

# A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DOS ESTADOS-MEMBROS PARA APRECIAREM A VALIDADE DOS ACTOS COMUNITÁRIOS NO ÂMBITO DO ART. 177.º DO TRATADO DE ROMA

*Pelo Dr. Alberto Souto de Miranda (\*)*

## INTRODUÇÃO

O objectivo desta nota é o de pôr em relevo a importância do recente Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferido no processo «FOTO-FROST» (1), para a definição da repartição de competências entre aquele e os tribunais dos Estados-membros no âmbito da «cooperação judiciária» instituída pelo art. 177.º do Tratado de Roma.

No dia a dia da função de julgar há decisões que sobressaltam os tempos, são julgadas pela doutrina e marcam a ténpera do decidente. A hermenêutica jurídica pode ser vista como um trabalho intelectual de compromisso com os princípios que formam o sistema em que se opera; a jurisprudência comunitária é disso exemplo expressivo: a ousadia de algumas das suas interpretações face aos textos radica numa lógica integracionista que

---

(\*) Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

— Assessor do Advogado-Geral português, no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. As opiniões expendidas são da exclusiva responsabilidade do autor.

(1) Proc. n.º 314/85, Acórdão de 22 de Outubro de 1987, FOTO-FROST c. HAUPTZOLLAMT LÜBECK-OST, ainda não publicado.

lhe permite manter o prestígio de entidade equilibrada, mesmo quando se atreve a avanços temerários. Se bem pesamos os seus passos, é o caso do processo «FOTO FROST».

E se bem avaliamos a oportunidade e a audácia, é de toda a conveniência noticiá-lo na comunidade jurídica portuguesa, conferindo-lhe as honras que merece, relativizando a influência que pode ter; porque se não partilhamos de um optimismo a todo o custo sobre a familiarização da magistratura e advocacia portuguesas com o direito comunitário, também não podemos subcrever o discurso de desalento e de descrença que temos ouvido amiúde. É certo que nenhum tribunal português colocou ainda qualquer questão prejudicial ao Tribunal das Comunidades, mas não me parece legítimo buscarem-se aí argumentos: não só ainda não é tarde, como há indícios de que existe uma predisposição responsável para a recepção do direito comunitário substancial e processual (2).

É, pois, do cruzamento da importância da questão de fundo com a utilidade da sua divulgação que a circunstância justifica, que nasce o comentário que se segue.

## I — O PROCESSO «FOTO-FROST»:

### 1. *Síntese do direito aplicável, da matéria de facto e da tramitação processual*

Ainda que os factos subjacentes a este Acórdão não sejam decisivos para a resolução da questão teórica que veio a ser abordada, achamos de toda a conveniência começar por sintetizá-

---

(2) V. o Acórdão n.º 32/86 do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30-7-86, proferido no Recurso n.º 12 381 — 36 053, e o parecer emitido no mesmo processo pelo Procurador da República Henriques Gaspar, publicado na Revista do Ministério Público, 1986, pp. 125-137. Até Dezembro de 1987 tinham sido recebidos no Tribunal de Justiça das Comunidades, três recursos de anulação interpostos por empresas portuguesas, e um outro apresentado pelo Estado português. Além disso, deve registar-se também que o Governo Português começou já a enviar «observações» nos termos do art. 20.º do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal.

-los: assim se poderá facilmente apreender o direito material subjacente e seguir a evolução que conduziu à interpelação do Tribunal das Comunidades.

### 1.1. *O direito aplicável*

O Reg. 1679/79 do Conselho, de 24 de Julho de 1979 <sup>(3)</sup> permite a cobrança «a posteriori», de direitos de importação de mercadorias que indevidamente não foram cobrados. Mas prevê também que as autoridades o não façam, quando aquela omissão resultar de um erro das entidades competentes, que não podia razoavelmente ser detectado pelo sujeito passivo e desde que este tenha agido de boa fé e observado todas as disposições previstas pela regulamentação em vigor no que respeita à declaração alfandegária (art. 5.º, § 2.º). Os requisitos necessários à aplicação deste artigo foram especificados pelo Reg. 1573/80 do Conselho, de 20 de Junho de 1980 <sup>(4)</sup>. Dele resulta que sempre que o montante dos direitos em causa for igual ou superior a 2000 ECUS, é a Comissão que tem competência para decidir sobre a não cobrança «a posteriori», em decisão dirigida ao Estado-membro respectivo.

É neste quadro jurídico que surge o litígio no tribunal «a quo».

### 1.2. *A matéria de facto*

«FOTO-FROST» é a denominação de um comerciante estabelecido na República Federal da Alemanha e que se dedica à importação, exportação e comércio por grosso de materiais fotográficos. Entre 23 de Setembro de 1980 e 9 de Julho de 1981, «FOTO-FROST» importou, da Dinamarca e do Reino Unido, «binóculos prismáticos» fabricados na República Democrática Alemã, ao abrigo do regime de trânsito comunitário <sup>(5)</sup>. Esta

---

<sup>(3)</sup> JO L 197, p. 1.

<sup>(4)</sup> JO L 161, p. 1.

<sup>(5)</sup> Reg. 222/77 do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976. JO L 38 de 9 de Fevereiro de 1977, p. 1.

regulamentação admite o transporte intracomunitário, sem renovação de formalidades aduaneiras, de mercadorias provenientes de países terceiros, que não estão em *livre prática*.

A exemplo do que sucedera em operações anteriores, «FOTO--FROST» fez as declarações necessárias à sujeição ao regime de livre prática <sup>(6)</sup> e, tendo em conta o protocolo relativo ao comércio interior alemão e a origem das mercadorias, foi-lhe concedida a exoneração de direitos.

Não nos debruçaremos aqui sobre a justeza da isenção; o que importa sublinhar é que, na sequência de um controlo, o «Hauptzollamt Lübeck-Ost» verificou que ela fora irregular. Abstractamente, portanto, poderia ter lugar a cobrança «a posteriori» dos direitos indevidamente não exigidos. Mas, em concreto, foi também do parecer de que a situação em causa correspondia às condições prescritas pelo já referido art. 5.º, n.º 2 do Reg.º 1679/79 para admitir a decisão de não cobrança. («FOTO--FROST» estava de boa-fé dada a anterior prática das autoridades alfandegárias, e tinha cumprido todas as formalidades). Só que, em estrita observância da regulamentação comunitária, e uma vez que o montante em questão era superior a 2000 ECUS, era à Comissão que competia tomar uma tal decisão (art. 4.º do Reg. 1573/80).

Em conformidade foi-lhe remetido o processo.

A Comissão, considerando que não estavam reunidas as condições impostas no art. 5.º § 2.º do Reg. 1679/79, decidiu que *os direitos de importação no montante de 64 346,53 DM, objecto do requerimento da RFA de 4 de Fevereiro de 1983, devem ser cobrados «a posteriori»*.

Na sequência desta decisão, o Hauptzollamt exigiu de «FOTO-FROST» o correspondente pagamento, e este solicitou ao Finanzgericht Hamburg, por um lado, a suspensão da execução do «avis de redressement», no que foi atendido; por outro lado, a anulação do mesmo.

---

(6) Sobre a noção de «livre prática», ver o art. 10.º do Tratado de ROMA.

### 1.3. *A tramitação processual*

Foi no quadro desse recurso de anulação que o Finanzgericht decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça, das Comunidades, em aplicação do art. 177.º, entre outras (só reproduziremos aquela que nos interessa), a seguinte questão:

#### *Questão n.º 1*

*«1. O juiz nacional pode apreciar a validade de uma decisão da Comissão, adoptada em conformidade com o art. 6.º do Regulamento (CEE) n.º 1573/80 (...) no que respeita à decisão de não proceder à recuperação «a posteriori» de direitos de importação em aplicação do art. 5.º, n.º 2 do Regulamento (CEE) 1679/79 do Conselho (...), e estabelecer que a decisão (...) em causa é injustificada, e, sendo caso disso, decidir no âmbito de um processo que tem pendente, que ao contrário da decisão precitada da Comissão, não se deve proceder à recuperação «a posteriori»?»*

A tramitação processual decorreu com normalidade: nos termos do art. 20.º do protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça, foram apresentadas observações pelas partes no processo principal, pela Comissão e pelo Governo da República Federal da Alemanha. O juiz relator elaborou o seu «relatório preliminar», foram colocadas algumas questões àqueles intervenientes e, depois de respondidas, teve lugar a audiência. Finalmente, o Advogado-Geral — Mancini — apresentou as suas conclusões.

### 2. *A importância do Acórdão*

Foi a primeira vez que o Tribunal de Justiça se viu confrontado com a necessidade de responder directamente a esta questão melindrosa: os tribunais nacionais que não decidem em última instância num caso concreto, têm competência para apreciar a

validade de uma decisão da Comissão? (7) Com efeito, e como veremos daqui a pouco, já anteriormente houvera oportunidade de alinhar algumas observações sobre este problema, mas quase sempre de forma incidental, lateral e inconclusiva.

Para bem se apreender o seu alcance, vale a pena circunscrever explicitamente a situação jurídica em jogo. Em primeiro lugar, trata-se de uma questão prejudicial relativa à validade de um acto de direito comunitário, ou por outras palavras, frisando evidências, não se trata de impugnar o direito nacional nem de buscar a interpretação de um acto jurídico comunitário controvertido.

Em segundo lugar, a questão é colocada por uma jurisdição nacional cujas decisões são susceptíveis de recurso de direito interno; e, sendo assim, tal como estatui o art. 177.º do Tratado de Roma, a suspensão da instância e a interpelação do Tribunal das Comunidades, constituem para o juiz «a quo» o exercício de uma faculdade e não o cumprimento de um dever.

Em terceiro lugar, convém ter presente que o processo das questões prejudiciais, na sua variante de apreciação da validade, representa um dos meios processuais que o direito comunitário proporciona para o controlo da legalidade. Não pode, por isso, deixar de se ponderar nas suas virtualidades quando articuladas em coerência com os regimes do recurso de anulação (possibilidade de particulares, através do art. 177.º, impugnarem a validade de actos comunitários relativamente aos quais não teriam legitimidade processual nos termos do art. 173.º), da acção por incumprimento (possibilidade indirecta para os particulares, através do art. 177.º, de questionarem a conformidade da legislação nacional com o direito comunitário, quando não têm legitimidade processual para directamente a impugnarem nos termos dos arts. 169.º e 170.º), da excepção de ilegalidade (possibilidade de os particulares se defenderem por excepção nos tribunais nacionais, contra

---

(7) O «Finanzgericht» é um tribunal de primeira instância em matéria fiscal. As suas sentenças podem ser objecto de recursos de «revisão» perante o Bundesfinanzgericht, que normalmente julga de direito e não sobre a matéria de facto. Em princípio, o valor da causa tem que ser superior a 10 000 DM para que o recurso seja admissível: no caso concreto, recorde-se, estavam em causa 64 346 DM.

a aplicação de actos comunitários cuja legalidade atempadamente não contestarem no Tribunal das Comunidades, apesar da sua legitimidade processual e diferentemente do que acontece com a situação tutelada pelo art. 184.º do Tratado de Roma), enfim, da acção de indemnização por responsabilidade extra-contratual (necessidade prévia de procurar obter a reparação do prejuízo causado pelo acto comunitário, alegadamente ilegal, junto dos tribunais nacionais que poderão recorrer ao Tribunal das Comunidades no âmbito do art. 177.º).

Em quarto lugar, sublinhe-se que está em causa a competência dos tribunais cujas decisões são susceptíveis de recurso de direito interno, para declararem a invalidade de um acto comunitário, mas não a de afirmarem a sua validade. Esta última possibilidade ninguém contesta e não é beliscada pelo Acórdão.

Uma vez circunscrita e enquadrada a questão, facilmente se intui a importância que tem a opção entre admitir ou excluir a competência referida: numa vertente, porque ela implica uma melhor definição do papel dos juizes dos Estados-membros enquanto juizes que aplicam direito comunitário; noutra óptica e sem bulir com o princípio da autonomia processual, porque ela obriga a uma clara distribuição, na hierarquia judiciária interna, dos respectivos poderes-deveres em matéria de questões prejudiciais comunitárias; por último, mas primordialmente, porque tem consequências flagrantes na prossecução da uniformidade do direito comunitário e no entendimento que dela se tem.

Pode ou não pode (sem prejuízo do essencial, do que prescreve o Tratado e resulta de todas as outras fontes de direito) aceitar-se que uma norma comunitária seja considerada inválida por exemplo, por um tribunal britânico, mas válida por um francês ou português? Para pôr o problema de forma mais expressiva, e ainda sem antecipar juízos: poderá um Tribunal do Porto declarar um regulamento comunitário inválido, e um de Lisboa decidir com base no juízo contrário? A uniformidade desejada obrigará a uma aplicação unitária? Ou, sistemas judiciários integrados mas longe de uma estruturação orgânica ou «federalizante», podem (ou devem) contemporizar com algumas assintonias pontuais, sem efeitos «erga omnes», e tributárias de uma «soberania» relativa que importa reconhecer aos tribunais nacionais?

## II — A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA ANTERIORES AO PROCESSO «FOTO FROST»

### 1. *A doutrina*

#### 1.1. *Os argumentos a favor da competência*

O argumento principal da «tese descentralizante»<sup>(8)</sup> é a própria letra do art. 177.º. Com efeito, o § 2.º estabelece: «Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie».

Ora a expressão «*questão desta natureza*» reporta-se à alínea 3 do § 1.º onde está em causa a competência do Tribunal de Justiça para decidir sobre a *validade* e a *interpretação* dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade. Por outro lado e confrontado o § 2.º com o § 3.º, sabe-se que os órgãos jurisdicionais cujas decisões são susceptíveis de recurso de direito interno, não estão obrigados a submeter uma tal questão ao Tribunal de Justiça. Assim sendo, pode concluir-se, com o abono de uma lógica silogística aparentemente sólida, que os tribunais inferiores que

---

(8) *Couzinet*, costuma ser indicado como o seu representante indispensável: «Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes», in *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1976, p. 660. V. tb. *Joliet*, «Le Contentieux des Communautés Européennes», p. 188, onde escreve: «Ce système — o proposto por *Bebr* — est sans doute plus cohérent mais il n'est pas conforme au texte de l'article 177». No entanto, é diferente a sua opinião posterior expressa em «Le système de protection juridictionnelle dans la CEE» in, *Recueil DALLOZ SIREY*, *Chronique XIII*, 1985, p. 69: «... (os tribunais nacionais) ... não poderão decidir eles próprios que o regulamento não é válido, porque na lógica do art. 173.º, esta decisão não pertence senão ao Tribunal de Justiça». E ainda *Braguglia*, «Effeti della dichiarazione d'invalidità degli atti comuniti nell'ambito dell'articolo 177 del Tratado CEE» in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, p. 667. Na doutrina portuguesa, v. *Mota de Campos* «Direito Comunitário» II vol. pág. 355.

não julguem o caso em última instância, são competentes para decidir sobre a validade de um acto adoptado por uma instituição comunitária. O que quer dizer que tanto podem considerar infundados os seus alegados vícios como julgá-los existentes, hipótese esta em que será afastada a aplicação ao caso, do direito comunitário controvertido.

Mas sabe-se, para bem da eficácia do Direito, que nem sempre a sua interpretação se pode bastar com os ditames de uma lógica linear mas redutora: também neste caso, como veremos, a realidade é mais complexa.

Esta tese tem ainda outros alicerces. O segundo, prende-se com o teor do art. 41.º do Tratado CECA: «Só o Tribunal é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a validade das deliberações da Alta Autoridade e do Conselho, se, em litígio submetido a um tribunal nacional, esta validade foi posta em causa». E tem de reconhecer-se que o confronto é eloquente: não pode deixar de se atribuir significado ao facto de não ter sido retomada a mesma solução. A experiência adquirida no âmbito do tratado CECA e a diferente amplitude do Tratado CEE implicam que, subjacente à novidade do regime, esteja um acto intencional de erigir os magistrados nacionais em autênticos juízes comunitários.

Em terceiro lugar, como aliás já se deixou insinuado, o risco de sentenças contraditórias e da quebra de uniformidade na aplicação do direito comunitário não seria um risco excessivo; por um lado, trata-se de tribunais que não decidem em última instância e sempre haverá a possibilidade de recorrer aos tribunais superiores, que por sua vez estão vinculados à interpelação do Tribunal de Justiça e a uniformidade seria salvaguardada na sua sede própria; por outro, os efeitos meramente interpartes das sentenças daqueles tribunais levariam a que a inaplicabilidade do acto comunitário a casos pontuais não fosse de molde a afectar a sua vigência generalizada.

Em quarto lugar, a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça daria indicações neste sentido. É sobretudo no Acórdão proferido no processo 101/78, «GRANARIA» (de 13 de Fevereiro de 1979, Rec. 1979, p. 623), no seu considerando n.º 4, que

o apoio se busca: «considerando que qualquer regulamento entrado em vigor em conformidade com o Tratado deve presumir-se válido até que um *tribunal competente* tenha declarado a sua invalidade, e que esta presunção pode retirar-se, por um lado dos arts. 173.º, 174.º e 184.º do Tratado, que reservam unicamente ao Tribunal de Justiça a competência para controlar a legalidade dos regulamentos e de determinar se for caso disso a amplitude da sua anulação, e, por outro, do art. 177.º que dá ao mesmo Tribunal a competência para se pronunciar *em última instância* sobre a validade dos regulamentos quando uma contestação sobre este aspecto for suscitada num tribunal nacional». Na verdade esta passagem legitima a dedução de que o Tribunal pendia, na época, para a aceitação da tese descentralizante: só assim se explica que tenha admitido que a jurisdição competente para declarar a invalidade não era só uma, e que tenha contraposto o regime instituído pelos arts. 173.º, 174.º e 184.º (em que detém competência exclusiva para anular) ao resultante do art. 177.º (em que decide em última instância).

A ausência de uma afirmação expressa permitiu, no entanto, que a tese concentracionista fosse ganhando alento, substanciada pelas ideias que a seguir se expõem.

## 1.2. *Os argumentos contra a competência*

Pode considerar-se que o artigo de BEBR <sup>(9)</sup> publicado em 1975, como o ponto de referência essencial, onde se sintetizam os motivos a que se reconduz toda a doutrina posterior, alinha nesta perspectiva <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> *Bebr*, Gerhard, «Examen en validité au titre de l'article 177 du Traité CEE et cohésion juridique de la Communauté» in *Cahiers de Droit Européen*, 1975, p. 379 e ss.

<sup>(10)</sup> A opinião tem sido fecunda. Entre os artigos específicos citem-se os de *Telchini*, «Le pronuncie sulla validità degli atti comunitari secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia», in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, p. 237; *Pelaéz Marón*, «Ambito de la apreciación de validez de los actos comunitarios» in *Revista de las instituciones europeas*, 1985, p. 738. Nas obras genéricas, v. *Boulouis* «*Droit institutionnel des Communautés européennes*» 1984, p. 213;

Entre as considerações que enuncia para demonstrar que a «liberdade deixada aos tribunais inferiores (...) é a inconsequência mais evidente do art. 177.º», pode referir-se desde logo a que se prende com o último aspecto focado a propósito da tese adversa. Com efeito, admitir que os tribunais que não decidem em última instância possam declarar a invalidade de um acto de direito comunitário, implicaria uma contradição com o regime instituído pelos arts. 173.º nos termos do qual o Tribunal de Justiça tem competência exclusiva para controlar a legalidade.

Em segundo lugar, uma tal concepção comprometeria o desiderato da aplicação uniforme do direito comunitário, elevado a princípio fundamental desta ordem jurídica, uma vez que, como já se aludiu, uma decisão de não aplicabilidade poderia servir de mau exemplo para outros tribunais, assim se expandindo as discrepâncias.

Um terceiro motivo teria a ver com uma pretensa desproporção assim conferida ao poder discricionário dos tribunais nacionais inferiores relativamente à importância dos actos comunitários e às suas condições de aprovação: por um lado, a necessidade de observar um processo de decisão moroso e complexo, repleto de transigências ou bloqueios até se chegar a um sofrido consenso (recorde-se, simplificando, a aprovação de um Regulamento pelo Conselho sob proposta da Comissão, auscultados o Parla-

---

*Brown e Jacobs*, «*The Court of Justice of the European Communities*», 1983, p. 154; *Donner*, «Les rapports entre la compétence de la Cour de Justice des Communautés Européennes et les Tribunaux Internes» in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1965, p. 263; *Pepy*, «Le rôle des juridictions nationales dans l'application de l'article 177 et la jurisprudence de la Cour de Justice» in *Cahiers de Droit Européen*, 1966, p. 21; *Pescatore* «Interpretation of Community Law and the doctrine of «Acte clair», in *Legal Problems of an enlarged Community*, 1972, p. 27; *Plouvier* «Les décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes et leurs effets juridiques» 1975, p. 252; *Schermers* «Judicial Protection in the European Communities», 1983, p. 232; *Vandersanden, Barav*, «Le contentieux Communautaire», p. 237; *Waelbroeck*, «Le Droit de la Communauté économique européenne, X, p. 209. Na doutrina portuguesa, v. *Moitinho de Almeida*, «Alguns aspectos do regime de reenvio prejudicial na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», a publicar na *Revista da Banca*, 1988.

mento e os Comitês respectivos); por outro, a «facilidade» com que um juiz singular poderia fazer ruir o resultado final.

Acresce que reconhecer um tal poder conduziria a uma situação paradoxal do ponto de vista da delimitação de competências entre os diferentes níveis hierárquicos das jurisdições internas. Com efeito, estar-se-ia a aceitar que um tribunal cujas decisões ainda são susceptíveis de recurso detivesse poderes mais amplos em matéria de apreciação do direito comunitário do que aqueles atribuídos aos tribunais que, no mesmo caso, decidiriam em última instância.

Finalmente, encontram-se na doutrina referências à difícil operação de interpretação com que se depara o aplicador de direito comunitário (redigido como está numa linguagem especializada e técnica para a qual o juiz nacional não estaria tão bem apetrechado), à neutralização da primazia (assim se contrariando a jurisprudência constante sobre o art. 189.º) e à impossibilidade de limitar no tempo os efeitos de uma declaração de invalidade (com imponderáveis consequências económicas, e ao contrário da jurisprudência que estendeu a possibilidade conferida pelo art. 174.º, aos acórdãos sobre questões prejudiciais).

## 2. *A jurisprudência nacional e a comunitária*

As sentenças publicadas de tribunais dos Estados-membros que vão no sentido de declararem inválido um acto comunitário são francamente raras e, mesmo essas, com diferente significado<sup>(11)</sup>. Com efeito, que importância teórica é que se deve atribuir a uma análise da prática que revela tão-só uma escassa dezena de arestos hereges, sendo certo que estão em causa um longo período de tempo e (agora) doze Estados? E para que bem se

---

(11) Sentenças do Verwaltungsgericht de Frankfurt de 12 de Dezembro de 1966, 23 de Agosto de 1967, 13 de Dezembro de 1967, 22 de Maio de 1968, 27 de Novembro de 1968, do Finanzgericht de Munique de 11 de Setembro de 1985, da High Court de Inglaterra de 24 de Outubro de 1985, do Oberlandesgericht de Frankfurt de 28 de Março de 1985.

relativize a gravidade dos pecadilhos, atente-se ainda que em alguns é patente a preocupação de salvaguardar o equilíbrio e a eficácia do direito comunitário, só se «atrevedo» a pronunciar a invalidade, dada a pressão das circunstâncias: a necessidade de uma decisão rápida expressa, por exemplo, nos procedimentos cautelares não se coaduna de facto com uma dilação excessiva que uma rígida ortodoxia poderia sugerir.

Quanto à jurisprudência comunitária sobre o tema, é evidente que se ela fosse conclusiva ainda que parca, esta nota não teria sentido. Mas de facto, não havia suficiêcia de indícios onde solidamente ancorar um juízo. O caso ficou a aguardar melhor prova, que veio agora.

Já nos referimos ao processo «GRANARIA»; lembre-se também o Acórdão proferido no processo «SCHWARZE» de 1 de Dezembro de 1965 (proc. 16/85, Rec. 1965, p. 1081), no qual o «obiter dictum» inserto iria no sentido de sustentar a competência exclusiva do Tribunal de Justiça («... decidir de outra maneira, seria deixar aos tribunais nacionais a competência para estatuirem por si sobre a validade dos actos comunitários»). O que explica esta asserção, como salientou *Couzinet* <sup>(12)</sup>, é que ela vinha na sequência do problema de saber se seria possível ao tribunal, interpelado por uma questão de interpretação que ele julgou ser de validade, responder logo sobre esta última sem obrigar ao respeito de um formalismo rigoroso. Seja qual for o mérito desta explicação a verdade é que com tal fórmula se continuou à espera de uma solução explícita quanto à competência do juiz nacional para declarar a invalidade; porque nunca ninguém contestou que eles pudessem optar pela sua validade, e seria surpreendente que com uma fórmula ambígua tal possibilidade se pretendesse afastada.

Registe-se por último, o Acórdão de 13 de Maio de 1981 (proc. n.º 66/80, «International Chemical Corporation») em que foi abordada uma questão concomitante: a do hipotético efeito «erga omnes» de uma declaração de invalidade por parte do Tri-

---

(12) «Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des Communautés européennes» in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1976, p. 660.

bunal de Justiça. Ficou no entanto em aberto o problema de saber qual a competência do tribunal «a quo» na ausência dessa «razão suficiente» <sup>(13)</sup>.

### III — ANÁLISE DO TEOR DO ACÓRDÃO

É nos considerandos 12 a 20 que o Tribunal desenvolve a sua fundamentação respeitante ao aspecto que agora nos interessa. Depois de referir que o Tratado não resolveu a questão (considerando 13), esclarece-se, no ponto seguinte, que os tribunais nacionais cujas decisões são susceptíveis de recurso interno são competentes para decidirem pela validade dos actos comunitários impugnados: «Estes tribunais podem examinar a validade de um acto comunitário e, se não entenderem fundados os meios de invalidade invocados perante si pelas partes, podem rejeitá-los, concluindo pela validade plena do acto. Com efeito, agindo de tal modo, não põem em causa a existência do acto comunitário».

A propósito da declaração de invalidade, porém, o juízo é radicalmente oposto. São três os fundamentos em que se baseia para chegar a essa conclusão. Em primeiro lugar as exigências da uniformidade e da segurança jurídicas; depois, a necessidade de respeitar a coerência do regime do art. 177.º com o sistema de controlo da legalidade instituído pelos arts. 173.º, 174.º e 184.º; finalmente, a ideia de que o Tribunal de Justiça estará melhor habilitado a resolver o problema uma vez que pode conhecer o

---

<sup>(13)</sup> V. Rec. 1981, p. 1191; atente-se nos considerandos 13 e 14: «... um Acórdão do Tribunal declarando a invalidade do acto de uma instituição, em virtude do art. 177.º do Tratado, (...) ainda que só seja dirigido directamente ao juiz que interpelou o Tribunal, constitui uma razão suficiente para que qualquer outro juiz considere esse acto inválido, em função da decisão que deve tomar»; e «no entanto, esta declaração não tem por efeito subtrair aos tribunais nacionais a competência que lhes reconhece o art. 177.º do Tratado, competindo-lhes apreciar a existência de um interesse em suscitar de novo uma questão já decidida pelo Tribunal, no caso em que este já anteriormente declarou a invalidade de um acto de uma instituição (...)».

ponto de vista das instituições de onde promanaram os actos cuja validade é contestada (*ex vi* dos arts. 20.º e 21.º do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça). Vale a pena reproduzir essas passagens.

«15. Pelo contrário, elas não têm o poder de declarar inválidos os actos das instituições comunitárias. Com efeito, (...) esta exigência de uniformidade é particularmente imperiosa quando está em causa a validade de um acto comunitário. Divergências entre as jurisdições dos Estados-membros, quanto à validade dos actos comunitários, seriam susceptíveis de comprometer a própria unidade da ordem jurídica comunitária e de atentarem contra a exigência fundamental da segurança jurídica.

16. A necessária coerência do sistema de protecção jurisdicional instituído pelo Tratado impõe a mesma conclusão. A este respeito, importa recordar, que o processo das questões prejudiciais em apreciação de validade constitui, da mesma maneira que o recurso de anulação, uma modalidade do controlo da legalidade dos actos das instituições comunitárias (...).

17. Atribuindo o art. 173.º competência exclusiva ao Tribunal para anular os actos das instituições comunitárias, a coerência do sistema exige que a competência para a invalidade do mesmo acto, quando ela for suscitada perante uma jurisdição nacional, seja igualmente reservada ao Tribunal.

18. Aliás, há que sublinhar que o Tribunal está melhor colocado para se pronunciar sobre a validade dos actos comunitários. Com efeito, as instituições comunitárias cujos actos são postos em causa têm, em virtude do art. 20.º do protocolo sobre o estatuto do Tribunal de Justiça da CEE, o direito de intervir perante o Tribunal para defender a validade desses actos. Além disso, o Tribunal pode, em virtude do art. 21.º, 2, do mesmo protocolo, solicitar às instituições comunitárias que não são partes no processo, todas as informações que entenda necessárias (...).

20. Há pois que responder à primeira questão no sentido de que as jurisdições nacionais não são competentes

para declararem, por si, a invalidade dos actos das instituições comunitárias».

O Tribunal seguiu pois, no essencial, as conclusões apresentadas pelo Advogado Geral, Mancini. Na excelente análise que realizou, reconheceu a solidez dos argumentos fundados na letra do art. 177.º, mas deixou-se impressionar pelos resultados «temíveis e anormais», com consequências «indesejáveis», «impróprias», ou «susceptíveis de criar graves problemas» (14), e retomou os argumentos da doutrina já supra invocados. Salvaguardando as hipóteses de procedimento de urgência e admitindo a competência do juiz nacional para declarar a validade, fez notar que este raciocínio pode ser compatível com a própria letra do art. 177.º desde que se faça uma interpretação restritiva da expressão «uma tal questão» (como reportada exclusivamente aos casos em que o juiz está propenso para admitir a validade. Finalmente, propôs em nome do princípio da aplicação uniforme do direito comunitário derivado, consagrado no art. 189.º do Tratado CEE, que o art. 177.º, § 2.º fosse interpretado no sentido de que «um tribunal nacional, quando tiver dúvidas sobre a validade de um acto comunitário, deve sobrestar na decisão e requerer ao tribunal que se pronuncie sobre a questão...»

Suficientemente distribuídos os argumentos pelos pratos da balança, vejamos para que lado a nossa aferição a faz pender.

Diga-se desde já que a solução retida pelo Acórdão nos parece teoricamente frágil, injustificada em face da prática, e notoriamente forçada em termos interpretativos. Vejamos porquê.

Em primeiro lugar, os argumentos em que se apoia são muito discutíveis. É certo que a aplicação uniforme do direito comunitário é um princípio importante cuja observância importa assegurar; mas não se sacralize o sentido mais imediato deste princípio, perdendo de vista os objectivos a que ele tende: o que se pretende é que um Estado-membro não possa, através de um acto legislativo unilateral, neutralizar a vigência dos actos comu-

---

(14) Pág. 12/13 das suas conclusões de 19 de Maio de 1987, ainda não publicadas.

nitários no seu ordenamento, assim se comprometendo a integração ao nível estadual. Ora, admitir que os tribunais inferiores possam em *casos concretos* afastar a aplicação do direito comunitário, não implica que este não seja globalmente aplicado de forma uniforme (o mesmo acontece internamente se um tribunal não aplicar um regulamento por o considerar ilegal, e não consta que a solidez do sistema jurídico nacional seja por isso questionada). A uniformidade não significa unidade até às últimas consequências, sobretudo em processos de integração em que há que contemporizar com as vicissitudes próprias de cada parcela ou com as idiossincrasias de cada agente. Se se abstrai aqui destas, as consequências podem então ser más. Aliás, não se deve hipervalorizar a importância negativa de uma decisão de invalidade: por um lado, os seus efeitos restringem-se às partes e as decisões dos tribunais inferiores não são normalmente publicadas, pelo que não há que temer nem por «ilhas» em que o direito comunitário não se aplica, nem pela difusão dos «maus exemplos». Por outro, e não menos importante, é preciso não esquecer que a sede deste problema está nos tribunais que não decidem do caso em última instância. Ora, é preciso conceder um voto de confiança aos profissionais do direito: é de presumir que, se a decisão do juiz for discutível ou susceptível de ter consequências graves, o advogado ou o agente do Ministério Público, consoante os meios da sua lei processual interna, interporão recurso da decisão em causa: o recurso poderá então subir até ao tribunal que decide do caso em última instância, que por sua vez está vinculado nos termos o art. 177.º do tratado CEE a interpelar o Tribunal de Justiça sobre a questão. Por esta via, ficará salvaguardada a uniformidade que para a solução retida era necessário proteger.

A segunda ideia em que se louva o Acórdão do Tribunal também nos parece passível de algumas críticas. Ninguém põe em causa a competência atribuída ao Tribunal de Justiça para apreciar a legalidade dos actos comunitários no âmbito dos artigos 173.º, 174.º e 184.º (recurso de anulação e excepção de ilegalidade). Mas não vemos como fundamentar a pretensão de que se reserve ao Tribunal de Justiça a decisão sobre a invalidade. Invoca-se a necessidade da coerência. Mas não se explica porque

é necessária tal similitude; ora, se o controle polarizado não é um mal em si, a tal coerência não é, na circunstância, um valor com autonomia. O problema está justamente em saber se o Tratado não institui um sistema que comporta um *controlo da legalidade* em duas frentes: o Tribunal de Justiça nas acções e recursos directos, os tribunais nacionais (e aquele, obrigatória ou eventualmente) nos processos pendentes nos Estados-membros. Já vimos que há argumentos históricos (o Tratado CECA) para não poder acreditar que se trata de um lapso. Já vimos também que a uniformidade não sai comprometida com o entendimento adverso. Pode ser, então, que o sistema criado para apreciar a legalidade, transija com situações pontuais e restritas, analisadas ainda por juízes nacionais, que se querem comunitários a todo o tempo. A coerência está então garantida.

O terceiro motivo a que o Tribunal foi sensível, foi de ordem eminentemente prática: a possibilidade de recolher as observações das instituições autoras dos actos contestados colocá-lo-ia em melhor posição para apreciar as causas de invalidade invocadas. Parece-nos incontestável. Mas as certezas não devem ser parciais. E neste caso a constatação cria uma contradição com um aspecto conexo: porque não, em nome da coerência, impedir também os juízes nacionais de interpretarem, sendo certo que o Tribunal de Justiça no âmbito do art. 177.º, está melhor preparado para o fazer, exactamente pelas mesmas razões? O que pensamos é que, se eles podem validamente interpretar, não há razão para que não possam interpretar a validade. Aqui voltaremos.

Vimos porque é que os argumentos em que o Acórdão se baseou são criticáveis. Vejamos agora outros que ainda enfraquecem mais essas bases, já de si melindrosas.

À cabeça, e longe de quaisquer laivos de um «neo-positivismo comunitário», a força do próprio texto. Não ignoramos a conhecida maleabilidade do «pretor comunitário» ou as contribuições metodológicas que nos elucidam como relativizar o sentido da lei. Mas para quê desvirtuá-lo se continua eficaz? Relativizá-lo em função de que novas e imperiosas referências, se o seu sentido se mantém actual?

Registe-se, depois, o intransponível problema constituído pelos processos de urgência (procedimentos cautelares p. ex.), para

o qual, nem o Advogado Geral, nem o Tribunal no seu Acórdão, encontraram solução. Na verdade seria incompatível com o andamento já pouco célere da justiça e com a própria utilidade da sentença, que o juiz «a quo» confrontado com uma questão sobre a validade fosse obrigado a submetê-la ao Tribunal de Justiça. O Acórdão proferido no processo 107/76, «Hoffmann - La Roche c. Centrafarm» (de 24 de Maio de 1977, Rec. 1977, p. 957) já fora no mesmo sentido <sup>(15)</sup> e as conclusões do Advogado-Geral sugeriam a necessidade dessa excepção: «... quando os sujeitos de direito não dispõem de outra forma de protecção jurisdicional e, em particular, se não têm o direito de interpor um recurso de anulação nos termos do art. 173.º, o juiz do processo sumário não é obrigado a submeter ao Tribunal uma questão de validade, na condição de que as partes possam abrir um processo quanto ao *fundo*, no decurso do qual a questão provisoriamente dirimida no processo supracitado pode ser reexaminada e, portanto, ser objecto de uma interpelação nos termos do art. 177.º».

O Acórdão do Tribunal foi mais circunspecto, limitando-se a referir que em semelhantes hipóteses, se poderiam impor adaptações (que não especificou) à regra da incompetência dos tribunais nacionais para declararem a invalidade (v. considerando 19).

Note-se a seguir, que o rigor adoptado pelo presente Acórdão não se coaduna muito bem com as ilações que seria legítimo retirar da célebre jurisprudência «CILFIT» <sup>(16)</sup>. Recorde-se, abreviadamente, que o tribunal acolheu aí os ecos da doutrina do «acto claro»; ainda que de forma contida, e bastante condicionada, reconheceu aos tribunais cujas decisões não são susceptíveis de recurso de direito interno, a dispensa de lhe submeterem a questão prejudicial, desde que constatem que «... a aplicação

---

(15) «... O artigo 177.º, § 3.º do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que um tribunal nacional não é obrigado a interpelar o Tribunal de Justiça com uma questão de interpretação ou de validade, visadas por este artigo, quando a questão é suscitada num procedimento de urgência (...) mesmo que a decisão a tomar no quadro deste procedimento não possa mais ser objecto de um recurso...», v. considerando n.º 6, Rec. 1977, p. 973.

(16) Proc. n.º 283/81 de 6 de Outubro de 1982, p. 3415.

correcta do direito comunitário se impõe com uma tal evidência que não deixa lugar a qualquer dúvida razoável...»

Ora, independentemente dos méritos ou deméritos deste entendimento, que não cumpre agora comentar, a verdade é que não se descortinam razões para que o mesmo raciocínio não seja aplicado às questões de validade: se o juiz «a quo» não tiver dúvidas razoáveis sobre a invalidade do acto poderá dispensar-se de interpor o Tribunal de Justiça. O Acórdão «FOTO FROST» estabelece porém a incompetência total (excepto para os procedimentos de urgência). O que queremos no entanto frisar, não são hipotéticas vantagens da extrapolação do caminho seguido em «CILFIT» para as questões da validade (e até porque não o achamos o melhor), mas antes chamar a atenção para que, com esta nova atitude, se acentuam as disparidades relativamente às competências dos juízes nacionais.

Nem se diga que tais contradições se justificam em função da heterogeneidade das apreciações em causa: num caso uma operação de interpretação, noutra um juízo de validade. Não vemos como sustentar, em nome do direito comunitário, a conveniência de um regime mais severo quando está em jogo a validade. Temos muitas dúvidas de que a não aplicação de um acto comunitário, julgado inválido, seja mais grave do que a aplicação errada do mesmo acto. Ambas têm consequências nefastas, e está por demonstrar que entorses interpretativas, que podem fazer carreira, sejam mais inócuas do que decisões pontuais que não podem fazer escola. Acresce que a fronteira entre as duas operações é demasiado ténue para que as portagens e controlos sejam diferentes. Julgar que um acto é inválido não implica interpretá-lo? E interpretar um outro não pressupõe, tantas vezes, uma reflexão sobre a sua validade?

Lembre-se também, nesta panóplia de pequenos escolhos, que com este regime o Tribunal de Justiça reconhece aos juízes nacionais uma competência bizarra: são plenamente capazes para julgarem que os actos comunitários são válidos, podendo liminar e definitivamente não dar como existentes os vícios alegados; no entanto, se se aperceberem que eles podem estar presentes, é-lhes retirada a competência para o afirmarem. Por palavras cruas: são juízes comunitários quando não houver riscos a correr para

a integração; são simples agentes, quando ela for questionada, ainda que incidentalmente. E, no entanto, num caso como noutro, a operação intelectual é exactamente a mesma.

Julgamos por isso que o Acórdão do Tribunal não foi no melhor sentido. Não havia sequer, como já se viu, qualquer prática reiterada dos tribunais dos Estados-membros em negarem a aplicação do direito comunitário com fundamento na sua invalidade. Não era pois necessário atalhar qualquer dissidência.

Trata-se, portanto, de uma posição dispensável em termos práticos e discutível em termos teóricos. Corre-se até o risco de ser contraproducente, originando uma natural atitude de sublevação, perante tão afoitada leitura do Tratado com a redução dos poderes dos juízes, que mesmo se pouco usados, estavam aí bem patentes.

Talvez seja necessário alterar o texto do art. 177.º, para excluir a competência dos juízes nacionais; o próprio Tribunal apresentou já propostas nesse sentido (17). Mas a interpretação tem limites que mesmo a não intervenção atempada de modificações não pode justificar que se ultrapassem. Caso contrário, uma certa política jurisprudencial de integração dinâmica, que é desejável e salutar, mistura-se excessivamente com uma jurisprudência política, que muitas vezes frustra o seu próprio projecto.

No nosso ponto de vista, teria sido mais prudente, igualmente eficaz e seguramente em nada ao arrepio do Tratado, adoptar uma fórmula que reconhecesse aos tribunais nacionais, que no caso concreto não decidem em última instância, a sua competência para decidirem pela não aplicação de um acto comunitário com fundamento em invalidade, concomitantemente sugerindo-lhes (convidando-os) que, sempre que tivessem dúvidas sobre a validade de um tal acto, interpelassem o Tribunal de Justiça, fazendo-lhes sentir as vantagens de uma tal *concentração do juízo*. Se a «cooperação judiciária» tem algum sentido, uma fórmula deste tipo permitiria substanciá-la, sem por outro lado incorrer nos inconvenientes que um aresto mais peremptório como o que foi

---

(17) V. as «Sugestões sobre a União Europeia» in Boletim das Comunidades Europeias, Suplemento 9/75, p. 21.

dado pode ter. Objectar-se-á que tal moderação seria insuficiente, pois a «sugestão» poderia não ser aceite. Mas o argumento prova demais porque toca no âmago da própria eficácia de toda a articulação instituída pelo art. 177.º. Entrar agora nesse problema, seria sair do «nosso» problema.

Neutralizem-se, por fim, os restantes argumentos da doutrina; não há qualquer desproporção entre as condições necessárias para a adopção de um acto comunitário e o poder do juiz «a quo» de não o aplicar. São momentos opostos na vida do Direito, em que a diversidade de funções (criação e aplicação) explica, só por si, que nenhuma «proporção» fosse imperiosa. Acresce que com a inaplicabilidade ao caso, do acto julgado inválido, não se desmorona o resultado do laborioso trabalho comunitário. Não há efeitos «erga omnes», e o acto continua eficaz para terceiros enquanto não for modificado, revogado pela respectiva instituição ou anulado pelo Tribunal de Justiça.

Quanto à ideia de que assim se habilitam os tribunais inferiores com poderes mais amplos do que os que detêm os superiores, parece-nos algo frágil; os poderes serão mais amplos mas, sobretudo, eles são diferentes. Se essa lógica estivesse certa, teria que se censurar às jurisdições de primeira instância toda a competência não atribuída em princípio às superiores. O absurdo demonstra a improcedência.

Por último, o eventual desprezo sobre a primazia, e a aplicação uniforme em desrespeito pelo art. 189.º, também não nos convence. Se bem vemos as coisas, só podem estar em causa a prevalência e aplicação dos actos comunitários *que sejam válidos*. Ora, é este justamente, o problema prévio que há que decidir; se assim não fosse, estar-se-ia a dar preferência à ilegalidade em nome da primazia, o que é inaceitável.

## EPÍLOGO

A generosidade de intenções, subjacentes aos fundamentos do Acórdão, apela para a benevolência da crítica.

Mas o crivo de rigor impõe-se também e sobretudo aos projectos mais aliantes. Longe de nós, porém, deixarmos pairar o

anátema da sua falta sobre quem tem sido apanágio da sua prossecução. O que queremos é demonstrar que uma outra análise era possível, ancorada por amarras que nos parecem mais sólidas.

A jurisprudência do Tribunal tem repetidas vezes gizado o rumo em domínios que não tinham norte. Permita-se-me a metáfora com optimismo: apesar da rota não nos parecer a mais segura, esperamos francamente que, ao dobrar de mais este cabo, a tempestade não surja.

Alberto Souto de Miranda

Dezembro de 1987.