Ac 52/84, de 15 de Janeiro de 1986, *Commission c. Belgique*, cit

2.6.3 A execução da obrigação de recuperação

A recuperação de auxílios ilegais e, de uma forma geral, a repetição do indevido é objecto de quase inexistente regulamentação comunitária²⁵⁸.

Desta forma, o normativo pertinente na matéria não pode deixar de ser, naturalmente, o Direito Interno, de acordo com o princípio da autonomia institucional e processual dos Estados-membros²⁵⁹, limitado pelo imperativo decorrente da necessidade de prosseguir alguma uniformidade de aplicação do Direito Comunitário, por força do princípio da uniformidade de aplicação do Direito Comunitário.

A obrigação de recuperação carece de acto nacional de execução. Este acto poderá ser susceptível de impugnação judicial, perante as jurisdições nacionais, segundo as regras estabelecidas pelo Direito Interno de forma que não sejam afectados o alcance e eficácia do Direito Comunitário²⁶⁰ e não torne praticamente impossível a recuperação por este exigida²⁶¹. As regras de Direito Interno devem ser aplicadas de uma forma não discriminatória, relativamente a litígios idênticos de natureza puramente interna²⁶².

2.6.4 Meios de defesa

O estado actual do Direito Comunitário admite poucos ou nenhuns meios de defesa, o que de alguma forma esvazia de conteúdo a intervenção da jurisdição nacional nesta matéria, pelo menos no que respeita à tutela dos interesses dos particulares.

Com efeito, como verificamos *supra*, aos particulares que não tenham impugnado em anulação a Decisão que impõe a obrigação de recuperação não é possível invocar, perante a jurisdição nacional a ilegalidade do acto comunitário.

²⁵⁸ A este respeito, Barav, A. “La repetition de l’indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, CDE, 1981, p. 519

²⁵⁹ *Supra*,

²⁶⁰ Ac 205 a 215/82, de 21 de Setembro de 1993 *Deutsch Milkontor*, Rec 1993, p. 2633

²⁶¹ Ac C-142/87, de 21 de Março de 1990, *Tubmeuse*, Rec 1990, p. 959

²⁶² Ac 205 a 215/82, *Deutsch Milkontor*, cit.

Por outro lado, a jurisprudência do TJCE no que respeita à admissibilidade do princípio da confiança legítima é extremamente limitativa senão mesmo claramente proibitiva.

Esta quase impossibilidade de reagir contra a obrigação de devolver o auxílio alegadamente ilegal leva-nos a afirmar que a proteção jurisdicional dispensada aos beneficiários de auxílio públicos é manifestamente insuficiente.

Aos beneficiários de auxílios reembolsados, que por alguma razão considerem essa obrigação contrária à legalidade comunitária apenas parece restar, quanto a nós, a possibilidade de agir em responsabilidade, seja no quadro do Direito Interno, seja no quadro do Direito Comunitário. Esta situação, no entanto, ao que sabemos, ainda não foi suscitada perante o TJCE.

3. Conclusões

4. Bibliografia

4.1 Bibliografia Geral

4.1.1 Comentários aos Tratados

- Louis, J. V., Vandersanden, G., Waelbroeck, D., & Waelbroeck M., Commentaire Megret, Le Droit de la CEE, Vol X, La Cour de Justice, Les actes des institutions, 2^a Edição, Collection Études Européennes, Université de Bruxelles, 1993
- Constantinesco, V., Jacqué, J. P., Kovar, R. & Simon, D., Traité instituant la CEE, Economica, Paris, 1992
- José Caramelo Gomes & José Augusto Pereira Fernandes, Enquadramento jurídico da União Europeia, Petrony, Lisboa, 1994

4.1.2 Manuais e Teses

- Barav, A., La fonction communautaire du juge national, Thèse, Strasbourg, 1983
- Bebr. G., Development of judicial control of the European Communities, Nijhof, 1981
- Bergerès, Contentieux communautaire, PUF, 1989
- Boulois, Droit institutionnel des Communautés Européennes, Montcherstein, 4^a Edição, 1993
- Boulois & Chevalier, Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, tome I, 5^a Edição, Dalloz 1990
- Bredimas, A., Methods of interpretation and Community Law, North Holland, 1978
- Brown, L. N., The Court of Justice of European Communities, Swet & Maxwell, 3^a Edição, 1989
- Campos, J. M., Direito Comunitário, volume I e II, 6^a e 4^a Edição, Gulbenkian, Lisboa
- Catalano, Manuel de Droit des Communautés Européennes, Dalloz & Sirey, 1965
- Colin, Le gouvernement des juges dans les Communautés Européennes, LGDL, Paris, 1966
- Collins, L., European Community Law in the United Kingdom, Butterworths, 4^a Edição, 1990
- Comissão das Comunidades Europeias, Trinta anos de Direito Comunitário, Bruxelas

- Condorelli-Braun, Commissaires et juges dans les Communautés Européennes, LGDJ, Paris, 1972
- Constantinesco, V., Compétences et pouvoirs dans les Communautés Européennes, LGDJ, Paris, 1974
- Constantinides-Maigret, Le droit de la Communauté Économique Européenne et l'ordre juridique des Etats membres, LGDJ, Paris, 1967
- Dinh, N. Q., Patrick Daillier & Allain Pellet, Droit International Public, , 4^a Edição, LGDJ, Paris 1993
- Donner, A., The role of the lawyer in the European Communities, Edinburgh, 1968
- Gaudet, Conflits du Droit Communautaire avec les Droits nationaux, Nancy, 1967
- Hartley, T. C., The foundations of European Community Law, 2^a Edição, Oxford, 1988
- Isaac, G. Droit Communautaire général, 3^a Edição, Masson, 1990
- Jacot-Guilarmod, Le juge national face ao Droit Communautaire, Bruylant, 1993
- Joliet, R., Le Droit institutionnel des Communautés Européennes, Le contentieux, Liège, 1981
- Kapteyn, P. J. C. & Verloren van Themaat, P., Introduction to the law of the European Communities after coming into force of the Single European Act, Kluwer & Graham & Trotman, 1989
- Lasok, D., & Bridge, J., Introduction to the law and institutions of the European Communities, 5^a Edição, Butterworths, 1991
- Lecourt, L'Europe des Juges, Bruylant, Bruxelles, 1976
- Louis, J. V., A Ordem jurídica comunitária, 6^a Edição, Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelles
- Mackenzie-Stuart, The European Communities and the rule of law, Stevens & Sons, 1977
- Mann, C. J., The foundation of judicial decisions in European Economics Integration, Nijhoff, 1972
- Mathijssen, A guide to European Community law, Swet & Maxwell, 5^a Edição, 1990
- Neri, La protection juridictionnelle des particuliers dans les Communautés Européennes, UGA, 1965
- Ormand, La notion d'effet utile des traités communautaires dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, Paris I, Tese, 1975
- Pereira, A. G. & Fausto de Quadros, Manual de Direito Internacional Público, 3^a Edição, Almedina, Coimbra, 1994
- Pescatore, Le droit de l'integration, Sijhof, 1972
- Plender & Usher, Cases and materials on the Law of the European Communities, Butterworths, 2^a Edição, 1989
- Plouvier, Les décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes et leurs effets juridiques, Larcier, Bruxelles, 1978

- Rideau, Les juridictions internationales et contrôle du respect des traités constitutifs des organisations internationales, LGDJ, Paris, 1969
- Saint-Esteben, Droit Communautaire et Droits nationaux, PUF, Paris, 1967
- Schemers, H. G. & D. Walbroeck, Judicial protection in the European Communities, 4^a Edição, Kluwer, 1987
- Simon, D. L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, Pedone, Paris, 1981
- Steiner, J., Textbook on EEC Law, Blackstone Press, 1993
- Suy, Les rapports entre le Droit Communautaire et le droit interne des Etats membres, UGA, 1965
- Torrelli, L'individu et le droit de la Communauté Économique Européenne, Montreal, 1970
- Toth, A. G., Legal protection of individuals in the European Communities, North Holland, 1978
- Usher, J. European Community law and international law, the irreversible transfer ?, George Allen & Unwin, 1981
- Vandersanden & Barav, Contentieux Communautaire, Bruylant, Bruxelles, 1977
- Walbroeck, Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du marché commun, Bruxelles, 1969
- Walbroeck, Louis & Vandersanden, Le droit de la Communauté Économique Européenne, Vol X: La Cour de justice. Les actes des institutions, 2^a Edição, Bruxelles, 1993.

4.2 Bibliografía específica

- Barav, El contencioso sobre restitucion de tributos nacionales recaudados en violacion del derecho comunitario, Revista de instituciones europeas, 1989, p. 657
- Barav, La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, CDE, 1981, p. 507
- Le contrôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière d'aides publiques, AJDA, 1993, p. 412
- Berlin, Droit Fiscal Communautaire, Paris, PUF, 1988
- Borde & Kirch, La restitution des aides d'Etat, RTDE, 1993, p. 477
- Dony-Bartholomé, La notion des aides d'Etat, CDE, 1993, p. 399
- Fromont, M., La récupération des aides versées en violation du Droit Communautaire, RAE, 1993, n° 2, p. 5
- Hubeau, La répétition de l'indu en Droit Communautaire, RTDE, 1981, p. 442
- Louis, J. V., Vandersanden, G., Waelbroeck, D., & Waelbroeck M., Commentaire Megret, Le Droit de la CEE, Vol X, La Cour de Justice, Les actes des institutions, 2^a Edição, Collection Études Européennes, Université de Bruxelles, 1993

- Morson, La récupération des aides octroyées par les Etats en violation du traité CEE, RTDE, 1990, p. 409
- Roberti, G. M., Le contrôle de la Commission des Communautés Européennes sur les aides nationales, AJDA, 1993, p. 397
- Slot, Procedural aspects of State aids: The guardian of competition versus the subsidy villains, CMLR, 1990, p. 741
- Smith, A European concept of *conditio indebiti*, CMLR, 1982, p. 269
- Struys, M. L., Questions choisies de procédure en matière d'aides d'Etat, RTDE, 1993, p. 17
- Van Bael, Ivo & Bellis, Jean-François, Droit de la Concurrence de la Communauté Économique Européenne, Bruylant, Bruxelles, 1991
- Waelbroeck, La nature du droit au remboursement des montants payés contrairement au Droit Communautaire, in Mélanges Mertens de Wilmars, p. 430

5. Anexos

*Anexo I - Jurisprudência citada*²⁶³

- Ac T-244 & 486/93, de 13-09-1995, TWD II, ainda não publicado.,
- Ac C-309/89, de 18-05-1994, Codorniú, Rec 1994, p. I - 1881
- Ac C-188/92, de 9-03-1994, TWD I, Rec 1994, p. I-846
- Ac C-298/89, de 29-06-1993, Gibraltar, Rec 1993, p
- Ac C-325/91, de 16-06-1993, France c. Comissão, Rec 1993, p.
- Ac C- 198/91, de 19-05-1993, Cook, Rec 1993, p.
- Ac C-225/91, de 15-05-1993, Matra c. Commission, Rec 1993, p.
- Ac C-72 e C-73/91, de 17-03-1993, Sloman Neptun, Rec 1993, p.
- Ac T-79/89, de 27-02-1992, BASF c. Comissão, Rec 1992, p. II-318
- Ac C-294/90, de 4-02-1992, British Aerospace/Rover c. Commission, Rec 1992, p.
- Parecer, 1/91, de 14-12-1991, Espace économique européen, Rec 1991, p. I-6079
- Ac C-354/90, de 21-11-1991, Saumon, Rec. 1991,p.
- Ac C-6 & 9/90, de 19-11-1991, Francovich, Rec 1991, p. 5403
- AcC- 303/90, de 13-11-1991, France c. Comissão, Rec 1991, p. 5340
- Ac C-291/89, de 7-05-1991, Interhotel, Rec 1991, p. I-2276
- Ac C-303/88, de 21-03-1991, Italie c. Commission, Rec 1991, p. I-1433
- Ac C-305/89, de 21-03-1991, Italie c. Commission, Rec 1991, p. 1603
- Ac C-106/89, de 13-11-1990, Marleasing, Rec 1990, p. I - 41

²⁶³ Por ordem cronológica inversa

Ac 5/89, de 20-09-1990, Commission c. RFA, Rec 1990, p. 3437

Ac C-5/89, de 2-09-1990, Commission c. Allemagne, Rec 1990, p I-3437

Ac 169/84, de 12-07-1990, STE CDF, Rec 1990, I-30

Ac C-188/89, de 12-07-1990, Foster, Rec 1990, p. I-3313.

Ac C-213/89, de 19-06-1990, Factortame, Rec 1990, p I-2433

Ac C-87/89, de 17-05-1990, Sonito c. Commission, Rec 1990, p. I - 19

Ac T-57/89, de 29-03-1990, Alexandrakis, Rec 1990, p. II-143

Ac C-142/87, de 21-03-1990, Tubmeuse, Rec 1990, p. 959

Ac 301/87, de 14-02-1990, France c. Commission, Rec 1990, p. 307

Ac C-301/87, de 14-02-1990, Boussac, Rec 1990, p. I-307

Ac 386/87, de 9-11-1989, Bessin et Salsson, Rec 1989, p 3551

Ac170/88, de 11-07-1989,Ford Espagne,Rec 1989,p. 2305

Ac 247/87, de 14-02-1989, Star Fruit, Rec 1989, p. 291

Ac 22/87, de 2-02-1989, Commission c. Italie, Rec 1989, p. 163

Ac 94/87, de 2-02-1989, Commission c. Allemagne, Rec 1989, p 175

Ac 377/87, de 12-07-1988, PE c. Conseil, Rec 1988, p. 4017

Ac 240/87, de 29-06-1988, Deville, Rec 1988, p 3513

Ac225/86, de 27-04-1988,Commission c. Italie,Rec 1988,p. 2271

Ac104/86, de 24-03-1988,Commission c. Italie,Rec 1988,p. 1799

Ac 62 & 72/87, de 8-03-1988, Exécutif régional Wallon et SA Glaverbel c. Commission, Rec 1988, p. 1573

Ac 331 - 376 & 378/85, de 25-02-1988, Bianco, Rec 1988, p 1099

Ac 157/86, de 4-02-1988, Murphy, Rec 1988, p. 673

Ac 213/85, de 2-02-1988, Commission c. Pays Bas, Rec 1988, p. 281

Ac 67 - 68 & 70/85, de 2-02-1988, Van der Kooy, Rec 1988, p. 219

Ac 223/85, de 24-11-1987, RSV, Rec 1987,p. 4617

Ac 314/85, de 22-10-1987, Fotofrost, Rec 1987, p. 4199

Ac 80/86, de 8-10-1987, Kolpinghuis Nijmegen, Rec 1987, p. 3969

Ac 14/86, de 11-06-1987, Pretore de Salo, Rec 1987, p. 2545

Ac 5/86, de 9-04-1987, Commission c. Belgique, Rec 1987, p. 1773

Ac 310/85, de 24-02-1987, Deufil, Rec. 1987,p. 901

Ac 234/84, de 10-07-1986,Belgique c. Commission, Rec 1986, p. 2263

Ac 222/84, de 15-05-1986, Johnston, Rec 1986, p. 1651

Ac 169/84, de 28-01-1986, Cofaz, Rec 1986, p. 391

Ac 52/84, de 15-01-1986, Commission c. Belgique, Rec 1986, p. 89

Ac 290/83, de 30-07-1985, Commission c. France, Rec 1985, p. 439

Ac 13/83, de 22-05-1985, PE c. Conseil, Rec 1985, p 1513

Ac 296 & 318/82, de 13-03-1985, Leeuwarder, Rec 1985, p.

Ac 323/82, de 14-11-1984, Intermills c. Commission, Rec 1984,p. 3809

Ac 91/83 et 127/83, de 9-10-1984, Heineken, Rec. 1984, p. 3435

Ac 14/83, de 10-04-1984, Von Colson et Kamann, Rec 1984, p. 1891

Ac 199/82, de 9-11-1983, San Giorgio, Rec 1983, p. 3595

Ac 205 a 215/82, de 21-09-1983, Deutsch Milkontor, Rec 1983,p. 2633

Ac314 - 316/81 & 83/82, de 14-02-1982,Waterkeyn,Rec 1982,p. 4337

Ac 8/81, de 19-01-1982, Becker, Rec 1982, p. 53

Ac60/81, de 11-11-1981,IBM,Rec 1981,p. 2639

Ac 142 & 143/80, de 27-05-1981, Essevi & Salengo, Rec 1981, p 1413

Ac 66/80, de 13-05-1981, International Chemical Corporation, Rec 1981, p. 1191

Ac 730/79, de 17-09-1980, Philip Morris, Rec 1980, p. 2671

Ac 119 & 126/79, de 12-06-1980, Lippische Hauptgenossenschaft, Rec 1980, p. 1863

Ac 130/79, de 12-06-1980, Express Dairy Foods, Rec 1980, p. 1887

Ac 811/79, de 10-06-1980, Ariete, Rec 1980, p. 2545

Ac 826/79, de 10-06-1980, MIRECO, Rec 1980, p 2559

Ac 66 - 127 & 128/79, de 27-03-1980, Salumi, Rec 1980, p. 1237

Ac 61/79, de 27-03-1980, Denkvit Italiana, Rec 1980, p. 1205

Ac 265/78, de 5-03-1980, Ferwerda, Rec 1980, p 617

Ac 68/79, de 27-02-1980, Hans Just, Rec 1980, p. 501

Ac 162/78, de 20-11-1979, Wagner, Rec 1979, p. 3467

Ac 177/78, de 26-06-1979, Pigs and Bacon, Rec 1979, p. 2161

Ac 148/78, de 5-04-1979, Ratti, Rec 1979, p. 1629

Ac 106/77, de 9-03-1978, Simmenthal, Rec 1978, p. 629

Ac 77/76, de 25-05-1977, Cuchi, Rec 1977, p. 987

Ac 78/76, de 22-03-1977, Steinike et Weinling c. RFA, Rec 1977, p. 595

Ac 33/76, de 16-12-1976, Rewe, Rec 1976, p. 1899

Ac 45/76, de 16-12-1976, Comet, Rec 1976, p. 2043

Ac 69/75, de 12-11-1976, Russo c. Aima, Rec 1976, p. 45

Ac 43/75, de 8-04-1976, Defrenne, Rec 1976, p. 455

Ac 40/75, de 21-01-1976, Société Produits Bertrand c. Commission, Rec 1975, p. 1

Ac 22/75, de 29-10-1975, Kuster, Rec 1975, p. 1267

Ac 41/74, de 4-12-1974, Van Duyn, Rec 1974, p. 1337

Ac 173/73, de 2-07-1974, Italie c. Commission, Rec 1974, p 709

Ac 4/73, de 14-05-1974, Nold, Rec 1974, p 491

Ac 120/73, de 11-12-1973, Lorenz, Rec 1973, p. 1483

Ac 70/72, de 12-07-1973, Commission c. Allemagne, Rec 1973, p. 813

Ac 77/72, de 19-06-1973, Capolongo c. Maya, Rec 1973, p. 611

Ac 7/71, de 14-12-1971, Commission c. France, Rec 1971, p 1021

Ac48/71, de 13-07-1971, Commission c. Italie, Rec 1972, p. 529

Ac 22/70, de 31-03-1971, AETR, Rec. 1971, p. 277

Ac 11/70, de 17-12-1970, Internationale Handelsgesellschaft, Rec 1970, p. 1127

Ac 15/70, de 18-11-1970, Chevalley, Rec 1970, p. 975

Ac 31/69, de 17-02-1970, Commission c. Italie, Rec 1970, p. 23

Ac 10 & 18/68, de 10-12-1969, Eridania, Rec 1969, p 459

Ac 6 & 11/69, de 10-12-1969, Commission c. France, Rec 1969, p.523

Ac 34/67, de 4-04-1968, Lueck, Rec 1968, p. 359

Ac 57/65, de 16-06-1966, Lutticke, Rec 1966, p. 302

Ac 44/65, de 9-12-1965, Hessische Knappschaft/Maison Singer, Rec 1965, p. 1191

Ac 16/65, de 1-12-1965, Firma Schwarze, Rec 1965, p. 1081

Ac 90 & 91/63, de 13-11-1964, Commission v. Luxemburg et Belgique, Rec 1964, p. 1179

Ac 6/64, de 15-07-1964, Costa c. ENEL, Rec 1964, p. 1141

Ac 25/62, de 15-07-1963, Plaumann c. Commission, Rec 1963, p. 199

Ac 26/62, de 5-02-1963, Van Geng en Loos, Rec 1963, p. 1

Ac 30/59, de 23-02-1961, Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridade, Rec 1961, p. 3

Ac 6/60, de 16-12-1960, Humblet, Rec 1960, p 1125

Ac 20/59, de 15-07-1960, Italie c. Haute Autorité, Rec 1960, p. 663

Ac 15/57, de 12-06-1958, Hauts Fourneaux de Chasse, Rec 1958, p. IV- 155

Ac 1 & 14/57, de 10-12-1957, Usines à tubes de la Sarre, Rec 1957 III, p. 222

Anexo II - Decisões citadas

Decisão 93/353/CEE

Decisão 93/350/CEE

Decisão 92/330/CEE.

Decisão 92/330/CEE

Decisão 92/329/CEE

Decisão 92/296/CEE

Decisão 92/011/CEE

Decisão 91/391/CEE

Decisão 91/390/CEE

Decisão 91/389/CEE

Decisão 91/304/CEE

Decisão 91/175/CEE

Decisão 91/175/CEE

Decisão 91/144/CEE

Índice

INTRODUÇÃO	3
1. A TUTELA DA ORDEM JURÍDICA COMUNITÁRIA	5
1.1 PODERES DA COMISSÃO	5
1.2 PODERES DA JURISDIÇÃO COMUNITÁRIA	6
1.2.1 A competência do TJCE	6
1.2.1.1 A acção por incumprimento	6
1.2.1.2 O recurso de anulação	8
I. O acto atacável	8
II. A legitimidade processual	9
III. Os vícios do acto	10
1.2.1.3 O recurso por omissão	11
1.2.1.4 O reenvio prejudicial	12
1.2.2 A competência do TPI	13
1.2.3 A competência das jurisdições nacionais	14
1.2.3.1 A aplicabilidade directa	14
1.2.3.2 O primado	16
1.2.3.3 O mandato comunitário do juiz nacional	18
1.2.3.4 O contencioso da repetição do indevido	27
1.2.3.5 O contencioso da responsabilidade	30
2. O CONTENCIOSO DOS AUXÍLIOS DE ESTADO	33
2.1 AUXÍLIOS INCOMPATÍVEIS COM O MERCADO COMUM - A VIOLAÇÃO DO ARTIGO 92º N° 1	36
2.1.1 O conceito de auxílio de estado	37
2.1.2 A forma do auxílio	38
2.1.3 Os destinatários do auxílio	39
2.1.4 Os efeitos do auxílio	40
2.2 AUXÍLIOS COMPATÍVEIS COM O MERCADO COMUM	41
2.2.1 Os auxílios compatíveis de pleno direito, artigo 92º n° 2	41
2.2.2 O artigo 92º n° 3	41
2.3 AUXÍLIOS NÃO NOTIFICADOS - A VIOLAÇÃO DO ARTIGO 93º N° 3	42
2.4. A FISCALIZAÇÃO DOS AUXÍLIOS DE ESTADO	42
2.4.1 Os poderes preventivos da Comissão	43
2.4.2 Os poderes repressivos da Comissão	47
2.4.3 A jurisdição comunitária e os auxílios públicos	53
2.4.4 Os Tribunais nacionais e os auxílios públicos	54
2.5 A PROTECÇÃO JURISDICCIONAL	57
2.5.1 A acção em anulação	57
2.5.2 A acção em omissão	58
2.5.3 A acção em responsabilidade extracontratual	59
2.5.4 A intervenção da jurisdição nacional	59
2.6 O REEMBOLSO DOS AUXÍLIOS DE ESTADO	61
2.6.1 O controle da legalidade da obrigação de recuperação	65
2.6.2 A tutela jurisdiccional da obrigação de recuperação	67
2.6.3 A execução da obrigação de recuperação	69
2.6.4 Meios de defesa	69
3. CONCLUSÕES	71

4. BIBLIOGRAFIA	73
4.1 BIBLIOGRAFIA GERAL	73
4.1.1 Comentários aos Tratados	73
4.1.2 Manuais e Teses	73
4.2 BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA	75
5. ANEXOS	77
ANEXO I - JURISPRUDÊNCIA CITADA	77
ANEXO II - DECISÕES CITADAS	81
INDÍCE	83