TEMAS DE INTEGRAÇÃO

1º semestre de 2017 – nº 37

ALMEDINA

Temas de Integração

1.º Semestre de 2017 – N.º 37

ALMEDINA

TEMAS DE INTEGRAÇÃO
PUBLICAÇÃO SEMESTRAL

DIRECTORES

MANUEL PORTO E FRANCISCO DO AMARAL

CONSELHO CIENTÍFICO

J. XAVIER DE BASTO, P. BORBA CASELLA, P. PITTA E CUNHA,
RENATO FLÔRES E R. MOURA RAMOS

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

J. SANTOS QUELHAS

DISTRIBUIÇÃO
EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Rua Fernandes Tomás, nºs 76, 78 e 80
3000-167 Coimbra
Tel.: 239 851 904
Fax: 239 851 901
www.almedina.net
editora@almedina.net

2017

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es)
Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor

ÍNDICE

O Papel do Direito nos Desafios Globais
por Marco Aurélio Mello..... 1

A prática do *Distinguo* e do *Overrulling* na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia
por Eduardo Manuel Oliveira e Sousa..... 12

Novas Jurisdições para Solução de Controvérsias – Cidadania e Dignidade
por Paulo Dias de Moura Ribeiro..... 35

O modelo antitrust alemão: uma introdução
por Nuno Calaim Lourenço..... 60

Deixando Lisboa: uma análise crítica das questões jurídicas suscitadas pelo direito de sair da União Europeia
por Mário Simões Barata..... 149

Desafios da diversidade: integração diferenciada ou diluição? Brexit e constitucionalização europeia
por Graça Enes..... 168

A crise de refugiados e o Brexit
por Ana Paula Duarte Pinto Ferreira..... 204

Integração europeia e soberania: uma proposta de reconceptualização
por Paulo Vila Maior..... 240

Administrativização do *private enforcement* do direito da concorrência: A vinculatividade das decisões das autoridades nacionais da concorrência nos tribunais cíveis e sua revisão judicial
por Nuno Albuquerque Matos..... 280

Cooperação entre tribunais nacionais e europeu por via do mecanismo de reenvio prejudicial: Da interpretação e aplicação uniforme do direito da União Europeia à tutela jurisdicional efetiva dos seus cidadãos (ou dos danos causados aos particulares em decorrência da omissão do reenvio prejudicial obrigatório)
por Francielle Vieira Oliveira..... 313

Erosão da Legalidade na União Europeia em situações de crise econômica: novos desafios, antigos dilemas
por Michelle Soares Garcia..... 336

A Processualística do Tribunal Europeu de Direitos Humanos
por Lycia Cibely Porto Jales..... 363

O PAPEL DO DIREITO NOS DESAFIOS GLOBAIS

Marco Aurélio Mello [1]

Devo expressar, em primeiro lugar, a honra de voltar à Universidade de Coimbra, uma das mais tradicionais do mundo e a mais antiga de Portugal, declarada Patrimônio Mundial pela UNESCO. Com mais de sete séculos de existência, a Universidade formou alunos notáveis – posteriormente poetas, literários, políticos e presidentes da República, como Luís de Camões, José de Anchieta, Manuel da Nóbrega, Bernardino Machado, António José de Almeida, Manuel Teixeira Gomes, Eça de Queiroz, António Luís Gomes, António de Oliveira Salazar. E brasileiros como José Bonifácio, Gregório de Matos, Gonçalves Dias, Cláudio Manuel da Costa.

É celeiro de grandes juristas: Manuel de Andrade, Luís Cabral de Moncada, António Castanheira Neves, Carlos Alberto da Mota Pinto, Jorge de Figueiredo Dias, António de Almeida Santos e o estimado doutor, de tantos outros doutores, José Joaquim Gomes Canotilho.

Em segundo lugar, devo prestar homenagem ao Professor Doutor Manuel Carlos Lopes Porto, Presidente da Associação de Estudos Europeus da Universidade de Coimbra, responsável, em Portugal, pela organização deste evento tradicional, o Seminário de Verão da Universidade de Coimbra, já na vigésima terceira edição, o que certifica o sucesso. Professor Catedrático e ex-Presidente do Conselho Diretivo da Faculdade de Direito,

o Doutor. Manuel Porto vem desenvolvendo estudos notáveis, no campo das políticas comunitárias.

A integração é disciplina com a qual o Professor Manuel Porto tem se preocupado, ajudando a compreender a relação entre Estados soberanos que decidem formar comunidades para enfrentar os desafios de um mundo cada vez mais interconectado, mas também cada vez mais problematizado, presente a tensão entre as necessidades de fortalecer um Estado mais global e a ideia tradicional de soberania estatal. O legado do Professor Manuel Porto e os Seminários de Verão versam essas dificuldades e nos oferecem oportunidade de avaliações e críticas produtivas.

As questões globais de nosso tempo são muitas. Como habitualmente lembro: vivemos tempos estranhos e difíceis.

O constitucionalismo liberal, a democracia e a liberdade de mercado saíram vitoriosos no fim do século XX. Neste século, contudo, tem-se assistido a crises econômicas e financeiras em cadeia. Em boa parte do mundo, a alta da dívida pública e a incapacidade de autofinanciamento por empresas revelam período de baixo crescimento, quase a estagnação do sistema capitalista contemporâneo.

O aumento das desigualdades sociais e a impossibilidade de os Estados atenderem às demandas da população excluída de bens essenciais têm ocasionado crises sociais sérias. A capacidade de os governos manterem a ordem vem sendo desafiada. Eclodem distúrbios de larga escala, mesmo em democracias consolidadas.

Conflitos étnicos e religiosos locais podem produzir embates globais. Na África, no Oriente Médio, entre a Rússia e os antigos membros da República Soviética, entre as Coréias, o número cada vez maior de conflitos coloca em dúvida até mesmo a capacidade institucional de organismos como a Organização das Nações Unidas.

A superpopulação mundial mostra-se preocupação maior, na medida em que leva à escassez de alimentos e energia e faz crescer o risco de pandemias incontroláveis. A água, que geralmente supomos abundante, é

um bem exíguo para parte significativa da população, e o problema tende a agravar-se. O planeta já não parece dar conta de todos os habitantes, e isso torna mais difícil a meta de crescimento sustentável. As consequências negativas manifestam-se em múltiplos planos: falência dos sistemas de previdência, gerando desamparo em fase difícil da vida; escalada do desemprego, envolvendo principalmente os jovens; aquecimento global, sendo as mudanças climáticas extremas sentidas por todos.

Ao lado dessas adversidades contemporâneas, surge um aspecto bastante positivo – o acesso das pessoas às informações. Vivenciamos a Era da Informação, que é também a Era Digital. A quadra atual caracteriza-se pelo conhecimento dinâmico e tecnológico, por desafios próprios à modernidade, pelas alterações cada vez mais rápidas e profundas decorrentes do avanço da tecnologia. Convivemos com velocidade e transparência de informações nunca experimentadas. A publicidade dos fatos, sempre bem-vinda do ponto de vista normativo, tornou-se inevitável.

Com a chegada da internet às residências, revelaram-se novos cenários sociais, educacionais e comerciais. A proteção à liberdade de expressão, o acesso às informações e a promoção da cultura e da educação passaram por transformações significativas. A informática revolucionou os meios de ensino e de difusão da cultura e do pensamento. As pessoas nunca mais se comunicaram, buscaram conhecimento e informações ou realizaram transações comerciais como antes. Sob as ópticas quantitativa e qualitativa, tem havido, no século XXI, maior expansão desses fenômenos.

Como consequência direta, mudam a sociedade, os comportamentos humanos e as instituições. O Direito, nos mais variados ramos, é influenciado por essa realidade, à qual deve se ajustar e, a um só tempo, conformá-la. A relação é de reciprocidade, ainda que assimétrica, a depender da matéria e dos valores em jogo. Nesse sentido, impõe-se refletir sobre a evolução do Direito para atender à sociedade digital.

Toda essa revolução chegou à política. Os processos eleitorais sofrem forte impacto dos recentes paradigmas comunicacionais. As redes sociais são importante meio de interação entre os eleitores e entre estes e os

candidatos, modificando, em boa medida, o perfil das eleições. As oportunidades de crítica aos governantes, elemento fundamental de qualquer democracia real, foram ampliadas com os blogues e as redes sociais digitais. Hoje a política deve dialogar com o que se convencionou chamar de “novas mídias”.

Fala-se em “democracia digital”. Sem dúvida, a inovação nesse campo tornou a comunicação mais democrática, ou seja, mais pessoas passaram a ter voz e a ser ouvidas. A internet é uma nova Ágora Ateniense. O jornalismo foi transformado, e, correlatamente, o consumo das informações nunca antes se mostrou tão intenso, abrangente e veloz. Entre os artigos de maior circulação comunicacional, encontram-se os fatos políticos. Com a “sociedade digital”, a classe política está sob grande vigília e nem sempre reage bem.

A transparência digital envolve dois aspectos: o da gestão de governo e o atinente aos meios digitais de transmissão de informações e de comunicação. No que se refere ao controle social dos atos de gestão como forma de participação cidadã, importa o quanto a tecnologia favorece a maior transparência. Relevante é analisar como os governos têm usado as novas ferramentas tecnológicas, sobretudo a internet, para tornar mais transparentes e acessíveis as informações sobre a coisa pública, de forma a aumentar a participação, a pressão e o controle popular, contribuindo para o desenvolvimento do país.

As novas tecnologias proporcionam facilidades que reduzem custos naturais do engajamento político das pessoas. Esses mecanismos possuem vantagens de tempo e espaço, derrubando limitações no tocante à comunicação e ao acesso às informações. Permitem a transmissão de quantidade maior de dados. Oferecem comodidade e interatividade aos destinatários. Com isso, são reduzidas as barreiras para que os cidadãos se envolvam no *debate público*, que é a essência da democracia.

Para um democrata convicto, a revolução digital é algo a comemorar: acredito na força epistêmica da democracia, na certeza de que decisões melhores são tomadas na medida em que todos possam se informar e

tenham participação, ainda que de forma indireta. Uma sociedade bem informada, que convive com a publicidade dos fatos, é mais democrática e, consequentemente, mais livre.

Ao lado da Era Digital, o mundo globalizado enfrenta outra característica contemporânea que representa o maior desafio atual à democracia: vive-se a Era da Intolerância, com ataques crescentes ao livre debate. O paradoxo é evidente e inadmissível. Como apontou recente reportagem do Jornal *The Economist*, entidades de monitoramento noticiam "que é cada vez mais perigoso emitir opiniões em público". Apesar de a Era Digital ampliar as oportunidades para as pessoas dizerem o que pensam, aumentam as limitações para que possam fazêlo.

Ameaças crescentes ao livre debate vêm de radicais. Há pouco, por exemplo, parlamentar britânica foi assassinada, ao que tudo indica, por ser favorável à permanência do Reino Unido na União Europeia. Grupos armados religiosos se disseminam. Os mais destacados são os jihadistas. Têm sido comuns assassinatos de escritores, artistas e jornalistas laicos que se manifestam em sentido contrário ou ofensivo ao islã. O caso mais conhecido é o do ataque, na França, aos cartunistas do Jornal Charlie Hebdo.

Um dos agentes de restrições é o próprio Estado. Na Rússia, o controle estatal sobre os meios de comunicação é intenso; na China, o partido comunista exerce forte censura sobre as redes sociais; no Oriente Médio, apesar da Primavera Árabe, em países como Síria, Líbia e Egito, impera a intransigência com opiniões antagônicas aos interesses dos governos. Em alguns países, caminha-se para a institucionalização da intolerância, mediante a edição de norma jurídica que criminaliza "insultos" contra religiões e políticas de Estado. Críticas aos governos e discursos de liberdade e independência são, não raramente, punidos com prisão.

Postura contrária à liberdade irrestrita de manifestação é adotada até por aqueles de esquerda em defesa de políticas de reconhecimento, opondo-se a discursos que podem parecer discriminatórios em relação a grupos minoritários. O ataque a discursos agressivos e por vezes infames é também

afronta à liberdade de expressão, ainda que embasada em razões bem diversas em comparação à intolerância religiosa de grupos extremistas.

A revolução digital transformou a informação no bem mais precioso das relações sociais, mas renovou e acirrou a tradicional tentação de monitorar o que as pessoas sabem e podem saber. Os motivos alegados para a censura são os mais variados, da proteção à privacidade de indivíduos que se dizem ofendidos à preservação de supostos interesses públicos. Mas a pergunta é a mesma de sempre: quem controlará os controladores?

Cercear a livre circulação de ideias é o primeiro passo para se eternizar regimes autoritários. Há de se apostar na capacidade da democracia: a troca de ideias constante, sem dogmas e limitações pré-determinadas, produz melhores resultados. Isso passa por uma imprensa livre e uma sociedade consciente de que democracia não se harmoniza com “velhas opiniões formadas sobre tudo”, como dizia Raul Seixas, que, como os brasileiros sabem, é um compositor-cantor.

Democracia e liberdade não combinam com tabus: a liberdade de expressão há de alcançar o direito de falar, até mesmo, coisas estúpidas e com as quais a maioria não concorda, inclusive o governo. É preciso respeitar pensamentos diferentes dos nossos. Intolerância à opinião alheia e discordante vinda do Estado, de extremistas ou mesmo dos que se intitulam progressistas é sempre intolerância: a diferença é de espécie, e pode ser de grau, mas não de gênero.

Não se está a pregar a tolerância com os intolerantes, que abandonaram as balizas da disputa institucional, ou seja, com aqueles que defendem o emprego da violência contra os que demonstram opiniões e posições contrárias no campo religioso, econômico, político ou cultural. Os intolerantes pretendem valer-se da tolerância justamente para eliminá-la, o que é inadmissível.

A Era acarreta outro desafio: a violência contra a identidade e a cultura dos povos.

Organizações criminosas fundamentalistas como o Talibã, a Al-Qaeda e o Estado Islâmico impõem o terror e ameaçam a liberdade. Em nome de Maomé e das palavras do Alcorão, segundo interpretação própria, esses grupos voltam-se contra todos e quaisquer costumes e crenças que lhes pareçam ofensivas. Promovem violência religiosa e a mais absoluta aversão aos que não partilham das crenças fundamentalistas.

As ações representam a negação dos direitos humanos. Assassinatos e execuções de militares e civis, tortura para conversão das pessoas ao islamismo, sequestro, violência sexual contra mulheres e doutrinação de crianças são exemplos de crimes praticados. Ataques terroristas contra o Ocidente e países do Oriente fazem parte do arsenal de crimes de guerra. Não apenas a comunidade cristã ocidental é alvo dos radicais fundamentalistas, mas também muçulmanos xiitas e assírios são perseguidos e mortos no âmbito de verdadeira limpeza étnica.

Mais recentemente, o mundo tem assistido, atônito, ao Estado Islâmico destruir o patrimônio cultural de países do Oriente Médio, especialmente o Iraque, vindo a batizar essas medidas de “limpeza cultural”. O objetivo dos fundamentalistas é apagar a identidade dos povos, da cultura dessas nações. É algo que vai além da intolerância religiosa, alcançando a própria memória cultural dos acusados de “infidelidade”. Segundo afirmam os líderes do grupo, as estátuas destruídas representavam insulto ao islamismo. Não obstante, as ações incluem o contrabando desses artefatos na Europa, para financiamento das práticas terroristas, o que requer maior fiscalização sobre a aquisição das obras.

A intolerância dirige-se contra o Patrimônio da Humanidade.

Edifícios e sítios arqueológicos foram alcançados, negando-se ao homem o direito de conhecer as origens. Manuscritos são destruídos, a lembrar a queima, pelos nazistas, de livros de autores que se apresentavam contrários aos ideais nacionalistas de Hitler ou que, por qualquer razão, eram considerados inconvenientes. Ruínas e cidades antigas têm sido apagadas da memória, a exigir providências imediatas contra a escalada de “limpeza cultural”.

Ataques violentos promovem a perda da identidade cultural dos povos de outra forma também: os contextos de violência obrigam as pessoas a saírem dos territórios de origem, a abandonar práticas e culturas próprias, provocando uma das maiores crises humanitárias de todos os tempos.

De acordo com o relatório “Tendências Globais” da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), divulgado em 20 de junho de 2016, o deslocamento forçado alcançou recorde global, atingindo 65,3 milhões de pessoas. Ou seja, 1 em cada 113 pessoas no mundo é solicitante de refúgio, deslocado interno ou refugiado. Isso significa que, a cada minuto, 24 pessoas veem-se forçadas a abandonar seus lares. O número dos que são compelidos a se deslocar em razão de conflitos supera a população do Reino Unido, da França ou da Itália. Se indivíduos tentando fugir de guerras e perseguições étnico-religiosas compusessem um Estado, ocupariam, em termos de população mundial, a 21ª posição.

Desse total de pessoas, 40,8 milhões deixaram suas casas, mas continuam dentro das fronteiras do respectivo país, 21,3 milhões são refugiados ao redor do mundo e 3,2 milhões aguardam resposta à solicitação de refúgio.

No decorrer de 2015, o país com o maior número de deslocados internos foi o Iêmen – 2,5 milhões de indivíduos em apenas um ano, o que corresponde a quase 10% da população, sendo muitos deles crianças. Considerado o total de deslocamentos internos, a Colômbia é o país com o triste recorde – são 6,9 milhões de deslocados, sendo que 113.700 no ano de 2015. As pessoas migram dentro do território, obrigadas a abandonar lares e atividades econômicas, porque as ações violentas de grupos como as FARC ameaçam suas vidas, a integridade física das famílias, não havendo segurança ou liberdade.

Ante a circunstância de a sociedade civil e colombianas terem, por muitos anos, ignorado as as autoridades públicas

condições às quais se submetiam esses cidadãos durante e depois dos deslocamentos, a Corte Constitucional daquele país assentou a vigência de um Estado de Coisas Inconstitucional e determinou medidas não só em

favor dos que pleitearam tutelas, mas também daqueles que se encontravam em idêntica situação. Consistiram em determinar fossem desenvolvidas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficiente para proteger os direitos dessas pessoas.

Preocupada com a eficácia da decisão, a Corte monitorou as providências adotadas pelo Governo: em dez anos, realizou vinte audiências públicas com a presença das autoridades envolvidas e dos setores interessados da sociedade civil, nas quais deliberou sobre a adequação, o andamento e o aperfeiçoamento das políticas públicas formuladas. Com isso, proferiu cerca de 290 decisões. Eis o Direito em ação!

As medidas, aliadas ao esforço das autoridades locais e de organismos internacionais, conduziram ao êxito esperado. Em 2015, cogitou-se da superação do Estado de Coisas Inconstitucional. Ao que tudo indica, caminha-se para o fim dos conflitos, com a assinatura recente, em Havana, de acordo de paz.

O deslocamento para além das fronteiras também possui cores fortes. É um dos maiores desafios sociais que a Europa enfrenta nos dias de hoje. Sem dúvida, está-se diante da maior crise migratória desde a Segunda Guerra Mundial. Chegam aos países da Europa Ocidental centenas de milhares de refugiados, vindos, principalmente, da África e do Oriente Médio, com destaque aos oriundos da Guerra da Síria, onde o deslocamento interno é também intenso.

Essas pessoas fogem das guerras e dos conflitos gerados, notadamente, pela intolerância étnico-religiosa, buscando, de forma desesperada, a sobrevivência. Mostram-se absolutamente vulneráveis, tendo se tornado constantes os naufrágios de barcos superlotados de refugiados, principalmente no Mar Mediterrâneo, produzindo cenas de crianças afogadas a chocarem todo o mundo. A recepção dos imigrantes por parte da população local relaciona-se à economia. Se a economia prospera, com a geração de emprego, os imigrantes inserem-se no mercado de trabalho e conseguem mais facilmente superar as dificuldades, inclusive culturais. Se o crescimento econômico não vai bem, são vistos como concorrentes, como

ameaças em potencial, exacerbando-se os pontos de atrito provenientes das diferenças culturais. Os desafios migratórios, da inclusão, do controle de fronteiras conectam-se, assim, aos desafios econômicos, climáticos, laborais, da segurança e da democracia fiscal.

E em que o Direito pode contribuir para minimizar os impactos desses desafios globais, em especial os ataques aos direitos humanos decorrentes da intolerância étnico-religiosa de toda espécie?

Respostas, tenho certeza, serão oferecidas pelos ilustres conferencistas e palestrantes deste 23º Seminário de Verão da Universidade de Coimbra. Estou certo de que a excelência das exposições provocará reflexões acerca dos impasses e as iniciativas que os Estados, sem perderem os traços essenciais de soberania, poderão adotar na solução dos grandes problemas humanitários e ameaças às liberdades de nosso tempo.

Qualquer conclusão deve passar pela instrumentalidade do Direito, presentes os direitos humanos. No campo do reforço das garantias e da sempre afirmação da fundamentalidade de posições, normas jurídicas internas e internacionais devem servir como meios flexíveis e eficientes para que Estados dialoguem e cooperem entre si, sobre base solidária, em torno dos interesses comuns de liberdade democrática, bem-estar e paz social. Que as melhores soluções sejam encontradas por meio de amplo debate e tendo como fim os direitos humanos.

Congratulo todos os presentes, os organizadores e painelistas na pessoa do incansável Professor Manuel Carlos Lopes Porto, as entidades coordenadoras e patrocinadoras, em especial o Instituto de Pesquisa e Estudos Jurídicos Avançados – IPEJA e a Fundação Getúlio Vargas, responsáveis, também, pela organização do Seminário de Verão da Universidade de Coimbra, que tanto contribui para pensarmos e construirmos um mundo melhor, mais livre, justo e solidário.

Que, oxalá, assim o seja. Que cada qual, em vez de simplesmente criticar, faça a sua parte. Amém e muito obrigado pela atenção que tiveram em me ouvir.

-

[1] Ministro do Supremo Tribunal Federal – Presidente (maio de 2001 a maio de 2003) e do Tribunal Superior Eleitoral (junho de 1996 a junho de 1997, maio de 2006 a maio de 2008, novembro de 2013 a maio de 2014). Exerceu o cargo de Presidente da República do Brasil, em substituição do titular, de maio a setembro de 2002, em cinco períodos intercalados, sancionando a Lei de criação da TV Justiça.

A PRÁTICA DO *DISTINGUO* E DO *OVERRULLING* NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA[2]

Eduardo Manuel Oliveira e Sousa

1. Introdução

Os acórdãos interpretativos do Tribunal de Justiça da União Europeia são o instrumento através do qual se firma o sentido interpretativo do Direito da União. Na sua génese encontra-se a necessidade de uma interpretação e aplicação uniformes do Direito da União tanto no ordenamento jurídico *comunitário* como no ordenamento jurídico de todos os Estados-Membros.[3]

Ainda assim, não têm sido poucas as vozes clamando explicações sobre os poderes deste órgão jurisdicional, vindo a ser levantadas questões, em específico, sobre o carácter interpretativo dos seus acórdãos.[4] A novidade imposta pelas várias competências, e em particular o poder interpretativo do Tribunal de Justiça – gerador de precedentes *vinculativos*[5] – sempre suscitou dúvidas sobre os efeitos e a validade desses acórdãos dada a impossibilidade de recurso dos mesmos. Todavia, o nosso interesse nos poderes deste órgão jurisdicional prende-se, antes de mais, com o tipo de interpretação realizada com o Tribunal de Justiça. É importante saber se, em

respeito a um espírito de certeza e de *segurança* jurídicas, o Tribunal de Justiça possui poderes para alterar o que previamente estabeleceu.

2. Poderes Interpretativos

Para compreendermos melhor os efeitos da jurisprudência interpretativa, necessitamos primeiro de observar a atribuição de competências de interpretação ao Tribunal de Justiça. A competência interpretativa do Tribunal de Justiça parte da necessidade institucional que existe de assegurar uma interpretação e aplicação uniformes do Direito da União Europeia em todo o território da União. Por sua vez, a existência de uma boa interpretação do Direito decorre da necessidade de proceder à sua correta e adequada aplicação aos casos em litígio.[6] A interpretação da norma de Direito da União compreende a exteriorização da vontade legislativa[7], com a dificuldade acrescida de se tratar de uma correta e adequada aplicação em vinte e sete Estados-Membros, nos quais se utilizam dois sistemas jurídico-normativos diversos, todos estes com as suas próprias regras legislativas e mesmo terminológicas.[8] Daí a extrema relevância da existência de regras próprias de *interpretação* no Direito da União. Estas regras destinam-se a promover a clareza das disposições normativas e foram, na sua larga maioria, estabelecidas no acórdão *CILFIT*.[9]

Este poder de interpretação das normas dos Tratados e dos *Atos das Instituições* da União, por força do Artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento, bem como a criação de regras de interpretação quanto aos conceitos de Direito próprios da União, relembramos, cabem exclusivamente ao Tribunal de Justiça, que ostenta tanto uma natureza jurisprudencial quási, *in maxime*, legislativa – como veremos mais adiante.

No Tratado de Roma, o artigo 177º do Tratado que institui as Comunidades Europeias, antecessor do moderno artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, atribui competência exclusiva ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (União Europeia) para conhecer da *"interpretação do presente Tratado"*[10], *"sobre a validade e*

interpretação de actos adoptados pelas Instituições da Comunidade" e *"sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por um acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam"*.[11]

A razão da atribuição de poderes exclusivos a um órgão jurisdicional para conhecer da interpretação e a validade dos atos de instituições criadas por tratados não é novidade alguma. Com efeito, os próprios Tratados que instituem a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e a Comunidade Europeia da Energia Atómica dispunham de um Tribunal com competências equivalentes. O Tratado constitutivo da Associação de Comércio Livre (EFTA) dispunha igualmente de um órgão jurisdicional.[12]

Não será assim de admirar que o Tratado crie o seu próprio *ius* fundando na base do *princípio da aplicabilidade direta*,[13] não dependendo de qualquer ato nacional para que possa ser invocado em juízo. Ora, sendo assim, também será possuidor da sua própria *curia*, de onde deriva o poder de interpretar não apenas o ato constitutivo, mas também para interpretar e apreciar a validade dos atos institucionais derivados, em especial limitando nessa atividade os órgãos das jurisdições nacionais, que se vêm assim vinculados à interpretação do Tribunal de Justiça.[14]

Existe, porém, a possibilidade de interpretações paralelas no Direito da União. A doutrina tem avançado, em abono da sua existência, com três justificações, a saber: *i)* a interpretação paralela é um ato necessário à aplicação das disposições comunitárias, isto é, o meio através do qual os tribunais nacionais tomam consciência da necessidade de proceder a reenvio prejudicial. Esta pode, todavia, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, ser vinculada; *ii)* a interpretação paralela é vista por alguns autores como um " *fenómeno de fricção*" dos tribunais nacionais (*maxime* dos Tribunais Constitucionais) dos Estados-Membros, desejando estabelecer uma "*interpretação autónoma*" do Direito da União, fundamentando-se, a nosso ver erradamente, na competência originária dos Estados para interpretar o Direito aplicável no seu território. Segundo FRANZ MAYER, esta segunda hipótese toma uma posição exterior à resolução da questão principal nos litígios, tendo mais uma característica de

obiter dicta ou mesmo de parecer, servindo então para "chamar a atenção" do Tribunal de Justiça antes da emissão de um acórdão interpretativo[15]; *iii)* finalmente, a interpretação paralela pode ser entendida num sistema de constitucionalismo multi-nivelado, funcionando no pressuposto de igualdade cooperativa entre os tribunais superiores dos Estados-Membros e o Tribunal de Justiça[16] Colocada esta hipótese, o Tribunal de Justiça têm sido ambíguo. Com efeito, em *Johnston*[17], é-nos claramente apresentada uma dualidade de competências dos juízes nacionais face o Direito a aplicar. Esta explicação, embora conforme à teoria multi-nível, mostra-se clarificadora somente da função aplicadora do Direito da União por parte dos tribunais nacionais numa estrutura confederal. Alias, a lógica de *Johnston* é compatível com o desenvolvimento jurisprudencial relativo ao princípio da efetividade e da responsabilidade Estadual, mediante os quais os tribunais dos Estados-Membros, competentes para interpretar e aplicar o Direito da União, se encontram vinculados à jurisprudência do Tribunal de Justiça, ao seu conhecimento oficioso e aos postulados comunitários cujo objetivo é assegurar a eficácia na interpretação e aplicação do Direito da União.[18]

3. A génese do Precedente na Jurisprudência do TJUE

É na análise do artigo 177º do Tratado das Comunidades, patente no acórdão *Da Costa*, que encontramos pela primeira vez na jurisprudência do Tribunal de Justiça o princípio do *stare decisis*, que se revelará de importância crucial, a título de efeitos das respetivas pronúncias e quanto à derradeira interpretação sobre o Artigo 177º do Tratado das Comunidades (art. 267º do Tratado sobre o Funcionamento).[19]

Como já foi indicado anteriormente, nos termos do disposto nos segundo e terceiro parágrafos do Artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento, dispõe-se que os Tribunais nacionais, nos feitos submetidos a julgamento, têm o poder de formular questões sobre o Direito da União, procedendo ao seu envio para o Tribunal de Justiça. Determina-se ainda que, tratando-se de

um Tribunal de última instância, fica este obrigado a formular o pedido de reenvio prejudicial.

O Tribunal de Justiça em *Da Costa*[20] estabelece, porém, uma diferença fundamental entre o segundo e terceiro parágrafos do Artigo 177º. Neste determina que se já existir acórdão que verse sobre idêntica matéria, a obrigação de reenvio não se mantém, mas fica o Tribunal nacional obrigado a aplicar o Direito da União mediante a interpretação anterior dada pelo Tribunal de Justiça.[21] Também relevante para o nascimento do princípio do precedente foi o acórdão *Van Gend & Loos*, anterior a *Da Costa*.[22] Neste acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu pela primeira vez que os particulares poderiam invocar disposições dos Tratados perante os tribunais nacionais.[23]

Ao conhecimento de qualquer matéria levada a juízo na qual não exista precedente, ou seja, no primeiro contacto do Tribunal de Justiça, encontramo-nos perante uma " *Matéria de Primeira Impressão*" (*Matter of First Impression - MOFI*).[24]

O princípio do precedente nasce da solução dada ao problema da limitação dos efeitos do acórdão *Van Gend & Loos*, posto que à data em que foi proferido esgotara já os seus efeitos. Ou seja, a interpretação do Direito da União Europeia pelo Tribunal de Justiça produziria efeito apenas para aquela questão prejudicial originária naquele processo.[25] Porém, o Tribunal de Justiça decidiu alterar posteriormente o alcance da sua pronúncia, interpretando o artigo 177º, relativo às suas competências, e amplificando os efeitos da interpretação contida em *Van Gend & Loos*. O objetivo desta interpretação foi vincular não só o órgão jurisdicional nacional emissor do reenvio, mas também todos os outros tribunais nacionais, observando que:

> "*Uma vez que as questões de interpretação suscitadas no presente processo são idênticas às que foram resolvidas do modo referido e que não foi apresentado ao Tribunal qualquer elemento novo, deve, nessas condições, remeter-se a Tariefcommissie para a jurisprudência constante do acórdão anterior*".[26]

Como se demonstrou em *Da Costa*, o Tribunal de Justiça criou a obrigação inequívoca do respeito face à sua jurisprudência *per totam curiae*, determinando que a *Tariefcomissie*, na qual se havia produzido essa mesma questão prejudicial em dois casos diferentes, se conformasse ao que o Tribunal tinha estabelecido em *Van Gend & Loos*. Desta forma, surge a característica determinante dos acórdãos interpretativos do Tribunal de Justiça, a regra de precedente.

Em *CILFIT*, o Tribunal de Justiça reafirma o efeito do precedente, ao indicar que o "*artigo 177º deve ser interpretado no sentido em que um tribunal do qual não há possibilidade de recurso no direito interno se encontra obrigado, sempre que seja suscitada uma questão de Direito Comunitário, a respeitar a obrigação de produzir reenvio prejudicial, a não ser que se tenha estabelecido (…) ou que a disposição comunitária em causa já tenha sido interpretada pelo Tribunal de Justiça*".[27] Aí se indica de modo claro que disposições de Direito da União que já tenham sido interpretadas pelo Tribunal de Justiça não necessitam de ser interpretadas novamente.

Ora, é aqui que vamos encontrar, pela segunda vez, o princípio do precedente nos acórdãos interpretativos do Tribunal de Justiça.[28] Na verdade, embora o princípio assente numa criação exclusivamente jurisprudencial, o disposto no nº3 do artigo 104º do Regulamento de Processo prevê já a possibilidade de o Tribunal de Justiça decidir por "*despacho fundamentado*" se a "*questão prejudicial for idêntica a uma questão que o Tribunal já tenha decidido*", remetendo para "*o acórdão anterior ou a jurisprudência em causa*".[29] Tudo isto aponta, de forma inequívoca, para o efeito de precedente criado pela jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça.

O que acabamos de indicar necessita de ser visto à luz da *teoria dos precedentes*. Só mediante essa breve análise, se torna possível ver a identidade dos precedentes produzidos pelo Tribunal de Justiça.

Os precedentes, todavia, podem ser de dois tipos: vinculativos (*binding*) ou não vinculativos (*non-binding*). Estes últimos têm-se como maioritariamente persuasivos. Os primeiros, por sua vez, são exclusivos dos sistemas de *Common Law*, onde vigora ainda o princípio do *stare decisis*. Mas tal, como refere CASTANHEIRA NEVES[30], não quer dizer, ao exemplo da herança deixada pelo *Praetor peregrinus*, que a *autoridade decisória* dos precedentes judiciais, fonte do *binding-precedent*, não possa ou não deva ser tomada em consideração pelos órgãos jurisdicionais dos sistemas continentais.[31] A esta luz, pode mesmo afirmar-se que existe hoje, a nível comunitário, uma "convergência" entre os dois sistemas, ambos herdeiros do Direito Romano.

Sobrepondo esta lógica com o que se apontou anteriormente, a *autoridade decisória* no que concerne às competências interpretativas do Tribunal de Justiça, encontra o seu fundamento, atualmente, no artigo 267º (artigo 177º na versão original do Tratado). Porém, como se indicou, o princípio do precedente na jurisprudência do Tribunal de Justiça não brota da fonte que são os Tratados. Na verdade, a *ratio* criadora do acórdão interpretativo com o efeito de precedente baseia-se num ato judicial, *num acórdão interpretativo*. Este, por sua vez, emanado em cumprimento das competências atribuídas pelo artigo 177º (artigo 267º na versão atual do Tratado) para esse efeito.

4. Distinguo e Overrulling

Parecerá à primeira vista que estamos em presença de uma "*interpretação autêntica*". Afinal, tudo parece apontar em tal sentido: as pronúncias do Tribunal de Justiça estabelecem a derradeira interpretação quanto ao Direito da União. O Tribunal é *supremo* na interpretação das questões relacionadas com o Direito da União.

O problema, todavia, não radica no princípio do precedente, mas da circunstância de o Tribunal mudar o sentido da sua jurisprudência anterior. A nível da formação jurídico-conceptual, quando a interpretação de uma

norma muda, os efeitos produzidos em sede de qualificação factual por essa mesma interpretação mudam também. E, desta forma, sem que haja uma mudança na lei, casos factualmente semelhantes, mas produzidos em momentos diferentes, poderão receber tratamento diferenciado. Tal ocorrência pode pôr em causa o princípio da segurança jurídica em conjunção com o princípio da *res iudicata*.

É necessário, porém, separar os casos resolvidos pelos tribunais dos Estados-Membros mediante interpretação do Tribunal de Justiça, aos quais lhes é garantida uma intangibilidade retroativa, caso o Tribunal de Justiça decida alterar um precedente. Estamos aqui perante matérias que, à data da decisão, a aplicação do Direito da União pelo tribunal nacional respeitava o sentido interpretativo dado pelo Tribunal de Justiça. Compreendemos como decorrente do princípio da segurança jurídica que "*settled cases*" fiquem como estão.[32]

Comecemos por atender à interpretação do Tribunal de Justiça, de forma a encontrar resposta para a questão de identificar o tipo interpretação realizada por este Tribunal. Segundo KELSEN, a interpretação autêntica feita pelo *órgão jurisdicional aplicador do Direito*, criador deste na produção de uma norma de carácter geral ou individual, aplicável ao caso concreto, difere da interpretação feita pelo resto da *ciência jurídica*, que se dedica a estudar o sentido interpretativo das normas, não sendo criadora de Direito.[33] A interpretação dos tribunais de um disposto normativo, como concretização de um sentido (entre vários) da norma aplicável, isto é – a norma aplicada ao caso concreto – desde que estabilizada a sentença ou acórdão pelo trânsito em julgado, é criadora de Direito.[34] O carácter da interpretação tanto pode ser geral como individual, mas esta será *autêntica* sempre que aplicar Direito a um caso.[35] Neste sentido, é uma interpretação *institucional*, vinculante até para o órgão dotado dos poderes de interpretação.[36] O nosso Código Civil contém, porém, uma acepção diferente: a interpretação autêntica pode ganhar forma, atualmente, por via de uma lei cuja função é interpretar outra, cabendo ao legislador o esclarecimento das possíveis dúvidas.[37] BAPTISTA MACHADO

estabelece um nexo lógico entre a função criadora do poder legislativo com a sua função interpretativa.[38] Historicamente, é importante mencionar, porém, que a interpretação autêntica ganhava forma por via de sentença judicial interpretativa da lei – ou assentos.[39]

Perante estes conceitos, somos levados a concluir que o poder interpretativo do Tribunal de Justiça afasta-se do modelo de interpretação autêntica tanto na aceção de KELSEN como na do nosso Código Civil.

Senão veja-se: o Tribunal de Justiça tem competência exclusiva para firmar o sentido interpretativo do Direito da União e os seus acórdãos possuem efeito *erga omnes*.[40] Esta capacidade por si só fundamenta o poder de estabelecer o sentido da norma comunitária, atribuindo-se a derradeira palavra no que concerne a interpretação do Direito da União ao Tribunal de Justiça. Porém, não nos encontramos perante uma forma de interpretação autêntica por duas ordens de razão: a primeira assenta numa omissão – o Tribunal de Justiça nunca atribuiu à sua jurisprudência efeitos de interpretação autêntica; segundo, e *a contrario sensu*, o Tribunal já por várias vezes afirmou implicitamente que não se encontrava vinculado pelas suas próprias decisões, afastando-se da sua jurisprudência, um caso nítido de *Overruling*.[41]

Atentemos no seguinte exemplo:

> "*Quanto ao argumento segundo o qual uma directiva não pode ser invocada contra um particular, é conveniente sublinhar que segundo o artigo 189.° do Tratado, o carácter vinculativo de uma directiva, sobre o qual se baseia a possibilidade de a invocar perante um tribunal nacional, existe apenas relativamente ao «Estado-membro destinatário». Do que resulta que uma directiva não pode, por só, criar obrigações na esfera jurídica de um particular e que uma disposição de uma directiva não pode ser, portanto, invocada, enquanto tal, contra tal pessoa. Assim, convém analisar se, no caso concreto, se deve considerar que a recorrida agiu enquanto particular*".[42]

O excerto anterior pertence ao acórdão *Marshall* de 1984, no qual o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se quanto à possibilidade de invocar em juízo disposições de Diretivas quando o Estado-Membro se encontrava em incumprimento do seu dever de transposição, mas com efeito nas relações horizontais. O Tribunal de Justiça foi muito claro na sua resposta: que estas apenas vinculam os Estados-Membros e, como tal, seria impossível invocá-las face a outro particular.

Atentamos agora a um outro acórdão, posterior:

> "*Consequentemente, há que responder à questão submetida que o artigo 11. °, n.º 2, da Directiva 87/102 deve ser interpretado no sentido de que, numa situação como a da lide principal, a existência de um acordo entre o mutuante e o fornecedor, que estipula a concessão do empréstimo exclusivamente por esse mutuante aos clientes desse fornecedor, não é uma condição necessária do direito de esses clientes, no caso de incumprimento das obrigações do referido fornecedor, demandarem o referido mutuante para obterem a resolução do contrato de mútuo e a subsequente restituição dos montantes pagos à instituição financeira*".[43]

O excerto apresentado refere-se ao acórdão *Scarpelli* de 2009. Neste processo, o Tribunal de Justiça estabeleceu que, em caso de incumprimento de um contrato celebrado entre dois particulares, cuja relação seja regulada pelas disposições de uma Diretiva, podia uma das partes invocar em juízo as disposições da referida Diretiva face à outra parte.

O Tribunal de Justiça referiu-se em exclusivo às disposições de uma Diretiva que não tinha sido transposta para o direito interno, assegurando o *efeito direto* das disposições contidas nessa mesma Diretiva, no âmbito de uma relação horizontal.[44] Explica ainda que se encontrava perante uma *Matter of First Impression*. Ou seja, a existência de factos *distintivos*, neste

caso, impunha a *distinção* das matérias, permitindo o estabelecimento de um sentido interpretativo diferente.[45]

Atentemos agora ao acórdão *Cristina Rivero* de 1996, posterior a *Marshall*, mas anterior a *Scarpelli*:

> "*Na falta de medidas de transposição nos prazos fixados pela Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, o consumidor não pode, mesmo tendo em conta o artigo 129.°-A do Tratado CE, basear na própria directiva um direito de acção contra um financiador, pessoa privada, por motivo de insuficiências no fornecimento de bens ou na prestação de serviços pelo fornecedor ou pelo prestatário com o qual o financiador celebrou um contrato de exclusividade de crédito, nem invocar esse direito perante um órgão jurisdicional nacional*".[46]

Neste acórdão, tal como em *Marshall*, o Tribunal de Justiça recusa a invocabilidade de disposições de uma Diretiva não transposta numa relação horizontal. Ao contrário de *Marshall*, todavia, a Diretiva em causa (87/102/CEE) é exatamente a mesma à qual o Tribunal de Justiça em *Scarpelli* providenciava a invocabilidade perante os tribunais. Ora, se estávamos perante um caso de *Distinguo* na evolução de *Marshall* para *Scarpelli*, ou seja, a existência de elementos distintivos no caso em apreço que obriga a uma decisão distinta – uma diferenciação no tratamento jurisprudencial das matérias; de *Cristina Rivero* para *Scarpelli* só nos podemos encontrar perante um caso de *Overruling*, pois, como se demonstrou, o Tribunal de Justiça contraria em absoluto tudo aquilo que afirmou em *Cristina Rivero*, embora cometendo o erro grave de não justificar adequadamente a razão de tal decisão.

A título objetivo, sobre o *Distinguo* e o *Overruling* na jurisprudência do Tribunal de Justiça, devem ser feitas importantes considerações gerais. No

parecer 1/91, o Tribunal de Justiça indicou que não se encontrava vinculado à sua jurisprudência anterior, podendo desta divergir se assim o entendesse.[47] De facto, o Tribunal de Justiça apenas se encontra vinculado perante a letra dos Tratados, não se encontrando, como já foi indicado, vinculado à sua própria jurisprudência. Compreendemos este paradigma jurisprudencial como paralelo ao da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, que se encontra unicamente vinculada à letra da Constituição, sendo detentora do poder de afastar a sua própria jurisprudência.[48]

O *Distinguo* decorrente do exercício jurisprudencial exige a existência de "*diferenças factuais, processuais ou legais*"[49] como fundamento da "*minimização do efeito de precedente (…) ou para demonstrar que este não é aplicável*".[50] Não nos encontramos aqui perante um caso análogo ou similar, merecedor do *reasoning by analogy* da decisão *precedente*.[51] Segundo ALEXY, a densidade da "*rede das regras de decisão*"[52] não impede o surgimento de "*novas características que podem ser utilizadas como razão para a diferenciação*".[53]

O *Overruling*, porém, compreende-se como o afastamento da jurisprudência anterior.[54] Tal afastamento exige uma fundamentação acrescida, pois "afirma-se" uma *decisão diferente*. Sobre este *ónus de fundamentação* ALEXY entende que só "*se pode renunciar a uma regra de decisão se se aduzirem razões suficientes para tal*".[55] O *Overruling* não tem necessariamente de se configurar como uma emenda a uma decisão anterior, mas como uma "*interpretação diferente*".[56] Entende CRISTINA QUEIROZ, porém, que *apenas excepcionalmente um tribunal reformulará uma decisão anterior afirmando que esta se havia baseado em "erro" ou que esta se mostrara contrária ao "direito" ou à "razão"*.[57] Com o Tribunal de Justiça, todavia, a exigência de fundamentação, de que, por exemplo, a sentença anterior se mostre contrária ao "direito" e à "razão", não parece, na lógica aplicada pelo Tribunal de Justiça, ser determinante de modo a que este consiga proceder ao *Overruling* de acórdãos seus anteriores.

Com efeito, a evolução de *Cristina Rivero* para *Scarpelli* aponta para uma grave lacuna na fundamentação deste último acórdão. A compreensão, sempre possível, de que o Tribunal de Justiça tenha considerado "inadequada" a decisão anterior, alterando o precedente já estabelecido, no sentido de dar maior efetividade ao Direito da União, remete-nos, ainda assim, para um caso de *Overruling*. Não resta a dúvida, pois, que o Tribunal de Justiça tem a capacidade de alterar os seus próprios precedentes.

Esta capacidade do Tribunal de Justiça para alterar os precedentes que estabeleceu, entendemos, permite manter o conhecimento da legalidade a todo o momento, em especial no que toca a violações manifestas e graves do Direito da União. O Tribunal de Justiça indicou, em *Brasserie du Pecheur* que, embora os Tratados não dispusessem sobre medidas sancionatórias específicas em sede de violação do Direito da União, é dever do Tribunal assegurar a sua boa interpretação e aplicação.[58] Esta possibilidade do conhecimento da legalidade por parte de um único órgão jurisdicional, guardião supremo da legalidade do Direito da União, permite que se salvaguarde quer o princípio da segurança jurídica quer o princípio da legalidade. É notável, porém, a "tendência" de cariz legalista do Tribunal de Justiça, da qual decorrem os acórdãos *Lucchini e Asturcom*.[59]

Esta possibilidade do Tribunal de Justiça proceder a atos de *Distinguo* ou *Overruling*, alterando precedentes, é prova determinante de que a interpretação deste órgão jurisdicional não reveste forma de interpretação autêntica. Se assim fosse, o Tribunal vincular-se-ia aos seus próprios acórdãos e, como vimos, tal não acontece.[60] Além do mais, o exercício jurisprudencial do Tribunal de Justiça, em particular, transmite-nos a ideia de que a interpretação jurídica do Direito da União é um trabalho que se estende para a perpetuidade, sendo na sua essência o exercício de uma *ARS* interpretativa num ramo jurídico ainda no amanhecer do seu desenvolvimento. A própria jurisprudência aponta num sentido de evolução das obrigações que ela própria estabelece,[61] não sendo de estranhar que exista jurisprudência que se contradiz ou que, pelo menos, superficialmente, pareça contraditória.

Na verdade, e em nosso entender, na maior parte da jurisprudência que se contradiz, estamos perante casos que a nível jurídico-conceptual ainda não foi feita a *distinção* das situações presentes em acórdãos divergentes. Desta forma, interpretações divergentes são o meio principal de que se serve o *Praetor* para distinguir conceitos, regimes de aplicação e a abrangência dos mesmos.

Chegamos então à conclusão que embora o Tribunal de Justiça tenha essa capacidade, perante a existência de factos "distintivos" que compreendem uma divergência interpretativa, não altera os precedentes que estabeleceu sem a devida fundamentação. Por outro lado, em sede de equívoco ou "erro", o Tribunal de Justiça tem falhado em providenciar fundamento bastante para as alterações em sede de *Overruling*.

Bibliografia

Monografias:

ALEXY, R. — Teoria de los Derechos Fundamentales (Theorie der Grundrechte). Traduzido por GARZÓN VALDÉS, E.; editado por DÍAZ, E. Madrid (Baden-Baden): Centro de Estudos Constitucionales (Suhrlamp-Verlag), 1997 (1986).

ASCENÇÃO, J.O. — O Direito - Introdução e Teoria Geral. 13 ª edição. Coimbra: Almedina, 2005.

BAPTISTA MACHADO, J. — Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1994.

BLACK, H.C. — BLACK'S LAW DICTIONARY. In GARNER, B.A. *BLACK'S.* ST. PAUL, MINN: WEST GROUP, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, A. — O instituto dos «Assentos» e a função jurídica dos Supremos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CROSS, R. e HARRIS, J.W. — Precedent in English Law. editado por HONORÉ, T. AND RAZ, J., 4 ª edição. Oxford: Oxford University Press, 1991.

DOMINGUES DE ANDRADE, M.A. — Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis. 4ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

FAIRHURST, J. — Law of the European Union. 5 ª edição.: Pearson Longman. 2006 FERRARA, F. — Interpretação e Aplicação das Leis. Traduzido por DOMINGUES DE ANDRADE, M., Coimbra: Arménio Amado Editora, 1987.

GORJÃO-HENRIQUES, M. — Direito da União. 6 ª edição. Coimbra: Almedina, 2010. KELSEN, H. — Teoria Pura do Direito. Traduzido por BAPTISTA MACHADO, J., 6 ª edição. Coimbra: Arménio Amado - Editora, 1984.

QUEIROZ, C. — Interpretação Constitucional e Poder Judicial - Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

SANTOS JUSTO, A. — Introdução ao Estudo do Direito. 2 ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

Artigos científicos:

CORREIA DE MENDONÇA – *As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição*. Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Vol XVIII (72,73,74), (1982) ns. 3º, 4º e 5º.

COUTRON, L. — *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire*. Revue Trimestrielle de Droit Européen. outubro-dezembro (2009), no. 4. DYRBERG, P. e PETURSSON, G. T. — *What is consent? A note on Davidoff and Levi Strauss*. European Law Review. abril (2002), vol. 27 no. 4.

EMMERT, F. e PEREIRA DE AZEVEDO, M. — *L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: um bateau ivre?* Revue Trimestrielle de Droit Européen. julho-setembro (1993), no. 3.
LENZ, M., SIF TYNES, D. e YOUNG, L. — *Horizontal What? Back to Basics*. European Law Review. outubro (2000), vol. 25 no. 5.

MAYER, F.C. — Multilevel Constitutional Jurisdiction. In VON BOGDANDY, A. AND BAST, J.: Principles of European Constitutional Law. Oxford: Hart Publishing. Verlag CH Beck, 2010.

O'DOUGLAS, W. – *Stare Decisis*. Columbia Law Review. Vol 49 (1949).

Jurisprudência:

Tribunal de Justiça da União Europeia:

Asturcom. Processo nº C-40/08. Acórdão de 6 de outubro de 2009, *Col. Jur.*

Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland. Processo nº 46/93. Acórdão de 5 de março de 1996, *Col. Jur.*

Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoeschst-Holland NV contra Administração Fiscal Neerlandesa. Processo nº 28/62, 29/62, 30/62. Acórdão de 27 de março de 1963, *Col. Jur.*

Defrenne 2. Processo nº 43/75. Acórdão de 8 de abril de 1976, *Col. Jur*.

El Corte Inglés SA contra Cristina Blázquez Rivero. Processo nº C-192/94. Acórdão de 7 de março de 1996, *Col. Jur.*

Gerhard Köbler contra Republik Österreich. Processo nº C-224/01. Acórdão de 30 de setembro de 2003, *Col. Jur.*

Lucchini Spa contra Ministério dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato. Processo nº 119/05. Acórdão de 18 de julho de 2007, *Col. Jur.*

M. H. Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching). Processo nº C-152/84. Acórdão de 26 de fevereiro de 1986, *Col. Jur.*

Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary. Processo nº 222/84. Acórdão de 15 de maio de 1986, *Col. Jur.*

NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administração Fiscal Neerlandesa. Processo nº C-26/62. Acórdão de 5 de fevereiro de 1963, *Col. Jur.*

Océano Grupo Editorial SA. Processo nº C-240/98 a C-244/98. Acórdão de 27 de junho de 2000, *Col. Jur.*

Pasquale Foglia contra Mariella Novello. Processo nº C-24/80. Acórdão de 16 de novembro de 1981, *Col. Jur*.

Parecer sobre o acordo que estabelece o Espaço Económico Europeu. Processo nº 1/91. *Col. Jur.*

Peterbroeck, Van Campenhout & Ci e SCS contra Estado Belga. Processo nº C-312/93. Acórdão de 14 de dezembro de 1995, *Col. Jur.*

Scarpelli. Processo nº C-509/07. Acórdão de 23 de abril de 2009, *Col. Jur.*

Srl CILFIT e outros e Lanifício di Gavardo SpA contra Ministero della sanità . Processo nº C-283/81. Acórdão de 6 de outubro de 1982, *Col. Jur.*

Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht):

SOLANGE. Processo nº 37 BVerfGE 271 Acórdão de 29 de maio de 1974, *Col. Jur.*

SOLANGE II. Processo nº 73 BVerfGE 339. Acórdão de 22 de outubro de 1986, *Col. Jur.*

Tratado de Maastricht. Processo nº 89 BVerfGE 155. Acórdão de 12 de outubro de 1993, *Col. Jur.*

-

[2] Eduardo Manuel Oliveira e Sousa. Doutorando em Direito, Universidade Lusíada do Porto. O presente artigo enquadra-se, com as devidas alterações, num ponto específico da investigação anteriormente realizada pelo A. no âmbito da dissertação conducente ao Grau de Mestre em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob o título "*IUS CURIAE: OS Efeitos dos Acórdãos Interpretativos do Tribunal de Justiça da União Europeia*", defendida em provas públicas a 16/05/2012.

[3] *Cfr*. Artigo 267º TFUE.

[4] Talvez num ato de reação por parte da Jurisprudência e Doutrina dos Estados-Membros perante os primeiros acórdãos do Tribunal de Justiça. É relativamente fácil ver aqui um padrão comportamental de falta de confiança face à ordem jurídica comunitária. Os acórdãos do *Bundesverfassungsgericht* como *Solange I, II* e *Maastricht* são conhecidos por colocar questões relativas à proteção dos Direitos Fundamentais por parte da União, obrigando os juízes alemães a não aplicar o Direito da União, considerado inferior na sua proteção dos Direitos Fundamentais face à *Grundgesetz*. Lembramos que

os primeiros acórdãos do Tribunal de Justiça são conhecidos pela sua exposição em matéria de caracterização da ordem jurídica "*comunitária*" e quanto aos efeitos dos acórdãos respetivos.

[5] TJUE: *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoeschst-Holland NV versus Netherlands Inland Revenue Administration*. Processo nº 28/62, 29/62, 30/62. Acórdão de 27 de março de 1963. *Col. Jur.*: "*The Questions of interpretation posed in this case are identical with those settled as above and no new factor has been presented to the Court", "In these circumstances the Tariefcomissie must be referred to the previous judgment*".

[6] DYRBERG, P. — *What should the Court of Justice be doing?* European Law Review. junho (2001), vol. 26, no. 3, p. 295.: "*As Community law has to operate in (…) very varied contexts, uniform application cannot be taken for granted. Uniform application is rather a sort of existential problem to which the Community legal order continuously has to relate. Furthermore, the legal reasoning of the Court of Justice in fundamental areas, with the importance given to teleological interpretation and to effet utile, may appear unfamiliar to practitioners of at least some national legal systems*".

[7] ASCENÇÃO, J.O. — O Direito - Introdução e Teoria Geral. 13 ª edição. Coimbra: Almedina, 2005, p. 382.

[8] Mencionamos apenas as "duas grandes famílias", a romano-germânica e a anglo-saxónica. COUTRON adota uma posição histórica e aponta ainda uma terceira família, a nórdica. COUTRON, L. — *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire*. Revue Trimestrielle de Droit Européen. outubro-dezembro (2009), no. 4.

[9] TJUE: *Srl CILFIT e outros e Lanifício di Gavardo SpA contra Ministero della sanità*. Processo nº C-283/81. Acórdão de 6 de outubro de 1982, *Col. Jur*., Considerandos 20 e 21. CARAMELO GOMES demonstra a aplicação dos "*testes para determinação da clareza*". *Vide* CARAMELO GOMES, J.L. - The Law of Real Property in the EU: A Comparative Study. Salford: University of Salford, 2002, PhD Dissertation.

[10] No Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, esta alínea ganha a seguinte leitura: "*Sobre a Interpretação dos Tratados*" (Relembramos que em 1957 ainda não existia o Tratado Sobre a União Europeia, e embora os Tratados CECA e CEEA previssem as competências do TJCE especificamente, esta disposição apenas referenciava o TCE como "*o Tratado*").

[11] No Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, as alíneas b) e c) fundem-se e ganham uma leitura simplificada e mais eficaz por via da sua abrangência - "*Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União*".

[12] Artigos 31º e 41º CECA, relativos ao Tribunal de Justiça.

[13] TJUE: *Defrenne 2*. Processo nº 43/75. Acórdão de 8 de abril de 1976, *Col. Jur*.

[14] MAYER, F.C. — Multilevel Constitutional Jurisdiction. In VON BOGDANDY, A. AND BAST, J.: Principles of European Constitutional Law. Oxford: Hart Publishing. Verlag CH Beck, 2010. pp. 408/409. Segundo FRANZ MAYER, a razão por detrás da relutância jurisprudencial do Tribunal de

Justiça em conceder um maior "*controlo*" aos tribunais nacionais, mesmo em campos como a validade das disposições comunitárias, nasce do desenvolvimento do princípio do primado. A necessidade da "*independency, uniformity and efficacy of Community Law*" explica a teorética "*inaplicabilidade automática*" das disposições normativas internas incompatíveis com o Direito válido da União. Que, compreende MAYER, é uma primazia de aplicação cujo âmbito engloba igualmente normas constitucionais.

15 Ibid., p. 420.

16 Ibid., pp. 430/431. FRANZ MAYER aponta este modelo como possível solução dos conflitos relativos ao primado e à fundamentação da validade [democrática] do Direito da União. Sobre o assunto, *vide* PERNICE, I. — *Multilevel constitutionalism in the European Union*. European Law Review. outubro (2002), vol. 5 no. 27.

17 TJUE: *Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*. Processo nº 222/84. Acórdão de 15 de maio de 1986, *Col. Jur.*

18 *Vide* TJUE: *CILFIT* (C-283/81), *Oceano* (c-240/98), *Peterbroeck* (C-312/93) *e Köbler* (C224/01).

19 Artigo 267º, segundo e terceiro parágrafo do TFUE.

20 TJUE: *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoeschst-Holland NV contra Administração Fiscal Neerlandesa*. Processo nº 28/62, 29/62, 30/62. Acórdão de 27 de março de 1963, *Col. Jur.*

21 Ibid.: "*The Questions of interpretation posed in this case are identical with those settled as above and no new factor has been presented to the Court", "In these circumstances the Tariefcomissie must be referred to the previous judgment*".

22 TJUE: *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administração Fiscal Neerlandesa.* Processo nº C-26/62. Acórdão de 5 de fevereiro de 1963, *Col. Jur.*

23 Ibid.: "*Article 12 of the treaty establishing the european economic community produces direct effects and creates individual rights which national courts must protect*".

24 Também denominado de "*Case of First Impression*" em algumas jurisdições. *Cfr*, por último, BLACK, H.C. — BLACK'S LAW DICTIONARY. In GARNER, B.A. *BLACK'S.* ST. PAUL, MINN: WEST GROUP, 1999, p. 649 (first impression, case of), p. 207 (case of first impression), p. 206 (case, case of first impression): "*A case that presents the court with issues of law that have not previously been decided in that jurisdiction*". Para um maior desenvolvimento sobre o *Case of First Impression* em sede da *Common Law Vide* CROSS, R. e HARRIS, J.W. — Precedent in English Law, editado por HONORÉ, T. AND RAZ, J., 4 ª edição. Oxford: Oxford University Press, 1991, pp. 200 ss.

25 TJUE: *NV Algemene Transport - en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administração Fiscal Neerlandesa.* Processo nº C-26/62. Acórdão de 5 de fevereiro de 1963. *Col. Jur.*

[26] TJUE: *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoeschst-Holland NV contra Administração Fiscal Neerlandesa*. Processo nº 28/62, 29/62, 30/62. Acórdão de 27 de março de 1963, *Col. Jur.*

[27] TJUE: *Srl CILFIT e outros e Lanifício di Gavardo SpA contra Ministero della sanità*. Processo nº C283/81. Acórdão de 6 de outubro de 1982, *Col. Jur.*: "*The third paragraph of article 177 of the EEC treaty must be interpreted as meaning that a court or tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law is required, where a question of community law is raised before it, to comply with its obligation to bring the matter before the court of justice , unless (…) or that the community provision in question has already been interpreted by the court of justice*".

[28] Afastamo-nos do entendimento de GORJÃO-HENRIQUES quando este afirma que os acórdãos produzidos em sede de reenvio prejudicial pelo Tribunal de Justiça apenas vinculam o tribunal nacional que fez o reenvio e "*os órgãos jurisdicionais de recurso, no âmbito do mesmo processo*", indicando que todos os outros tribunais nacionais "*são livres de (não) adoptar a interpretação formulada pelo tribunal de justiça nos casos concretos com que se deparem, ainda que se reconheça, quer a força de precedente de facto da jurisprudência comunitária, quer a previsível obrigatoriedade de reenvio quando a mesma questão for colocada – num outro processo – perante um órgão jurisdicional que decide sem possibilidade de recurso ordinário de direito interno*". GORJÃO-HENRIQUES, M. — Direito da União. 6 ª edição. Coimbra: Almedina, 2010, p. 520. Atendendo às palavras do Tribunal de Justiça, claramente se demonstra que *Van Gend & Loos* e *Da Costa*, embora partindo do mesmo órgão jurisdicional nacional, são processos diferentes e o Tribunal de Justiça indicou que a interpretação dada em *Van Gend & Loos* devia ser respeitada em *Da Costa*. Também se demonstra, em *CILFIT*, que a obrigatoriedade de reenvio, mesmo em última instância, resulta excecionada em três situações: estabelecimento da questão como irrelevante, que a interpretação não deixe dúvidas ou que essa matéria já tenha sido interpretada pelo Tribunal de Justiça.

[29] União Europeia - Regulamento do Processo no Tribunal de Justiça da União Europeia. [Em linha]. Disponível em http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-04/rp.pt.pdf. (Consultado em 18/05/2011). Artigo 104º, nº3: "*Quando uma questão prejudicial for idêntica a uma questão que o Tribunal de Justiça já tenha decidido, ou quando a resposta a essa questão possa ser claramente deduzida da jurisprudência, o Tribunal pode, depois de ouvir o advogado-geral, a qualquer momento, decidir por meio de despacho fundamentado, no qual fará referência ao acórdão anterior ou à jurisprudência em causa*".

[30] ANTUNES VARELA J.M. – *Do Projecto ao Código Civil*. *Apud.* CASTANHEIRA NEVES, A. — O instituto dos «Assentos» e a função juridica dos Supremos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 304. No sentido interno do litígio colocado perante o Tribunal, o *assento* como precedente, mesmo que vinculativo, serve de afirmação dos princípios inerentes à decisão da relação materialmente controvertida. Ao que CASTANHEIRA NEVES indica a natureza normativa do *assento*, ANTUNES VARELA denomina de "*preceito que coroa a decisão do caso concreto*".

[31] Relativamente ao *binding precedent*, CROSS e HARRIS apontam que, na *Common Law*: "*A judge is bound to follow a previous decision, and appellate courts may overrule the previous decision of the courts beneath them in the hierarchy, provided they are not precluded from doing so by a decision which is binding upon them or by an Act of Parliament*". CROSS, R. e HARRIS, J.W. — Precedent in English Law. editado por HONORÉ, T. AND RAZ, J., 4 ª edição. Oxford: Oxford University

Press, 1991, p. 30. Todavia, este não é assim tão rígido, como apontou o Conselho de Estado em Attorney General of St. Christopher contra Reynolds. Supremo Tribunal de Justiça de San Fernando: *Attorney General of St. Christopher and Anguilla contra Reynolds*. Processo nº 637, 659, *Col. Jur*. 1980.

[32] Não radica de nenhuma incapacidade do Tribunal de Justiça para fazer *retrospective overruling*, dado que este já fixou os efeitos produzidos por uma disposição do tratado no tempo, *Vide* TJUE: *Pasquale Foglia contra Mariella Novello*. Processo nº C-24/80. Acórdão de 16 de novembro de 1981. *Col. Jur*: Em *Common Law*, CROSS e HARRIS lembram que, esta possibilidade é "*the last relict of the declaratory theory*". Apontam também para um corrente abandono voluntário deste poder pela jurisprudência, escolhendo puramente proceder a overrulling prospectivo de forma a evitar dificuldades na aplicação de precedentes por parte dos juízes e injustiças inerentes à formação prévia de contratos. "*(…) if the House of Lords were to overrule the decisions which most lawyers consider to have set the seal on the doctrine of privity of contract, settlements of property based on the assumption of the validity of that doctrine would lose much of their point, and the intentions of the settler together with the legitimate expectations of others would be defeated. Such injustices could be avoided if the decision in question could be overruled with purely prospective effect*", CROSS, R. e HARRIS, J.W. — Precedent in English Law, editado por HONORÉ, T. AND RAZ, J., 4 ª edição. Oxford: Oxford University Press, 1991. pp. 228/229.

[33] KELSEN, H. — Teoria Pura do Direito. Traduzido por BAPTISTA MACHADO, J., 6 ª edição. Coimbra: Arménio Amado - Editora, 1984, pp. 470/472.

[34] Ibid., p. 471.

[35] Ibid.

[36] Ibid.

[37] SANTOS JUSTO, A. — Introdução ao Estudo do Direito. 2 ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 316/317. FERRARA, F. — Interpretação e Aplicação das Leis. Traduzido por DOMINGUES DE ANDRADE, M. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1987, p. 131/134. Entre nós, o artigo. 13º, nº 1 do Código Civil. O Direito Civil Italiano consagra um conceito idêntico ao do nosso Código Civil. FERRARA no seu "*Tratatto de Diritto Civile Italiano*" traduzido por MANUEL DE ANDRADE, aponta que "[*É*] *interpretativa toda a lei que por declaração expressa ou pela sua intenção de outro modo exteriorizada, se propõe determinar o sentido de uma lei precedente, para esta ser aplicada em conformidade*". Indica ainda, que o escopo da lei interpretativa é essencial, diferenciando-o de normas "elucidativas" ou "integradoras" de outras normas, ou que só alteram a sua interpretação prospectivamente. Admite porém, que "*a chamada interpretação autêntica não é verdadeira interpretação, mas funda a sua eficácia de modo autónomo na declaração de vontade do legislador: é uma lei com efeito retroactivo*". MANUEL DE ANDRADE aponta ainda a necessidade do "*magistrado (…) fazer acto de legislador*" no âmbito da integração de lacunas prevista no Código Civil Suíço, o qual o nosso Código Civil reflete no artigo 10º, nº3. DOMINGUES DE ANDRADE, M.A. — Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis. 4 ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1987, p. 85.

[38] BAPTISTA MACHADO, J. — Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1994, p. 176. BAPTISTA MACHADO aponta, alias, a decorrência do poder interpretativo a partir do poder legislativo. Nas suas palavras, a "*interpretação autêntica (…) representa, afinal, uma manifestação da competência legislativa e tem, por isso, a força vinculante própria da lei*".

[39] Ibid., SANTOS JUSTO relembra a existência dos Assentos da Casa da Suplicação, do Supremo Tribunal de Justiça e a sua existência nos Códigos de Processo Civil entre 1939 a 1966. Para um maior desenvolvimento histórico sobre o Instituto dos Assentos, *vide* CASTANHEIRA NEVES, A. — O instituto dos «Assentos» e a função juridica dos Supremos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. CORREIA DE MENDONÇA – *As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição*. Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Vol XVIII (72,73,74) ns. 3º, 4º e 5º, pp. 839/841.

[40] *Cfr*. Artigo 267º TFUE.

[41] TJUE: *Parecer sobre o acordo que estabelece o Espaço Económico Europeu*. Processo nº 1/91. *Col. Jur*, p. 12.: "*Não estando vinculado pelas suas decisões anteriores, o Tribunal pode sempre afastar-se da sua jurisprudência decidindo uma questão de direito de forma diferente*".

[42] TJUE: *M. H. Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*. Processo nº C-152/84. Acórdão de 26 de fevereiro de 1986. *Col. Jur.*

[43] TJUE: *Scarpelli*. Processo nº C-509/07. Acórdão de 23 de abril de 2009, *Col. Jur.*

[44] A questão do efeito direto das Diretivas continua a ser amplamente discutida na Doutrina. Para maior desenvolvimento, *Vide* EMMERT, F. e PEREIRA DE AZEVEDO, M. — *L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: um bateau ivre?* Revue Trimestrielle de Droit Européen. julho-setembro (1993), no. 3, pp. 503 ss. e LENZ, M., SIF TYNES, D. e YOUNG, L. — *Horizontal What? Back to Basics*. European Law Review. outubro (2000), vol. 2, no. 5, pp. 509 ss.

[45] QUEIROZ, C. — Interpretação Constitucional e Poder Judicial - Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Lisboa: Coimbra Editora, 2000, p. 213.

[46] TJUE: *El Corte Inglés SA contra Cristina Blázquez Rivero.* Processo nº C-192/94. Acórdão de 7 de março de 1996, *Col. Jur.*

[47] TJUE: *Parecer sobre o acordo que estabelece o Espaço Económico Europeu*. Processo nº 1/91. *Col. Jur.*

[48] QUEIROZ, C. — Interpretação Constitucional e Poder Judicial - Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Lisboa: Coimbra Editora, 2000, p. 214

[49] BLACK, H.C. — BLACK'S LAW DICTIONARY. In GARNER, B.A. *BLACK'S*. ST. PAUL, MINN: WEST GROUP, 1999, p. 486.

[50] Ibid.

[51] CROSS e HARRIS apontam as 3 fases da aplicação de um precedente por analogia: A percepção da semelhança entre os casos, a determinação da *ratio decidendi* do caso anterior, e por último, a decisão de aplicar essa *ratio decidendi* ao caso em julgamento. CROSS, R. e HARRIS, J.W. — Precedent in English Law, editado por HONORÉ, T. AND RAZ, J., 4 ª edição. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 192.

[52] ALEXY, R. — Teoria de los Derechos Fundamentales (Theorie der Grundrechte). Traduzido por GARZÓN VALDÉS, E.; editado por DÍAZ, E. Madrid (Baden-Baden): Centro de Estudos Constitucionales (Suhrlamp-Verlag), 1997 (1986), p. 539.

[53] Ibid.

[54] O'DOUGLAS, W. – *Stare Decisis*. In Columbia Law Review. Vol. 49 (1949), p. 749 "*The Overruling may and often does presage a sweeping change in constitutional doctrine*".

[55] ALEXY, R. — Teoria de los Derechos Fundamentales (Theorie der Grundrechte). Traduzido por GARZÓN VALDÉS, E.; editado por DÍAZ, E. Madrid (Baden-Baden): Centro de Estudos Constitucionales (Suhrlamp-Verlag), 1997 (1986), p. 539.

[56] RICHARD A. WASSERSTROM, The Judicial Decision, cit., pp. 71 ss. *Apud* QUEIROZ, C. — Interpretação Constitucional e Poder Judicial - Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Lisboa: Coimbra Editora, 2000, nota 242, p. 214.

[57] Ibid., p. 212.

[58] TJUE: *Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland*. Processo nº 46/93. Acórdão de 5 de março de 1996. *Col. Jur.* Já CASTANHEIRA NEVES aponta a jurisprudência como "*manifestação*" da "*unidade do Direito*", necessária para o "*cumprimento da sua específica perspectiva normativo-intencional*". CASTANHEIRA NEVES, A. — O instituto dos «Assentos» e a função juridica dos Supremos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 656.

[59] No qual se insere uma maior concretização das obrigações dos tribunais dos Estados-membros por parte do Tribunal de Justiça, *in casu*, a de apreciar novamente matéria que já foi julgada e cuja decisão transitou em julgado (*Lucchini*) e a obrigação de conhecer *ex officio* da validade de decisões arbitrais anteriores (*Asturcom*).

[60] FAIRHURST, J. — Law of the European Union. 5 ª edição.: Pearson Longman. 2006, p. 157.

[61] A obrigatoriedade de reenvio, por exemplo, nasce da clara evolução sua possibilidade, e como CROSS e HARRIS apontam: "*precedent rules, like other features of judicial practice, are the subject of constant incremental evolution*". CROSS, R. e HARRIS, J.W. — Precedent in English Law, editado por HONORÉ, T. AND RAZ, J., 4 ª edição. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 225.

NOVAS JURISDIÇÕES PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: CIDADANIA E DIGNIDADE

Paulo Dias de Moura Ribeiro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Diretor do Curso de Direito da UnG Professor de Pós-Graduação da FDSBC

Professor da UDF

Sumário: 1. Localização constitucional do tema; 2. Novos padrões de solução de conflitos; 3. Pretensão resistida não pode encontrar solução só no judiciário; 4. Aceleração de demandas no Judiciário; 5. Negociação das partes dentro do processo traçando o caminho da solução; 6. Audiências Públicas; 7. Lei de Arbitragem; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

Resumo: No artigo é feita uma análise sobre métodos alternativos para a solução de conflitos, com foco na nova legislação processual civil que entrará em vigor no Brasil no próximo ano, apontando seu embasamento no direito comparado, trazendo à colação doutrina e jurisprudência e propondo, ao final, uma maior conscientização dos estudantes e aplicadores do direito sobre a necessidade do distanciamento das soluções adjudicadas das demandas no contexto do Judiciário brasileiro.

1. Localização Constitucional do Tema

O Estado brasileiro é uma república federativa comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Isto está estampado no preâmbulo da nossa Constituição Federal. Veja-se:

> *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a* ***solução pacífica das controvérsias*** *, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.*

Não bastasse, dentre os princípios fundamentais adotados pela nossa Constituição Federal, no plano internacional, na mesma linha, o Brasil adotou três que garimpam a ideia da paz e da felicidade.

> ***Art. 4º.*** *A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:*
>
> *II - prevalência dos direitos humanos;*
>
> *VI - defesa da paz;*
>
> *IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.*

Apesar de todos os compromissos com a pacificação, com a CF/88 experimentou-se um amplo acesso ao Judiciário, que gerou, claro, uma explosão inesperada ou inimaginável de demandas. Assim, o Judiciário

brasileiro passou a suportar, sem aumento no número de juízes, um número significativo e crescente de processos.

Mas, isso não implica reconhecimento de uma fé inabalável do povo brasileiro no Poder Judiciário.

Com efeito, uma pesquisa da **FGV** revelou que **58,3%** dos entrevistados acreditam que o acesso ao Judiciário no Brasil é difícil ou inexistente; que **78,1%** acreditam no elevado custo de acesso ao Judiciário; que **59,1%** acreditam que o Judiciário brasileiro não é competente ou tem pouca competência para a solução de conflitos; e que **92,6%** acreditam que o Judiciário brasileiro resolve as demandas de forma lenta ou muito lenta.

Disso tudo, resultou a nota de confiança do povo no Judiciário brasileiro: **5,9.** Não é muito. Mas também não é pouco.

Afinal, não se pode esquecer que, mesmo numa situação caótica, o Judiciário brasileiro, segundo os dados de 2012 do CNJ, suportava uma demanda de quase **93 milhões** em tramitação, para uma população de **198 milhões de habitantes**.

Então, de cada 2 brasileiros, um tem um processo no Judiciário.

Além disso, ainda segundo a pesquisa do CNJ, o custo de cada processo para cada brasileiro é de R$ 300,48 (algo em torno de 85,00 Euros), ou 1,3% do nosso PIB.

Donde, se nada for feito, o Judiciário brasileiro caminhará a passos largos para o caos porque, a partir da consagração dos direitos e garantias individuais da CF/88, ele não recebeu aportes materiais e por isso não se preparou para a enxurrada de demandas, notadamente as de consumo, decorrentes da contratação de massa, de adesão que, quando descumpridos, geram milhares de demandas.

Daí a exigência de soluções repetitivas que o STJ vem albergando e solucionando com forte presteza.

Por outro lado, não se pode esquecer que o crescente número de **advogados** no mercado de trabalho (mais de **850.000**), sem falar no número

elevado de bacharéis em direito, faz, evidentemente, e com justiça, crescer o número de demandas, o que é bastante razoável e compreensível.

Diante de tal quadro, em boa hora, o CNJ criou a Resolução 125/00, pelas mãos do seu então Presidente, Min. Cezar Peluso.

2. Novos Padrões de Solução de Conflitos

Diante do quadro emoldurado, faz-se necessária a abertura de novos padrões de solução de conflitos, afastando a ensinada solução adjudicada dos litígios.

E o novo CPC veio fazer parte dessa nova visão e ensinar a nova cultura da pacificação, refletindo o que consta do preâmbulo da nossa CF e dos princípios fundamentais que ela adotou no seu art. 4º.

Em suma, as portas se abriram e estão abertas para a nova concepção de solução de lides. Com efeito, *todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva* (art. 6º, do novo CPC).

Trata-se do princípio da **cooperação** agora introduzido e sem correspondência no CPC/73, de notória inspiração assentada na dignidade humana e na cidadania.

> ***Art. 1º.*** *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
>
> *II - a cidadania;*
>
> *III - a dignidade da pessoa humana.*

A **cooperação** implicará auxílio das partes na identificação das situações fáticas e de direito e a abstenção da criação de incidentes desnecessários e protelatórios. Comportamentos contrários à cooperação serão sancionados

pelo dano processual, consoante as hipóteses previstas no art. 80, do NCPC. Os valores indenizatórios estão lançados no art. 81, do NCPC.

> ***Art. 80.*** *Considera-se litigante de má-fé aquele que:*
>
> *I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;*
>
> *II - alterar a verdade dos fatos;*
>
> *III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;*
>
> *IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;*
>
> *V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;*
>
> *VI - provocar incidente manifestamente infundado;*
>
> *VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.*
>
> ***Art. 81.*** *De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.*

Afinal de contas, os personagens do processo não podem mais fazer vista grossa ao princípio da boa-fé processual, agora lançado no art. 5º, do NCPC.

> ***Art. 5º.*** *Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*

Desnecessário salientar que o dever de **cooperação** alcança todos os personagens do processo: autor, réu, terceiros intervenientes, MP e o seu próprio condutor, o Juiz de Direito.

Aliás, o dever de **cooperação** também é ressaltado no art. 266º do CPC português denotando um princípio angular e exponencial de forma a

propiciar que juízes e mandatários, em mútua cooperação, alcancem uma justiça expedita e eficaz no caso concreto.

> ***Art. 266º.*** *Princípio da cooperação.*
>
> *1.* ***Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.***
>
> *2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.*
>
> *3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do art. 519º.*
>
> *4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.*

No dizer de FERNANDO LUSO SOARES, DUARTE ROMEIRA MESQUITA e WANDA FERRAZ DE BRITO (“Código de Processo Civil Anotado”, Almedina, 2001, 12ª edição, pág. 289), respaldados em Miguel Teixeira de Sousa, “Estudos sobre o novo processo”, 2ª ed., pág. 65, *o dever de cooperação por parte do tribunal desdobra-se em quatro deveres essenciais:* ***a)*** *o dever de esclarecimento, isto é, o dever de o tribunal se esclarecer quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (cfr. Artigo 266º, nº 2), de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada;* ***b)*** *o dever de prevenção, ou seja, o dever de o tribunal prevenir as partes*

sobre eventuais deficiências ou insuficiências de suas alegações ou pedidos (cfr. artigos 508º nº 1, al. h; 508º-A, nº 1, al. c; 690º, nº 4 e 701, nº 1); ***c)*** *o dever de consultar as partes, sempre que pretenda conhecer da matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (cfr. artigo 3º, nº 3), porque, por exemplo, o tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque esse órgão pretende conhecer oficiosamente certo facto relevante para a decisão da causa;* ***d)*** *e o dever de auxiliar as partes na remoção de dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais (cfr. artigo 266º, nº 4).*

O Novo CPC, além do dever de **cooperação** entre os sujeitos do processo, acima ressaltado, também estabelece o dever do juiz auxiliar as partes, corrigindo eventuais falhas procedimentais:

> ***Art. 139.*** *O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:*
>
> *[...]*
>
> *IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.*

3. Pretensão Resistida não Pode Encontrar Solução Só no Judiciário

É sabido e ressabido que a CF/88 abriu as portas do Judiciário sem que ele estivesse preparado, em todos os sentidos, para a avalanche de processos que recebeu e que continua recebendo, segundo os dados apresentados.

Então, é necessário que se entenda de um outro modo que a pretensão resistida só pode ser solvida pelo Judiciário.

Outras ferramentas deverão ser trazidas em benefício dos jurisdicionados que precisam ver acolhidas suas pretensões, independentemente da solução adjudicada.

O caminho legislativo poderá ser acionado para que novos canais de solução de litígios sejam postos à disposição da população, mas com forte foco na conciliação.

Assim, independentemente do pronunciamento judicial, seria possível, imagino, que PROCON's, agências reguladoras, arbitragens extrajudiciais, OMBUDSMEN nas grandes empresas, o esgotamento da via administrativa e outros caminhos para a satisfação rápida do direito reclamado.

Assim, por exemplo, as hipóteses previstas pelo CCom de 1850, poderiam ser reativadas e até mesmo ampliadas. Veja-se:

a) solução de controvérsias através de árbitros para as indenizações extraordinárias a que feitores, guarda-livros e caixeiros pudessem vir a fazer jus (art. 80);

b) durante o período de trabalho dos prepostos de feitores, guarda-livros e caixeiros não poderia haver desligamento imotivado, sob pena de pagarem a indenização que os árbitros fixassem (art. 82);

c) os trapicheiros e administradores de armazéns que fossem obrigados a pagar por prejuízos causados, pagariam a indenização que fosse avaliada por árbitros (art. 95);

d) semelhante avaliação indenizatória por árbitros também no art. 194, do CCom (preço incerto deixado a estimação a terceiros, seria determinado por arbitradores); no art. 201, do CCom (venda por amostras), havendo dúvida sobre a qualidade e preço, o desate seria feito por arbitradores;

e) também haveria solução indenizável por estimação de arbitradores nas hipóteses dos arts. 215, do CCom (prejuízo decorrente da evicção), 217, do CCom (vícios e diferenças nas qualidades das mercadorias); arts. 776/777, do CCom nas avarias das cargas.

> *Quando julgamos encontrar alguma coisa original, mais cedo ou mais tarde descobrimos em suas costas a marca triste do papel carbono* ("Migalhas de PAULO BONFIM", Migalhas, item 512).

Quem sabe, também, a disposição do art. 153, § 4º, da Emenda Constitucional nº 1/69, com outras tintas, possa ser revigorada:

> *A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.*

A proposta, com o devido respeito, segue no sentido de só se recorrer ao Judiciário após prévia demonstração de que uma solução amigável extrajudicial ficou frustrada.

Isso, em verdade, foi preconizado pela nossa Constituição do Império em seu art. 161. Veja-se:

> *Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.*

Por outro lado, afinal de contas, a CF/88, democrática, cidadã, no capítulo do Desporto, condicionou o ingresso de demandas de tal naipe no Judiciário, após o esgotamento da via administrativa. Veja-se:

> ***Art. 217.*** *É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:*
>
> *[...]*
>
> *§ 1º. O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.*

Essas ideias implicariam a redução dos prazos para a solução dos conflitos, sem as onerações das taxas judiciárias, sem depósitos prévios,

embora precise ser assegurada a interrupção dos prazos prescricionais.

Algo como a Súmula 278, do STJ, poderia evitar tal questionamento:

> *O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.*

Seria possível a substituição: *... ou decadencial ... teve ciência inequívoca da negativa do direito postulado.*

É importante anotar que o legislador brasileiro não ficou inerte diante da avalanche de processos e, recentemente, editou algumas normas na tentativa de resolver por outros meios a pretensão resistida, principalmente por medidas de solução de controvérsias extrajudiciais:

a) Inventário e partilha por via administrativa (CPC atual):

> ***Art. 982***. *Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial;* ***se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública*** *, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário (Redação dada pela Lei nº 11.441, de 2007).*
>
> *§ 1º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (Renumerado do parágrafo único com nova redação, pela Lei nº 11.965, de 2009).*
>
> *§ 2º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei (Incluído pela Lei nº 11.965, de 2009).*
>
> ***Art. 1.031.*** *A* ***partilha amigável*** *, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova*

da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei (Redação dada pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, também, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único (Parágrafo único Renumerado pela Lei nº 9.280, de 30.5.1996).

§ 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos (Incluído pela Lei nº 9.280, de 30.5.1996).

b) Separação consensual e divórcio consensual por via administrativa (CPC atual):

Art. 1.124-A. *A* ***separação consensual e o divórcio consensual****, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos,* ***poderão ser realizados por escritura pública*** *, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).*

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (Redação dada pela Lei nº 11.965, de 2009).

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

c) Recuperação extrajudicial (Lei nº 11.101/2005):

Art. 161. *O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores* ***plano de recuperação extrajudicial.***

§ 1º Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do caput, desta Lei.

§ 2º O plano não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos.

§ 3º O devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 (dois) anos.

§ 4º O pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

§ 5º Após a distribuição do pedido de homologação, os credores não poderão desistir da adesão ao plano, salvo com a anuência expressa dos demais signatários.

§ 6º A sentença de homologação do plano de recuperação extrajudicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III do caput, da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 Código de Processo Civil.

Art. 167. *O disposto neste Capítulo não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores.*

4. Aceleração de Demandas no Judiciário

São pensamentos que buscam destravar o grande número de demandas que desaguam no Judiciário.

Sem dúvida alguma, a especialização pode ser a chave mestra para um forte escoamento das demandas, especialmente nos grandes Tribunais, a exemplo do de São Paulo, com suas Câmaras Ambientais e de Recuperação Judicial.

Com a especialização, se tem uma racionalização maior das rotinas, mesmo das administrativas, o que redunda numa melhor preparação funcional e dos magistrados.

A repetição também implicará forte aceleração na solução das demandas.

Mas, não só as delongas precisam ser objeto de consideração.

Os custos dos processos não podem ser esquecidos.

No Estado de São Paulo, segundo estudos feitos e que acabaram por influenciar a Lei Paulista nº 15.804, de 22 de abril de 2015, foi apurado que cada processo judicial custa para os cofres públicos R$ 1.500,00 (cerca de 430 euros).

Assim, melhor se pagar 2 UFESP's por uma jornada de 2 horas de trabalho por conciliador (cerca de R$ 87,00 ou 24 euros).

O Desembargador PEDRO FACCHINI NETO, no estudo "Fuga da Jurisdição? Reflexões sobre a Busca de Alternativas à Jurisdição" ("Práticas Inovadoras na Jurisdição", Porto Alegre, 2014), sugeriu, com pertinência, dentre outras, a adoção de uma medida americana (*appellate mediaton* – mediação recursal).

Por ela, em cada tribunal federal de recursos foram contratados de um a três *settlement officers* (oficiais de conciliação). Desta forma, todas as apelações que chegam aos tribunais são submetidas a uma triagem e, em sendo percebida a possibilidade da conciliação, o mediador convocará as partes ou elas e seus procuradores, para direcioná-las a um acordo.

E isso é feito antes mesmo de serem deduzidas as razões da apelação porque o inconformado, segundo o autor, só mencionará o seu desejo de recorrer. Precoce, pois, a intervenção do mediador e a chance da conciliação.

Poder apelar sem oferecer as razões é matéria que habita o nosso cotidiano jurídico no processo penal (art. 600, § 4º, do CPP).

> ***Art. 600.*** *Assinado o termo de apelação, o apelante e, depois dele, o apelado, terão o prazo de 8 (oito) dias cada um para oferecer razões, salvo nos processos de contravenção, em que o prazo de 3 (três) dias.*
>
> *[...]*
>
> ***§ 4º.*** *Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância serão os autos remetidos ao tribunal* ad quem *onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial.*

Assim, se pelo NCPC não haverá juízo de admissibilidade da apelação, bom seria que ela, no cível, pudesse subir sem as razões do inconformismo, abrindo-se ensejo para que primeiro fosse feito o exame da possibilidade de serem as partes convocadas para uma rodada de conciliação.

> ***Art. 1.010.*** *A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:*
>
> *[...]*

§ 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, ***independentemente de juízo de admissibilidade.***

Interessante notar que a petição do inconformismo será dirigida ao juiz de primeiro grau, embora ele, sobre ela, não possa lançar o mais mínimo juízo de valor. Então, melhor seria que a petição fosse dirigida ao Presidente do Tribunal.

Outra medida que promove a aceleração de demandas no Judiciário é a possibilidade de juntar aos autos prova pré-constituída, dotada de fé pública (**ata notarial**) ou o **laudo de regulação de avaria grossa**, elaborado por um regulador de avarias (art. 707).

O Novo CPC prevê a **ata notarial** (art. 384), lavrada por tabelião de notas e dotada de fé pública, que tem a finalidade de constatar a existência ou o estado de coisas, pessoas ou outros objetos, com a presunção de veracidade típica dos documentos públicos.

Art. 384. *A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.*

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

A Lei nº 8.935/94 (Lei dos Cartórios) já disciplinava os serviços notariais e de registro:

Art. 6º. *Aos notários compete:*

I - formalizar juridicamente a vontade das partes;

II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III - autenticar fatos.

Art. 7º. *Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:*

[...]

III - lavrar atas notariais.

A ata notarial terá especial importância no que se refere à certificação de atos praticados por meios eletrônicos. Como se sabe, as informações disponibilizadas na rede mundial de computadores podem ser facilmente apagadas, atualizadas, transferidas ou furtadas por criminosos virtuais. Dessa forma, a ata notarial servirá para constatar a existência de textos injuriosos, difamatórios ou caluniosos, o uso indevido de imagens ou a infração a direitos autorais, por exemplo.

Outra inovação da lei processual, relativa ao Direito Marítimo, é a possibilidade de juntada aos autos de **laudo de regulação de avaria grossa, por regulador de avarias**, com a apuração dos danos relativos à carga e ao navio, bem como a avaliação dos bens salvos com a avaria grossa:

Art. 707. *Quando inexistir consenso acerca da nomeação de um regulador de avarias, o juiz de direito da comarca do primeiro porto onde o navio houver chegado, provocado por qualquer parte interessada, nomeará um de notório conhecimento.*

Art. 708. *O regulador declarará justificadamente se os danos são passíveis de rateio na forma de avaria grossa e exigirá das partes envolvidas a apresentação de garantias idôneas para que possam ser liberadas as cargas aos consignatários.*

Avaria grossa consiste em dano causado intencionalmente ao navio e/ou à carga, ou despesas extraordinárias efetuadas para o bem comum da expedição náutica, realizados entre o embarque e o desembarque, em razão de situação de perigo iminente e imprevisto, para evitar que dano maior seja

causado tanto à embarcação como à carga, resultando em benefício comum à expedição náutica.

O laudo de regulação de avaria grossa faz prova pré-constituída dos danos apurados e servirá para fixar o valor da condenação, pois deverá conter os cálculos das perdas, danos e despesas da expedição e a "contribuição de avaria grossa", que representa a quantia com que cada parte deverá arcar.

5. Negociação das Partes Dentro do Processo Traçando o Caminho da Solução

No Brasil, com o novo CPC, assim como em Portugal, um novo instrumento conciliador, bem amplo, e que permite regular o encaminhamento da solução da demanda, agora passará a ser possível.

> ***Art. 190.*** *Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.*
>
> ***Parágrafo único.*** *De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.*
>
> ***Art. 191*** *. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.*
>
> ***§ 1º.*** *O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.*
>
> ***§ 2º.*** *Dispensa-se a intimação das partes par.a a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido*

designadas no calendário.

Art. 265º-A do CPC português: *Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações* (redação de 1996).

Pelo que se vê, o art. 265º-A do CPC português bem se parece com o encaminhamento dado pelo art. 190 do NCPC. Ambos reconhecem que a pacificação dos conflitos não pode ser atribuição exclusiva do Judiciário, principalmente por ele nem sempre estar preparado para todo o tipo de demanda, notadamente as do mundo dos negócios. Por isso, viável que as partes iniciem uma negociação para o encontro das suas discrepâncias.

Agora no Brasil, a grande novidade para tais situações é a previsão do destacado art. 190, do NCPC.

Tudo tende a seguir os passos da legislação portuguesa a respeito do tema, valendo ressaltar, entretanto, que o princípio da adequação formal *não deve ir tão longe que permita o afastamento puro e simples do princípio da legalidade das formas processuais e o completo abandono da natureza publicista do processo civil, mas a possibilidade de se ultrapassar eventuais desconformidades com as previsões genéricas das normas de direito adjetivo* (Fernando Luso Soares e outros, *opus cit*, pág. 288).

Com a modernidade nacional destacada, o negócio jurídico processual permite a *autorregulação entre as partes mediante celebração de ajuste sobre aspectos procedimentais da ação judicial que porventura mantenham entre si* (Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, "Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil", RT, pág. 353).

Anote-se que o negócio jurídico processual, que pode ser celebrado antes ou depois do ajuizamento da causa, exige capacidade das partes, dispensa homologação, mas não dispensa o controle judicial que aferirá casos de nulidade absoluta ou de inserção de cláusulas abusivas e contrárias à lei (art. 104 do NCC).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INÉPCIA DA PETIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ACORDO SOBRE PRODUÇÃO DE PROVA. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. APELAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. CABIMENTO.

1 – Recurso especial apresentado contra acórdão que negou provimento a agravo de instrumento interposto contra decisão que não recebeu apelação esgrimida contra sentença homologatória de laudo pericial elaborado no curso de cautelar de produção antecipada de provas.

2 – Não ocorrência de inépcia da petição de embargos de declaração redigida de forma sucinta, mas com fundamentação condizente com o vício apontado.

3 – Celebração de acordo entre as partes acerca da perícia a ser realizada, constando cláusula expressa de que as partes renunciavam ao direito de impugnar o laudo pericial.

4 – Cabimento da apelação quanto à alegação de cerceamento de defesa.

5 – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(REsp 1.505.254/ES, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 18/6/2015).

A respeito do novo tema, muito antes da promulgação do NCPC, o Ministro Villas-Boas Cueva já pontificava que *a flexibilização do procedimento pode ser entendida, em resumo, como a possibilidade de o juiz adotar, por iniciativa própria ou mediante oitiva ou anuência das partes, dependendo do modelo normativo, procedimento mais adequado à solução do conflito levado à apreciação do Judiciário* (“Flexibilização do Procedimento no Novo CPC” http://jota.info/flexibilizaçãoprocedimento-novo-cpc, data de acesso 25/5/2015).

Quem sabe não seja o momento de se repensar nas hipóteses de regulação do antigo Código Comercial.

6. Audiências Públicas

Outro meio que torna mais fácil a solução do litígio é a realização de audiências públicas pelo Poder Judiciário, previstas inicialmente nas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental, com a finalidade de buscar uma resposta que melhor atenda os interesses da sociedade.

> ***Art. 9º da Lei nº 9.868/99:*** *Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.*
>
> *§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos,* ***poderá o relator*** *requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou* ***fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.***
>
> ***Art. 6º da Lei nº 9.882/99:*** *Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.*
>
> *§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda,* ***fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.***

No Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de realizar audiências públicas foi introduzida com a criação do rito dos recursos repetitivos:

> ***Art. 543-C.*** *Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).*
>
> *§ 4º* ***O relator*** *, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria,* ***poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia*** *(Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).*

A primeira audiência pública foi realizada em 2014, em processo submetido ao rito dos recursos repetitivos, de relatoria do Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, para discutir a ***legalidade do score de crédito***, usado por serviços de proteção ao crédito para medir a inadimplência do consumidor.

> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). TEMA 710/STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR. ARQUIVOS DE CRÉDITO. SISTEMA "CREDIT SCORING". COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO. LIMITES. DANO MORAL.*
>
> *I - TESES:*
>
> *1) O sistema "credit scoring" é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).*
>
> *2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).*
>
> *3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.*

4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

II - CASO CONCRETO:

1) Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia.

2) Inocorrência de violação ao art. 535, II, do CPC.

3) Não reconhecimento de ofensa ao art. 267, VI, e ao art. 333, II, do CPC.

4) Acolhimento da alegação de inocorrência de dano moral "in re ipsa".

5) Não reconhecimento pelas instâncias ordinárias da comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não sendo possível afirmar a ocorrência de dano moral na espécie.

6) Demanda indenizatória improcedente.

III - NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL E DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS, E RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(REsp 1.419.697/RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014, RSTJ vol. 236, p. 368)

A segunda audiência pública, em processo também de relatoria do Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, foi realizada neste ano, com o objetivo de subsidiar os Ministros da Segunda Seção com informações técnicas, econômicas e sociais relacionadas à possibilidade de **atualização monetária das indenizações do seguro DPVAT** a partir da edição da Medida Provisória 340/06, convertida na Lei 11.482/07.

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CIVIL. SEGURO DPVAT. INDENIZAÇÃO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO 'A QUO'. DATA DO EVENTO DANOSO. ART. 543-C DO CPC.

1. Polêmica em torno da forma de atualização monetária das indenizações previstas no art. 3º da Lei 6.194/74, com redação dada pela Medida Provisória n. 340/2006, convertida na Lei 11.482/07, em face da omissão legislativa acerca da incidência de correção monetária.

2. Controvérsia em torno da existência de omissão legislativa ou de silêncio eloquente da lei.

3. Manifestação expressa do STF, ao analisar a ausência de menção ao direito de correção monetária no art. 3º da Lei nº 6.194/74, com a redação da Lei nº 11.482/2007, no sentido da inexistência de inconstitucionalidade por omissão (ADI 4.350/DF).

4. Para os fins do art. 543-C do CPC: A incidência de atualização monetária nas indenizações por morte ou invalidez do seguro DPVAT, prevista no § 7º do art. 5º da Lei n. 6194/74, redação dada pela Lei n. 11.482/2007, opera-se desde a data do evento danoso.

5. Aplicação da tese ao caso concreto para estabelecer como termo inicial da correção monetária a data do evento danoso.

6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp 1.483.620/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Segunda Seção, julgado em 27/5/2015, DJe 2/6/2015).

7. Lei de Arbitragem

No dia 26/05/2015, foi sancionada a Lei nº 13.129/2015, que entrará em vigor aos 25/07/2015.

A nova lei altera as disposições das Leis nº 9.307/1996 e 6.404/1976 para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, a possibilidade de proferir sentença arbitral parcial, além de revogar dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

8. Conclusão

O conjunto da obra legislativa destacada demonstra que o Brasil vem caminhando para o incentivo e o aprimoramento de técnicas que permitam o afastamento das soluções adjudicadas das demandas, notadamente aquelas que tenham centro no campo patrimonial.

Esse conjunto vem a calhar diante da pletora do serviço que vem se avolumando no Judiciário que hoje suporta um número de demanda que já beira a casa dos 100 milhões de feitos.

O Judiciário brasileiro, mas também as Casas Legislativas brasileiras, estão fazendo um esforço para a redução desse olímpico passivo porque o atraso no julgamento das demandas não consulta os interesses de ninguém.

Essa mora, então, precisa ser purgada com brevidade, para que cure o mais rápido possível a ferida da demora padecida pelos litigantes na solução do acolhimento do direito postulado.

E tudo leva a crer que tal caminho está sendo albergado pela legislação brasileira que em boa hora traz para o mundo jurídico vários padrões de solução de controvérsia afastadas da adjudicação.

Acresça-se, por fim, que a participação das faculdades de direito para a mudança do ensino da adversidade se faz imperiosa e até deve ser incentivada a conciliação/mediação como matéria obrigatória para que surja uma efetiva mudança de formação pela litigiosidade.

Aliás, tal propositura, consta do art. 6º, inciso V, da Resolução nº 125/2010, do CNJ, que incentiva a cooperação das instituições públicas e privadas de ensino para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica de conflitos.

9. Bibliografia

CUEVA, Ricardo Villas-Bôas. Flexibilização do Procedimento no Novo CPC. http://jota.info/flexibilização-procedimento-novo-cpc, data de acesso 25/5/2015.

FACHINI NETO, Pedro, no estudo “Fuga da Jurisdição? Reflexões sobre a Busca de Alternativas à Jurisdição” *in* Práticas Inovadoras na Jurisdição. Porto Alegre, 2014. SOARES, Fernando Luso,

MESQUITA, Duarte Romeira e BRITO, Wanda Ferraz. Código de Processo Civil Anotado. 12ª edição. Portugal: Almedina, 2001.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim e outros. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. RT, 2015.

O MODELO *ANTITRUST* ALEMÃO: UMA INTRODUÇÃO

Nuno Calaim Lourenço

Modo de Citar e Abreviaturas

Apenas na primeira referência bibliográfica a citação se fará através da identificação de todos os elementos necessários à correcta identificação da obra. Nas referências seguintes, a citação far-se-á apenas pela identificação do autor e pela abreviatura "*op. cit.*" A excepção a esta regra verificar-se-á quando se faça referência a duas ou mais obras do mesmo autor. Neste caso, a citação de qualquer das obras do autor será feita pela indicação de todos os elementos de identificação das mesmas.

Os preceitos legais em que não seja indicada a fonte, pertencem à *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB).

Abreviaturas mais utilizadas:

al. - alínea

art. - artigo

cap. - Capítulo

CE - Comunidade Europeia

BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*

BGH - *Bundesgerichtshof*

CECA - Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

cf. - conferir

cit. - citado

GWB - *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

OCDE - Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico

p. - página

pp. - páginas s/l - sem indicação do local de edição

ss. - seguintes

TCE - Tratado da Comunidade Europeia

TFUE - Tratado do Funcionamento da União Europeia

UE - União Europeia

UWG - *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*

vol. - volume

ZPO - *Zivilprozeßordnung*

Sumário: Introdução; Razão de ordem; 1. As origens do direito da concorrência na Alemanha. Primeiras experiências legislativas; 2. O pensamento ordoliberal e a escola de *Freiburg*; 2.1 Origens; 2.2 Os objectivos de *Freiburg*; 2.3 O conceito da constituição económica; 2.4 A *Ordnungspolitik*; 2.5 As características fundamentais do Estado; 2.6 A lei da concorrência e o seu papel; 2.6.1 A proibição dos monopólios; 2.6.2 O quadro institucional e a aplicação da lei da concorrência; 3. O ordoliberalismo no pós-guerra e a gestação da GWB; 4. O sistema alemão da concorrência e a *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*; 4.1 Instituições e respectivas competências; 4.2 As normas substantivas da GWB; 4.2.1 A proibição de acordos, decisões e de práticas concertadas; 4.2.2 O abuso de posição dominante; 4.2.3 O controlo das concentrações; 4.2.4 Os ilícitos de concorrência e a tutela dos privados; A §33 da GWB; 5. Conclusões; Bibliografia.

Introdução. Razão de ordem [62]

O direito da concorrência tem ocupado um lugar central, *quasi* constitucional, no desenvolvimento das instituições económicas e políticas da Alemanha do pós-guerra. O modelo adoptado em 1958, com a consagração da GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), teve o seu fundamento teórico mais importante no pensamento neo-liberal alemão, em particular, nas ideias da escola de *Freiburg* cujo objectivo confesso era o de oferecer uma alternativa ao contexto de crise social e política da República de Weimar e da Alemanha Nazi. Não se tomam por despiciendas, neste processo, as políticas estratégicas de descartelização e desconcentração da economia alemã adoptadas, em 1947, pelas potências ocupantes; o controlo exercido pela CECA sobre os cartéis de carvão e de aço; e as regras de concorrência do Tratado de Roma de 1957. O direito da concorrência alemão da segunda metade do século XX é, assim, gizado para garantir a liberdade de concorrência, neutralizar as distribuições assimétricas de poder, proteger as legítimas oportunidades de mercado e promover os ideais de justiça social e humana.

Pese embora o continuado esforço de harmonização da GWB à legislação europeia, de que a 7ª reforma de 2005 é exemplo paradigmático, tendo abolido a tradicional distinção entre acordos restritivos horizontais e verticais, a lei alemã mantém certos aspectos de regime que ainda a individualizam. A título exemplificativo, refira-se a possibilidade de se fazer estender a proibição do abuso de posição dominante a empresas não dominantes. A Alemanha foi uma das primeiras nações europeias a adoptar e aplicar normas de controlo das operações de concentração (com a reforma de 1973) e a desenvolver o conceito de abuso de dependência económica a fim de proteger as pequenas empresas nas relações comerciais estabelecidas com clientes ou fornecedores dominantes. Actualmente, e no que respeita às condutas anticoncorrenciais, a GWB contém, em termos latos, três “grupos” distintos de normas: as que se referem à proibição dos acordos restritivos da

concorrência ao abuso de posição dominante e ao controlo de concentrações.

Um dos aspectos que caracteriza o modelo *antitrust* alemão é a existência de um organismo central e independente, o *bundeskartellamt*, responsável pela aplicação das disposições substantivas do GWB. Sem embargo, tratando-se de um Estado federado, a nível regional, e sempre que os efeitos das condutas restritivas de concorrência se circunscrevam ao território de um só Estado, a lei da concorrência é aplicada pelas autoridades da concorrência do respectivo *länder*. A GWB reconhece ao ministro da economia e da tecnologia a prerrogativa de poder autorizar, em certas circunstâncias, uma operação de concentração que haja sido previamente chumbada pelo *bundeskartellamt* (a chamada "permissão ministerial"). Esta faculdade reveste, contudo, carácter excepcional e tem sido exercida em casos muito pontuais por motivos de interesse económico nacional prevalecente. A nível central existe, ainda, a Comissão de Monopólios com funções consultivas.

O direito da concorrência alemão debate-se actualmente com questões da maior relevância, que se relacionam com as reformas da legislação europeia da concorrência e com a sua aplicação pelos Estados-membros. A crescente coordenação e harmonização com as políticas de concorrência europeias levarão, certamente, a Alemanha a querer proteger os argumentos de um modelo já amadurecido e bem-sucedido.

O presente trabalho pretende fazer uma mera introdução ao estudo do modelo *antitrust* alemão. Não temos a veleidade de abordar todas as questões substantivas que um tema tão amplo quanto este poderá suscitar. Seleccionámos, portanto, alguns dos aspectos que considerámos, senão os mais pertinentes, pelo menos os que têm a capacidade de melhor delinear o essencial do modelo consagrado na GWB.

Começaremos por fazer um breve aceno às origens do direito da concorrência alemão e às primeiras experiências legislativas neste domínio, designadamente à "ordenança dos cartéis" de 1923. Qualquer estudo que tenha a pretensão de abordar o modelo de concorrência alemão, de uma

perspectiva histórica ou mesmo substantiva, não pode dispensar-se à referência do pensamento neo-liberal da escola de *Freiburg*. O capítulo segundo procurará, assim, dar uma visão integrada das ideias ordoliberais e do projecto proposto para a restruturação de uma nova ordem social, económica e política na Alemanha do pós-guerra. O estudo focará, no seu capítulo terceiro, o processo de gestação da GWB, identificando as principais forças e interesses que moldaram o diploma de 1958. O capítulo quarto começará por fazer uma identificação do quadro institucional que assegura a aplicação do direito da concorrência na Alemanha, especificando as atribuições de cada instituição envolvida e a dinâmica do seu funcionamento no quadro geral das responsabilidades de supervisão. Dar-se-á especial enfoque ao *bundeskartellamt*, às autoridades regionais de concorrência, à Comissão de Monopólios e ao ministério da economia e da tecnologia. A segunda parte deste capítulo versará, sistematicamente, sobre os aspectos substantivos da regulação das condutas anticoncorrenciais, mormente da proibição dos acordos restritivos, do abuso de posição dominante e do controlo das operações de concentração. Dar-se-á uma última nota relativamente ao regime da §33 da GWB e à tutela indemnizatória dos privados contra as condutas de concorrência ilícita que lhes acarretem danos.

1. As origens do direito da concorrência na Alemanha. Primeiras experiências legislativas

O primeiro quartel do século XX testemunhou uma inflexão no movimento de industrialização e expansão económica que havia caracterizado, em particular, as décadas de 60 e de 70 do século precedente. As políticas liberais de mercado tinham, até então, entendido a liberdade de concorrência como o grande motor gerador de prosperidade e justiça económico-social. A Grande Depressão (1873-1896) marca a transição do capitalismo concorrencial para o capitalismo monopolista.

Entre 1873 e meados dos anos 90, a produção mundial, longe de estagnar, continuou a aumentar acentuadamente. Entre 1870 e 1890 a produção de ferro dos cinco principais países produtores duplicou (de 11 para 23 milhões de toneladas); a produção de aço, que passou, então, a ser o indicador do conjunto da industrialização, multiplicou-se por vinte (de 500 mil para 11 milhões de toneladas). O crescimento do comércio internacional continuou a ser impressionante. Foram essas as décadas que assinalaram o "*boom*" da economia industrial alemã.

A Grande Depressão foi, na realidade, a "Grande Deflação". A queda generalizada do nível dos preços deu lugar a um fenómeno de sobre-acumulação e de insuficiência crónica da demanda global. Esta, por sua vez, agudizou ao extremo as práticas (anti) concorrenciais. Sob o acicate da concorrência – magnificada pela deflação – as economias de industrialização decidiram apostar na inovação tecnológica, financeira e organizacional, desenvolvendo políticas globalmente proteccionistas. A expansão dos monopólios e dos oligopólios passa a representar a busca do capital pela maximização do lucro e a obliteração das práticas de livre concorrência. Os acordos de cooperação entre os diferentes agentes económicos proliferam, determinando o crescimento dos cartéis em número e tamanho. A integração vertical e a associação horizontal tornam-se soluções empresariais frequentes, permitindo a coordenação da maior fatia da oferta. Em 1900 existem, na Alemanha, cerca de 400 cartéis.

A doutrina económica alemã do início do século XX, designadamente a da escola histórica e nacionalista, avaliza a concentração de capital e interpreta o surgimento dos cartéis como uma consequência natural do fenómeno industrial. Ainda que consciente do prejuízo daí decorrente para o consumidor, considera, todavia, prevalecente a tutela dos processos de produção e distribuição e o robustecimento da competitividade alemã nos mercados internacionais (particularmente após a unificação de *Bismarck* que é completada em 1871). Os cartéis são reconhecidos como instituições de mercado aptas a evitar os ciclos económicos desfavoráveis e prevenir

situações de excesso de investimento e de produção. A sua existência é tida como consistente com os princípios éticos de cooperação económica.

Os tribunais, por sua vez, acabam por assumir um papel de relevo na modelação das políticas de concorrência, procurando balizar a actividade destes cartéis em função de três princípios ordenadores: i) o da liberdade de acesso à actividade económica; ii) o da liberdade de contratar, e iii) o da autoridade judicial para anular termos contratuais que choquem o sentido ético-moral da sociedade[63]. Estes princípios são sintetizados pelo Supremo Tribunal Federal alemão no seu afamado aresto *Saxon Pulp*, de 1897. O tribunal pronuncia-se a favor da existência de cartéis como modo de evitar a insolvência empresarial e promover a estabilidade de preços. Consagra-se a regra jurisprudencial da admissibilidade dos cartéis: os tribunais não invalidariam a sua constituição, limitando-se apenas a controlar as práticas consideradas abusivas.

No final da Primeira Grande Guerra, os pequenos empresários e a opinião pública em geral reagiram negativamente ao contexto económico de inflação e às condutas abusivas destas coligações, o que fez com que o governo constitucional de Weimar aprovasse, em 1923, legislação específica destinada a acautelar o princípio da concorrência. O diploma legal é promulgado pelo Chanceler GUSTAV STRESEMANN, um afincado partidário das políticas de desmonopolização económica, justificado perante a opinião pública pela necessidade de eliminar as restrições unilateralmente impostas pelos cartéis e liberalizar o quadro nacional da livre concorrência. O objectivo económico de fundo seria o da contenção da inflação.

A iniciativa legislativa saldou-se num total insucesso. Para tal contribuíram as deficiências de redacção do diploma, o seu teor difuso, a sua falta de coercibilidade e o favorecimento pelos órgãos de aplicação do direito das teorias pró-monopólio. Na prática, o diploma de 1923 (*Verodnung gegen Mibbrauch wirtschaftlicher Machtstellugen*) cinge-se à consagração do princípio do abuso, não proibindo, em linha de princípio, os acordos restritivos de concorrência. O seu campo de aplicação é delimitado pelas situações de ofensa *intolerável* ao quadro da livre concorrência[64]. O

controlo é tendencialmente administrativo e o quadro sancionatório limita-se à aplicação de multas pecuniárias. Assinale-se que o próprio código civil alemão de 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch*[65]*)* admitia a licitude dos acordos restritivos de concorrência (cf. §138 e §826), o que mais do que representar uma mera homenagem ao princípio da liberdade dos contratos constituiu um instrumento racional e estratégico de política económica.

O princípio do abuso, de pouco alicerce normativo e com fraca aptidão coerciva, não conseguiu disciplinar e sobrepor-se à eloquência dos interesses económicos das indústrias pesadas alemãs. O jogo de influências corruptas e a ambição pela conquista dos mercados internacionais fez reconduzir os delineados objectivos de concorrência ao domínio das boas intenções. A persistência pelo modelo económico de estrutura monopolista fez precipitar a economia alemã das décadas de 20 e 30 no mais profundo quadro de inflação e depressão até então vivido. A estes movimentos na economia juntou-se a grande instabilidade social e política que determinou, em 1933, a tomada de poder pelo partido nazi. Como refere MARIA LEITÃO MARQUES, a organização económica do nazismo passou a assentar na institucionalização pública dos cartéis e no princípio da limitação da concorrência[66].

2. O pensamento ordoliberal e a escola de *Freiburg*

O pensamento neo-liberal da escola de *Freiburg* surge em resposta às crises políticas e sociais da República de Weimar e da Alemanha nazi.

A doutrina da escola de *Freiburg* assenta nos ideais de base do liberalismo clássico, ambicionando a instituição de um sistema económico competitivo como forma de atingir os ideais de prosperidade, liberdade e justiça social. Os seus pensadores estavam, todavia, convictos que tal objectivo seria apenas alcançável se o mercado adoptasse uma estrutura de regulação e de funcionamento de cunho substancialmente constitucional que protegesse o estado de livre concorrência, minimizasse e controlasse a intervenção estatal na economia e assegurasse uma distribuição equitativa

dos benefícios de mercado pela sociedade. A interpenetração de conceitos legais e económicos constituiu a essência do pensamento da escola de *Freiburg* e do pensamento ordoliberal[67].

2.1. Origens

As origens do ordoliberalismo remontam ao início da década de 30 do século XX (1933) em *Freiburg*, uma pequena cidade universitária alemã localizada no sudoeste do país, perto das fronteiras francesa e suíça, e afastada dos grandes centros urbanos e dos pólos de influência económica e política. A universidade de *Freiburg* acabou por acolher um vasto número de intelectuais, de formação e ideologia liberal, que então procuravam refúgio e protecção dos movimentos nazis e social-nacionalistas. Em 1933 dá-se o encontro, nesta universidade, dos grandes mentores do pensamento ordoliberal: o economista WALTER EUCKEN, e os juristas FRANZ BOHM e HANZ GROSSMANN-DOERTH. EUCKEN era professor de economia em *Freiburg* desde 1927. O seu estudo era focado nos fundamentos teóricos do pensamento económico[68]. EUCKEN foi um forte opositor do historicismo alemão por considerar que lhe faltava uma construção teórica de base e que os seus ensinamentos mais não eram de que uma repetição sequencial de factos pretéritos sem qualquer fio ideológico condutor, mas também se opunha à escola austríaca, julgando as suas formulações e raciocínios demasiadamente abstractos e sem qualquer ligação à realidade factual. Para EUCKEN a economia não pode ter um papel axiologicamente neutro. A economia deve garantir valores de justiça política, social e humana.

HANZ GROSSMANN-DOERTH chega a *Freiburg* em 1933 para leccionar direito, tendo publicado, em 1931, um estudo de referência sobre o uso de contratos *standard* por cartéis e coligações de empresas[69]. FRANZ BOHM chega também a *Freiburg* em 1933 para leccionar direito, tendo antes, entre 1925 e 1933, exercido funções junto do ministério da economia, cooperando na implementação da legislação sobre cartéis de 1923. Em 1933

publica um estudo sobre a ineficiência do modelo de controlo legal dos cartéis[70].

Descobrindo que comungavam de uma mesma visão e ideologia, os três passaram a trabalhar em proximidade, promovendo seminários, participando em projectos escolares e discutindo a interligação das suas próprias ideias. Cedo chegam à conclusão de que o colapso político e económico da Alemanha se tinha justificado pela inexistência de um corpo normativo adequado e coercitivo, que prevenisse e sancionasse a concentração económica e o uso abusivo do poder económico privado[71]. Defendiam a ideia de que o funcionamento da economia de mercado devia ser regulado por um conjunto de princípios e de normas substantivas que actuassem contra os grupos de pressão privados e os impedisse de desvirtuar o livre exercício da concorrência.

No final da década de 30, existia já um grupo bem definido de individualidades que partilhavam a orientação, o objectivo e o método da escola de *Freiburg*. Pese embora o grande peso e influência desta doutrina, o final da II Guerra Mundial assistiu ao surgimento de outros núcleos de pensamento neo-liberal, com ideias e conceitos próprios, ainda que muito na esteira e a reboque daquela escola. O termo ordoliberal passou a ser aplicado a um leque mais vasto de pensamento, por vezes protagonizado por outros intelectuais que não aqueles de *Freiburg*. Tal foi o caso das ideias de WILHELM ROPKE[72]; da doutrina da economia de mercado social de ALFRED MULLERARMACK e LUDWIG ERHARD[73], e das teorias do liberalismo económico puro de FRIEDRICH VON HAYEK[74].

2.2 Os objectivos de *Freiburg*

Como nota DAVID GERBER, a visão ordoliberal da sociedade é definida pela rejeição do passado e pela procura de uma terceira via entre a democracia e o socialismo, entre o "Este" soviético e o "Oeste" americano[75]. O objectivo ordoliberal não é outro que o da reconstrução da sociedade civil alemã e das suas instituições em torno de valores de humanidade, de tolerância, de dignidade e de liberdade pessoal. A maneira de o alcançar passa pela instituição de uma nova ordem económica e social – a "*Ordnung*", assente numa nova relação entre o sistema económico e o direito: a livre concorrência ditaria os princípios base do sistema económico e o direito asseguraria a criação e manutenção das condições estruturais necessárias ao funcionamento da economia de mercado. A competitividade do mercado e a autonomia dos agentes económicos permitiriam, em última análise, concretizar os ideais de liberdade e prosperidade individual, garantindo, designadamente, a remuneração dos factores de produção, o lucro, a manutenção dos postos de trabalho e a certeza de uma condição económica mínima.

A escola de *Freiburg* aceitou as premissas base do pensamento liberal clássico: a de que a concorrência é indispensável à formação de riqueza; a de que a liberdade económica deve acompanhar a liberdade política e a de que a iniciativa privada, e não a pública, deve dirigir a actividade económica. Este último aspecto é do maior relevo. A experiência passada tinha evidenciado que os poderes públicos não raras vezes coarctavam o espaço de liberdade dos agentes e das instituições económicas, sucumbindo aos interesses económicos dos grandes grupos privados. Os ordoliberais imaginavam, por conseguinte, uma sociedade que fosse tão livre quanto possível da interferência estadual e em que o poder político estivesse continuamente dispersado pelas diferentes instituições democráticas. Mas o poder público não configurava a única ameaça. O período de Weimar tinha demonstrado, paradigmaticamente, que as políticas de desenvolvimento

espontâneo do mercado ("*laissez-faire*") levavam, infalivelmente, à concentração do poder económico privado e à formação de estruturas monopólicas e oligopólicas. A ordem de mercado teria de ser criada e mantida por um Estado que fosse suficientemente consciencioso, forte e digno para resistir às influências dos grandes grupos privados. Isto significa que não só o poder político mas também o poder económico devia ser dispersado. Essa dispersão passaria pela supressão dos monopólios e por uma maior e mais eficaz tutela das pequenas e médias empresas.

Os objectivos económicos traçados eram consistentes com as preocupações sociais da época. A concentração do poder económico privado e a extrema condição de miséria e de pauperismo a que se chegou haviam criado a ideia de que o mercado era fundamentalmente injusto e que obstaculizava o processo de integração social. Era necessário repensar a sua estrutura de base e o respectivo modo de funcionamento por forma a criar iguais oportunidades de acesso à actividade económica e à remuneração. Os ideais de justiça e humanidade seriam assegurados no contexto de uma nova ordem de prosperidade e desenvolvimento económico. Para os ordoliberais, porém, só havia uma forma de garantir o crescimento económico: o respeito pelo princípio da livre concorrência. Enquanto o mercado funcionasse através de processos competitivos estaria garantida a justiça política, social e humana. Quanto mais livre fosse a concorrência, e, portanto, mais eficaz fosse o sistema, maiores benefícios poderia ela gerar. Mas para EUCKEN a concorrência teria de ser total *i.e.* uma concorrência que vedasse aos agentes económicos a possibilidade de poderem condicionar a actividade dos seus concorrentes[76].

2.3 O conceito da constituição económica

A criação e manutenção de um liberalismo ordenado pressupõem que a constituição política de um determinado Estado defina e caracterize o sistema económico por que optou. Estes sistemas não são espontâneos: resultam de um prévio processo de ponderação e decisão política conducente à adopção de um modelo fundamental de organização económica estadual. À comunidade política incumbe, pois, o ónus de concretizar o enquadramento jurídico-institucional da actividade económica, ou seja, o ónus de criar uma *constituição económica* (*Wirtschaftsverfassung*) e de definir as "regras de jogo" do mercado. À semelhança da constituição política, que define um determinado modelo ou sistema político, também assim a constituição económica definiria os princípios fundamentais sobre os quais se erige a organização económica, matriz dos operadores económicos.

O conceito de constituição económica permite integrar o pensamento legal e económico, afastando a concepção clássica liberal de que economia deve entender-se separada do direito e da política. Nas palavras de PAULA VAZ FREIRE, "os paradigmas liberais são envolvidos numa dimensão constitucional, baseada na assunção de que cabe à *economia política constitucional* desenhar a ordem económica (...)"[77]. A interdependência entre a ordem jurídica e a ordem económica constitui um dos pressupostos cardinais do pensamento ordoliberal. Reconhece-se que são as instituições sociais e jurídicas e as opções políticas de fundo que permitem criar e manter as estruturas económicas de base, todavia, entende-se que é a concorrência que faz decantar da actividade económica os princípios e normas fundamentais que o poder político deve positivar naquela constituição e na legislação económica ordinária.

2.4 A *Ordnungspolitik*

O conceito de *Ordnungspolitik* (política ordenada) é entendido numa dupla perspectiva: uma substancial e outra processual[78]. De acordo com a primeira, a *Ordnungspolitik* implica que o poder político e legislativo estadual estabeleça as formas e condições estruturais que permitam implementar a opção constitucional adoptada. Uma vez tomada a decisão sobre o modelo de organização económica formular-se-ia todo um conjunto normativo que subsidiasse o exercício da actividade económica, num quadro de total liberdade concorrencial.

Para os ordoliberais isto significava que os dogmas do conhecimento económico deveriam ser traduzidos para a ciência e para a linguagem normativa. GERBER refere que "a ideia era a de que a ciência económica descrevesse as condições de concorrência e que essa informação, por sua vez, orientasse os parâmetros de criação e decisão legislativa"[79]. A lei passaria a consubstanciar normas de conduta económica orientadas à conformação do mercado e dos agentes económicos.

Mas a *Ordnungspolitik* contemplava também uma dimensão processual. O envolvimento do governo no processo económico era visto com grande suspeita. Defendia-se que a sua intervenção deveria cingir-se à implementação dos princípios e das normas legais que derivassem da constituição económica. Os poderes públicos seriam, portanto, meros órgãos de aplicação do direito económico, não lhes sendo reconhecidos quaisquer poderes de gestão discricionária nos assuntos de mercado. A concepção constitucional dos ordoliberais chamava a lei para criar e manter as estruturas básicas do sistema económico sem, no entanto, autorizar a intervenção governamental no processo económico. Era à própria lei, aliás, que competiria a delimitação deste espaço restrito de actuação governamental. No exercício das suas funções executivas, o governo respeitaria os princípios e as normas da constituição económica *tale quale* os princípios e as normas da constituição política. A distinção entre "forma"

e “processo” era, assim, crucial ao pensamento ordoliberal. A ordem económica não poderia subsistir sem que o governo fizesse garantir o respeito das instituições e dos indivíduos pela lei e pelos princípios económicos constitucionais. O Estado deveria assegurar que o mercado e os agentes económicos pudessem confiar numa lei que fosse neutra, objectiva e não manipulável. Para tanto, defendia-se a ideia de que os órgãos executivos deveriam ser dispensados de qualquer função legislativa. O objectivo era precisamente o de controlar a margem de actuação discricionária do governo e evitar situações de abuso de poder. Temia-se pela permeabilidade destes órgãos executivos aos interesses económicos privados.

A concepção ordoliberal deixa transparecer uma profunda desconfiança no poder político. O equilíbrio do sistema é alcançado por via da delimitação das funções que se atribuem aos demais órgãos estaduais, mormente os órgãos legislativos e judiciais: os primeiros tomariam as decisões fundamentais sobre o conteúdo substancial da constituição económica, traduzindo o modelo económico para um corpo normativo; os segundos teriam a seu cargo a responsabilidade de assegurar que os actos governamentais fossem conformes aos princípios e às normas básicas daquela constituição. No contexto do processo económico, as atribuições do órgão executivo são minimizadas, competindo-lhe, essencialmente, dar cumprimento ao conjunto normativo emanado do órgão legislativo estadual.

A visão ordoliberal da *Ordnungspolitik* exigia que a própria comunidade abraçasse o conceito e que os seus membros laborassem activamente por forma a implementar os seus princípios fundadores. A adopção de uma constituição económica pelo Estado só faria sentido num quadro em que os membros da comunidade aceitassem sujeitar as suas relações económicas ao império normativo daquela lei. Seria esse o preço a pagar pela liberdade económica e pela subsistência de um mercado competitivo.

2.5 As características fundamentais do Estado

Como se viu, ao Estado cabe a função de criação e manutenção do quadro jurídico-institucional que viabilize a instituição de um novo liberalismo ordenado, assente na doutrina do mercado concorrencial. A consecução deste objectivo exige a intervenção de um Estado sóbrio, forte e imparcial, capaz de repudiar as influências opressivas dos grupos de interesse privado. A experiência do período de Weimar não tinha deixado quaisquer dúvidas quanto a este ponto: um Estado fraco tornar-se-ia refém destes grupos e incapaz de dissuadir a prática anti-concorrencial e a concentração de capital. Os ordoliberais queriam um Estado pequeno, no sentido de não desempenhar quaisquer funções discricionárias no processo económico[80], e forte, no sentido de resistir às pressões privadas e corrigir as práticas económicas que se considerassem infringir os ditames da constituição económica. O Estado devia chamar a si a responsabilidade de defender o interesse geral e de manter a ordem concorrencial, estabelecendo um quadro de igualdade material para todos os intervenientes económicos.

2.6 A lei da concorrência e o seu papel

A lei da concorrência está no epicentro da construção ordoliberal. A sustentabilidade de todo o sistema económico depende da criação e manutenção de um ambiente concorrencial e de um mercado competitivo, sendo, para tal, essencial que a lei previna e sancione as práticas empresariais concertadas com o fito de fixar preços ou de limitar, à concorrência, o livre acesso às legítimas oportunidades de mercado.

Como observa GERBER, a corrente ordoliberal rejeitava o sistema de controlo administrativo que tinha vigorado no final da década de 20[81]. Era inconcebível que as funções de fiscalização, penalização e desmantelamento das grandes estruturas monopólicas e oligopólicas fossem atribuídas a um mero departamento governamental, atreito, por natureza, a

sucumbir às pressões do poder económico privado. Com efeito, era fácil adivinhar, num contexto de controlo administrativo, que a persistente coacção e subversão das políticas governamentais de regulação anti-cartel acabariam por ditar o mesmo desfecho caótico do período antecedente de Weimar. A lei da concorrência teria de se tornar uma realidade pungente – não era aceitável que os agentes económicos privados recorressem amiúde à regulação privada e contratual para sobreposição dos seus próprios interesses e exclusão da concorrência. Urgia a consagração de instrumentos normativos que olhassem ao bem económico colectivo, sob a lente da objectividade e da imparcialidade.

A concentração de riqueza monopólica alimentava o sentimento de permissibilidade, de impunidade e egocentrismo capitalista. O excesso de capacidade económica e financeira permitia o aniquilamento voluntário e deliberado da concorrência mais fraca e bem assim a usurpação das oportunidades alheias de negócio, tudo em detrimento do equilíbrio de mercado e dos interesses últimos dos consumidores e da comunidade em geral. É mister salientar que é em prol destes interesses, e não dos agentes económicos concorrentes, que se giza a doutrina da concorrência. O direito da concorrência surge ao combate deste processo degenerativo, criando, na sociedade, a crença de um mercado justo, equitativo e humano. Nas palavras de PAULA VAZ FREIRE, a concorrência é "o único instrumento com capacidade para neutralizar, ou minimizar, distribuições assimétricas de poder e de, consequentemente, permitir o exercício da autonomia individual"[82]. Os agentes de mercado deverão, por conseguinte, estar sujeitos a um mesmo estatuto jurídico e gozar de iguais prerrogativas de mercado. O modelo ordoliberal de "total concorrência" balizaria os parâmetros de criação legislativa em função das necessidades de prevenção da formação de poder monopólico; da abolição e desmantelamento de estruturas monopólicas existentes e do controlo de conduta de todas aquelas estruturas que, por uma razão ou outra, não fossem, economicamente, passíveis de desmantelamento[83]. A aplicação do direito da concorrência seria confiada a um organismo independente – ao instituto federal de cartéis. Em suma, o direito da concorrência de *Freiburg* foca os seus

esforços na questão do poder económico privado e na necessidade de o dissipar.

2.6.1 A proibição dos monopólios

Como vimos, o pensamento ordoliberal afirmava uma especial alergia a qualquer realidade de mercado que se subsumisse ao conceito económico de concentração monopólica. Os monopólios, tidos como estruturas obliteradoras da nova ordem económica e concorrencial, eram interditos. Esta proibição era dirigida, particularmente, aos cartéis e outras coligações de empresas, porquanto se considerava terem a capacidade para influenciar o normal processo de estabelecimento dos preços de mercado e condicionar a actuação dos seus concorrentes, destarte distorcendo a ordem natural da concorrência. Mas a formação de um monopólio poderia resultar de outras circunstâncias que não o mero acordo privado entre empresas. Poderia suceder que uma única empresa adquirisse no mercado uma situação de monopólio ainda que neste se mantivesse uma ordem normal de concorrência. Tal seria a hipótese, por exemplo, dos chamados monopólios naturais, em que o mercado apenas suporta a actividade de um agente económico (*v.g*. gás, electricidade). Poderia também suceder que uma empresa adquirisse uma posição monopólica na sequência de um legítimo processo de disputa concorrencial em que os seus concorrentes fossem "derrotados" e desencorajados a intervir naquele específico sector de actividade económica. O monopólio poderia também surgir com base num direito reconhecido de patente ou *copyright*.

Por regra, a doutrina ordoliberal exigia sempre o desmantelamento da estrutura mesmo que tal implicasse a renúncia a determinadas componentes estruturais do negócio. Todavia, nas situações em que esta operação não fosse possível[84], as normas do direito da concorrência funcionariam como um código de conduta[85], impondo às empresas um comportamento "*as if*", ou seja, que a sua conduta comercial fosse consistente com aquela que as mesmas adoptariam caso estivessem expostas à concorrência de outros

agentes económicos. Esta lógica proibia as empresas de actuar por modos que lhes estariam vedados caso não estivessem estruturadas em situação de monopólio. Exigia-se, portanto, que estas empresas continuassem a operar no esquema da "total concorrência" ordoliberal, abstendo-se de comportamentos lesivos do interesse dos demais agentes económicos e dos consumidores em geral.

O critério "*as if*" mantém uma relação estreita com a distinção feita entre "*performance competition*" (*Leistungswettbewerb*) e "*impediment competition*" (*Behinderungswettbewerb*)[86]. Uma empresa exerceria "*performance competition*" quando fizesse prevalecer a venda dos seus produtos através de processos comerciais legítimos, pelo refinamento das características intrínsecas do produto ou pela redução do seu preço. A "*impediment competition*" ocorreria quando a actuação da empresa visasse, directa e deliberadamente, afectar a *performance* comercial dos seus concorrentes. A distinção era crucial a toda a doutrina de *Freiburg*. Para os ordoliberais a "*impediment competition*" comprometia o processo competitivo de mercado e era inconsistente com o modelo concorrencial defendido, devendo, por conseguinte, ser reprimida pelo Instituto Federal dos Cartéis. O critério "*as if*" sancionava a "*performance competition*" como o único processo lícito de obtenção de lucro e de conquista e manutenção de quota de mercado. Tratava-se, portanto, de um critério que servia como medida objectiva de apreciação da legalidade da conduta destes agentes económicos. Segundo GERBER, BOHM tinha identificado um catálogo de práticas consideradas como "*impediment competition*", entre as quais a manipulação de preços e o boicote[87]. BOHM defendia que estas práticas seriam inconsistentes com o critério "*as if*" porquanto a sua adopção pressupunha que a empresa dominasse o mercado na forma de monopólio.

2.6.2 O quadro institucional e a aplicação da lei da concorrência

O programa ordoliberal obrigava à implementação de um quadro institucional que criasse, aplicasse e fizesse cumprir as disposições substantivas do direito económico e da concorrência. Os órgãos legislativos seriam responsáveis pela elaboração de uma lei da concorrência que se alicerçasse nas opções fundamentais da constituição económica. Este processo implicava, como vimos, que se traduzissem os princípios do conhecimento económico e do modelo da concorrência para um corpo normativo capaz de identificar e sancionar as condutas económicas desviantes. Para os ordoliberais, o poder legislativo goza de uma autonomia funcional relativamente circunscrita no processo de elaboração desta lei da concorrência. Estes académicos consideravam que, uma vez tomada a decisão constitucional a favor da nova ordem económica, as suas disposições substantivas fluiriam naturalmente do modelo ordoliberal da concorrência que o mercado adoptaria (modelo da "concorrência total")[88].

A aplicação desta lei seria garantida por uma instituição autónoma, a funcionar como um regulador independente, e com competências transversais a todos os sectores da economia, tendo como missão principal velar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, fomentar a adopção de práticas que promovam a concorrência e contribuir para a disseminação da política de concorrência.

Esta instituição gozaria de uma margem de discricionariedade na apreciação dos comportamentos de mercado, usando dos poderes suficientes e necessários para dissuadir, investigar e punir as práticas anticoncorrenciais. Entre outras atribuições, competir-lhe-ia a emissão de ordens de cessação de conduta anti-concorrencial, a decisão sobre acordos de cooperação empresarial, a neutralização de cartéis e a aplicação de multas pecuniárias.

O aspecto mais sensível concernente ao funcionamento desta instituição era o da sua autonomia, isenção e imparcialidade. Para os ordoliberais não

faria sentido que se tratasse de uma mera agência enxertada na orgânica estadual. Se assim fosse, a sua actuação estaria, naturalmente, sujeita às indesejadas pressões do poder político. O período de Weimar tinha oferecido uma valiosa lição quanto a este aspecto. A visão ordoliberal idealizava uma instituição independente, de estrutura e funcionamento *quasi* judicial, que ordenasse a sua actuação por critérios objectivos de estrita legalidade. O seu método de funcionamento seria judicial consistente na interpretação e aplicação do direito da concorrência. As suas decisões seriam estruturadas e fundamentadas nos mesmos termos e moldes das decisões judiciais (decisões-secção). Estas exigências suscitavam a necessidade de preencher os quadros orgânicos da instituição com profissionais de sólida formação jurídica e económica, imparciais, isentos e capazes de dar uma resposta rápida e adequada às mais diversas situações de mercado. O Estado deveria garantir a disponibilização dos recursos financeiros necessários à criação e subsistência deste empreendimento.

Finalmente, ao poder judiciário era reservada a importante função de julgar a adequação das decisões daquele organismo aos princípios da constituição económica e às normas do direito da concorrência. O tribunal funcionaria, pois, como instância de recurso, apreciando de eventuais desconformidades substantivas aos textos legais ou de eventuais abusos no uso de discricionariedade subjectiva. Este último aspecto é particularmente importante atendendo a que a instituição tem uma actuação objectiva e vinculada à aplicação da lei, não devendo existir espaços difusos de discricionariedade.

Para os ordoliberais, a intervenção dos tribunais fazia avultar e subsidiar a imagem do *Rechtsstaat*, apelando à ideia basilar da subordinação da comunidade e das suas instituições ao império do direito.

3. O ordoliberalismo no pós-guerra e a gestação da GWB

Com o final da II Grande Guerra, as ideias ordoliberais ganharam um novo fôlego e uma nova expressão. As potências ocupantes, em especial o governo militar norte-americano, procuraram desenvolver uma política económica que minimizasse o planeamento e procedesse à eliminação maciça e indiscriminada dos cartéis que haviam proliferado no período nazi. A intenção estadunidense, por receio de um eventual ressurgimento bélico nazi, era a de desmantelar, por completo, as grandes estruturas industriais alemãs[89] [90]. Os objectivos ordoliberais eram consistentes com estes propósitos, para além de que os académicos de *Freiburg* eram dos poucos intelectuais da época que não mantinham quaisquer vínculos ao partido nazi. Esta circunstância cedo criou um sentimento de confiança e empatia, levando a que alguns dos seus membros fossem eleitos a desempenhar funções políticas de relevo no governo transitório do pós-guerra[91].

Logo após o término das hostilidades bélicas os ordoliberais iniciaram uma feroz campanha de disseminação da sua doutrina, publicando um vasto número de obras, artigos e panfletos dirigidos à elite intelectual e política alemã. Em 1948, EUKEN e BOHM fundaram o jornal ORDO, considerado como um dos mais notórios fóruns de debate político e económico do pós-guerra. O *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, um dos jornais com maior circulação nacional, era também controlado pelos ordoliberais e utilizado para a divulgação das ideias de *Freiburg*.

Eram duas as razões que justificavam a necessidade de criar uma nova legislação de concorrência: por um lado, o governo militar norte-americano exigia-o como condição de fazer restaurar a soberania nacional, por outro, o reconhecimento de que a sua promulgação era um imperativo do desenvolvimento económico e social da sociedade alemã do pós-guerra. GERBER nota que a questão não era tanto a de saber se se deveria ou não implementar nova legislação, mas antes a de determinar a sua orientação ideológica de base[92].

Surgem, em disputa, dois modelos distintos: o primeiro é o modelo de controlo administrativo que havia vigorado no período de Weimar, baseado no princípio do abuso, deixando a fiscalização das grandes concentrações económicas à discrição de um corpo de funcionários administrativos sujeitos à tutela do Estado; o segundo era o modelo de *Freiburg*, em que a livre concorrência operava como principal guardião da liberdade económica dos agentes de mercado. A contenda havia-se instalado sobre a questão de saber se a nova lei deveria ou não proibir a formação e subsistência de cartéis e de outras coligações empresariais similares. A facção representada pelo governo militar norte-americano e pelos ordoliberais entendia que sim. Os partidos políticos conservadores e os representantes da indústria pesada alemã entendiam que não, olhando ao modelo administrativo como forma de recuperar o seu círculo de influências e fazer vingar os seus próprios interesses económicos.

O primeiro grupo, liderado pelo então ministro da economia, LUDWIG ERHARD, procurava aprovar um diploma legal que consagrasse as soluções do modelo de concorrência proposto por EUCKEN e BOHM. Pretendia-se proibir os cartéis, controlar as situações de abuso de poder e prevenir a concentração económica. Para tanto, defendia-se a instituição de um sistema que assentasse numa lógica jurídica e operasse segundo critérios de estrita legalidade, assim repudiando-se assim a matriz administrativa de cunho discricionário. ERHARD era apoiado politicamente pelos partidos de vínculo mais liberal, designadamente o FDP (*Freie Demokratische Partei*) e o partido social democrata (SPD).

Os principais oponentes de ERHARD eram a poderosa BDI (*Bundesverband der deutschen Industrie*) – associação industrial alemã – representada pelo seu presidente FRITZ BERG e os partidos políticos da ala conservadora, em especial a UDC (União Democrática Cristã) e a USC do Estado da Bavária (União Social Cristã)[93]. O objectivo da BDI era fazer passar uma legislação da concorrência que se baseasse exclusivamente no princípio do abuso e seguisse a mesma lógica da “ordenança dos cartéis” aprovada em 1923, durante o período de Weimar. Argumentava a BDI, em

defesa desta opção, que o princípio da proibição dos cartéis seria prejudicial aos interesses económicos alemães porquanto estes sempre haviam contribuído para o crescimento estável da economia e para o aumento da riqueza nacional. Um segundo argumento aduzido era o de que o princípio do abuso era consistente com as tradições germânicas e aceite pela vasta maioria dos operadores económicos[94].

Em 1947, LUDWIG ERHARD nomeia um grupo juristas a quem encarregou a tarefa da elaboração de um primeiro projecto de lei para a defesa da concorrência. Os trabalhos foram concluídos em 1949, tendo o projecto ficado conhecido pelo nome de projecto JOSTEN[95]. Entre outras medidas, o projecto previa a criação de uma agência independente de monopólios, cujas funções seriam, essencialmente, as de promover a "*performance competition*" e reprimir os abusos do poder económico. Para esse efeito, a agência teria o poder de vetar processos de concentração empresarial e de aplicar multas pecuniárias aos agentes infractores. As disposições substantivas do projecto eram, na sua vasta maioria, dedicadas à identificação de quadros classificáveis como de concentração e/ou abuso de poder económico, muitas vezes por recurso a presunções nem sempre ilidíveis. Assim, por exemplo, estabelecia-se a presunção inilidível de concentração de poder económico sempre que um cartel adoptasse práticas de fixação unilateral de preços ou concordasse com a sua licitação[96]. As presunções eram também aplicáveis às estruturas empresariais singulares. O projecto previa, por fim, a possibilidade de responsabilização civil dos agentes prevaricadores por danos causados a terceiros, incluindo particulares.

O projecto JOSTEN, embebido nos ideais de *Freiburg*, acabou por ser considerado como produto de um idealismo dogmático inexequível e apartado do contexto económico do pós-guerra. Considerou-se que a urgência de promover o rearranque da economia alemã era incompatível com o complexo emaranhado de regras que o projecto propunha, sendo antes preferível adoptar uma tutela mais tolerante e "soltar a rédea" à iniciativa privada. O excesso de parametrização legal da conduta

concorrencial dos operadores económicos (e, portanto, um quadro de excessiva concorrência) poderia tornar-se contraproducente ao ensejo de reanimar o mercado[97]. Note-se que nem entre os ordoliberais se logrou alcançar unanimidade quanto ao conteúdo proposto, havendo mesmo quem o condenasse por achar que determinava um excesso de intervencionismo administrativo no processo económico, o que era, de todo, incompatível com a visão de *Freiburg*[98]. Acrescia ainda a circunstância de a comissão dos aliados ter decidido, em 1949, reter a direcção e controlo sobre as políticas de desconcentração económica. Ao governo alemão caberia a responsabilidade pela elaboração de uma legislação que se limitasse, apenas, à definição das condutas anticoncorrenciais. A integridade conceptual do projecto JOSTEN estava definitivamente comprometida e ERHARD decide vetar o diploma.

A luta política e intelectual espoletada sobre o assunto da nova legislação de concorrência arrastou-se praticamente durante uma década, até 1957, tendo sido objecto de grande controvérsia e de interesse público. Durante esse período foram submetidas e consideradas mais de vinte propostas de lei. O consenso é finalmente alcançado em 1958 com uma reformulação da *Regierungsentwurf* ("*Goverment draft*") de 1952[99], consagrando-se uma solução tipicamente de compromisso. Pese embora se tenha estabelecido o princípio geral da proibição de acordos horizontais, a lei de 1958 contempla várias isenções, em especial aos mais relevantes segmentos da economia tudesca como a banca, os seguros e os transportes[100]. Prevê-se também a possibilidade da formação dos chamados cartéis de crise e autorizam-se os acordos de fixação de preços de retalho. Os poderes de intervenção do *bundeskartellamt* são bastante limitados no controlo e repressão das práticas de abuso de posição dominante e as coimas extremamente modestas. A legislação também não prevê qualquer regime de proibição às operações de concentração empresarial[101].

Ainda que com algum desalento pela solução híbrida alcançada, os ordoliberais regozijaram-se por terem cumprido com o seu objectivo fundamental: a promulgação de uma lei da concorrência – a GWB (*Gesetz*

gegen Wettbewerbsbeschränkungen), e a criação de um organismo relativamente independente para garantir a sua aplicação – o *bundeskartellamt*. Não se diga, porém, que esta foi uma vitória exclusiva dos ordoliberais: a GWB, de 1958, influencia, de forma determinante, o direito da concorrência da União Europeia, designadamente com a incorporação das disposições substantivas de regulação da concorrência nos arts. 85º e 86º do Tratado de Roma de 1957.

A versão original da GWB de 1958 foi sofrendo várias alterações nas décadas que se seguiram, sendo as mais relevantes as introduzidas em 1965 (publicada no *Bundesgesetzblatt* – doravante BGBI I 1966, p. 37, conhecida como a "primeira reforma"), 1973 (publicada no BGBI I 1974, p. 869, conhecida como a "segunda reforma"), 1976 (publicada no BGBI I 1976, p. 1697, conhecida como a "terceira reforma"), 1980 (publicada no BGBI I 1980, p. 1761, conhecida como a "quarta reforma"), 1989 (publicada no BGBI I 1990, p. 235, conhecida como a "quinta reforma"), 1998 (publicada no BGBI I 1998, p. 2546, conhecida como a "sexta reforma"), 2005 (publicada no BGBI I 2005, p. 2114, conhecida como a "sétima reforma"), 2007 (publicada no BGBI I 2007, p. 2966), de 2009 (publicada no BGBI I, 251, p. 550), 2013 (publicada no BGBI I/2013, 3245, p. 1750, conhecida como a "oitava reforma") e, finalmente, a de 2016, ainda não publicada, conhecida como a "nona reforma"[102] [103].

4. O sistema alemão da concorrência e a *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

O sistema actual da concorrência reflecte, em muitos aspectos, as ideias ordoliberais de *Freiburg*: a GWB contém uma proibição geral de cartéis e de outros acordos restritivos (*vide* §1 a §3); as suas disposições substantivas sobre o abuso de posição dominante esteiam-se no princípio da actuação "*as if*" (*vide* §20 e §21); o *bundeskartellamt* é uma instituição autónoma e opera de acordo com critérios estritamente legais.

O sistema é concebido com uma dimensão *quasi* constitucional: as suas disposições substantivas não se limitam a abordar um fenómeno em particular, mas antes tendem a abranger todos os comportamentos que se possam classificar como de restrições à livre concorrência. A reforma da GWB de 1973, em especial, denota bem este âmbito, fazendo incorporar no diploma normas de controlo sobre as operações de concentração. É certo que o estilo "constitucional" da GWB tem vindo gradualmente a esvanecer-se com as sucessivas reformas legislativas de que foi objecto. O diploma então aprovado em 1958, de carácter marcadamente mais universal e genérico, deu progressivamente lugar a instrumento de extremo detalhe e complexidade jurídica, designadamente no que respeita à regulamentação do abuso de posição dominante e do controlo das operações de concentração. Sem embargo, parece-nos incontestável a vertente constitucional do diploma, o que, aliás, só vem confirmar a influência das doutrinas e da visão ordoliberal.

É importante salientar que o sistema legal alemão da concorrência faz a distinção tradicional entre o direito da concorrência desleal (*unfair competition*) e o direito da concorrência geral, *i.e.*, o direito das práticas anticoncorrenciais. O diploma do direito da concorrência desleal (a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, doravante UWG), de 1909, é actualmente um instrumento jurídico extremamente elaborado. O seu escopo diverge daquele da GWB porquanto aqui apenas se pretende assegurar o respeito pelo normal funcionamento do processo de concorrência e os parâmetros e termos de concorrência que as empresas devem observar. A UWG olha à honestidade/desonestidade da conduta dos intervenientes no processo económico numa perspectiva privatística, determinando, em caso de lesão de interesses tutelados: i) a obrigação de cessação da conduta desleal e/ou ii) a obrigação de indemnização pelos danos causados[104]. Nas palavras de GERBER, "*The unfair trade law system is designed to protect the quality rather than the extent or intensity of competition*"[105]. O presente estudo ocupa-se tão só do direito da concorrência a que a doutrina tudesca apelida de

"*Kartellrecht*", ou seja, direito dos cartéis – um direito de cunho público/administrativo, assente numa lógica de protecção do mercado. Prosseguiremos, portanto, com a delimitação dos quadros gerais em que a concorrência se pode desenvolver na perspectiva do direito alemão, em particular da GWB. Principiaremos, todavia, com uma apreciação do quadro institucional de suporte e das suas competências.

4.1 Instituições e respectivas competências

O *bundeskartellamt* é a principal instituição responsável pela aplicação do regime substantivo da GWB. É uma autoridade federal independente, sediada em Bonn, responsável apenas perante o ministro da economia e da tecnologia (cf. §51)[106]. Note-se que quando o governo operava em Bonn, o *bundeskartellamt* estava sediado em Berlim. Este afastamento geográfico é deliberado e visa reforçar a imagem de autonomia e independência desta instituição. O mandato do presidente do *bundeskartellamt* é conferido a termo incerto o que, de alguma forma, contribui também para esta imagem. Não é concebível que o presidente seja demitido do seu cargo por mero exercício de poder discricionário governamental, sem que haja uma justa causa. Não se trata, portanto, de um mero funcionário da estrutura política governamental.

O *bundeskartellamt* emprega actualmente cerca de 330 funcionários e opera de forma autónoma. Como agência federal que é está sujeita às normas gerais do direito público federal, mormente aquelas concernentes ao planeamento e controlo financeiro, à administração e às relações laborais. O seu orçamento financeiro é considerado separadamente pelas contas do ministério da economia e trabalho e é sujeito a aprovação parlamentar[107].

O *bundeskartellamt* é estruturado em doze secções, cada uma delas dedicada a um determinado sector de actividade económica (com excepção das secções 10ª a 12ª, que são dedicadas à prossecução de cartéis transversalmente em todas as áreas de actividade económica)[108]. Algumas

destas secções ocupam-se, também, de assuntos substantivos específicos tais como os "*term and condition agreements*"; "*licensing*"; " *buying power of public authorities*"; "*buying power of trade and industry*"[109]. Existem ainda duas divisões a funcionar como "p*rocurement tribunals*"[110] e uma unidade dedicada a assuntos de política de concorrência[111].

As secções do *bundeskartellamt* operam em moldes *quasi* judiciais. O seu papel não é o de executar decisões políticas ou o de exercer autoridade discricionária em nome do bem-estar público, mas antes o de interpretar e aplicar objectivamente a lei, designadamente a GWB. Esta vocação judicial reflecte-se bem nos procedimentos internos de cada uma das secções e nas suas respectivas decisões que são juridicamente fundamentadas na GWB e estruturadas por forma a abordar consistentemente e de forma específica as diferentes questões de direito suscitadas (decisões-secção. Cf. §51 (2))[112]. As decisões de cada uma das secções do *bundeskartellamt* são tomadas colegialmente por um órgão composto por três membros: o presidente da secção e dois membros associados (cf. §51 (3)). Na velha tradição *Beamter*, já extinta, as decisões só podiam ser tomadas por membros da *bundeskartellamt* que tivessem formação jurídica. Hoje em dia, porém, este tipo de responsabilidade é assumido por profissionais da mais diferente formação, embora proliferem os juristas e economistas. A autonomia e independência dos membros dos órgãos decisórios são consagradas e protegidas por lei. Estes membros são considerados funcionários públicos (§51 (4)) e gozam de mandato vitalício. A estabilidade deste sistema *quasi* judicial – para a qual muito contribui o esquema de especialização de cada secção – promove um eficaz relacionamento entre o *bundeskartellamt* e a indústria, particularmente no que respeita aos processos de pré-notificação e de autorização das operações de concentração empresarial. A especialização de cada secção permite que os seus membros se familiarizem com as questões específicas de determinadas indústrias e com os seus respectivos representantes legais, assim abrindo novos espaços de comunicação e cooperação. A fim de evitar os inconvenientes decorrentes de uma "excessiva" familiarização, o *bundeskartellamt* determina a rotação periódica dos seus membros pelas diferentes secções.

As decisões das secções não são passíveis de recurso para o presidente do *bundeskartellamt*. A menos que as partes pretendam obter a autorização ministerial, os recursos das decisões são interpostos directamente para os tribunais judiciais comuns. A circunstância de o recurso ser interposto para estes tribunais, e não para os tribunais administrativos, confirma o estatuto especial daquela instituição como órgão excluído à hierarquia administrativa do governo. O critério de revisão judicial destas decisões é o de saber se o *bundeskartellamt* interpretou e aplicou correctamente a legislação da concorrência. Por regra, as decisões são recorríveis para o tribunal federal de recursos em Berlim (*Kammer-gericht*). Das decisões deste tribunal cabe ainda recurso para o Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof* - BGH) que dispõe de uma secção especializada para a apreciação das questões de concorrência (o *Kartellsenat*). O sistema prevê ainda a possibilidade de intervenção governamental no processo decisório através da chamada "permissão ministerial" (*Ministererlaubnis*) (cf. §42)[113]. O ministro da economia e da tecnologia é autorizado a sobrepor a sua decisão àquela do *bundeskartellamt* e autorizar a realização de determinadas operações de concentração[114] quando: i) considere que os efeitos negativos decorrentes das restrições à concorrência sejam suplantados pelas vantagens que daí sejam advenientes para a economia nacional, ou ii) exista um interesse público prevalecente (cf. §42 (1)). Segundo WISE, as razões tipicamente aduzidas para obtenção desta "permissão ministerial" são as de racionalização da indústria, preservação de postos de emprego e manutenção do nível de oferta de determinado(s) produtos(s)[115]. Sem embargo, trata-se de um mecanismo de excepção, raramente utilizado[116]. Desde a sua adopção, a autorização ministerial tem sido objecto de vivas críticas em termos de política legislativa. Contudo, mesmo os opositores da autorização ministerial tendem a reconhecer que os ministros da tutela têm utilizado este poder de modo adequado, pese embora tal possa resultar do facto de, desde a sua adopção, apenas 9 dos 21 requerimentos ao ministro terem sido deferidos[117].

As operações e decisões do *bundeskartellamt* são relativamente transparentes. A GWB impõe, por exemplo, que alguns dos seus

procedimentos sejam precedidos de aviso público. Doutro passo, obriga-se a publicação no *Bundesgesetzblatt* de todas as decisões concernentes à autorização, modificação ou recusa de operações de concentração (cf. §43), a operações de dissolução de concentração (cf. §43) à proibição de acordos anticoncorrenciais e de condutas abusivas em geral e em sectores especiais (cf. §62), à oferta de compromissos pelas partes e à retirada de isenções (cf. §62). São também sujeitos a publicação os requerimentos submetidos ao *bundeskartellamt* para reconhecimento das normas de concorrência de associações de comércio e de indústria (e bem assim as respectivas decisões finais de reconhecimento ou recusa – §27) as próprias "permissões ministeriais" (sua autorização, modificação e extinção – §43) e as instruções ministeriais dirigidas ao *bundeskartellamt* (cf. §52)[118]. O *bundeskartellamt* é ainda obrigado à elaboração de um relatório de actividades bienal de que o governo dá conhecimento obrigatório ao *Bundestag* (cf. §53). Refira-se ainda que as principais operações e decisões do *bundeskartellamt* são afixadas no próprio *web site* da instituição em http://www.bundeskartellamt.de.

A lei determina que certas decisões do *bundeskartellamt* sejam tomadas dentro de determinados prazos legais. É o caso, por exemplo, das decisões referentes a operações de concentração que deverão ser tomadas no prazo máximo de quatro meses (cf. §40 (2))[119]. Quando não haja decisão ou quando esta seja proferida fora do prazo legal, a operação ter-se-á como tacitamente autorizada. Rege, pois, a lógica do "*silent is consent*". No que respeita a todas as demais decisões determina-se, apenas, que as mesmas sejam tomadas dentro de um prazo "razoável"[120].

A Alemanha constitui, politicamente, uma federação de dezasseis Estados. Em cada um destes Estados (*länder*) existe um organismo responsável pela aplicação regional da legislação da concorrência. A sua competência cinge-se às condutas cujo efeito restritivo da concorrência se verifique apenas no território desse Estado. Quando assim sucede, é competente pela respectiva investigação este organismo e não o *bundeskartellamt* (§48). Repare-se, todavia, que a lei aplicada neste caso

continua a ser a mesma, *i.e.* a GWB. Ainda que os efeitos da conduta anticoncorrencial extravasem as fronteiras estaduais, as decisões do *bundeskartellamt* são sempre comunicadas à agência estadual quando o(s) operador(es) económico(s) em causa seja(m) sediado(s) no território daquele Estado (*vide* com relação às operações de concentração a §40 (4)). O mesmo se diga quando o *bundeskartellamt* inicie quaisquer acções de investigação no território desse Estado (cf. §49 (1)). As decisões de "permissão ministerial" são sempre precedidas de comunicação à(s) agência(s) estadual(ais) do local da sede da(s) empresa(s) envolvida(s) (§42 (4)).

As decisões destes organismos estaduais são independentes e finais. Pese embora a circunstância de trabalharem em colaboração próxima com o *bundeskartellamt*, os organismos regionais não são responsáveis perante esta instituição. Na realidade, a sua política de concorrência é muito orientada em função das especificidades económicas do Estado em questão. O Estado da Bavária, por exemplo, tem, tradicionalmente, apoiado as pequenas e médias empresas, de tal forma que existem mesmo "*guidelines*" específicas para estas empresas relativamente à interpretação e aplicação da GWB. Segundo o que WISE reporta, muitas das disposições substantivas da GWB concernentes a este tipo de empresas foram incluídas nesse diploma legal por iniciativa e insistência dos órgãos de concorrência daquele Estado.

A nível central existe ainda, a par do *bundeskartellamt*, a Comissão de Monopólios, criada com a reforma da GWB de 1973 para desempenhar, essencialmente, funções consultivas. As suas principais atribuições são: i) a elaboração de um relatório bienal sobre o estado de concentração económica dos diferentes sectores da actividade económica nacional, fazendo uma avaliação da aplicação, pelos órgãos competentes, das normas substantivas relativas ao controlo de concentração e comentando assuntos específicos da política nacional de concorrência (§44 (1)); ii) a elaboração de relatórios sobre as operações de concentração que tenham sido objecto de requerimento para obtenção de "permissão ministerial" (§42 (4)); iii) a elaboração, a solicitação governamental ou por iniciativa própria, de outros

relatórios sobre outras questões económicas específicas (§44 (1))[121]. O relatório bienal é entregue ao ministério da economia e da tecnologia até ao dia 30 de Junho. O governo faz reencaminhar o relatório para o parlamento federal a fim de que este possa considerar o parecer e as recomendações efectuadas e eventualmente promover quaisquer alterações legislativas que se considere pertinentes.

A Comissão é composta por cinco membros nomeados pelo presidente federal sob proposta governamental e para o exercício de um mandato de quatro anos (§45). As suas decisões são tomadas com maioria mínima de três votos.

4.2 As normas substantivas da GWB

Pese embora as diversas reformas de que foi objecto, em particular a de 1998 que visou reorganizar e simplificar o seu conteúdo substantivo[122], a GWB permanece um diploma legal algo complexo e detalhado, estruturado em seis partes: a primeira (§1-47) versa sobre os comportamentos anticoncorrenciais; a segunda (§48-53) sobre as autoridades *antitrust*; a terceira (§54-96) sobre aspectos processuais; a quarta (§97-129) sobre os contratos públicos; a quinta (§130) sobre o âmbito de aplicação do diploma e a sexta (§131) sobre as disposições finais e transitórias. Este capítulo dará especial enfoque a alguns aspectos de regime relativos à parte primeira deste diploma.

4.2.1 A proibição de acordos, decisões e de práticas concertadas

A 7ª reforma da GWB, de Julho de 2005, introduziu profundas alterações, *inter alia*, na regulação dos acordos restritivos de concorrência. A mudança surge na sequência da adopção do Regulamento CE n.º 1/2003, de 16 de Dezembro, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado da Comunidade Europeia, e da necessidade de fazer harmonizar as duas legislações. Nos termos do art. 3º n.º 1 daquele Regulamento, "sempre que as autoridades dos Estados membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na acepção do n.º 1 do artigo 81º do Tratado, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados membros, na acepção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 81º do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas". Por seu turno, o n.º 2 esclarece que "a aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos, decisões de associação ou práticas concertadas susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros mas que não restrinjam a concorrência na acepção do n.º 3 do artigo 81º do Tratado, ou que reunam as condições do n.º 3 do artigo 81º do Tratado ou se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do n.º 3 do artigo 81º do Tratado".

Decorre do exposto que só pode ser aplicada legislação nacional mais restritiva a casos locais ou regionais que não afectem o comércio entre Estados-membros[123]. Ora, o legislador alemão acabou por concluir que não faria sentido manter uma legislação com um âmbito de aplicação tão limitado. As situações locais ou regionais deveriam também ficar submetidas à regulação do art. 81º do TCE (actual art. 101º do TFUE). Esta convicção fez o legislador alemão "quebrar o molde" e eliminar a distinção feita até então entre acordos horizontais e verticais. Contrariamente ao que sucede com a legislação europeia, a GWB não continha uma proibição geral

de acordos verticais. Proibiam-se apenas os acordos relativos a preços e a condições negociais (cf. a anterior §14), submetendo-se outras formas de restrição vertical ao princípio do abuso[124]. Este princípio assentava, como vimos, no pressuposto de que estas restrições poderiam, por vezes, surtir efeitos positivos no quadro da concorrência nacional. A alteração legislativa de 2005 abole esta tradicional distinção. A secção 1 da GWB (tal como o art. 101º n.º 1 do TFUE) passa a ser directamente aplicável a ambos os tipos de restrições, proibindo tanto acordos horizontais como verticais.

a) Âmbito de aplicação

A proibição contempla todos os tipos de acordos restritivos da concorrência. Ela abrange, *inter alia*, os acordos para fixação de preços ou para a limitação de produção ou distribuição; o "*bid rigging*"; a distribuição de clientela, de quotas de mercado e de territórios; a troca de informação privilegiada, etc.[125]. A 7ª reforma elimina as secções 4 a 18, inclusivé, e alinha a redacção da secção 1 com o texto do art. 101 do TFUE[126].

Os acordos restritivos são proibidos pela §1 apenas quando sejam celebrados por *empresas* públicas ou privadas: é este o princípio. A doutrina tem entendido, todavia, na esteira do entendimento perfilhado pela jurisprudência europeia, que o conceito de "empresa" deve ser extensível a toda entidade, singular ou colectiva, que efectivamente exerça uma actividade económica no mercado de compra/venda de produtos ou serviços comerciais[127]. A natureza jurídica do operador económico ou a forma como este é financiado são considerados como aspectos irrelevantes. É também irrelevante que a actividade exercida não seja orientada à obtenção de lucro.

O regime da §1 não é aplicável aos acordos celebrados entre empresas controladoras e controladas ou entre empresas sujeitas a um controle comum, em particular entre a empresa "mãe" e a subsidiária ou entre empresas afiliadas. A lógica é a de que a empresa não pode concluir um acordo consigo própria. Note-se, por outro lado, que os acordos só serão proibidos quanto visem, directa ou indirectamente, impedir, restringir ou

distorcer a concorrência (cf. §1) e quando provoquem um efeito adverso que se repute considerável. Segue-se, pois, a regra jurisprudencial *de minimis*.

b) O ónus da prova

Embora a GWB não preveja uma regra como a do art. 2º do Regulamento CE n.º 1/2003[128], a questão do ónus da prova é tratada de forma idêntica pela §1 da GWB e pelo art. 101º n.º 1 do TFUE. De acordo com as regras gerais do processo civil alemão, cabe à autoridade responsável pela investigação a prova dos factos constitutivos da violação alegadamente cometida. A §33 da GWB, que dispõe sobre o tema das acções indemnizatórias por danos derivados de ilícitos concorrenciais, consagra a mesma regra, colocando o ónus de prova a cargo do lesado.

c) As isenções

As regras de isenção especial que eram então previstas nas §2 a §6 da GWB são substituídas por uma regra de excepção geral (cf. parágrafo 1 da §2), cujos pressupostos de aplicação reflectem os que se prevêem no art. 101º n.º 3 do TFUE. A anterior isenção geral da §7 é eliminada e bem assim a permissão ministerial para a formação de cartéis (cf. anterior §8). A cláusula de isenção especial prevista para pequenas e médias empresas é mantida (cf. §3). O legislador considera importante continuar a encorajar estes operadores a solidificarem as suas posições de mercado por via da celebração de acordos de cooperação. Ainda que estes acordos possam implicar algumas restrições no quadro da concorrência, o entendimento que prevalece é o de que as vantagens advenientes da cooperação são claramente preferíveis. O parágrafo 1 da §3 é aplicável apenas às restrições horizontais, *i.e.*, aos acordos celebrados entre empresas concorrentes. A verificação *in casu* dos pressupostos de que depende a aplicação da §3 – a saber: a concorrência no mercado relevante não ser substancialmente afectada; o acordo ou a decisão contribuir para o incremento do nível de competitividade das pequenas e médias empresas – torna dispensável a verificação das condições impostas pelo parágrafo 1 da §2 (cf. secção 3, parágrafo 1). A isenção da §2 poderá ainda ser aplicada, se apropriada, nas situações em que não estejam preenchidos os pressupostos da isenção a que se refere a §3. Em todo o caso, e dada a prioridade de aplicação do art. 101º n.º 3 do TFUE (cf. §22 da GWB), importa que as autoridades se assegurem de que a §3 é efectivamente aplicável ao caso concreto.

A aplicação do regime de excepção constante da §2 depende da verificação de quatro condições (replicando as que constam do n.º 3 do art. 101º n.º 3 do TFUE), a saber: que as decisões, acordos ou práticas concertadas i) contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico; ii) reservem uma parte equitativa do benefício que daí resulte para os consumidores; iii)

não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos e iv) não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Cabe às empresas interessadas fazer a prova de que o acordo cumpre as condições impostas pelo preceito.

De acordo com o parágrafo 2 da §2 da GWB, aplicar-se-ão, *mutatis mutandis*, ao parágrafo 1 da §2, as isenções em bloco adoptadas pelo Conselho e pela Comissão Europeia. As isenções europeias passam, portanto, a ser directamente aplicáveis mesmo a questões puramente domésticas. A regra da §2 visa não só as isenções em vigor, mas também todas as que venham a ser adoptadas pela UE. A §2 (2) passa assim a assegurar um eficiente sincronismo entre a legislação doméstica e europeia.

A GWB mantém duas excepções à proibição genérica da §1: i) a relativa aos acordos celebrados no domínio das actividades agrícolas (cf. §28) e ii) a da fixação e manutenção de preços de revenda de jornais e magazines (cf. §30). Outras excepções que vigoravam na redacção anterior, designadamente as relativas aos sectores do crédito e do seguro (anterior §29), da "*copyright collection*" (anterior §30) e do desporto (anterior §31) foram abolidas.

Do ponto de vista processual, o anterior sistema de notificação prévia ao *bundeskartellamt* é substituído por um sistema de excepção legal. O teor do parágrafo 1 da §2 é bastante inequívoco: os acordos que cumpram com os pressupostos enunciados neste parágrafo consideram-se automaticamente isentos da proibição da §1. Cabe às partes interessadas proceder a uma avaliação do acordo e determinar se o mesmo se conforma às exigências daquele parágrafo. Não se pense, porém, que este sistema de "*self-assessment*" acarreta um enfraquecimento na aplicação do regime de proibição da §1. Não é reconhecida às empresas qualquer margem de discricionariedade na avaliação do acordo: ou o acordo cumpre os pressupostos ou não cumpre. Neste sentido, o legislador alemão fez questão, com a reforma de 2005, de reforçar também as competências das autoridades de concorrência, designadamente promovendo um alinhamento

com aquelas que se prevêem no art. 5º do Regulamento CE n.º 1/2003[129]. O valor das coimas por violação da §1 sobe drasticamente (cf. §81), deixando às empresas uma clara mensagem de que o novo sistema "*self-assessment*" é mesmo para se cumprir.

4.2.2 O abuso de posição dominante

A §19 da GWB consagra uma regra de proibição geral de abuso de posição dominante e fornece exemplos de comportamento considerado abusivo. A proibição geral desta secção é depois complementada pelas proibições específicas de comportamento discriminatório e de "*unfair hindrance*", constantes da §20 e da prática de boicote prevista na §21. As proibições específicas da §20 aplicam-se, *mutatis mutandis*, também a empresas que, embora não dominantes, detenham uma posição ascendente sobre empresas fornecedoras ou clientes de pequena e média dimensão. A §21, parágrafo 1 proíbe a prática de boicote independentemente da posição de mercado ocupada pelas empresas envolvidas. A §21, parágrafos 2 a 4, proíbe a coerção à adopção de conduta anti-concorrencial. A §20, parágrafo 6, proíbe que as associações industriais e profissionais adoptem práticas discriminatórias quanto às suas políticas de admissão.

a) O conceito de "domínio"

Considera-se dominante (*marktbeherrschende Stellung*) a empresa que: i) não tenha qualquer concorrente ou que não esteja exposta a uma concorrência substancial (cf. §18 (1) ns.º 1 e 2) ou que ii) tenha uma posição de mercado *paramount* (*uberragende Marktstellung*) em relação aos seus concorrentes (cf. §18 (2) n.º 3).

Estas duas formas de domínio são independentes uma da outra, pelo que uma empresa pode deter uma posição de *paramount* em relação aos seus concorrentes ainda que esteja exposta a concorrência substancial[130]. A

posição *paramount* é entendida como a expressão mais relevante de domínio de mercado.

A tarefa de fazer determinar a existência de uma posição dominante de uma empresa implica uma análise cuidada da estrutura de mercado e da posição aí ocupada pelos seus concorrentes. Considera-se não estar exposta a concorrência substancial a empresa que tenha a capacidade de actuar autónoma e livremente num determinado mercado sem ser condicionada pela actividade dos seus concorrentes, fornecedores ou clientes[131]. É o que sucede quando a empresa ocupa uma posição no mercado de tal preponderância que não tem de se preocupar, ao tomar decisões de política comercial, com a reacção dos restantes agentes económicos. A posição *paramount* é determinada em função de vários factores, nomeadamente da quota de mercado detida; do poder económico e financeiro da empresa(s); do seu acesso aos produtos e mercados; da sua ligação a outras empresas; da existência de obstáculos (legais ou comerciais/económicos) à entrada de outros concorrentes no mercado; da existência de concorrência potencial; da sua capacidade para mudar a sua oferta ou procura para outros tipos de produtos ou serviços comerciais; da possibilidade dos agentes económicos recorrerem as outras empresas para satisfação das suas necessidades de oferta e/ou procura (cf. §18 (3)). O valor da quota de mercado constitui o principal critério aferidor da posição *paramount*.

A determinação sobre a existência de uma posição de domínio pressupõe, naturalmente, a prévia identificação do produto e do mercado geográfico relevante. Em 1995, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a noção de “mercado geográfico relevante”, para efeitos de aplicação da GWB, deveria ser entendida como correspondendo ao espaço do território alemão, ainda que o mercado possa, efectivamente, estender-se além destas fronteiras[132]. O cálculo da quota de mercado é sempre feito por referência ao mercado nacional ou a um determinado mercado regional. Pese embora esta circunscrição, a §18, parágrafo 3, manda atender à concorrência exercida por empresas com actividade no estrangeiro.

Os parágrafos 4, 5 e 6 da mesma secção estabelecem um conjunto de presunções de domínio. Assim, presumem-se dominante(s): 1) a empresa que detenha uma quota de mercado, pelo menos, de 40%[133]; 2) o grupo de empresas (duas ou mais empresas) relativamente às quais não exista uma concorrência substancial no que respeite a determinados bens ou serviços e que cumpram com as condições enunciadas na §18 (1) (designadamente, não tenham qualquer concorrente; não estejam expostas a uma concorrência substancial ou tenham uma posição de mercado *paramount* em relação aos seus concorrentes); 3) o grupo de empresas que seja constituído por um número máximo de três empresas e que detenha uma quota de mercado combinada de pelo menos 50%; 4) o grupo de empresas que seja constituído por um número máximo de cinco empresas e que detenha uma quota de mercado combinada de pelo menos dois terços (presunção de oligopólio). As presunções podem ser ilididas, cabendo ao interessado o ónus de provar que não detém uma posição dominante. Sempre, porém, que subsista a dúvida e que a visada não consiga inequivocamente estabelecer a inexistência da posição de domínio, prevalecerão as presunções e a empresa ter-se-á como dominante.

b) As proibições

Ao desenvolver o conceito jurídico de abuso, a doutrina alemã fez uma distinção entre dois tipos de conduta: o abuso de exploração (*Ausbeutungsmibbrauch*) e o abuso de exclusão (*Behinderungsmibbrauch*). Os exemplos de conduta abusiva constantes da §19 (2) ns.º 1 e 4 correspondem ao abuso exclusão e os dos ns.º 2 e 3 ao abuso exploração.

O abuso exclusão reporta-se à conduta de empresa dominante que prejudique deliberada e injustificadamente o exercício de actividade concorrente por parte de um terceiro operador económico e que assim cause um efeito adverso na estrutura concorrencial do mercado[134]. A jurisprudência alemã tende a limitar este tipo de abusos às práticas de empresas dominantes consideradas incompatíveis com os princípios de uma

concorrência efectiva (*Nichtleistungswettbewerb*). Uma empresa dominante não deve causar a exclusão de concorrentes do mercado por outros meios que não pelo normal exercício de concorrência. Entende-se por normal concorrência a "*performance competition*". As práticas discriminatórias constituem o núcleo básico deste tipo de abuso. A reforma de 1998 introduziu o conceito de "infra-estruturas essenciais" para concretizar um tipo específico de abuso exclusão. Este abuso ocorre sempre que, em determinadas circunstâncias, a empresa dominante recuse a um seu concorrente o acesso à sua "*network*" ou às suas infra-estruturas e que essa recusa acarrete para esse concorrente o encerramento do mercado (cf. §19 (2), n.º 4). A conduta não é considerada abusiva quando a empresa dominante titular das infra-estruturas faça prova de que a recusa é objectivamente justificada.

A noção de abuso exploração enquadra comportamentos de empresas dominantes que explorem ilicitamente todos aqueles que as elas comprem ou vendam. Tratam-se, essencialmente, de condutas que visam obter dos seus parceiros económicos determinadas condições ou preços, considerados objectivamente desrazoáveis, e que não seriam oferecidos não fosse a posição de domínio detida e a deterioração da estrutura competitiva do mercado. As situações de abuso de exploração (particularmente no que respeita à conduta de abuso envolvendo preços) são geralmente aferidas por comparação entre as condições existentes num dado mercado e aquelas que aí prevaleceriam num modelo de concorrência efectiva (ou seja, por referência ao contrafactual). Na concretização deste critério, a jurisprudência tudesca tem recorrido à análise comparativa entre mercados de natureza análoga[135]. A complexidade das exigências de prova (impostas pela doutrina do Supremo Tribunal Federal, cf. nota 74 *infra*), em especial nos casos de *over pricing*, tem ditado uma relativa ineficácia da figura do abuso exploração.

c) Práticas discriminatórias

A §20, parágrafo 1, proíbe as práticas de exclusão injusta ("*unfair hindrance*") e de tratamento diferencial injustificado. As práticas de exclusão injusta são normalmente dirigidas aos concorrentes ao passo que o tratamento diferencial visa, essencialmente, atingir clientes e/ou fornecedores, numa lógica vertical. Uma e outra são consideradas práticas discriminatórias, estando, consequentemente, sujeitas ao mesmo enquadramento legal. A conduta discriminatória pode consistir numa recusa em negociar, numa recusa em chegar a acordo relativamente a determinados aspectos específicos do negócio ou na prática de qualquer acto que traduza a exclusão ou o tratamento diferenciado de um outro operador económico. Note-se que a §20 (1) proíbe qualquer tipo de conduta discriminatória e não apenas aquelas que afectem os preços dos bens ou dos serviços comerciais. A proibição é dirigida às empresas consideradas dominantes, mas também a todas as outras que, embora não dominantes, gozem de uma posição privilegiada no mercado.

A conduta é discriminatória quando a empresa visada fique impedida de participar em actividade económica que esteja normalmente acessível a outras empresas "similares" sem que para tal haja uma justificação objectiva. Há também discriminação quando, no exercício de uma actividade económica a que outras empresas similares têm acesso, a empresa recebe injustificadamente um tratamento diferenciado. O esforço de precisão do conceito de "similar" é da maior relevância porquanto não será proibida a discriminação de empresas que não sejam "similares" a todas as demais que exercem aquela actividade em particular e às quais a actividade económica em questão não esteja normalmente acessível (§20 (1) *a contrario*). Um fabricante poderá vender o mesmo produto a um distribuidor grossista e a um simples lojista a preços diferentes visto não se tratarem de operadores económicos "similares". O fabricante poderá também recusar-se a vender o produto ao lojista visto vender

exclusivamente a distribuidores grossitas, não se tratando, portanto, de uma actividade a que outros tipos de empresas normalmente tenham acesso. São consideradas empresas "similares", para efeitos do parágrafo 1 da §20, as que exerçam o mesmo tipo de actividade económica *i.e.* as que se dediquem à compra e/ou venda do mesmo tipo de bens e/ou serviços comerciais ao mesmo nível da cadeia de distribuição[136]. É irrelevante, para efeitos desta equiparação, a consideração da dimensão das empresas, do seu tipo legal ou da posição que ocupam no mercado.

É importante notar, por último, que o regime legal da §20 (1) só será aplicável às empresas dominantes quando a sua actividade respeite, directa ou indirectamente, ao mercado relevante no qual elas são efectivamente dominantes.

d) Abuso de dependência económica

O parágrafo 2 da §20 proíbe a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a ela(s) qualquer empresa fornecedora ou cliente (*abhangige Unternehmen*), por não dispor de alternativa equivalente e por não lhe ser possível recorrer a outras empresas. Considera-se existirem alternativas equivalentes quando a empresa fornecedora ou cliente pode satisfazer as suas necessidades de mercado para um determinado produto ou serviço recorrendo a uma empresa terceira. Pouco importa que a empresa em questão esteja activa noutros mercados ou que tenha a possibilidade de entrar em novos mercados. É também despicienda a consideração da quota de mercado que por ela é detida ou a circunstância de estar ou não exposta a uma concorrência substancial. Não basta haver uma alternativa: a alternativa terá de ser equivalente, isto é, a empresa deverá ter a possibilidade de negociar em termos similares, designadamente no que respeita à qualidade dos produtos ou serviços, ao seu preço ou a outras condições relevantes.

A §20 (2) tem sido frequentemente aplicada às empresas fornecedoras de produtos de marca. Considera-se dependente o comerciante cuja competitividade no mercado dependa do fornecimento de determinados produtos de marca. A importância da representação do produto de marca e a sua repercussão no perfil competitivo do comerciante pode estar relacionada com a reputação, preço ou qualidade do produto[137]. Esta dependência pode subsistir mesmo que o comerciante não trabalhe em regime de exclusividade e que o volume de vendas desse produto seja inferior ao de outros produtos similares, do mesmo preço e qualidade.

A §20 (2) tem sido também aplicada às situações em que existe um relacionamento comercial prolongado entre duas ou mais empresas (*unternehmensbedingte Abhangigkeit*) (*v.g.*, a representação de marcas automóveis[138]), e às empresas verticalmente integradas que, durante os períodos de escassez, assegurem o fornecimento de matéria primas a empresas não integradas (*mangelbedingte Abhangigkeit*).

A §20 (2) aplica-se tanto a fornecedores como a clientes. Os fornecedores são considerados dependentes quando o cliente detém uma posição dominante no mercado e/ou quando não haja possibilidade de vender a outros clientes (*nachfragebedingte Abhangigkeit*). Em Fevereiro de 1999, o *bundeskartellamt* concluiu haver uma situação de dependência económica de um grupo de empresas fornecedoras de produtos alimentícios em relação à empresa retalhista MetroGroup por esta comprar anualmente cerca 7,5% da produção total daqueles fornecedores[139].

A §20 (3) proíbe que as empresas de maiores dimensões se sirvam da sua posição para excluírem injustamente as pequenas e médias empresas do exercício das suas actividades económicas. O preceito exemplifica algumas práticas de exclusão injusta, dando especial acento às vendas abaixo do preço de custo. É importante salientar que o Supremo Tribunal Federal tem vindo a considerar que as vendas abaixo de preço de custo só representam "*unfair hindrance*" quando visem especificamente excluir as pequenas empresas do mercado e/ou quando afectem de tal modo a estrutura da concorrência no mercado que as impossibilitem efectivamente de concorrer.

O tribunal já havia defendido que as vendas ocasionais abaixo de preço de custo não deveriam ser consideradas ilícitas[140], uma situação que é actualmente acautelada pelo n.º 2 do (3) da §20[141]. Retenha-se que esta prática pode, em certas circunstâncias, ser considerada legítima, desde que para tal haja uma justificação objectiva. Assim, por exemplo, será justificada a venda de produtos alimentícios abaixo do preço de custo sempre que se pretenda evitar a sua iminente deterioração e subsequente insusceptibilidade de venda. A doação de produtos alimentares a associações de caridade não será considerada de "*unfair hindrance*" quando estas associações os utilizem no âmbito da sua actividade profissional (cf. § 20 (3)).

e) O rol exemplificativo de condutas consideradas abusivas

A §19, parágrafo 2, enumera, de forma não exaustiva, práticas que são consideradas como de abuso de posição dominante. Assim, existe abuso quando uma empresa fornecedora ou compradora de determinados bens ou serviços: i) prejudique, sem que para tal exista qualquer justificação objectiva, a capacidade de outras empresas de com ela concorrer, de uma maneira que afecte a estrutura concorrencial do mercado; ii) exija pagamentos ou outras condições negociais que sejam substancialmente diferentes daquelas que vigorariam caso prevalecesse no mercado um quadro de livre concorrência; iii) exija dos seus clientes pagamentos e condições negociais claramente menos favoráveis do que aquelas que pratica num mercado comparável em relação ao mesmo tipo de clientes; iv) recuse a outra empresa concorrente o acesso à sua "*network*" ou às suas infra-estruturas sempre que se demonstre que sem este acesso e sem o uso partilhado dessas estruturas o concorrente não terá, por razões legais ou de facto, qualquer possibilidade de efectivamente concorrer com a empresa dominante; v) use a sua posição de mercado para extrair vantagens de outras empresas e o faça sem qualquer justificação objectiva.

As práticas de discriminação injusta podem também assumir formas diversas, mormente a recusa de acesso a determinada actividade económica; a recusa de fornecimento de bens ou serviços comerciais; a discriminação de preços e condições negociais, etc..

f) Boicote e outras práticas restritivas

A §21 (1) proíbe a prática de boicote. O boicote envolve a intervenção de três partes: a empresa que inicia o boicote e que solicita a uma terceira empresa que esta se recuse a contratar com a empresa a boicotar; a empresa que acede ao pedido de boicote e a empresa boicotada. Uma vez que se exige que todos os intervenientes sejam empresas, não constituirá boicote, para os efeitos daquele preceito legal, as instruções dadas para não se efectuarem vendas a certos consumidores finais ou a solicitação que as empresas dirijam a estes consumidores para não comprarem a determinados fornecedores. A empresa que acede ao pedido de boicote deverá ser autónoma e independente daquela que o solicita. As instruções dadas a empresas afiliadas não ficam sujeitas a este regime legal. O mesmo se diga quanto às instruções dadas a agentes ou outros representantes.

O pedido para não negociar com determinada empresa não tem necessariamente de ser dirigido a uma empresa específica, podendo antes ser vagamente dirigido às empresas que operem num determinado mercado (*v.g.*, a todos os comerciantes automóveis), a empresas que exerçam actividade a um determinado nível económico ou a empresas que sejam activas numa dada comunidade. A solicitação tem necessariamente de ser feita com a intenção de causar um efeito económico adverso à empresa boicotada. A solicitação deve ser distinguida da mera sugestão, proposta, opinião ou de qualquer outra forma de comunicação que não vise influenciar a empresa à realização do boicote.

O pedido de boicote pode respeitar a todos os fornecimentos ou compras normalmente realizadas à empresa boicotada ou restringir-se ao fornecimento ou compra de determinados bens ou serviços comerciais. O

boicote pode ser solicitado para um determinado período ou ser permanente e definitivo.

A §21 proíbe o boicote independentemente de se ter verificado a efectiva recusa em negociar. O ilícito é cometido assim que a empresa que boicota dirige a sua solicitação de boicote. O ilícito cometido pela empresa que acede ao boicote será eventualmente regulado pela §20, não pela §21.

O parágrafo 2 da §21 proíbe que uma empresa induza outra à prática de condutas restritivas ilegais, dirigindo-lhe, para tal, ameaças, promessas de vantagens financeiras ou causando-lhe dificuldades económicas.

O parágrafo 3 da §21 proíbe que uma empresa force outras a: juntarem-se a cartéis isentos; a concentrarem-se com outras empresas; adoptarem práticas concertadas com o propósito de restringir a concorrência.

4.2.3 O controlo das concentrações

A GWB, na sua versão original de 1958, não reconhecia ao *bundeskartellamt* quaisquer poderes de actuação relativamente às operações de concentração que afectassem a estrutura de mercado. Limitava-se, simplesmente, a prever a obrigação de notificação prévia àquela instituição e a reconhecer-lhe a faculdade de realizar audiências públicas a fim de ouvir as partes interessadas[142]. As disposições relativas ao controlo de concentrações foram introduzidas com a reforma de 1973. A revisão de 1976 reforçou a regulamentação das operações de concentração envolvendo empresas com actividade nos sectores da produção, publicação e distribuição de jornais e periódicos. A revisão de 1980, *inter alia*, adensou os requisitos de pré-notificação; introduziu novas presunções de domínio de mercado e restringiu a isenção que se previa relativa à aquisição de pequenas empresas. A revisão de 1990 voltou a alargar o âmbito de aplicação das disposições relativas ao controlo de concentrações. A alteração de 1998 visou simplificar a GWB e adaptá-la à legislação europeia. As alterações mais relevantes respeitam: i) ao aumento dos "*thresholds*" (limiares de volume de negócios) que determinam a aplicação

do regime da §35 e ss. da GWB; ii) às situações que configuram uma concentração (§37); iii) à obrigação de notificação das operações de concentração antes de as mesmas serem concluídas (§39); iv) à possibilidade do *bundeskartellamt* fazer depender a autorização da operação de concentração do cumprimento de determinas condições e obrigações (§40 (3)); à obrigação do *bundeskartellamt* de proceder à publicação das suas decisões após a conclusão dos procedimentos de 2ª fase (§43 (2)) e v); ao direito de recurso das decisões do *bundeskartellamt* por parte de terceiros interessados. A revisão de 2005, *inter alia*, vem determinar, como regra geral, o efeito não suspensivo dos recursos interpostos por terceiros contra as decisões de autorização de operações de concentração. A revisão de 2009 determina a obrigação de pré-notificação ao *bundeskartellamt* de todas operações de concentração quando o conjunto agregado do volume de negócios gerado a nível mundial por todas as partes envolvidas excede os quinhentos milhões de euros, desde que o volume de negócios gerado por uma das partes em território alemão exceda o valor de vinte e cinco milhões de euros *e o lucro gerado pela segunda parte em território alemão seja superior a cinco milhões de euros* (§35). Em 2013, o critério substantivo de apreciação das operações de concentração foi alinhado com o critério europeu, substituindo-se o "teste" da criação ou reforço da posição dominante pelo do impedimento significativo de concorrência efectiva (passando a criação ou o reforço da posição de domínio a constituir apenas um dos exemplos desse “impedimento”). O prazo global para a apreciação de uma operação de concentração passa de quatro para cinco meses nos casos em que as partes ofereçam compromissos pela primeira vez em sede da fase de investigação aprofundada (fase II). As concentrações que respeitam a mercados *de minimis* passam também a ser obrigatoriamente notificadas ao *bundeskartellamt*, embora não possam ser proibidas. Para além destas três alterações, prevê-se também o alinhamento com o regime europeu no que respeita a compromissos; à excepção ao efeito suspensivo das ofertas públicas e à cláusula de agregação (operações de concentração realizadas entre as mesmas partes num prazo de dois anos passam a ser tratadas como uma única concentração). A 9ª revisão, que se espera entrar

em vigor durante o primeiro trimestre de 2017, acrescenta novos *thresholds* jurisdicionais de notificação baseados na dimensão da transação e no volume de negócios. Assim, as operações passam a ser objecto de notificação prévia quando estejam verificados cumulativamente os seguintes quatro pressupostos: i) o volume de negócios gerado por todas as partes a nível mundial exceder os quinhentos milhões de euros; ii) uma das partes da operação gerar um volume de negócios na Alemanha de valor superior a vinte e cinco milhões de euros; iii) o valor da transacção ser superior a quatrocentos milhões de euros (por valor da transacção entende-se os bens ou valores que o vendedor recebe a título de contrapartida pela alienação, considerando-se também as responsabilidades ou dívidas de todos os bens que lhe sejam entregues); e, iv) o *target* da operação ter uma presença assinalável em território alemão (segundo o memorando que foi disponibilizado pelo governo, basta que o *target* desenvolva em território alemão relações comerciais com os seus clientes ou que aqui leve a cabo actividades de pesquisa e desenvolvimento[143]). A 9ª revisão vem também proceder a um reajuste dos critérios substantivos de apreciação, esclarecendo, na nova §18 (2a), que a conclusão sobre a existência de um mercado não depende de nele se registarem trocas pecuniárias. O objectivo deste aditamento é o de capturar situações de mercados de dois ou mais lados (em especial nos mercados digitais) em que os bens ou serviços sejam oferecidos gratuitamente (a alteração segue na sequência das investigações do *bundeskartellamt* às alegadas condutas de abuso de posição dominante do Facebook). A nova §18 (3a) inclui também novos critérios para a aferição de uma posição de domínio, designadamente, i) efeitos directos e indirectos de rede; ii) comportamento "*multi-homing*" e custos de mudança dos consumidores; iii) economias de escala com relação aos efeitos de rede; iv) o acesso da empresa à informação; e v) constrangimentos competitivos relacionados com a inovação.

I) Âmbito de aplicação

As disposições substantivas relativas ao controlo de concentrações (§35 e ss.) aplicam-se às operações de "concentração" (*Zusammenschlusse*) tal como são definidas na §37, designadamente à aquisição de bens; à aquisição de participações sociais (*Anteile*); às "*joint ventures*" (*Gemeinschaftsunternehmen*) e a outras operações combinadas. A operação de concentração é sujeita ao regime da GWB sempre que se verifiquem cumulativamente as seguintes condições: i) que a operação não caia no âmbito material de aplicação da legislação europeia, designadamente do Regulamento (CE) n.º 139/2004, de 20 de Janeiro de 2004 (cf. §35 (3)); ii) que o tipo de operação seja regulado pelas normas do GWB; iii) que os operadores económicos envolvidos apresentem determinados valores de volume de negócios anuais; iv) que a operação represente para a parte alienante um valor pecuniário de determinada dimensão; e v) que os efeitos da operação de concentração se repercutam em território alemão. O *bundeskartellamt* autoriza a operação sempre que conclua que esta não acarreta o impedimento significativo da concorrência efectiva, em particular através da criação ou reforço de uma posição dominante[144]. Ainda que a transacção gere uma situação de impedimento significativo de concorrência efectiva, o *bundeskartellamt* pode autorizar a concentração quando considere que as restrições causadas à livre concorrência sejam suplantadas pelas vantagens económicas advenientes da operação (§36 (1), parágrafo 1).

a) A noção de "concentração"

A GWB classifica como de "concentração" as seguintes operações:

i) Aquisição de bens

A aquisição de parte substancial ou da totalidade dos bens de uma empresa terceira constitui, nos termos da §37 (1) da GWB, uma operação de concentração. É considerada como "aquisição de parte substancial" não só a aquisição da quase totalidade dos bens da empresa, mas também a aquisição daqueles bens que, *per se*, determinam a aquisição, pela adquirente, de uma posição dominante no mercado. Isto é assim porquanto a aquisição destes bens pode reforçar a posição da adquirente num dado mercado ou possibilitar-lhe o acesso a novos mercados[145].

ii) Aquisição de controlo

A aquisição de controlo directo ou indirecto, por uma ou por várias empresas, de parte ou da totalidade de uma ou de mais empresas, constitui uma operação de concentração nos termos da §37 (2) da GWB. O controlo é constituído por direitos, contratos ou por outros meios que permitam, de forma separada ou combinada, exercer uma influência decisiva sobre uma determinada empresa, em particular: 1) a propriedade ou o direito de uso sobre parte ou totalidade dos bens da empresa; 2) direitos ou contratos que permitam exercer uma influência decisiva sobre a composição dos órgãos sociais da empresa, sobre o seu processo de votação ou sobre as suas decisões.

iii) Aquisição de participações sociais

A aquisição de participações sociais de uma empresa terceira constitui uma operação de concentração quando essas participações, *per se* ou por acrescento às participações já detidas no capital dessa empresa, representem: a) 50% ou b) 25% do capital ou dos direitos de voto da empresa alienante (cf. §37 (1), parágrafo 3). Consideram-se detidas pela empresa as participações possuídas e/ou geridas por terceiros em seu nome. Considerar-se-á como uma segunda operação de concentração a aquisição

de participações sociais por uma empresa que detenha já, pelo menos, 25% do capital da alienante ou dos seus direitos de votos, quando em virtude dessa aquisição passe a deter, pelo menos, 50% desse capital ou dos direitos de voto da alienante, excepto quando a transacção não determine um aumento substancial da influência já detida sobre a empresa alienante (cf. §37 (1), parágrafo 3 e §37 (2)). Isto significa que se a empresa adquirir globalmente 75% do capital social da alienante ou dos seus direitos de voto através da realização de três operações distintas, cada uma delas representando a aquisição de 25% daquele capital ou daqueles direitos de voto, estar-se-á perante três diferentes operações de concentração.

Por regra, não será considerada como de concentração a operação de aquisição de participações sociais que não cheguem a representar 25% do capital social da empresa ou dos seus direitos de votos. A excepção a esta regra verificar-se-á quando a adquirente ganhe, em consequência da operação, o controlo directo ou indirecto da empresa cujas participações são adquiridas (cf. §37 (1), parágrafo 2) ou, ainda que sem obtenção de controlo, passe a poder exercer, directa ou indirectamente, uma influência material directa sobre a *performance* competitiva desta empresa (§37 (1), parágrafo 4)[146].

iv) Outras combinações

Constitui uma operação de concentração, nos termos da §37 (1), parágrafo 4, qualquer combinação de empresas que lhes permita, directa ou indirectamente, exercer uma influência relevante no comportamento de mercado de uma terceira empresa (*wettbewerblich erheblicher Einflub*). Esta disposição foi introduzida com a reforma de 1990 e tem carácter residual, sendo aplicável sempre que a operação não se enquadre nas regras já *supra* mencionadas. Esta norma é de especial importância prática nas situações em uma empresa adquira uma participação social no capital de uma sua concorrente cujos sócios maioritários sejam considerados de "*passive investors*"[147].

v) Regras suplementares

Estar-se-á também perante uma concentração sempre que a operação envolva duas ou mais empresas que tenham já previamente sido objecto de uma operação concentração entre si, excepto se da operação não resultar um reforço substancial da afiliação já existente entre essas empresas (cf. § 37 (2)). Assim, por exemplo, não há operação de concentração no sentido descrito quando uma das subsidiárias da "empresa-mãe" transfere as suas participações sociais para uma segunda subsidiária.

Não são consideradas como de concentração as operações de aquisição de participações sociais por parte de instituições de crédito, de instituições financeiras ou de companhias de seguros, desde que: i) as mesmas tenham por fim a revenda dessas participações; ii) a revenda se processe no prazo máximo de um ano contado da data de aquisição das participações; iii) não sejam exercidos os direitos de voto inerentes as essas participações (cf. §37 (3)). O prazo de um ano pode ser prorrogado pelo *bundeskartellamt* quando se demonstre objetivamente ter sido insuficiente para concluir a revenda.

b) Os "*thresholds*" jurisdicionais

As normas de controlo de concentração da GWB são aplicáveis quando o conjunto agregado do volume de negócios obtidos a nível mundial por todas as partes envolvidas na operação exceda os quinhentos milhões de euros, desde que o volume de negócios gerado por uma das partes em território alemão exceda o valor de vinte e cinco milhões de euros e o volume de negócios gerado por uma outra parte em território alemão seja superior a cinco milhões de euros (cf. §35 (1))[148].

Estes valores têm como referência o ano contabilístico que precede a realização da operação de concentração e compreende o volume de negócios gerado por todas as empresas afiliadas que pertençam ao grupo (§36 (2)). O volume de negócios é calculado de acordo com o critério

constante da §277 (1) do código comercial alemão (*Handelsgesetzbuch*) e compreende as receitas (fora o IVA) provenientes da prestação, venda, aluguer ou *leasing* de quaisquer produtos, bens ou serviços (cf. §38 (1)). Não são contabilizadas as receitas que resultem do fornecimento de bens ou serviços a empresas do mesmo grupo. O imposto sobre a produção, consumo e distribuição é também deduzido na aritmética final (§38 (1)).

Considerar-se-ão apenas três quartos do volume de negócios gerado, quando as partes envolvidas na operação se dediquem exclusivamente ao comércio de bens (§38 (2)), e vinte vezes o volume de negócios gerado, quando estas desenvolvam actividade nos sectores: i) da publicação, produção e distribuição de jornais ou revistas; ii) da produção, distribuição e emissão de programas de rádio e televisão; iii) da venda de tempo publicitário na rádio e televisão (§38 (3)). Estas regras acabam quase sempre por determinar a fiscalização de operações de concentração que envolvam empresas com actividades nos sectores da imprensa e dos *media*, mesmo quando estas sejam de reduzida dimensão.

Quando a concentração envolva instituições de crédito, instituições financeiras ou "associações de construção e empréstimo", o volume de negócios é calculado de acordo com critério plasmado na §38, parágrafo 4, em termos muito similares ao que se dispõe no art. 5º n.º 3 do Regulamento CE n.º 139/2004.

c) Excepções

i) Aquisição de pequenas empresas

A operação de concentração não é sujeita ao controlo do *bundeskartellamt* quando a empresa adquirida: i) não seja controlada por outra empresa, nos termos da §36 (2), e ii) apresente, no ano contabilístico que precede a operação, um volume de negócios a nível mundial inferior a dez milhões de euros. A doutrina tem entendido que a excepção é aplicável mesmo na hipótese de a empresa adquirida ser controlada por outra empresa, desde que o conjunto agregado do volume de negócios do grupo de empresas a que a adquirida pertence não exceda, no ano contabilístico transacto, e a nível mundial, o valor de dez milhões de euros[149].

ii) Dimensão do mercado afectado

A operação de concentração escapará também ao controlo daquela instituição quando o mercado afectado pela operação: i) exista há pelo menos cinco anos, e ii) apresente, no último ano civil, um volume de vendas inferior a quinze milhões de euros (cf. §36 (1), parágrafo 2).

Esta excepção visa excluir o escrutínio a operações consideradas de reduzido impacto económico. Durante vários anos, a política do *bundeskartellamt* foi a de considerar que o valor de quinze milhões de euros respeitava ao "mercado económico" em geral. Isto significava que sempre que o mercado relevante tivesse uma escala europeia ou mundial, *i.e.*, que fosse além do espaço geográfico alemão, muitas das operações de concentração realizadas em mercados de dimensão insignificante acabavam por escapar a esta cláusula de excepção. Em 25 de Setembro de 2007, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no caso *Sulzer/Kelmix*[150], que o referido valor respeitava apenas ao mercado geográfico alemão, argumentando,

precisamente, que a preocupação do legislador havia sido, apenas, a de acautelar o impacto da operação na economia nacional[151].

iii) Aquisição por instituições especiais

Não é considerada como concentração a operação de aquisição de participações sociais por parte de instituições de crédito, de instituições financeiras ou de companhias de seguros, desde que: i) as mesmas tenham por fim a revenda dessas participações; ii) a revenda se processe no prazo máximo de um ano contado da data de aquisição das participações; iii) não sejam exercidos os direitos de voto inerentes as essas participações (cf. §37 (3)).

d) Aplicação territorial

A GWB é aplicável a todos os actos restritivos de concorrência cujos efeitos se verifiquem em território alemão ("*effects doctrine*") (cf. §130 (2)). Esta doutrina implica que fiquem sujeitas às regras da GWB não só as operações de concentração realizadas entre empresas domésticas, mas também as que sejam efectuadas entre empresas estrangeiras, fora do território alemão, mas cujos efeitos se verifiquem neste território[152]. A GWB impõe que se proceda à notificação do *bundeskartellamt*, *inter alia*, sempre que a "concentração estrangeira" afecte, directa ou indirectamente, o mercado alemão (cf. §39 (1) e 130 (2)). A concentração é proibida sempre que acarrete o impedimento significativo da concorrência efectiva no mercado doméstico.

II) Processo

i) Notificação

O *bundeskartellamt* deve ser notificado da operação de concentração sempre que: i) os seus efeitos económicos se repercutam em território alemão (§130 (2)); ii) o tipo de operação seja regulado pelas normas do GWB (cf. §37); iii) os operadores económicos envolvidos apresentem determinados volumes de negócios a nível mundial e nacional (§35 (1)); iv) a operação não caia no âmbito material de aplicação da legislação europeia, designadamente do Regulamento (CE) n.º 139/2004, de 20 de Janeiro de 2004 (cf. §35 (3)). A operação não deve ser implementada sem que para tal seja primeiro autorizada por decisão do regulador §39 (1) (vigora, portanto, o princípio do efeito suspensivo). A obrigação de notificação recai sobre cada uma das empresas que participam na operação. Nos casos específicos referidos na §37 (1), parágrafos 1 e 3 (aquisição da totalidade ou de parte substancial dos bens de uma empresa ou a aquisição de participações sociais), a obrigação de notificar recai também sobre o vendedor (§30 (2), parágrafo 2). A notificação deve conter a informação constante da §39 (3). O *bundeskartellamt* pode, no decurso das suas investigações, solicitar informação adicional a cada uma das partes envolvidas relativa a quotas de mercado detidas (incluindo o seu método de estimativa e cálculo) e ao volume de negócios gerado no ano contabilístico transacto referentes a determinadas categorias de produtos ou serviços comerciais (§39 (5)). A §39 (6) impõe às partes a obrigação de notificarem *ex post* a implementação da operação.

ii) Investigação

Uma vez efectuada a notificação, o *bundeskartellamt* dispõe do prazo de um mês para investigar e analisar a operação proposta (fase I). A concentração deve ser autorizada, como se observou, sempre que o regulador conclua não haver perigo de ocorrer um impedimento significativo da concorrência efectiva, em particular em resultado da criação ou reforço de uma posição dominante (§36 (1)). A autorização é, neste caso, notificada a cada uma das partes interessadas, embora não seja sujeita à obrigação de publicação no *Bundesgesetzblatt* (cf. §43 (1) *a contrario*). Sem embargo, a operação ter-se-á como autorizada sempre que o *bundeskartellamt* se abstenha, no decurso da primeira fase de investigação (*i.e.* durante o mês subsequente à data de notificação), de tomar qualquer iniciativa, designadamente de notificar as partes da autorização da operação ou da abertura da segunda fase da investigação. A ausência de pronúncia equivalerá, portanto, a uma autorização tácita da operação (a GWB aqui replicando a regra europeia).

O *bundeskartellamt* pode, findo o prazo de trinta dias, notificar as partes do início do procedimento de investigação de segunda fase (*hauptprufungsverfahren*) (cf. §40 (1), segunda parte). A abertura desta fase pode ser justificada pelo facto de se ter sérias e fundadas dúvidas quanto à criação de um impedimento significativo à concorrência efectiva ou, simplesmente, pela circunstância de não se ter tido tempo suficiente para reunir e valorar os elementos de informação relevantes. Uma vez iniciada esta fase, o *bundeskartellamt* deverá proferir a sua decisão no prazo máximo de quatro meses contados da data da notificação da operação (cf. §40 (2)). Este prazo de quatro meses pode ser estendido por mais um mês, caso as partes decidam oferecer compromissos *ex novo* durante o procedimento de segunda fase. A operação considera-se autorizada sempre que a decisão não seja de todo proferida ou seja proferida apenas após o término do prazo de quatro meses (cinco meses, como referido, no caso de

as partes oferecerem compromissos). A decisão final adotada em fase de investigação aprofundada deverá ser devidamente fundamentada e objecto de publicação no *Bundesgesetzblatt* (cf. §43 (2)).

iii) A permissão ministerial

O sistema prevê, como se referiu, a possibilidade de intervenção governamental no processo decisório através da chamada "permissão ministerial" (*Ministererlaubnis*) (cf. §42). O ministro da economia e da tecnologia é autorizado a sobrepor a sua decisão à do *bundeskartellamt* e autorizar a operação de concentração quando: i) considere que os efeitos negativos decorrentes das restrições à concorrência sejam compensados pelas vantagens que advêm para a economia nacional, ou ii) exista um interesse público prevalecente (cf. §42 (1). A decisão do ministro é tomada após consideração do parecer fundamentado da Comissão de Monopólios e, quando assim o desejarem, dos pareceres das autoridades locais supremas dos *Länders* em que as partes da operação estejam sediadas (cf. §42 (4)). O requerimento para obtenção desta permissão deve ser submetido ao ministério da economia e da tecnologia no prazo máximo de um mês contado da data da decisão de recusa do *bundeskartellamt* ou, havendo recurso judicial, da data em que a decisão se torne final (cf. §42 (3)). O ministro dispõe de quatro meses para tomar a sua decisão (§42 (4)). A decisão de deferimento ou indeferimento da autorização ministerial é passível de recurso nos termos gerais da §63.

iv) Publicações

A §43 (2) determina a obrigatoriedade de se promover a publicação no *Bundesgesetzblatt*, *inter alia*, de todas as decisões tomadas no decurso dos procedimentos de segunda fase, sejam elas de autorização ou de proibição. Os actos processuais da primeira fase não são, por regra, publicados. A decisão de concessão, modificação ou revogação da "permissão ministerial" é também sujeita a publicação (cf. §43 (2)). O anúncio identifica, normalmente, as partes interessadas, a sua sede, a actividade económica desenvolvida, o tipo de operação e a decisão final. O *bundeskartellamt* não é obrigado a publicar o teor integral das suas decisões, mas disponibiliza-o a qualquer terceiro interessado, desde que a decisão não contenha informação considerada privilegiada ou confidencial.

4.2.4 Os ilícitos de concorrência e a tutela dos privados. A §33 da GWB

Na Alemanha, e bem assim no resto da Europa – como o estudo *Ashurst* bem o evidencia[153] – são ainda escassas as acções judiciais instauradas com vista ao ressarcimento de danos resultantes da violação das normas de regulação da concorrência, especificamente dos artigos 101º e 102º do TFUE e das normas homólogas dos ordenamentos jurídicos de cada Estado-membro.

Na Alemanha, e também como reacção a este estado letárgico, o quadro jurídico de protecção foi renovado com a 7ª e 8ª revisão da GWB, com várias alterações feitas à redacção da §33. A 9ª revisão de 2016 (anunciada em 1 de Julho desse ano), ainda por publicar, procede à transposição da recente directiva da Comissão relativa a acções judiciais por violação ao direito da concorrência[154]. A exposição subsequente salienta, ainda que de forma lacónica, alguns dos aspectos mais significativos do regime ainda em vigor e daquele que se espera passar a vigorar a partir do final do primeiro trimestre de 2017, com a adopção formal do *draf* da 9ª revisão à GWB.

a) Titulares do direito de indemnização

A actual da §33 (1) delimita o círculo dos titulares do direito de acção por referência ao conceito de "partes afectadas"[155]. Aí se lê, na sua versão inglesa[156], que "*Whoever violates a provision of this Act, Articles 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union or a decision taken by the competition authority shall be obliged to the person affected to rectify the infringement and, where there is a risk of recurrence, to desist from further infringements* (…)" (sublinhado nosso). A parte final do parágrafo esclarece que "*Affected persons are competitors* [*mitbewerber*] *or other market participants* [*sonstiger Marktbeteiligter*] *impaired by the infringement*". Note-se, todavia, que este parágrafo se refere exclusivamente ao direito de requerer uma *injuntive relief* um mandado judicial a proibir o infractor de praticar ou a ordenar que cesse de praticar um acto ou acções lesivas do direito do requerente – e não à obrigação de indemnizar os danos causados pela conduta concorrencial ilícita. Esta obrigação é apenas prevista no parágrafo 3. Esta situação suscita uma dúvida quanto à efectiva titularidade do direito de indemnização porquanto este parágrafo apenas se limita a esclarecer que "*Whoever intentionally or negligently commits an infringement pursuant to paragraph 1 shall be liable for the damages arising therefrom*". WURMNEST defende que esta omissão é equívoca e que a solução deve passar pela remissão ao parágrafo primeiro, valendo, pois, o conceito de "pessoas afectadas" *i.e.* concorrentes ou outros participantes de mercado[157].

A introdução deste conceito parece ter sido inspirada na §2 da UWG. O seu parágrafo primeiro define "participante de mercado" (o mesmo termo legal utilizado na GWB para precisar a noção de "parte afectada") de uma forma ampla, por modo a também abranger as empresas e os consumidores que não tenham uma relação directa com o infractor. Poderá, pois, inferir-se que, à luz do novo texto da §33, estas entidades se consideram também legitimadas a exigir ressarcimento pelos danos sofridos em virtude da

conduta anticoncorrencial. É este o entendimento que actualmente domina na doutrina e jurisprudência[158]. Imagine-se, por exemplo, no comprador, particular, que seja prejudicado por uma acção concertada de fixação de preços por parte de um cartel num mercado distante *upstream*.

A este respeito, a revisão de 2016 vem aditar uma nova §33c (2) em que se estipula expressamente o direito de acção por parte de consumidores indirectos. Embora o tribunal federal de justiça (*Bundesgerichtshof*) tenha já admitido a legitimidade substantiva e processual destes consumidores para a instauração de acções de ressarcimento por danos resultantes da violação do direito da concorrência, a revisão de 2016 vem facilitar a sua efetiva instauração, estabelecendo uma presunção de que os consumidores diretos passaram aos consumidores indiretos a sobretaxa imposta pelo cartel (a chamada *overcharge*). Os tribunais alemães gozam depois de discricionariedade para avaliar sobre a extensão efetiva deste "*passon*" aos operadores a jusante. Uma nota importante a mencionar é que esta presunção opera apenas em benefício dos consumidores indiretos e não poderá ser invocada pelos demandados para obstar à prossecução de uma acção de ressarcimento instaurada pelos consumidores directos.

b) Os danos

A redação do parágrafo 3 da §33, na sua versão ainda actual, limita significativamente o chamado "*passing on defense*". O "*passing on defense*", quando aceite e provado, significa, na prática, que o lesado da prática anticoncorrencial perde a legitimidade para alegar o dano e reclamar a respectiva indemnização quando logre vender o produto que tenha adquirido a preço excessivo (*i.e.* com o prémio imposto pelo cartel) pelo menos pelo mesmo preço a que o comprou[159]. Considera-se, nestes casos, que o lesado acaba por transmitir o dano sofrido ao operador a jusante e que o direito à indemnização cessa de existir na sua esfera jurídica para passar a existir na deste operador. Não assistindo esta defesa às empresas cartelizadas, o operador que adquira este produto (ainda que o consiga vender, como se disse, pelo mesmo preço a que o comprou) é autorizado a também reclamar uma indemnização por danos resultantes do ilícito concorrencial. Neste sentido, pode ler-se naquele parágrafo que "*if a good or service is purchased at an excessive price, a damage shall not be excluded on account of the resale of the good or service*". Pese embora o teor desta disposição, a doutrina sempre defendeu a possibilidade de recurso a este tipo de defesa[160]. A dúvida interpretativa é dissipada em 2011, pelo Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão em que se afirmou expressamente a legitimidade de ambos os consumidores directos e indirectos para a instauração de acções de ressarcimento e a possibilidade de os membros do cartel invocarem a "*pass-on defense*" a seu favor, demonstrando que o adquirente directo do bem ou serviço em questão passou a "*overcharge*" aos seus clientes[161].

A parte final do parágrafo 3 da §33 (3), com respeito ao cálculo do dano, admite que, para além do dano que venha a ser apurado nos termos da §287 do ZPO, sejam também tomados em consideração os lucros obtidos pelo infractor em razão da infracção que cometeu. Estipula-se também que os juros sobre quantias pecuniárias, a serem pagos nos termos das §288 e 289

do BGB, sejam calculados desde a data da consumação dos danos (cf. §33 (3), parte final). Para evitar o risco da atribuição indevida de compensações múltiplas pelo mesmo dano, os compradores directos e indirectos são enquadrados, na jurisprudência do tribunal regional superior de Berlim, como credores conjuntos. O comprador direto é responsável pela alocação dos danos aos vários níveis da cadeia de distribuição e pela alocação da respectiva indemnização. Esta abordagem pelo tribunal de Berlim tem sido fortemente criticada por assumir que os operadores do lado do cliente partilham de interesses comuns – o que, de acordo com os críticos, não se verifica. Tem sido argumentado, contra esta solução, que o risco de atribuição de compensações múltiplas pelo mesmo dano é relativamente reduzido uma vez que os compradores indirectos estão frequentemente afastados do infractor na cadeia de distribuição e, como tal, normalmente numa posição mais difícil para estabelecer o necessário nexo de causal e quantificar o dano sofrido[162]. Para ultrapassar este *conundrum* processual, o Supremo Tribunal de Justiça tem autorizado o demandado, em processo de ressarcimento, e sempre que o demandante não tenha instaurado uma acção em litisconsórcio com os demais lesados, a emitir um "aviso de parte terceira", através do qual informa quaisquer partes que estejam potencialmente interessadas na demanda e que não estejam ainda envolvidas no processo. Evita-se assim a possibilidade de o infractor poder vir a ser obrigado a liquidar indemnizações em dobro pelo mesmo dano.

A revisão de 2016 vem consagrar expressamente a possibilidade da invocação do "*pass-on defense*", embora não estabeleça os exactos pressupostos de que depende o seu reconhecimento. Relativamente à quantificação dos danos, o novo diploma não propõe alterações de relevo. A presunção que nele agora expressamente se estabelece de que o cartel causa um dano era já reconhecida na jurisprudência nacional. O diploma limita-se a clarificar as competências dos tribunais para apreciar sobre o valor dos danos sofridos. Pese embora se trate de assunto pacífico na prática decisória e jurisprudencial europeia[163], a revisão de 2016 não introduz qualquer preceito que regule a responsabilidade parental das empresas por infracções de concorrência cometidas pelas suas subsidiárias.

c) O reconhecimento das decisões de autoridades da concorrência

De acordo com o parágrafo 4 da §33, o tribunal que decidir do pedido de indemnização formulado nos termos do parágrafo 3 fica vinculado às decisões finais do *bundeskartellamt*, da Comissão Europeia ou de qualquer autoridade da concorrência de um Estado-membro da União Europeia (ou tribunal que actue enquanto tal) que dêem como provada a prática de um ilícito de concorrência, mas apenas quanto a este aspecto, ou seja, quanto à sua ocorrência. Significa isto que o tribunal é dispensado de realizar quaisquer outras diligências de instrução e prova quando a decisão daquelas autoridades dê já como provada o cometimento da infracção. Reitere-se que a vinculação respeita apenas a este aspecto – a existência de um ilícito.

A nova §33b introduzida com a reforma de 2016 mantém esta regra, indo, portanto, além do que estipula a Directiva 2014/104/UE que, no seu art. 9º n.º 2, exige apenas que as decisões das autoridades de concorrência de um Estado-membro "*possam ser apresentadas nos seus tribunais nacionais* [de um outro Estado-membro], *de acordo com o seu direito nacional, pelo menos como elemento de prova* prima facie *de uma infração ao direito da concorrência*".

d) A divulgação de elementos de prova

A nova §33g vem introduzir alterações substanciais ao actual regime de divulgação de elementos de prova – que não prevê quaisquer obrigações específicas de *disclosure* em fase pré-contenciosa e que estabelece regras bastante rígidas, em fase contenciosa, para que o lesado possa exigir do infractor ou de qualquer outra parte a divulgação de elementos de prova. A divulgação de elementos de prova, em processos de indemnização por práticas cartelizadas, passa a poder ser exigida pelos demandados, membros do cartel, e por terceiras partes em fase contenciosa, mas também, em determinadas circunstâncias, em fase pré-contenciosa. Os demandados, membros do cartel, podem também exigir a divulgação de elementos diretamente dos demandantes.

i) Divulgação em fase pré-contenciosa

De acordo com a lei alemã, uma entidade só é obrigada a divulgar um documento perante um terceiro se a parte que exige essa divulgação tiver um direito material de acesso a esse documento. Sem embargo, a nova §33g (1) prevê o dever de conceder acesso a um documento que possa ser utilizado por uma parte que demonstre indiciariamente ter direito a exigir uma indemnização em virtude de danos sofridos pela prática de um cartel. O requerente é obrigado a identificar o documento em causa de forma precisa e exacta. Este regime, como "pré-contencioso" que é, apresenta as suas naturais fragilidades. Com efeito, se o requerido recusar a solicitação, o requerente não terá outra opção que não iniciar um procedimento judicial contra o último.

ii) Divulgação durante a fase contenciosa

De acordo com as §142, 421 e ss. do ZPO, o demandante tem o direito de exigir do demandado a apresentação em juízo de determinados documentos que se encontrem em sua posse. Este direito é reconhecido se o demandante conseguir demonstrar que tem um interesse legalmente tutelado em explorar o conteúdo de determinados documentos que tenham sido indicados como dando suporte à sua linha de argumentação, ou se o demandado se referir ao conteúdo desses documentos nos seus articulados. O princípio amplo de divulgação consagrado na nova §33g (1) é aplicável também no âmbito de processos judiciais. Nos termos da §33g (2), assiste ao demandado o direito de exigir o acesso a documentos que se mostrem essenciais à sua defesa.

iii) Divulgação de documentos em posse de terceiros

Os direitos a que se referem os parágrafos 1 e 2 da §33 podem ser também exercidos contra terceiros. Para além desta prerrogativa geral, nos termos da §474 do Código de Processo Penal alemão, os tribunais têm o direito de requerer, a qualquer altura, o acesso aos arquivos do *bundeskartellamt* e/ou de quaisquer outras autoridades responsáveis pela acção contraordenacional ou penal, sempre que este acesso seja requerido nos interesses da justiça. De acordo com a §406e e §475 (1) do Código de Processo Penal alemão, os advogados do demandante podem também obter acesso a estes arquivos desde que não sejam invocadas, em contrário, quaisquer razões de interesse público ou privado prevalecente.

iv) Excepções

Replicando o regime previsto no art. 6º da Directiva 2014/104/UE, o novo texto introduzido pela revisão de 2016 cria categorias específicas de documentos que beneficiam de um regime de exceção à obrigação geral de *disclosure*. É o caso das declarações de clemência e das propostas de transacção. O regime classifica os documentos de transcrição de declarações que sejam oferecidas por testemunhas que colaborem (diretamente ou em nome de uma empresa) com o *bundeskartellamt* no âmbito de um procedimento de clemência como declarações de clemência e, como tal, sujeitos a uma obrigação de confidencialidade absoluta. Fora deste perímetro de confidencialidade – e contrariamente ao que é a actual prática do regulador – estarão quaisquer documentos pré-existentes que sejam submetidos como anexos a uma proposta de clemência.

v) Custos

De acordo com a nova §33g (7), a parte que requer a divulgação dos documentos fica obrigada a compensar financeiramente a parte que procede a essa divulgação por quaisquer custos considerados razoáveis que sejam resultantes dessa mesma diligência. Esta precisão vai mais além do regime da Directiva 2014/104/EU, que nada preceitua sobre o assunto.

e) A suspensão do prazo prescricional

O parágrafo 5 da §33 determina que o prazo de prescrição (de 3 anos, de acordo com a §195 da BGB) é suspenso sempre que o *bundeskartellamt*, a Comissão Europeia ou qualquer outra autoridade de concorrência de um Estado-membro da União Europeia, inicie procedimentos por violação das disposições da GWB ou dos artigos 101º e 102º do TFUE. A suspensão termina seis meses após a decisão final e definitiva tomada pela respectiva autoridade (cf. §204 (2) do BGB). Esta suspensão permite que os lesados aguardem pelos resultados das diligências de investigação desenvolvidas por estas autoridades – e que podem, por vezes, demorar vários anos – antes mesmo de instaurarem o competente procedimento judicial com vista ao ressarcimento dos danos sofridos.

Ao abrigo da nova §33h (1), o prazo de prescrição passa de 3 para 5 anos, contados desde o final do ano em que o direito à indemnização nasce na esfera jurídica do lesado e este toma conhecimento (ou devesse ter tomado conhecimento, caso não tivesse agido com manifesta negligência): i) das circunstâncias que espoletam o direito à indemnização; ii) da identidade do infractor; iii) de que os factos praticados pelo infractor configuram uma violação ao direito da concorrência. O prazo só começa a decorrer a partir da data em que a infração cessa. Sem embargo, o lesado fica impedido de alegar danos sempre que decorram 10 anos sobre a data em que o direito à indemnização passou a assistir ao lesado e a infracção tenha cessado, ou 30 anos sobre a data em que o acto, a violação do dever ou qualquer outro evento, tenha causado o dano em causa – qual dos dois períodos termine primeiro. O regime da suspensão do prazo prescricional permanece inalterado.

f) Apoio judiciário

A §89 (a) da GWB prevê a possibilidade de as partes economicamente desfavorecidas solicitarem apoio judiciário para pagamento das custas do processo e honorários de advogados. Esta norma é particularmente importante se se atentar à circunstância de as custas serem calculadas em função do valor do processo e de este, não raras vezes, atingir valores bastante consideráveis.

5. Conclusões

O presente trabalho, não se pretendendo exaustivo, permite-nos epilogar algumas ilações:

1. A evolução do direito da concorrência alemão espelha, com toda a fidelidade, a evolução da história económica, social e política da Alemanha do século XX.

2. O processo de industrialização da economia alemã determinou, desde o seu início, uma forte cartelização dos operadores económicos, tendo para tanto contribuído a necessidade de robustecer a posição competitiva alemã nos mercados internacionais.

3. Em 1923, a "ordenança sobre cartéis" consagra o chamado "princípio do abuso", não se proibindo, em linha de princípio, os acordos restritivos, mas tão só as situações que ofendessem intoleravelmente o princípio de livre concorrência. A aplicação do direito da concorrência é assegurada por corpos administrativos sujeitos à tutela estadual com poderes para aplicar multas pecuniárias. Sem embargo, o poder económico privado faz sobrepor os interesses dos cartéis àqueles das pequenas e médias empresas, comprometendo-se o modelo de concorrência.

4. A depressão económica do final da década de 20 e a ascensão ao poder do nacional-socialismo torna os cartéis mais vulneráveis ao intervencionismo e controlo estatal. Acredita-se que estas são as únicas formas de organização económica capaz de subsistir à adversidade do contexto internacional. A ordenança de 1923 é, durante este período, votada ao esquecimento.

5. No final da II Guerra Mundial, as potências ocupantes encetam um esforço de descartelização e desconcentração da economia alemã. Os cartéis, *trusts* e *Konzers* alemães passam a ser vistos como um sério risco ao funcionamento do novo regime político e, potencialmente, como ameaça de um ressurgimento bélico alemão. Impõe-se a criação de uma nova legislação da concorrência que atenda a estas prioridades.

6. A escola de *Freiburg* surge neste contexto a propor uma nova ordem económica, social e política, baseada na economia de mercado e na livre concorrência. Uma das suas ideias de base é a de que o estado de desagregação da sociedade alemã derivava da incapacidade do sistema político e jurídico de prevenir o abuso de poder económico privado.

7. Os ordoliberais sugerem uma nova relação entre o mercado e o poder público, proclamando a interdependência entre o sistema jurídico e político e a ordem económica. A sua concepção nega os paradigmas liberais de ordenação natural e de capacidade de auto-regeneração do mercado, afirmando a necessidade de uma intervenção pública sistemática, mas neutral, destinada a monitorizar o bom funcionamento do processo concorrencial.

8. O pensamento ordoliberal entende que deve ser a iniciativa privada, e não a pública, a dirigir a actividade económica. Defende, todavia, que o excesso de poder económico privado é susceptível de conduzir aos mesmos resultados que o excesso de iniciativa pública. A concepção ordoliberal exige, pois, a eliminação sistemática de cartéis e de quaisquer outros acordos de coligação entre empresas.

9. Para os ordoliberais o direito da concorrência desempenha um papel fundamental no seu programa, cabendo-lhe a especial tarefa de criar e proteger as condições de concorrência. Uma concorrência efectiva

afigura-se como o único instrumento com capacidade para neutralizar as distribuições assimétricas de poder e viabilizar o exercício da autonomia individual.

10. A ideia era, portanto, que a ciência económica descrevesse as condições de concorrência e que estas ditassem os parâmetros de decisão legislativa. Ao direito caberia ainda estabelecer as formas ou condições estruturais para que a iniciativa privada pudesse funcionar efectivamente.

11. A visão de *Freiburg* exige um poder político forte e neutral, com capacidade para assegurar a ordem concorrencial sem sucumbir a influências de grupos de interesse.

12. O modelo ordoliberal prevê a existência de uma autoridade independente responsável pela aplicação do direito da concorrência. O poder judicial supervisionaria a interpretação e aplicação dos princípios gerais por esta autoridade.

13. Após um longo e intenso debate em que se confrontaram os ordoliberais e os representantes da indústria tradicional alemã (BDI), é finalmente aprovada, em 1958, a nova legislação da concorrência – a GWB, e a criação do instituto federal de cartéis, o *bundeskartellamt.*

14. A GWB foi revista em maior pormenor nove vezes, a última das alterações prevendo-se que entre em vigor no final do primeiro trimestre de 2017. O diploma estrutura-se em seis partes: a primeira (§1-47) versa sobre os comportamentos anticoncorrenciais; a segunda (§48-53) sobre as autoridades *antitrust*; a terceira (§54-96) sobre aspectos processuais; a quarta (§97-129) sobre os contratos públicos; a quinta (§130) sobre o âmbito de aplicação do diploma; e a sexta (§131) sobre as disposições finais e transitórias.

15. A redacção original da GWB continha três grupos diferenciados de normas substantivas reguladoras de condutas anticoncorrenciais: as que se referiam às restrições horizontais, às restrições verticais e uma última dedicada ao abuso de posição dominante. Um quarto grupo, com as disposições relativas ao controlo de concentrações, foi adicionado com a revisão de 1973. Com a 7ª revisão legislativa do GWB, de Junho de

2005, passam a existir novamente três grupos, visto o legislador deixar de fazer a destrinça entre acordos horizontais e verticais, numa manobra de aproximação da legislação alemã à europeia, especificamente ao art. 101º do TFUE.

16. Sob a epígrafe "proibição de acordos restritivos da concorrência", a §1 proíbe os acordos e práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

17. A §19, sob a epígrafe "abuso de posição dominante", proíbe a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência. A proibição geral da §19 é complementada pelas proibições específicas de comportamento discriminatório e de "*unfair hindrance*", constantes da §20. Esta secção proíbe ainda, no seu parágrafo 2, o abuso de dependência económica.

18. A §21, parágrafo 1 proíbe a prática de boicote. A §21, parágrafos 2 a 4, proíbe a coerção à adopção de conduta anti-concorrencial. A §20, parágrafo 5, proíbe as associações industriais e profissionais de adoptarem práticas discriminatórias quanto às suas políticas de admissão.

19. O capítulo 7 da parte primeira (§35 a §43) é dedicado ao controlo de concentrações, seguindo muito de perto, particularmente depois das 8ª e 9ª revisões, o regime do Regulamento (CE) n.º 139/2004.

20. A §33 da GWB assegura aos privados a tutela indemnizatória dos danos sofridos em consequência da prática de actos de concorrência ilícita. A reforma de 2005 alargou o leque dos titulares do direito de acção, reconhecendo legitimidade a qualquer parte que seja lesada pela conduta restritiva. A 9ª revisão de 2016 procedeu ao alinhamento deste regime com o que é prescrito na recente Directiva 2014/104/UE, procedendo à sua transposição.

21. O *bundeskartellamt* é a instituição, por excelência, responsável pela aplicação do regime substantivo da GWB, competindo-lhe assegurar a manutenção do quadro de concorrência nos diversos sectores da economia alemã. A GWB é aplicada a nível regional (estadual) pelo órgão competente do *länder*. A sua competência restringe-se, todavia, às condutas cujo efeito restritivo da concorrência se verifique apenas no território desse Estado. Estas autoridades são autorizadas a iniciar procedimentos *ex officio*. Os seus poderes de acção não estão condicionados à apresentação de queixa ou denúncia (cf. §54).

22. A nível central existe ainda, a par do *bundeskartellamt*, a Comissão de Monopólios, criada com a reforma da GWB de 1973, para desempenhar, essencialmente, funções consultivas. Cabe-lhe, nomeadamente, a elaboração de relatórios bienais sobre o quadro de concorrência nacional e/ou sobre qualquer outro assunto que lhe seja cometido pelo ministério da economia e da tecnologia. Cumpre-lhe também comentar os processos de concentração submetidos à apreciação deste ministério para efeitos de obtenção da "permissão ministerial".

23. Embora seja patente a gradual aproximação da GWB à legislação *antitrust* europeia, a lei da concorrência alemã denota ainda as características "constitucionais" que subsidiaram a sua génese em 1958.

Bibliografia

AMATO, GIULIANO AMATO, *Anti-trust and the bounds of power, The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Oxford, Hart Publishing, 1997.

BENSON, MARC, "*German Competition Law - Recent developments*" disponível em http://articles.manupatra.com/PopOpenArticle.aspx?ID=89fffdb2-46fe-4bd9-9658-em 462829f864cc&txtsearch=.

BESCHTOLD, RAINER, "*Germany – Supplement, The 2004 guide to competition and antitrust law*", October, 2004, disponível em http://www.iflr.com/Article/2026550/Germany.html.

BLANKE, GORDON E NAZZINI, RENATO, "Germany" *in International Competition Litigation. A Multi-Jurisdictional Handbook*, Kluwer Law International, 2012, pp. 279 a 366.

DABBAH, MAHER/PAUL LASOK, *Merger Control Worldwide: Second Supplement to the First Edition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

FREIRE, PAULA VAZ, "*Os fundamentos ordoliberais do direito europeu da concorrência*" *in* Separata de Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Oliveira Ascensão, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, pp. 1791-1804.

GERBER, DAVID J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe, Protecting Prometheus*, Clarendon Press Oxford, 1998.

HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *German Antitrust Law*, Fritz Knapp Verlag Frankfurt Am Main, s/l, 1999 HORST, DANIEL/PHILLIP HALEEN.

- "*Germany: Developments in German Competition Law and Antitrust Law – Better Safe than Sorry*", 26th March 2009, disponível em http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=76806.

KLEES, ANDREAS, "*Breaking the habits: the German competition law afer the 7th amendment to the act against restrains of competition* (*GWB*)*" in* German Law Journal nº.4, April, 2006, disponível em http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=719.

LE MORE, PAULINE, "*Droit Allemand de la concurrence : Les révolutions silencieuses de l'été 2005*" *in Revue de Droit des Affaires Internationales*, n.º5, 2005, pp. 651-661.

LENEL, HANS OTTO, "*Evolution of the Social Market Economy*", Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution, Peacock, A./Willgerodt, H., MacMillan, London, 1989, pp. 16-39.

MAIER, MARTINA/PHILIPP WERNER, "*Merger control in Germany: An overview*" *in* The European Antitrust Review 2009, disponível em http://old.globalcompetitionreview.com/ear/24_germanymc.cfm.

MAITLAND-WALKER, J., *International antitrust law*, vol. I.,Oxford, 1984.

MARENCO, GIULIANO, "*The birth of Modern Competition Law in Europe*" *in* European Integration and International co-ordination, Studies in Transnational Economic Law in Honour of ClausDieter Ehlermann, Edited by Armin Von Bogdandy/Petros C. Mavroidis/Yves Mény, Kluwer Law International, s/l, 2002, pp. 279-304.

MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO, *Um curso de Direito da Concorrência*, Coimbra editora, Coimbra, 2002.

MENEZES LEITÃO, ADELAIDE, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009.

OECDE, COMPETITION COMMITTEE, *Annual Report on Competition Policy developments in Germany*, Julho 2003 - Junho 2004, disponível em http://www.oecd.org/dataoecd/36/63/34720481.pdf.

RAYBOULD, D. M./ALISON FIRTH, *Law of Monopolies, Competition Law and Practice in the USA, EEC, Germany and the UK*, Graham & Trotman, London, 1991.

RINNE, ALEXANDER/TILMAN SIEBERT, "*Germany: Cartels*" *in* The European Antitrust Review 2009, disponível em http://old.globalcompetitionreview.com/ear/23_germanycartels.cfm.

RUDO**,** JOACHIM, *The 1999 Amendments to the German act against restraints of competition*, disponível em http://www.antitrust.de/.

SANTANA, CARLOS ALBERTO CABOZ, *O Abuso de Posição Dominante no Direito da Concorrência*, Edições Cosmos, Livraria Arco-Íris, Lisboa, 1993.

SILVA, MIGUEL MOURA E, *Direito da concorrência, uma introdução jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, 2008.

VOGELAAR, FLORIS O.W./JULES STIYCK/BART L.P. VAN REEKEN, *Competition Law in the EU, It's Member States and Switzerland*, Kluwer Law International -W.E.J. Tjeenk Willink, s/l, 2002.

WALDHEIM, STEPHAN J./ SHIRAZ KUTAR, "*New rules on price control for the energy and food trade sector in Germany*", Bird & Bird, disponível em http://www.twobirds.com/English/NEWS/ARTICLES/Pages/New_rules_price_control_energyfood_trade_Germany.aspx.

WEITBRECHT, ANDREAS/SUSANNE ZUHLKE, "*Germany Overview*" *in* Global Competition Review 2009, Latham & Watkins LLP, 2009, pp. 97-102, disponível em http://old.globalcompetitionreview.com/ear/22_germanyoverview.cfm.

WELLS, WYATT, *Antitrust and the Formation of the Post-war World*, Columbia University Press, New York, 2002.

WISE, MICHAEL, "*Competition Law and Policy in Germany*" *in* OECD Journal of Competition Law and Policy, vol. 7, n.º 2, ISSN 1560-7771, OECD, s/l, 2005, pp. 7-67.

WURMNEST, WOLFGANG, "*A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition*" *in* German Law Journal n.º 8, 1st August, s/l, 2005, disponível em http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=626.

XAVIER, ALBERTO P., *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*, Cadernos de ciência e técnica fiscal, Lisboa, 1970.

-

62 O autor agradece os comentários e o apoio oferecido pelos seus colegas do departamento de concorrência da SRS Advogados.

63 Cf. WISE, MICHAEL, "Competition Law and Policy in Germany" *in OECD Journal of Competition Law and Policy*, vol. 7, n.º 2, OECD, 2005, pp. 7 a 67, p. 12.

64 Cf. MARENCO, GIULIANO, "The birth of Modern Competition Law in Europe" *in European Integration and International co-ordination*, Studies in Transnational Economic Law in Honour of ClausDieter Ehlermann, Edited by Armin Von Bogdandy/Petros C. Mavroidis/Yves Mény, Kluwer Law International, s/l, 2002, pp. 279 a 304, p. 280.

65 Doravante BGB.

66 MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO, *Um curso de Direito da Concorrência*, Coimbra editora, Coimbra, 2002, p. 30.

[67] Cf. GERBER, DAVID J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe, Protecting Prometheus*, Clarendon Press Oxford, 1998, p. 231.

[68] As suas obras propõem uma base teórica alternativa à da escola histórica (*vide*, *inter alia*, *Kapitaltheoretische Untersuchungen*, 1934; *Die Uberwindung des Historismus*, 1938).

[69] Cf. HANZ GROSSMANN-DOERTH, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und Staatliches Recht*, 1933.

[70] Ver FRANZ BOHM, *Wetterbewerb und monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der reschtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftordnung*, 1933.

[71] Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, p. 235.

[72] Fortemente inspirado pelas filosofias de *Freiburg*, WILHELM ROPKE acabou por ser forçado a abandonar o país em 1935.

[73] A doutrina da economia de mercado social é alicerçada nas ideias de *Freiburg*, muito embora dê particular acento à necessidade de garantir uma distribuição equitativa dos benefícios de mercado. LUDWIG ERHARD é eleito ministro da economia entre 1949 e 1964 e Chanceler entre 1964 e 1966, sendo, portanto, o rosto mais conhecido desta corrente de pensamento.

[74] FRIEDRICH VON HAYEK foi um grande apologista do abstencionismo estatal e do princípio da ordenação natural. Julgava desnecessária a intervenção do Estado na economia uma vez que o normal funcionamento do mercado asseguraria, *per se*, as condições de livre concorrência.

[75] Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, p. 239.

[76] Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, p. 245.

[77] Cf. FREIRE, PAULA VAZ, "Os fundamentos ordoliberais do direito europeu da concorrência" *in Separata de Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Oliveira Ascensão*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, pp. 1791 a 1804, p. 1796.

[78] Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, pp. 246 e ss. Segundo o autor, a *Ordnungspolitik* consiste numa adaptação das teorias políticas liberais à economia política. A sua filosofia radica na teoria do *Rechtsstaat*, desenvolvida no século XIX. Para os seus defensores, a lei, que se queria imparcial e objectiva, teria ao seu encargo a tarefa fundamental de combate ao abuso discricionário do poder político (*op. cit.*, p. 248).

[79] Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, pp. 247.

[80] PAULA VAZ FREIRE salienta que quanto mais reduzidas e concentradas forem as estruturas orgânicas e funcionais do Estado, menos vulnerável o mesmo será às influências dos grupos económicos privados. Cf. FREIRE, PAULA VAZ, *op. cit.*, p. 1799.

[81] Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, pp. 250.

[82] Cf. FREIRE, PAULA VAZ, *op. cit.*, p. 1797.

[83] Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, pp. 251.

[84] O desmantelamento seria certamente inviável nas hipóteses de monopólio natural ou monopólio sustentado em direito de patente ou *copyright*. Considere-se, porém, que a impossibilidade de desmantelamento poderia derivar, tão só, da própria estrutura económica da empresa. O desmantelamento poderia significar a total desagregação da unidade empresarial.

[85] Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, pp. 252.

[86] A distinção é proposta, ainda na década de 20, por H. C. NIPPERDEY, um académico que focou o seu estudo no direito da concorrência desleal alemão, e, em particular, no seu diploma legal de referência a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG), de 7 de Junho de 1909.

[87] Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, pp. 253.

[88] Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, pp. 254.

[89] Cf. WISE, MICHAEL, *op. cit*., p. 16.

[90] As ordens entregues ao General DWIGHT D. EISENHOWER, em Abril de 1945, especificavam que "you will prohibit all cartels or other private business arrangements and cartel-like organizations (…). It is the policy of your government to effect a dispersion of the ownership and control of German industry". Este entendimento foi posteriormente avalizado pelos chefes de Estado norte-americano, britânico e soviético aquando da realização da conferência de Postdam, em Julho de 1945, ficando acordado que "at the earliest practical date, the German economy shall be decentralized for the purpose of eliminating the present excessive concentration of economic power as exemplified in particular by cartels, syndicates, trusts, and other monopolistic arrangements". Cf. WELLS, WYATT, *Antitrust and the Formation of the Postwar World*, Columbia University Press, New York, 2002, p. 140.

[91] GERBER dá o exemplo de LEONHARD MIKSCH, nomeado como director de planeamento de política económica. O próprio FRANZ BOHM serve dois mandatos no *Bundestag* (1953-61). O autor dá conta de que os ordoliberais ocupavam mais do que metade dos assentos no Conselho Académico Consultivo (*Wissenschaftlicher Beirat*), um órgão fundado em 1947, cujas especiais atribuições eram as de aconselhar o governo em matéria de política económica e social. Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit*., pp. 257 e 258.

[92] Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit*., p. 271.

[93] GERBER salienta que a BDI contava ainda com dois outros importantes apoios: o primeiro, da parte de alguns membros do partido social trabalhista para quem o processo de concentração económica e de formação de estruturas monopólicas constituía uma etapa indispensável à consagração do socialismo; o segundo, oferecido por um grupo de juristas, especializados na área do direito de autor e do direito industrial, que entendia que a proposta legislativa ordoliberal importava uma série de restrições aos direitos sobre marcas e patentes. Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit*., p. 272.

94 MARENCO nota que, no contexto empresarial alemão, os cartéis eram vistos como uma "healthy synthesis between freedom and constraints". O autor assinala uma passagem de *Die Welt*, datada de 2 de Novembro de 1949, onde se lê: "cartels are perceived in the memorandum [o autor refere-se a um memorando da BDI] as resulting from the evolution of free capitalism toward organised capitalism. To be wanting to ban such or similar forms, would be swimming against the tide". A passagem denota bem o legado da velha escola histórica alemã. MARENCO, GIULIANO, *op. cit.*, p. 284.

95 PAUL JOSTEN liderou o grupo de trabalho. À altura ocupava o cargo de director da secção de política económica e ordem no departamento de administração de política económica alemã (*Verwaltung fur Wirtschaft*). No período pré-nazi, JOSTEN tinha desempenhado funções no ministério da economia como chefe da secção de cartéis. Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, p. 273.

96 Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, p. 273.

97 FRITZ BERG, presidente da BDI, alertava para a circunstância de a lógica concorrencial poder obrigar à prática de preços limite e forçar as pequenas e médias empresas à insolvência, destarte favorecendo o processo de concentração monopolista. Cf. WELLS, WYATT, *op. cit.*, p. 165.

98 Assim o julgavam os próprios conselheiros políticos de ERHARD. Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit.*, p. 274.

99 A *Regierungsentwurf* é uma proposta de lei governamental apresentada em 1952 sob a liderança de ERHARD. Simboliza, de alguma forma, a sua contribuição no desenho do direito da concorrência alemão.

100 Cf. HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *German Antitrust Law*, Fritz Knapp Verlag Frankfurt Am Main, s/l, 1999, p. 14.

101 Cf. HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op. cit.*, p. 14.

102 Informação disponível em http://www.bundeskartellamt.de.

103 A alteração de 1965 visou estender o regime de isenção aos *specialisation cartels* e alargar o âmbito da isenção concedida aos *standardisation cartels* (HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op. cit.*, p.14).
A alteração de 1973 fez introduzir na GWB o controlo das operações de concentração empresarial; agudizou as disposições substantivas relativas ao abuso de posição dominante; proibiu o "*resale price maintenance*"; autorizou os acordos de cooperação entre pequenas e médias e empresas e instituiu a Comissão de Monopólios (cf. HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op cit.*, p. 14 e WISE, MICHAEL, *op. cit.*, p. 17).
A alteração de 1976 torna mais exigente o controlo das operações de concentração entre jornais e editoras (HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op. cit.*, p. 14). A revisão de 1980 intensificou o controlo sobre as concentrações, em particular, o controlo sobre conglomerados e concentrações verticais; restringiu as operações de concentração envolvendo pequenas empresas; criou novas exigências a respeito da notificação para operações de concentração; agravou o quadro de proibições de práticas discriminatórias; aumentou o valor das coimas e restringiu as isenções de acordos horizontais aos sectores da banca, dos seguros e das "*public*

utilities" (HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op. cit*., pp. 14 e 15).

A reforma de 1989 introduziu uma isenção para os cartéis de compra formados por pequenas e médias empresas; intensificou a proibição de práticas discriminatórias contra pequenas e médias empresas e o controlo de operações de concentração; agilizou o processo de notificação; introduziu regras de protecção de confidencialidade relativamente às informações prestadas ao instituto federal de cartéis no âmbito dos processos de autorização para concentração; reviu o quadro das isenções aos sectores da banca, transportes e seguros (HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op. cit*., p. 15).

A reforma de 1998 teve por escopo operar um saneamento da GWB. As cinco prévias alterações tinham criado um diploma estruturalmente complexo (retalhado) e pouco integrado. Pretendeu-se, por outro lado, harmonizar as normas substantivas da GWB à lei comunitária, mormente ao então art. 85º do Tratado da CE. A proibição geral de restrições horizontais foi adaptada ao art. 85º n.º1 da CE; é introduzida a §7 que autoriza o *bundeskartellamt* a conceder isenções relativamente às proibições da §1 (fá-lo em termos similares ao do n.º 3 do art. 85º da CE); as disposições substantivas referentes ao controlo de concentrações são revistas em profundidade e adaptadas, ainda que parcialmente, ao Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas; é suprimido o quadro de isenções concedidas a determinadas indústrias relativamente a restrições horizontais e verticais; introduz-se um capítulo sobre contratos públicos (§97-129). Pese embora o intento de se fazer uma aproximação à lei comunitária, a GWB retém aspectos de regime bastante próprios, designadamente o diferente tratamento entre restrições horizontais e verticais; as presunções de domínio de mercado e o controlo de aquisição de interesses minoritários (HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op. cit*., p. 15).

A 7ª reforma da GWB, de 2005, pretendeu continuar o esforço de harmonização com a legislação comunitária, atendendo, particularmente, às exigências do Regulamento CE n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do TCE. O alinhamento visou, essencialmente, os acordos horizontais e verticais visto o Regulamento não fazer quaisquer imposições no que respeita à regulamentação do abuso de posição dominante e às operações de concentração. A secção 1ª passou, basicamente, a corresponder ao n.º1 do art. 81º do TCE, excepto para o critério de aferição dos efeitos dos comportamentos anticoncorrenciais no comércio e os exemplos oferecidos no número um daquele preceito. O sistema comunitário das isenções em bloco passa a ser directamente aplicável. O sistema de notificação e autorização prévia é substituído por um sistema de excepção legal. As normas processuais e os poderes de investigação do *bundeskartellamt* são revistos por forma a se compatibilizarem com o regime do Regulamento CE n.º 1/2003. A nova redacção da GWB prevê a possibilidade da intervenção no processo de autorização das operações de concentração de terceiros que possam considerar-se como potenciais lesados. A §33 alarga o leque das entidades com legitimidade para intentar acções indemnizatórias por danos causados por actos de concorrência ilícita, estabelecendo o critério das "partes afectadas". O seu parágrafo 3 determina que, para além do dano que seja apurado nos termos da §278 do ZPO (*Zivilprozessordnung* - Código de Processo Civil), sejam tomados em consideração os lucros obtidos (Cf. BESCHTOLD, RAINER, "*Germany – Supplement, The 2004 guide to competition and antitrust law*", October, 2004, disponível em http://www.iflr.com/Article/2026550/Germany.html; OECDE, Competition Committee, *Annual Report on Competition Policy developments in Germany*, Julho 2003 - Junho 2004, disponível em

http://www.oecd.org/dataoecd/36/63/34720481.pdf e HORST, DANIEL/PHILLIP HALEEN, "*Germany: Developments in German Competition Law and Antitrust Law – Better Safe than Sorry*", 26th March 2009, disponível em http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=76806).

A revisão da GWB de 2007 reforça a regulamentação do abuso de posição dominante nos sectores da energia e da alimentação, consagrando novas presunções de abuso e invertendo o ónus da prova (§29). A secção 20, parágrafo 4, dá novo conteúdo à proibição de tratamento discriminatório a pequenas e médias empresas que laborem no sector da alimentação, interditando as vendas realizadas abaixo do preço de custo. A §64 revoga o efeito suspensivo dos recursos judiciais interpostos das decisões do *bundeskartellamt* em matéria de abuso de posição dominante (cf. WALDHEIM, STEPHAN J./ SHIRAZ KUTAR, "*New rules on price control for the energy and food trade sector in Germany*", Bird & Bird, http://www.twobirds.com/English/NEWS/ARTICLES/Pages/New_rules_price_control_energyfood_trade _Germany.aspx.

Em 2009, entraram em vigor novas alterações. Passa-se a impor a obrigação de pré-notificação ao *bundeskartellamt* de todas operações de concentração quando o conjunto agregado do volume de negócios gerado a nível mundial por todas as partes envolvidas exceda os quinhentos milhões de euros, desde que o volume de negócios gerado por uma das partes em território alemão exceda o valor de vinte e cinco milhões de euros e o volume de negócios gerado pela segunda parte em território alemão seja superior a cinco milhões de euros (ver BENSON, MARC, "*German Competition Law - Recent developments*" disponivel em http://articles.manupatra.com/PopOpenArticle.aspx?ID=89fffdb2-46fe4bd9-9658-462829f864cc&txtsearch=).

Em 2013, entraram em vigor as alterações introduzidas pela chamada "oitava reforma". A reforma veio, em essência, i) proceder a um maior alinhamento do regime de controlo de concentrações alemão com o europeu (com a notável excepção das disposições que regem o controlo de concentrações realizadas no sector dos *media*, que permanecem sujeitas a um regime autonomizado) e aproximar os critérios substantivos de apreciação; ii) introduzir, ao nível do instituto do abuso de posição dominante, um novo limiar de quota de mercado (40%) a partir do qual se presume a existência de uma posição dominante; iii) reforçar a posição das associações de protecção do consumidor nas acções de *private enforcement* da GWB. Para além destas, existem outras alterações menores ao nível do regime de processo, da aplicação das coimas e da aplicação da GWB aos fundos de seguros de saúde.

Em 1 de Julho de 2016, o Ministério federal dos Assuntos Económicos e da Energia publicou uma proposta para a adoção da "nona reforma" à GWB. As principais alterações previstas prendem-se com: i) a introdução de um novo critério jurisdicional de notificação baseado no valor da operação; ii) a especificação de critérios para a apreciação do poder de mercado em mercados digitais de dois ou mais lados; iii) a introdução de novas regras sobre "responsabilidade parental" e responsabilidade em caso de sucessão económica de empresas; iv) a implementação da diretiva europeia relativa às ações privadas para indemnização dos danos causados por infrações ao direito da concorrência. Estas propostas foram aceites e em Setembro de 2016 o governo comprometeu-se a implementá-las. Aguarda-se a respectiva publicação em 2017, até ao final do primeiro trimestre.

104 Sem prejuízo da própria GWB, após a reforma de 2005, prever expressamente a tutela indemnizatória contra actos de concorrência ilícita, resvalando, portanto, para domínios anteriormente reservados à UWG.

105 Ver GERBER, DAVID J., *op. cit*., p. 277.

106 Cf. VOGELAAR, FLORIS O.W./JULES STIYCK/BART L.P. VAN REEKEN, *Competition Law in the EU, It's Member States and Switzerland*, Kluwer Law International -W.E.J. Tjeenk Willink, s/l, 2002, p. 214.

107 O orçamento aprovado para 2016 foi cerca de 29 milhões de euros. Informação disponível no *website* do regulador.

108 http://www.bundeskartellamt.de/EN/AboutUs/Bundeskartellamt/Organisation/organisation_node.html.

109 Cf. WISE, MICHAEL, *op. cit*., p. 35.

110 Estes "tribunais" funcionam segundo uma lógica judicial e decidem, especificamente, os recursos interpostos pelos licitantes de contratos públicos relativamente à legalidade das decisões de adjudicação. As decisões destes órgãos são tomadas colegialmente e por maioria simples de votos. Os seus membros são eleitos para um mandato de 5 anos. Cf. http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/GeneralInformation/Organisation.php.

111 Que, *inter alia*, aconselha as várias secções do *bundeskartellamt* com relação a questões de concorrência e económicas específicas; representa a autoridade alemã junto dos órgãos de decisão da União Europeia; coordena a actuação do regulador com a das autoridades de concorrência de outros países, etc..

112 Cf. GERBER, DAVID J., *op. cit*., p. 278.

113 Este poder é conferido ao Ministro Federal da Economia desde 1973, coincidindo com a introdução do controlo de operações de concentração de empresas e com a segunda alteração à GWB, tendo-se mantido basicamente inalterado desde então.

114 Até à revisão de 2005, a permissão ministerial era extensível à formação de cartéis (cf. anterior §8 da GWB).

115 Cf. §43 e WISE, MICHAEL, *op. cit*., p. 36.

116 Sobre o carácter de excepcionalidade ver a fundamentação da proposta do Governo de 18.8.1971, BT.Drucks. VI/2520 (=BR-Drucks. 265/71) – também publicada em Kleinmann/Bechtold, Anexo I B.

117 Decisões de autorização: 1. BMWi 1.2.1974 WuW/E BMW 147 e seguintes – VEBA/Gelsenberg; 2. BMWi 17.10.1976 WuW/E BMW 155 e seguintes – Babcock/Artos; 3. BMWi 1.8.1977 WuW/E BMW 159 e seguintes – 17.10.1976 WuW/E BMW 159 e seguintes, Thyssen/Hüller; 4. BMWi 5.3.1979 WuW/E BMW 165 e seguintes – VEBA/BP; 5. BMWi 9.12.1981 WuW/E BMW 177 e seguintes – IBH/Wibau; 6. BMWi 6.9.1989 WuW/E BMW 191 e seguintes – Daimler/MBB; 7. BMWi 5.7.2002/18.9.2002 WuW/E DE-V 573 e seguintes e 643 e seguintes – E.ON/Ruhrgas; 8. BMWi 17.4.2008 – Universitätsklinikum Greifswald/KKH Wolgast, disponível no

Website do BMWi; 9. BMWi 9.3.2016 – Edeka/Tengelmann, disponível no Website do BMWi.. Decisões de rejeição: 1. BMWi 26.6.1975 WuW/E BMW 149 e seguintes – VAW / Kaiser; 2. BMWi 20.2.1986 WuW/E BMW 185 e seguintes – VEW /Ruhrkohle; 3. BMWi 24.1.1990 WuWe BMW 207 e seguintes MAN/Sulzer; 4. BMWi 16.6.1992 WuW/EBMW 213 e seguintes – BayWA AG/WLZ Raiffeisen AG; 5. BMWi 22.7.1997 WuW/E BMW 225 e seguintes – Kali + Salz/PCS; 6. BMWi 22.5.2006 I B 2 – 22 14 10/2 – Landkreis Rhön-Klinikum AG, disponível no Website do BMWi. Requerimentos retirados: 1. BKartA 12.5.1976 WuW/E BKartA 1625 e seguintes – GKN/Sachs; 2. BKartA 4.3.1981 WuW/E BKartA 1867 e seguintes – Rheinmetall/WMF; 3. BKartA 23.10.1981 WuW/E BKartA 1921 e seguintes – Burda/Springer; 4. BKartA 10.10.1984 WuW/E BKartA 2178 e seguintes – Klöckner/Seitz; 5. BKartA 13.7.1990 WuW/E BKartA 2445 e seguintes – Daimler-Benz/MAN-ENASA; 6. BKartA 10.12.2002 WuW/E DE-V 695 e seguintes – Tagesspiegel / Berliner Zeitung; 7. BKartA 6.6.2007 WuW/E DE-V 1407 e seguintes – Asklepios Kliniken Hamburg/Mariahilf.

118 WISE, MICHAEL, *op. cit*., p. 36.

119 Com a reforma de 2013, este prazo de quatro meses passa a poder ser dilatado a cinco meses se, estando a operação estiver em fase de investigação aprofundada (fase II), as partes oferecerem compromissos pela primeira vez (§40 (2)).

120 Cf. WISE, MICHAEL, *op. cit*., p. 37.

121 Alguns dos assuntos mais recentemente abordados respeitam às implicações para o quadro de concorrência decorrentes do comércio efectuado pela Internet e à regulação sectorial para acesso a redes de comunicação nacional (WISE, MICHAEL, *op. cit*., p. 38).

122 HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op cit*., p. 15.

123 Cf. WURMNEST, WOLFGANG, "A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition" *in German Law Journal* n.º 8, 1 August, 2005, disponível em http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=626.

124 Cf. KLEES, ANDREAS, " *Breaking the habits: the German competition law after the 7th amendment to the act against restrains of competition (GWB)" in* German Law Journal nº.4, April, 2006, disponível em http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=719.

125 Cf. RINNE, ALEXANDER/TILMAN SIEBERT, " *Germany: Cartels*" *in The European Antitrust Review*, 2009, disponível em http://old.globalcompetitionreview.com/ear/23_germanycartels.cfm.

126 É a seguinte a redacção do art. 101º do TFUE): "São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de

abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos".

127 Cf. HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op cit*., p. 17.

128 Que lê: "Em todos os processos nacionais e comunitários de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado, o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo 81º ou do artigo 82º do Tratado incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação. Incumbe à empresa ou associação de empresas que invoca o benefício do disposto no n.º 3 do artigo 81º do Tratado o ónus da prova do preenchimento das condições nele previstas".

129 Nos termos deste preceito, "As autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência têm competência para aplicar, em processos individuais, os artigos 81º e 82º do Tratado. Para o efeito, podem, actuando oficiosamente ou na sequência de denúncia, tomar as seguintes decisões:
— exigir que seja posto termo à infracção,
— ordenar medidas provisórias,
— aceitar compromissos,
— aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional.
Sempre que, com base nas informações de que dispõem, não estejam preenchidas as condições de proibição, podem igualmente decidir que não se justifica a sua intervenção".

130 Cf. HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op cit*., p. 35.

131 Cf. VOGELAAR, FLORIS O.W./JULES STIYCK/BART L.P. VAN REEKEN, *op. cit*., p. 233.

132 BGH, 24.10.1995 WuW/E 3026 "*Backofenmarkt*".

133 Esta presunção com base no limiar de 40% de quota de mercado foi introduzida na GWB aquando da sua 8ª reforma, em 2013.

134 O abuso exclusão foi pela primeira referenciado no caso "*Combination Price Schedule*", decidido em 1977 pelo tribunal federal de recursos de Berlim. O tribunal enfatizou a ideia de que a empresa dominante deveria pautar a sua conduta comercial por padrões substancialmente mais exigentes do que aqueles seguidos pelas restantes empresas, visto ter a capacidade, *per se*, para distorcer a estrutura concorrencial do mercado e impedir o acesso dos demais operadores a determinada actividade económica. O tribunal considerou, todavia, que só haveria abuso exclusão quando a prática anti-concorrencial conduzisse à eliminação ou ao sério comprometimento do quadro de concorrência existente no mercado dominado. Seria necessário, portanto, que houvesse uma degradação significativa da estrutura do mercado. Estas exigências, consideradas por muitos como excessivas *(vide* IMMENGA/MESTMACKER, *Kommentar* zum *GWB*, 2ª edição, s/l, 1992, pp. 739 e 740), são justificadas pelo tribunal pela necessidade de fazer respeitar o direito da empresa dominante de usar do seu poder de mercado (cf. KG, decisão de 26 de Janeiro de 1977, WuW/E OLG

1767, 1772). A reforma de 1980 introduz um parágrafo adicional à §22, visando, precisamente, anular as restrições judicialmente impostas na aplicação do conceito de abuso, passando aí a ler-se que existe abuso sempre que uma empresa dominante "*impedes, without a factually justified reason, the competitive opportunities of other enterprises in a way which is significant for competition in the market*" (*Viertes Gesetz zur anderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschrankungen*, BGB1. I 458, 26 de Abril de 1980).

135 O caso *Vitamin B12* foi o *leading case* que, em 1976, consagrou esta abordagem. O Supremo Tribunal Federal confirmou a decisão recorrida do *bundeskartellamt* que obrigava a única empresa distribuidora destas vitaminas no mercado alemão a reduzir os respectivos preços por considerar que, em circunstâncias normais de concorrência, aqueles valores seriam impraticáveis. A decisão tomou por referência os preços da mesma vitamina nos mercados dos países com fronteira com o território alemão, salientando que em todos eles o preço era significativamente mais baixo, uma circunstância que se explicava atenta a inexistência de empresas dominantes com actividade naquele sector económico. O tribunal esclarece que a redução não constitui uma restrição administrativa à liberdade de actuação económica da recorrente, mas antes representa a fixação de um valor acima do qual o preço se considera abusivo. Cf. BGH, decisão de 3 de Julho de 1976, WuW/E BGH 1435, 1437 (*Vitamin B-12*). O Supremo Tribunal Federal veio posteriormente a restringir o alcance do método de comparação de mercados, passando a fazer depender a sua aplicação da verificação de novas exigências de prova. No caso "*Valium*", de 1976, o tribunal exigiu que, na aplicação deste método, o *bundeskartellamt* estabelecesse as bases de comparação entre os dois mercados e que para tanto efectuasse uma detalhada análise factual de todas as diferenças estruturais entre eles existentes. Para além desta exigência, o tribunal refere que só se poderão considerar abusivos os preços do mercado dominado que excedam o preço do mercado comparado por uma "margem substancial", devendo o *bundeskartellamt*, para o efeito, providenciar por uma análise detalhada que substancie este excesso (cf. BGH, 16 de Dezembro de 1976, WuW/E BGH 1445,*Valium*). A decisão do processo "*Valium*" demonstrou a dificuldade de aplicar a doutrina do abuso de exploração de uma forma que satisfizesse os padrões de avaliação judicial. As exigências de prova inviabilizavam o recurso à figura. A reforma da GWB de 1980 veio tentar amenizar este quadro de exigência, passando a determinar, na sua §22, que o abuso existe sempre que uma empresa exija preços ou condições que se afastem daquelas "*which with a high degree of probability would exist if there were effective competition in the market*" (*Viertes Gesetz zur anderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschrankungen*, BGB1. I 458, 26 de Abril de 1980). Esta alteração tem sido interpretada no sentido de eliminar a exigência de que os preços no mercado dominado excedam aqueles do mercado de referência por uma margem substancial, todavia, não altera as demais exigências impostas pelo caso "*Valium*". Esta circunstância tem reduzido drasticamente a eficácia das disposições substantivas concernentes às práticas de abuso exploração (cf. GERBER, DAVID, *op. cit*., p. 312).

136 Cf. VOGELAAR, FLORIS O.W./JULES STIYCK/BART L.P. VAN REEKEN, *op. cit*., p. 236.

137 Assim o entendeu o Supremo Tribunal Federal no caso *Rossignol*, de 25 de Novembro de 1975. A *Rossignol* é uma empresa que se dedica ao fabrico de esquis de alta qualidade. A determinada altura decidiu recusar o fornecimento dos seus produtos a um retalhista alemão. O tribunal decidiu, atenta a circunstância de a *Rossignol* ser uma marca divulgada e de elevado prestigio, que a suspensão deste fornecimento teria um forte impacto na imagem comercial do retalhista e que diminuiria a sua capacidade competitiva. O tribunal considerou irrelevante o facto de o volume de

vendas dos produtos da marca ser mínimo e de o retalhista oferecer outros produtos similares, em preço e qualidade. Cf. WuW/E BGH 1429, 24 de Fevereiro de 1976.

138 No caso BMW *Direkthander*, o Supremo Tribunal Federal considerou economicamente dependente um concessionário que vendia automóveis da marca BMW, em regime de exclusividade, há quase cinquenta anos. O tribunal argumentou que relevava a prolongada relação comercial existente entre as duas empresas e as dificuldades económicas inerentes à mudança de marca e à criação de uma nova rede de distribuição (WuW/E BGH 1455, 1 de Julho de 1976).

139 Cf. *Bundeskartellamt*, 26 de Fevereiro de 1999, WuW/ER DE-V 94, 96.

140 Cf. VOGELAAR, FLORIS O.W./JULES STIYCK/BART L.P. VAN REEKEN, *op. cit.*, p. 238.

141 A excepção verificar-se-á com relação às vendas realizadas por empresas do ramo alimentar (cf. n.º1 (4) §20).

142 HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op cit.*, p. 50.

143 Esta explicação suscita-nos algumas dúvidas face ao teor da §130 (2), que faz depender a aplicação da GWB da produção de efeitos domésticos apreciáveis.

144 Cf. §36 (1) da GWB. Ver também MAIER,MARTINA/PHILIPP WERNER, " *Merger control in Germany: An overview*" *in* The European Antitrust Review 2009, disponível em http://old.globalcompetitionreview.com/ear/24_germanymc.cfm.

145 Cf. VOGELAAR, FLORIS O.W./JULES STIYCK/BART L.P. VAN REEKEN, *op. cit.*, p. 243.

146 Cf. HEIDENHAIM, MARTIN/HORST SATZKY/CHRISTOPH STADLER, *op cit*., p. 56.

147 *Ibidem*, p. 57.

148 Como já se referiu, estes critérios jurisdicionais serão alterados em 2017, quando a 9ª reforma for finalmente publicada. A partir dessa data considerar-se-ão os seguintes critérios: i) o volume de negócios mundial agregado de todas as partes exceder os quinhentos milhões de euros; ii) uma das partes da operação gerar um volume de negócios na Alemanha de valor superior a vinte e cinco milhões de euros; iii) o valor da transacção ser superior a quatrocentos milhões de euros; e iv) o *target* da operação ter uma presença assinalável em território alemão.

149 Cf. VOGELAAR, FLORIS O.W./JULES STIYCK/BART L.P. VAN REEKEN, *op. cit.*, p. 249.

150 O texto do aresto encontra-se disponível em http://www.bundesgerichtschof.de.

151 Cf. WEITBRECHT, ANDREAS/SUSANNE ZUHLKE, "Germany Overview" *in Global Competition Review*, 2009, Latham & Watkins LLP, 2009, pp. 97-102 (pp. 97 e 98), disponível em http://old.globalcompetitionreview.com/ear/22_germanyoverview.cfm.

152 A este propósito leiam-se as *guidelines* do *bundeskartellamt*, de 1999, sobre os efeitos domésticos das práticas anticoncorrenciais, disponível em http://www.bundeskartellamt.de.

153 Disponível em http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html.

154 Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Texto relevante para efeitos do EEE, J.O. L 349, 5.12.2014.

155 A redacção anterior da §33 atribuía o direito de acção exclusivamente às vítimas que fossem directamente visadas pela acção dos agentes prevaricadores, de acordo, aliás, com as normas gerais do código civil alemão (§823 (2) BGB).

156 Disponível em http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/GWB/0712_GWB_mitInhaltsverzeichnis_E.pdf.

157 Cf. WURMNEST, WOLFGANG, *op. cit.*.

158 *Inter alia*, WURMNEST, WOLFGANG, *op. cit.*, e LE MORE, PAULINE, "Droit Allemand de la concurrence: Les révolutions silencieuses de l'été 2005" *in Revue de Droit des Affaires Internationales*, n.º 5, 2005, pp. 651 a 661, p. 657.

159 O parágrafo 3 refere que "*If a good or service is purchased at an excessive price, a damage shall not be excluded on account of the resale of the good or service*".

160 Cf., *inter alia*, BLANKE, GORDON e NAZZINI, RENATO, "Germany" *in International Competition Litigation. A Multi-jurisdictional Handboo*k, Kluwer Law International, 2012, pp. 292 e 293.

161 Ver o acórdão do *Bundesgerichtshof* de 28 de Junho de 2011, KZR 75/10. O processo é designado frequentemente na doutrina como o processo do cartel do papel sem carbono.

162 BLANKE, GORDON e NAZZINI, RENATO, "Germany" *in International Competition Litigation. A Multijurisdictional Handboo*k, Kluwer Law International, 2012, pp. 286 e 287.

163 *Vide*, por exemplo, o paradigmático aresto do TJ de 10 de Setembro de 2009 no processo C-97/08, Akzo Nobel NV e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, ECLI:EU:C:2009:536.

DEIXANDO LISBOA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS QUESTÕES JURÍDICAS SUSCITADAS PELO DIREITO DE SAIR DA UNIÃO EUROPEIA

Mário Simões Barata[164]

1. Introdução

Uma das inovações do Tratado de Lisboa reside, de acordo com o Tribunal Constitucional alemão, na introdução de uma cláusula explícita no direito primário europeu que regula a saída de um Estado-membro da União Europeia. A codificação desse direito no Artigo 50º do Tratado da União Europeia (TUE) tem recebido críticas positivas e negativas. Marianne Dony escreve que os apoiantes da cláusula sublinham o facto de que pertencer à União Europeia não é uma imposição mas uma escolha, ao passo que aqueles que sustentam uma visão mais crítica defendem que a mesma é contrária aos interesses da União e dos seus cidadãos.[165] Esta ambivalência está igualmente presente na avaliação do direito de sair da União da autoria de Koen Lenaerts e Piet Van Nuffel, quando sustentam que o mesmo poderá «pôr em perigo a coesão interna da União», apesar de sublinharem igualmente «a escolha deliberada feita por cada um dos Estados-membros de pertencer à União».[166] No entanto, a controvérsia em torno do reconhecimento formal de um direito de retirada é apenas uma parte do "puzzle" jurídico-político. Mais relevante é o facto de a consagração de um

direito de sair da União Europeia levantar mais questões do que aquelas que resolve, em virtude da falta de clareza do preceito e da ausência de critérios jurídicos. Em nossa opinião, estas deficiências são uma fonte de insegurança jurídica e de incerteza política e tornam a disposição incapaz de responder à multiplicidade de questões difíceis que resultariam da saída de um Estado-membro da União Europeia devido à crise do euro (a Grécia, por exemplo), ou por falta de apoio político interno (o Reino Unido, por exemplo). Assim, esta apresentação visa recortar as várias questões que ficam sem resposta e analisa, de forma crítica, o preceito que presentemente dispõe sobre a possibilidade de deixar Lisboa.

2. Retirada unilateral e federalismo

O nº 1 do Artigo 50º do TUE dispõe que qualquer Estado-membro tem o direito de se retirar ou sair da União Europeia de acordo com as respetivas normas constitucionais. A redação do primeiro segmento da norma estabelece, de forma clara, um direito de sair da União e, de acordo com Hannes Hofmeister e Eliza Malathouni, o seu exercício não depende da verificação de qualquer "condição substantiva".[167] Por outras palavras, o Estado-membro que escolhe exercer o seu direito de sair da União não tem que justificar a sua ação, nem tão pouco invocar as razões clássicas para fundamentar a retirada de uma subunidade política. Cass Sunstein refere as seguintes razões: a limitação dos direito civis e políticos; os interesses económicos; a exploração económica; a história e o território (i.e., questões ligadas à aquisição original); bem como a integridade cultural e a autodeterminação.[168]

A inclusão ou a ausência de quaisquer condições ligadas ao exercício do direito em questão é relevante de uma perspetiva federal, em virtude de duas das suas formas tratarem de maneira diferente a retirada ou secessão. De acordo com Daniel Elazar e Ronald Watts, uma confederação e uma federação são duas formas distintas de federalismo.[169] Por um lado, uma confederação (i.e., uma união de Estados) é compatível com a secessão,

dado que a saída é uma expressão da soberania do Estado. Esta ideia é sublinhada por Frederick Lister, para quem as confederações são uniões de Estados soberanos que retêm o seu direito inerente de denunciar o pacto confederal e de sair da União.[170] A conexão entre secessão e formas de federalismo é igualmente estabelecida por Giandomenico Majone, quando escreve: «one should keep in mind that the possibility of secession is the crucial element distinguishing the confederal from the federal model, being inherent in the contractual nature of the confederate pact».[171] Por outro lado, as federações não reconhecem um direito unilateral de sair da união federal. De acordo com Watts, são três as razões por que as constituições das federações não autorizam a saída unilateral de uma das suas subunidades políticas. Em primeiro lugar, as federações não permitem a retirada unilateral de uma das suas subunidades porque tal possibilidade pode ser usada de uma forma coerciva que enfraqueceria o sistema político (i.e., como ameaça política). Em segundo lugar, a consagração de um direito com esta natureza criaria um nível de ansiedade e de incerteza que minaria o desenvolvimento económico federal. Por último, os politólogos sustentam que a introdução de uma cláusula deste tipo limitaria o princípio de coordenação entre os níveis de governo numa federação.[172]

Contudo, estas razões não têm travado nem a introdução de cláusulas que preveem uma saída controlada ou condicionada nas leis fundamentais de algumas federações como a Etiópia, S. Kitts e Nevis, ou como o Sudão, nem o reconhecimento da existência deste tipo de direito pelo poder judicial através da fiscalização concreta da constituição no Canadá. Em concreto, a Constituição da Etiópia consagra um direito de retirada, mas regula esta possibilidade através de um procedimento que exige uma maioria de dois terços do Conselho do respetivo estado e um voto maioritário num referendo organizado pelo governo federal. A lei fundamental de S. Kitts e Nevis permite a saída de Nevis se se obtiverem maiorias qualificadas (i.e., dois terços) na Assembleia Legislativa de Nevis e num referendo. O acordo de paz assinado em 2005 no Sudão também previa a realização de um referendo sobre a independência da parte sul daquele país, depois de uma moratória de dez anos. Finalmente, o Supremo Tribunal do Canadá

reconheceu, em 1998, que as províncias tinham o direito de sair da Federação Canadiana. No entanto, o direito não é unilateral e só pode ser exercido após uma maioria clara ter indicado tal vontade, em resposta a uma questão igualmente clara. Tal resultado obrigaria o resto do Canadá a negociar um acordo de saída com a província em questão, que teria de respeitar os interesses de todas as partes envolvidas, bem como os princípios fundamentais da constituição: federalismo, democracia, constitucionalismo e o Estado de Direito.[173]

Voltando ao preceito no TUE, a segunda parte do nº 1 do Artigo 50º liga o direito de retirada da União Europeia à observância das regras prescritas na constituição do Estado-membro que exerce a sua «opção» – na designação de Ingolf Pernice – de sair.[174] O cumprimento das regras e dos procedimentos fixados na lei fundamental do Estado-membro que pretende sair da União é de particular importância, na opinião de Jean Victor Louis, ao considerar que os critérios jurídicos servem para desassociar este direito da política diária interna. Neste sentido, o autor oferece o exemplo de sucessivos governos de Malta, onde um executivo manifestou a sua intenção de se juntar à União; seguido por outro que suspendeu essa decisão; e, mais tarde, ainda outro que exprimiu um desejo renovado de aceder à União Europeia.[175]

Em suma, o nº 1 do artigo 50º do TUE reconhece um direito unilateral de sair da União Europeia, que é semelhante ao direito de secessão numa confederação. Tal semelhança é notada por Ana Maria Guerra Martins, que sustenta que o direito de retirada é uma característica da União que a pode "aproximar de uma confederação".[176] Para além desta constatação, este traço constitui um argumento significativo para aqueles que defendem que a União Europeia é uma associação voluntária de Estados, e não um *mixtum compositum* (i.e., uma combinação de elementos internacionais e nacionais),[177] ou um sistema político federal[178], ou uma união federal de Estados e de cidadãos,[179] ou uma união constitucional.[180] Neste sentido, o Tribunal Constitucional alemão compreende a natureza jurídica da União Europeia com uma "Staatenverbund", ou uma "Associação de Estados

Soberanos", e a sua posição baseia-se, em parte, na existência de um direito de unilateralmente sair da União.[181]

3. Divórcio: procedimento e acordo

O nº 2 do Artigo 50º do TUE consagra, nas palavras de Jean-Claude Piris, um «procedimento de divórcio».[182] Contudo, o procedimento constante do preceito é descrito pela doutrina como "embrionário", nomeadamente por Eliza Malathouni.[183] Em primeiro lugar, o Estado-membro que tenha decidido exercer o seu direito de sair deve notificar o Conselho Europeu dessa sua intenção. A receção desta manifestação de interesse em sair faz despoletar o passo seguinte do procedimento. O passo em questão diz respeito à negociação e celebração de um acordo, em conformidade com as orientações traçadas pelo Conselho Europeu, entre o Estado-membro que pretende retirar-se da União e a União Europeia relativamente à saída, tendo em conta a futura relação entre as partes.

O acordo deverá ser negociado nos termos das regras prescritas no nº 3 do Artigo 218º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que disciplina a conclusão dos acordos internacionais pela União Europeia. De acordo com esta disposição, a Comissão deve submeter recomendações ao Conselho, que depois autoriza a abertura das negociações. O Conselho também adota as diretrizes de negociação e nomeia o negociador. Uma vez concluído o acordo, o Conselho autoriza a sua assinatura de acordo com o nº 5 do Artigo 218º do TFUE. As deliberações do Conselho são tomadas de acordo com uma maioria qualificada e as regras sobre procedimentos relativos a acordos internacionais impõem que se obtenha o consentimento do Parlamento Europeu.

A doutrina tem discutido amplamente o acordo previsto no nº 2 do artigo 50º do TUE, em virtude das questões que o mesmo suscita. Nessa sede, uma das primeiras observações diz respeito à não obrigatoriedade do acordo, sendo possível, consequentemente, uma retirada da União Europeia com ou

sem acordo. Por outras palavras, há dois tipos de saída, na perspetiva de Fausto de Quadros.[184]

Outra questão que a redação do preceito coloca diz respeito ao facto de a norma não especificar que tipo de matérias deve ser objeto de acordo. Criticando essa omissão, diversos autores consideram as matérias que o acordo deve contemplar.

Uma matéria específica que deve ser regulada no acordo, conforme diversos autores têm notado, é a dos direitos fundamentais. Koen Lenaerts e Piet van Nuffel, por exemplo, escrevem que, «em relação a este assunto, terá que se determinar até que ponto os direitos e os deveres resultantes do Direito da União Europeia poderão continuar a ser aplicáveis aos cidadãos do Estado-membro que pretende retirar-se».[185] A questão dos direitos fundamentais e de outras matérias importantes é igualmente abordada pelo autor alemão Jochen Herbst, nestes termos: «apesar de não estarem expressamente mencionadas neste preceito, são muito importantes as consequências que devem ser contempladas da retirada para as pessoas singulares e coletivas afetadas pela retirada. Na ausência de acordo bem redigido sobre a implementação da saída, surgirão dúvidas quanto às consequências jurídicas particulares».[186]

Outra questão não regulada pelo nº 2 do Artigo 50º do TUE é o estatuto jurídico do Estado-membro que pretende retirar-se da União durante o período de negociação do acordo. Questão particularmente importante, porquanto a redação do preceito não proíbe tal Estado de participar no processo de tomada de decisão na União. Mesmo sem pretender continuar membro, o referido Estado pode influenciar positiva ou negativamente as decisões da União Europeia.[187]

No entanto, os direitos fundamentais e o estatuto jurídico do Estado que pretenda sair não são as únicas questões a tratar no acordo de retirada. Um acordo de retirada exaustivo deverá cobrir uma ampla variedade de assuntos. Em matéria de conteúdo ou teor do acordo de retirada, Herbst alude a questões importantes: «por exemplo, o que deverá acontecer aos funcionários da União que são cidadãos do Estado-membro que pretenda

sair? Que destino terão os escritórios da União no território do Estado-membro que pretenda retirar-se? E os cidadãos do Estado-membro que pretende sair: poderão ainda candidatar-se a bolsas de estudo patrocinadas pela UE? Será que o Estado-membro que pretende retirar-se continua obrigado a pagar as suas contribuições em falta? Que acontece às ações de responsabilidade civil intentadas por particulares contra o Estado-membro que pretenda sair naquele período de dois anos e que ainda não foram julgadas, ou as indemnizações pagas aquando da data efetiva de saída?».[188] Em nossa opinião, estas questões constituem uma amostra das matérias que qualquer acordo deve regular em nome da segurança jurídica.

São igualmente deficientes as regras procedimentais, porquanto não contemplam a questão dos efeitos ou consequências no plano interno da União. Neste sentido, Hofmeister e Raymond Friel relembram-nos que a saída de qualquer Estado-membro alteraria a composição e o funcionamento das instituições da União e a exequibilidade do seu orçamento, o que conduziria inevitavelmente a uma revisão dos Tratados.[189] Preocupações semelhantes são as que Maria José Rangel de Mesquita identifica a propósito da não obrigatoriedade de se celebrar o acordo de retirada: «acresce referir que, em qualquer caso, a disposição em causa não resolve a questão – particularmente relevante na falta de acordo – dos efeitos práticos que o direito de recesso pode ter sobre o funcionamento da União, designadamente em termos de estrutura orgânica e de processo de tomada de decisões, de funcionamento do sistema jurisdicional, ou mesmo do sistema de financiamento da União através de recursos próprios».[190] O impacto de uma saída é igualmente considerado por Adam Lazowski, que alerta para a necessidade «de eliminar todos os preceitos e protocolos anexos aos Tratados respeitantes ao Estado-Membro que saiu».[191] Contudo, sobre esta questão o Artigo 50º do TUE é omisso e não prevê qualquer regra procedimental particular. Consequentemente, para resolverem as implicações "constitucionais" de qualquer saída, os restantes Estados-Membros teriam de recorrer ao procedimento de revisão estabelecido no Artigo 48º do TUE.

Uma última questão não tratada pela atual redação do nº 2 do Artigo 50º do TUE é a possibilidade de falhanço nas negociações em virtude de o acordo alcançado não obter o consentimento do Parlamento Europeu ou a aprovação do Conselho. Esta situação em particular, derivada de uma "divergência institucional"[192] no seio da União, é considerada por Maria Luísa Duarte, quando defende que um Estado-membro retém o seu «direito fundamental de sair, que é unicamente dependente do ato unilateral de notificação».[193]

4. Prazo

Os Tratados que governam a União Europeia deixam de ser aplicáveis no Estado-membro que tenha exercido o direito de se retirar da União Europeia quando o acordo de retirada entre em vigor. Mas este é apenas um de dois prazos. Um outro prazo pode ser encontrado no segundo segmento da norma que regula a possibilidade de retirada sem acordo. Neste caso, os Tratados deixam de ser aplicáveis dois anos após a notificação formal da decisão de sair da União por parte de um Estado-membro. No entanto, a última parte da norma permite uma extensão desse período de dois anos. Assim, o Conselho Europeu pode prorrogar este prazo depois de obter o acordo do Estado-membro.

O nº 3 do Artigo 50º do TUE é extremamente relevante, porque a retirada pode ocorrer sem qualquer acordo. Esta consequência é notada por autores como Hofmeister e Dony.[194] Todavia, não é este o único aspeto da norma a gerar controvérsia. A doutrina critica este período de dois anos que um Estado-membro tem que esperar antes de formalmente sair da União. Vários autores apontam as deficiências desta solução, criticam a sua insuficiência, questionam a sua necessidade e apontam alguns aspetos negativos da possibilidade de se prorrogar este período para além do quadro temporal já previsto.

O período de dois anos é criticado por Jochen Herbst, que o considera manifestamente insuficiente. Esta crítica liga-se ao problema mais

abrangente da negociação de um acordo de retirada. Conforme já tivemos ocasião de verificar, um acordo deve cobrir um vasto número de matérias complexas e Herbst sustenta que este período de dois anos é «demasiado curto para a negociação e conclusão de um acordo que implementa a saída» de um Estado-membro.[195]

O período entre a notificação da intenção de sair e a data efetiva de retirada é igualmente censurado por Friel, que não vê necessidade de o incluir no Tratado. Dada a ausência de obrigação jurídica de concluir um acordo, Friel considera que o período em questão é irrelevante e questiona que se possa justificar. Neste sentido, defende que o Estado-membro estará desnecessariamente sujeito aos encargos de pertencer à União quando o que realmente pretende é sair.[196]

A possibilidade de prorrogar este período de dois anos é igualmente criticada por Louis, ao defender que qualquer extensão deste período temporal é incompatível com uma ideia de pertença à União Europeia, a qual requer certo grau de comprometimento. Louis entende que um Estado-membro não pode ter simultaneamente um pé dentro e outro fora da União Europeia, e considera que tal possibilidade é fonte de insegurança jurídica.[197]

Um último conjunto de questões relativas a este preceito prende-se com a ameaça de saída e a possibilidade de um Estado-membro retirar a sua notificação de retirada.[198] Por outras palavras, pode um Estado-membro mudar de opinião durante este período de dois anos? Alan Tatham afirma que a ameaça de retirada poderá ser utilizada pelos Estados-membros de maiores dimensões para obter concessões dos menores.[199] No mesmo sentido, Louis considera que a ameaça de retirada favorece os maiores Estados-membros da União Europeia e escreve que tal ameaça poderá ser utilizada para chantagear e intimidar os Estados menores. Friel também reflete sobre esta possibilidade de um Estado-membro retirar a sua notificação de retirada e, apesar de advogar que um Estado deve ser autorizado a retirá-la, manifesta preocupações com tal comportamento devido à possibilidade de ser usado como estratégia negocial. À semelhança

dos autores anteriores, também Friel defende que a ameaça de retirada favorece os Estados de maiores dimensões.[200] Por fim, a possibilidade de retirar a notificação de retirada é igualmente considerada por Louis, que defende que um Estado-membro não deve ser autorizado a retirar tal notificação.[201]

5. Questões institucionais

O nº 4 do Artigo 50º do TUE limita aos representantes do Estado-membro que pretenda retirar-se da União Europeia os direitos em sede de Conselho Europeu e de Conselho. Neste sentido, os membros destas duas instituições europeias oriundos do Estado-membro que pretenda sair da União não podem participar nas deliberações e nas decisões referentes à retirada.

O preceito é criticado pela doutrina pelo facto de não fazer menção das outras instituições europeias. Critica-se, por exemplo, que não sofram qualquer limitação nos seus direitos os membros do Parlamento Europeu pertencentes ao Estado que já notificou o Conselho Europeu da sua intenção de sair. Por outras palavras, os membros do Parlamento Europeu que provenham desse Estado podem participar e votar as deliberações ligadas à aprovação ou rejeição do acordo de retirada. Esta possibilidade é particularmente considerada por Michael Dougan, que oferece uma explicação para a inexistência de qualquer limitação no que se refere aos membros do Parlamento Europeu, da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça da União Europeia. Na opinião de Dougan, é provável que os limites constantes do nº 4 do Artigo 50º do TUE não apliquem a estas instituições devido ao seu carácter supranacional. Contudo, o autor não concorda com esta opção e defende o seguinte: «não há razão válida para se conferir aos membros do Parlamento Europeu um direito de influenciarem o acordo que irá determinar as futuras relações entre esse país e a União (e, menos ainda, uma influência potencialmente decisiva)».[202]

Outros autores notam que o preceito não alude ao poder judicial. Com efeito, a disposição não oferece qualquer critério jurídico em matéria de funcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). De acordo com Ladowski, deveria ser tomada uma decisão sobre a possibilidade de os Juízes e o Advogado Geral do Estado-Membro que pretende sair da União continuarem a ouvir casos e sobre a estipulação de um limite temporal às suas funções. Apesar destas questões, o autor entende que não há nenhuma razão para se proibirem os Juízes do Estado-membro que tenha notificado o Conselho Europeu da sua decisão de sair de ouvirem novos casos e de decidirem as ações pendentes. Contudo, os seus mandatos devem terminar formalmente na data de saída do Estado-membro da União Europeia.[203] Neste quadro operacional, Friel levanta a questão, muito importante, da possibilidade de um Juiz do Tribunal de Justiça da União Europeia, e oriundo do Estado-membro que pretende sair da União, participar num caso atinente à retirada do seu próprio país. De acordo com o nº 11 do Artigo 218º do TFUE, qualquer Estado-membro, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, podem solicitar uma opinião ao Tribunal de Justiça da União Europeia acerca da proposta de acordo e da sua conformidade com os Tratados. No entanto, as normas que regulam a possibilidade de retirada não equacionaram esta hipótese em particular.[204]

6. Arrependimento e reingresso

O último aspeto do preceito que regula a possibilidade de sair, e que também é merecedor de análise, prende-se com a possibilidade de um Estado que já deixou de pertencer à União pedir o seu reingresso. Por outras palavras, o Estado mudou de opinião e pretende entrar de novo para a União. Para o caso de arrependimento, o nº 5 do Artigo 50º do TUE dispõe que um Estado que tenha deixado a União pode aceder à União. A norma estabelece que o pedido deverá ser processado de acordo com o Artigo 49º do TUE. Tal significa que o direito primário europeu trata esta possibilidade nos mesmos moldes que qualquer outro pedido de entrada na União formulado por um país que nunca foi Estado-membro da União. Consequentemente, não há, no entender de Anna Wyrozumska, nenhum "direito automático" de reingresso na União Europeia.[205] Por outras palavras, o nº 5 do Artigo 50º do TUE não contempla qualquer procedimento célere, ou mais ágil, que regule o reingresso de um antigo Estado-membro, nem "pune" o Estado em questão por ter deixado de pertencer à União, através da imposição de uma moratória antes da avaliação do pedido de adesão. Assim, a solução referente ao reingresso é "neutra", no sentido em que nem facilita a adesão nem impõe qualquer tipo de sanção por ter deixado a União. Contudo, esta aparente neutralidade relativamente à questão do reingresso é questionável de um ponto vista político e jurídico. Em nossa opinião, a introdução de uma moratória na redação do preceito teria o potencial de limitar quer a ameaça de saída quer o abuso do direito em questão.

7. Conclusão

O Tratado de Lisboa reconhece formalmente o direito de qualquer Estado-membro sair da União Europeia e a introdução desta possibilidade sublinha o carácter voluntário da União. Por outras palavras, ser membro da União Europeia não é uma imposição, mas uma opção. O exercício desse direito não está ligado à verificação de qualquer condição, nem carece de ser fundamentado. Logo, os Estados-membros da União Europeia têm o direito de unilateralmente sair da União, o que é típico de uma confederação. Contudo, o artigo 50º do TUE é demasiado vago e deixa muitas questões sem qualquer resposta. As questões mais significativas dizem respeito à ausência de critérios jurídicos sobre as condições de saída e as matérias que devem ser objeto do acordo de retirada – que deve ser obrigatório – bem como à futura relação entre as partes. Presentemente, o Artigo 50º do TUE é fonte de incerteza jurídica e incapaz de responder à multiplicidade de questões que derivariam de uma saída da União. Em nossa opinião, este preceito deve ser alterado no quadro de uma futura revisão dos Tratados, de forma a dar resposta às várias questões suscitadas nesta apresentação. Contudo, estamos cientes de que o objetivo de "controlar" ou limitar a saída e eliminar o seu carácter unilateral é suscetível de dividir e fomentar novas divisões entre aqueles que pretendem reforçar a soberania dos Estados e os que defendem uma união cada vez mais estreita e perfeita.

Bibliografia

Barata, Mário S., «A Natureza Jurídica da União Europeia Após o Tratado de Lisboa», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* 90 (2014): 263-313.

Dashwood, Alan, Michael Dougan, Barry Rodger, Eleanor Spaventa and Derrick Wyatt (2011), *European Union Law,* 6th edition, Oxford: Hart Publishing.

Dony, Marianne (2010), *Droit de l'Union Européenne*, Bruxelles: Editions de L'Université de Bruxelles.

Dougan, Michael, «The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts», *Common Market Law Review* 45 (2008): 617-703.

Duarte, Maria Luísa (2005), *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias II*, Coimbra: Coimbra Editora.

Elazar, Daniel J. (1998), *Constitutionalizing Globalization: The Postmodern Revival of Confederal Arrangements*, Lanham: Rowan & Littlefield Publishers, Inc. Everling, Ulrich (2010). «The European Union as a Federal Association of States and Citizens» in *Principles of European Constitutional Law,* edited by Armin von Bogdandy and Jürgen Bast, Revised Second Edition, Oxford: Hart Publishing, 701-734.

Friel, Raymond J., «Providing a Constitutional Framework for Withdrawal from the EU: Article 59 of the Draft European Constitution», *International and Comparative Law Quarterly* 53 (April: 2004): 407-428.

Friel, Raymond J., «Secession from the European Union: Checking out of the Proverbial "Cockroach Motel"», *Fordham International Law Journal* 27 (January: 2004): 590-640.

Harbo, Florentina, «Secession Right – an Anti-Federal Principle? Comparative Study of Federal States and the EU», *Journal of Politics and Law* 1 (3: 2008): 132-148.

Herbst, Jochen, «Observations on the Right to Withdraw from the European Union: Who are the "Masters of the Treaties"?», *German Law Journal*

German Law Journal 1760.

Hillion, Christophe (2015), «Accession and Withdrawal in the Law of the European Union» in *The Oxford Handbook of European Union Law*, edited by Anthony Arnull and Damien Chalmers, Oxford: Oxford University Press, 126-152.

Hofmeister, Hannes, «Should I Stay or Should I Go? – A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU», *European Law Journal* 16 (5: 2010): 589-603.

Lazowski, Adam, «Withdrawal from the European Union and alternatives to membership», *European Law Review* 37 (5: 2012): 523-540.

Lenaerts, Koen and Piet Van Nuffel (2011), *European Union Law*. London: Sweet & Maxwell.

Lister, Frederick K. (1996), *The European Union, the United Nations, and the Revival of Confederal Governance*, Westport, Connecticut: Greenwood Press.

Louis, Jean-Victor, «Le Droit de Retrait de L'Union Européenne», *Cahiers de Droit Européen* 42 (3-4: 2006): 293-314.

Majone, Giandomenico. «Federation, Confederation, and Mixed Government: A EU-US Comparison», in Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective, editado por Anand Menon e Martin A. Schain, 121-148. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Malathouni, Eliza, «Should I Stay or Should I go: The Sunset Clause as SelfConfidence or Suicide», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 15 (2008): 115-124.

Martins, Ana Maria Guerra (2012). *Manual de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina.

Mesquita, Maria José Rangel de. «Forças e fraquezas do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa». O Direito 137 (IV-V:2005): 807-836.

Patrão, Afonso (2012). “Artigo 50”. In *Tratado de Lisboa: Anotado e Comentado*, coordenadores Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, 186-189, Coimbra: Almedina.

Pernice, Ingolf, «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», *Columbia Law Journal* 15 (Summer: 2009): 349-407.

Piris, Jean-Claude (2010), *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press.

Quadros, Fausto de (2013) *Direito da União Europeia*, 3ª edição, Coimbra: Almedina.

Schütze, Robert (2015), *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Sunstein, Cass R., «Constitutionalism and Secession», *The University of Chicago Law Review* 58 (2: 1991): 633-670.

Tatham, Alan (2012), «Don´t Mention Divorce at the Wedding: Darling!: EU Accession and Withdrawal after Lisbon», in *EU Law After Lisbon*, edited by Andrea Biondi, Piet Eeckhout and Stefanie Ripley, Oxford: Oxford University Press, 128-154.

Watts, Ronald L. (2008), *Comparing Federal Systems*, 3rd edition, Montreal & Kingston: McGill-Queen’s University Press.

Wyrozumska, Anna (2013) «Article 50 [Voluntary Withdrawal from the Union]», in *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, edited by Hermann-Josef Blanke and Stelio Mangiamelli, Heidelberg: Springer, 1385-1418.

Wyrozumska, Anna (2012), «Withdrawal from the European Union», in *The European Union after Lisbon: Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, edited by Hermann-Josef Blanke and Stelio Mangiamelli, Heidelberg: Springer, 343-365.

-

164 Professor Adjunto do Instituto Politécnico de Leiria.

165 Dony, Marianne, *Droit de l’Union européenne*, Bruxelles: Editions de L’Université de Bruxelles, 2010, p. 67.

[166] Lenaerts, Koen and Piet van Nuffel, *European Union Law*, London: Sweet & Maxwell, 2011, p. 98.

[167] Ver Hannes Hofmeister, «Should I Stay or Should I Go? – A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU», *European Law Journal* 16 (5: 2010), p. 592; Eliza Malathouni, «Should I Stay or Should I go: The Sunset Clause as Self-Confidence or Suicide», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 15 (2008), p. 115.

[168] Ver Cass R. Sunstein, «Constitutionalism and Secession», *The University of Chicago Law Review* 58 (2: 1991), p. 654.

[169] Ver Daniel J. Elazar, Constitutionalizing Globalization: The Postmodern Revival of Confederal Arrangements, Lanham: Rowan & Littlefield Publishers, Inc., 1998, p. 8; Ronald L. Watts, *Comparing Federal Systems*, 3rd edition, Montreal & Kingston: McGill Queen's University Press, 2008, p. 10 and 11.

[170] Ver Frederick K. Lister, *The European Union, the United Nations, and the Revival of Confederal Governance*, Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1996, p. 35.

[171] Majone, Giandomenico, «Federation, Confederation, and Mixed Government: A EU-US Comparison», in *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, editado por Anand Menon e Martin A. Schain, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 143.

[172] Ver Watts, *Comparing Federal Systems*, p. 169.

[173] *Idem*, p. 169 e 170.

[174] Pernice, Ingolf, «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», *Columbia Law Journal* 15 (Summer: 2009), p. 405.

[175] Ver Jean-Victor Louis, «Le Droit de Retrait de L'Union Européenne», *Cahiers de Droit Européen* 42 (3-4: 2006), p. 306.

[176] Martins, Ana Maria Guerra, *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 215.

[177] Ver Robert Schütze, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 75.

[178] Ver Florentina Harbo, «Secession Right – an Anti-Federal Principle? Comparative Study of Federal States and the EU», *Journal of Politics and Law* 1 (3: 2008), p. 144.

[179] Ver Ulrich Everling, (2010). «The European Union as a Federal Association of States and Citizens» in *Principles of European Constitutional Law: Revised Second Edition*, edited by Armin von Bogdandy and Jürgen Bast, Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 701 e ss. Esta compreensão da natureza jurídica da União Europeia é desenvolvida por Mário S. Barata, «A Natureza Jurídica da

União Europeia Após o Tratado de Lisboa», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* 90 (2014): 263-313.

180 Esta visão da União Europeia é sustentada por Ingolf Pernice e analisada por Ulrich Everling, em «The European Union as a Federal Association of States and Citizens», p. 729 e ss; Ingolf Pernice, «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», p. 349 e ss.

181 O Acórdão do Tribunal Constitucional alemão sobre o Tratado de Lisboa de 30 de Junho de 2009, parágrafos nºs 256, 329 e 330.

182 Piris, Jean-Claude, *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 110.

183 Malathouni, «Should I Stay or Should I go: The Sunset Clause as Self-Confidence or Suicide», p. 115.

184 Ver Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2013, p. 447.

185 Lenaerts and Nuffel, *European Union Law*, p. 99.

186 Herbst, Jochen, «Observations on the Right to Withdraw from the European Union: Who are the "Masters of the Treaties"?», *German Law Journal* 6 (11: 2005), p. 1757.

187 Ver Hofmeister, «Should I Stay or Should I Go? – A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU», p. 594; e Raymond J. Friel, «Secession from the European Union: Checking out of the Proverbial "Cockroach Motel"», *Fordham International Law Journal* 27 (January: 2004), p. 637.

188 Herbst, Jochen, «Observations on the Right to Withdraw from the European Union: Who are the "Masters of the Treaties"?», *German Law Journal* 6 (11: 2005), p. 1757.

189 Ver Hofmeister, «Should I Stay or Should I Go? – A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU», p. 594 e 595; Raymond Friel, «Providing a Constitutional Framework for Withdrawal from the EU: Article 59 of the Draft European Constitution», *International and Comparative Law Quarterly* 53 (April: 2004), p. 426 e 427.

190 Mesquita, Maria José Rangel de, «Forças e fraquezas do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa», *O Direito* 137 (IV-V:2005), p. 821.

191 Lazowski, Adam, «Withdrawal from the European Union and alternatives to membership», *European Law Review* 37 (5: 2012), p. 529 e 530.

192 A expressão é de Christophe Hillion. Ver Hillion, «Accession and Withdrawal in the Law of the European Union» in *The Oxford Handbook of European Union Law*, edited by Anthony Arnull and Damien Chalmers, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 126 e ss.

193 Duarte, Maria Luísa, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias II*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 433.

[194] Ver Hofmeister, «Should I Stay or Should I Go? – A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU», p. 593; e Dony, *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles: Editions de L'Université de Bruxelles, 2010, p. 67.

[195] Herbst,«Observations on the Right to Withdraw from the European Union: Who are the "Masters of the Treaties"?», *German Law Journal* 6 (11: 2005), p. 1758.

[196] Ver Friel, «Secession from the European Union: Checking out of the Proverbial "Cockroach Motel"», p. 637.

[197] Louis, «Le Droit de Retrait de L'Union Européenne», *Cahiers de Droit Européen* 42 (3-4: 2006), p. 308.

[198] Ver Afonso Patrão. "Artigo 50". In *Tratado de Lisboa: Anotado e Comentado*, coordenadores Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, 186-189, Coimbra: Almedina, 2012.

[199] Ver Alan Tatham, «Don´t mention Divorce at the Wedding: Darling!: EU Accession and Withdrawal after Lisbon» in *EU Law Afer Lisbon*, edited by Andrea Biondi, Piet Eeckhout and Stefanie Ripley, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 151 e 152.

[200] Friel, «Providing a Constitutional Framework for Withdrawal from the EU: Article 59 of the Draft European Constitution», *International and Comparative Law Quarterly* 53 (April: 2004), p. 426.

[201]Louis, «Le Droit de Retrait de L'Union Européenne», p. 308.

[202] Dougan, Michael, «The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts», *Common Market Law Review* 45 (2008), p. 688.

[203] Ver Ladowski, «Withdrawal from the European Union and alternatives to membership», p. 531.

[204] Ver Friel, «Providing a Constitutional Framework for Withdrawal from the EU: Article 59 of the Draft European Constitution», p. 425.

[205] Wyrozumska, Anna, «Article 50 Voluntary Withdrawal from the Union» in *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, edited by Hermann-Josef Blanke and Stelio Mangiamelli, Heidelberg: Springer, 2013, p. 1410.

DESAFIO DA DIVERSIDADE: INTEGRAÇÃO DIFERENCIADA OU DILUIÇÃO? BREXIT E CONSTITUCIONALIZAÇÃO EUROPEIA

Graça Enes

Introdução

‘Unida na Diversidade’ é a divisa da União. Esta, porém, ainda não definiu com precisão o alcance político e jurídico dessa divisa e as implicações da reconhecida diversidade, política, social, cultural, económica. A diferenciação tem-se multiplicado desde o Tratado de Maastricht e várias são as suas formas, primárias, secundárias, predeterminadas, potenciais, setoriais, casuísticas. Vários EM beneficiam de regimes especiais. O Reino Unido é aquele que mais significativamente tem vindo a alargar o fosso com o projeto comum.

Podemos lamentar esta realidade. Devemos analisá-la criticamente, pois ela é reveladora do momento constitucional que vive a União. O Reino Unido, com esta iniciativa, pode ter desbloqueado o impasse e obrigado o projeto europeu a definir a sua arquitetura política e jurídica. Nas palavras de David Cameron, “reform in these areas would address the UK's concerns and provide a fresh and lasting settlement for our membership of the European Union. (…) such reform is both reasonable and in the wider interests of the European Union as a whole”.

Saia ou permaneça, o Reino Unido condicionará o futuro político e jurídico da União. No presente, é o catalisador que substituiu o motor franco-alemão.

1. O Impasse Europeu

A União Europeia vive, há quase uma década, em sobressalto. E, no entanto, os anos anteriores revelaram a ambição do projeto. Em pouco mais de 10 anos conseguiu tornar-se uma União – criando uma moeda, avançando para uma política externa comum, construindo um espaço de liberdade, segurança e justiça. Mais notável ainda, conseguiu integrar 10 novos Estados membros, aumentando em cerca de 1/3 a sua população, mas sem um aumento significativo do seu produto ou riqueza.

Definitivamente, tinha ficado para trás a 'Europa carolíngia', projeto franco-alemão do pós-guerra e dos 'gloriosos sixties'. A diversidade social, política, económica, cultural e histórica, tornava-se a identidade europeia. Fácil era incluí-la num mote – "Unida na Diversidade". O presente revela-nos cruamente como a sua realização prática é extremamente difícil. Em especial, quando, em simultâneo, se pretende preservar a coesão do projeto. Entretanto, a uniformidade já é algo do passado. No futuro, o risco é o cumprimento da profecia da Europa "of bits and pieces"[206].

Os riscos do exponenciar da diversidade para a ambição e unidade do projeto não passaram despercebidos. As propostas de resposta passaram por vias diferentes, mas todas com um traço comum: a diferenciação política (e jurídica). Assim, nos meados da década de 90 do passado século foram apresentadas, para mencionar apenas as dos mais elevados responsáveis políticos nacionais, a 'Europa a la carte' de John Major[207], a 'Europa dos círculos concêntricos' de Edouard Balladur[208], a 'Europa do núcleo duro' de Schauble-Lamers[209]. A diferenciação era assumida plenamente por todas. Nenhuma foi acolhida nos processos de revisão seguintes e o coro das recusas foi generalizado. A primeira seria inaceitável por diluir a União numa área de comércio livre sem ambição política; seria a vitória da EFTA

sobre a ‘Comunidade dos 6’. A segunda era um reeditar adaptado à Europa do Atlântico aos Urais da ‘Europa das nações’. A última aproveitava a oportunidade para concretizar um salto em frente no aprofundamento político, que não hesitava em deixar para trás os mais reticentes ou menos capazes. O projeto de Tratado Constitucional foi a tentativa frustrada da sua realização.

Avançaram, sim, múltiplas diferenciações ‘light’, com âmbitos e alcances distintos. Depois dos ‘opt-out’ e ‘opt-in’ do Tratado de Maastricht, concedidos à Dinamarca e ao Reino Unido, entre Amesterdão e Lisboa testemunhamos a sua extensão à Irlanda, a consagração da cooperação reforçada, da abstenção positiva, da cooperação estruturada permanente, das missões *ad hoc*. Ao nível primário, a Irlanda obteve um regime especial após o referendo negativo ao Tratado de Lisboa e até a Polónia e a República Checa obtiveram uma ambígua flexibilização dos respetivos vínculos à CDF.

Entretanto, já foram concluídas duas cooperações reforçadas – em matéria de lei aplicável ao divórcio e separação; na patente unitária (nesta última, usando a via internacional para institucionalizar um tribunal especial). Uma terceira está em discussão – o imposto sobre as transações financeiras (iniciativa a que se opõe o Reino Unido e que se relaciona com uma das preocupações apontadas, a preservação do mercado interno).

Entretanto, a ambição política e constitucional da União ficou entre parênteses. O aprofundamento torna-se igualmente um desafio. Já não há um desejo comum de alcançar novos patamares políticos, de promover objetivos entendidos por todos como positivos para os EM e para os cidadãos. O aprofundamento é deliberadamente recusado por alguns. Não é notória uma vontade dos restantes de dar um novo impulso à ‘bicicleta’ para impedir que ela caia. Mesmo as evidentes falhas de resposta a problemas que a todos afetam, como o terrorismo ou a vaga de migrantes e refugiados, não são suficientes para mobilizar uma vontade comum. O consenso em torno de objetivos de ‘low politics’ e politicamente menos sensíveis, como o mercado único digital, é um pobre sucedâneo incapaz de

ser um mote mobilizador dos europeus. A par da intergovernamentalização promovida nos sucessivos Conselhos Europeus, emerge a força política tecnocrática do BCE, suscitando sérias reticências de legitimação e escrutínio democrático.

O presente impasse revela a ausência de um desígnio europeu comum. A 'crise' domina o léxico europeu presente. O Reino Unido parece ter vindo acrescentar mais um problema.

2. Uma 'Petition of Right'

A evolução das circunstâncias políticas no Reino Unido, nomeadamente o reforço progressivo da fação mais eurocética do Partido Conservador e o sucesso do UKIP de Nigel Farage, empurraram David Cameron para uma 'jogada' arriscada, em que, além do seu próprio futuro político, está em jogo a união britânico-escocesa – referendar a permanência do Reino Unido na União. Na verdade, esta iniciativa transformou-se numa ousadia que há vários meses condiciona a agenda europeia e é mais um fator de perturbação a acrescer às dificuldades da UEM e ao desastre humanitário dos refugiados. O destino da União está igualmente em jogo.

O concreto alcance da iniciativa explicitou-se numa missiva do Primeiro-Ministro britânico dirigida a David Tusk, Presidente do Conselho Europeu, em 10 de novembro de 2015.

Neste documento de 6 páginas, as "preocupações" britânicas foram sistematizadas em quatro áreas: *i*) governação económica; *ii*) competitividade; *iii*) soberania; *iv*) imigração.

No âmbito da primeira, o Reino Unido começa por pôr em causa uma das bandeiras e símbolos do projeto europeu desde o Tratado de Maastricht: a moeda única. Pretende transformar o 'opt-out' de que beneficia em relação ao euro num segundo sistema monetário da União. Em vez de uma União que "estabelece uma união económica e monetária cuja moeda é o euro", como prescreve o artigo 3º, nº 4 do TUE, David Cameron reivindica o reconhecimento de que "a União Europeia tem mais de uma moeda".

O documento britânico apresenta uma mudança de perspetiva da relação entre a UEM e o mercado interno. De complemento necessário para a integridade e plenitude do mercado interno, perspetiva com que foi instituída no Tratado de Maastricht, a união monetária é contraposta ao mercado interno, que pode ser desvirtuado por aquela. Um é um compromisso comum, a outra não. Por isso, a sua "integridade" tem de protegida e, reivindica David Cameron, os 'interesses' dos não participantes devem ser considerados.

Algumas preocupações são uma clarificação preciosista das regras e princípios plasmados nos Tratados. Se a não discriminação para as empresas, por causa da moeda do seu país, tem já amparo no princípio geral da não discriminação, que encontra múltiplas refrações no TFUE (v.g. artigos 18º, 49º, 54º, 55º, 56º, 61º), a eliminação de qualquer "desvantagem" será um excesso semântico, pois a instituição de uma moeda única pretende conseguir vantagens para os agentes económicos no novo espaço monetário. Se se concretizarem, colocam os que ficam fora numa potencial situação de desvantagem, que só pode ser combatida por medidas no seu próprio espaço monetário. A garantia de que os contribuintes dos EM que não têm o euro não suportarão os encargos de iniciativas para salvaguardar o sistema monetário comum é compreensível e razoável, mas não constituiria nunca um problema verdadeiro. O regime em geral aplicável aos quadros de participação mais restrita é o dos respetivos custos serem imputados exclusivamente aos participantes, com exceção dos custos administrativos decorrentes do funcionamento comum das instituições.

Questões como a salvaguarda das competências de supervisão e estabilização financeira e a integração estritamente voluntária na união bancária para os EM que não têm o euro são mais sensíveis e, se são compreensíveis as preocupações britânicas, paralelas preocupações são legítimas na União e nos membros do euro em relação ao exercício dessas competências pelas instituições próprias desses EM. Se a reserva de competência é clara, os efeitos transsistémicos do seu exercício num mercado interno com livre circulação de capitais e investimento são

evidentes. Um regime que conceda aos bancos britânicos condições especiais menos rigorosas de controlo e supervisão é inaceitável. Como tal, a reivindicação final nesta área, de que "quaisquer assuntos que afetem todos os Estados Membros têm de ser discutidos e decididos por todos os Estados Membros", não pode ser simplesmente um veto sobre o aprofundamento da UEM à disposição de um EM que não quer ter o euro.

A segunda linha das preocupações do Reino Unido – a competitividade – pretende garantir o enfoque do mercado interno e da política comercial externa da União na desregulação e liberalização comercial e financeira, coincidente com o programa político dos conservadores britânicos e com a clássica afirmação internacional do Reino Unido como paladino e potência comercial liberal.

A terceira área traz para a ribalta um assunto que até agora foi um tabu entre as instituições europeias: a soberania dos EM. O Reino Unido afirma em toda a sua plenitude e sem rebuço algum a respetiva soberania e não hesita em retirar consequências para o futuro do empreendimento europeu. Esclarece que o compromisso com a "união cada vez mais estreita entre os povos da Europa", inscrito no Preâmbulo e no artigo 1º do TUE "não mais se aplicará ao Reino Unido". Assim se opõe a soberania britânica ao desígnio do projeto político europeu. A soberania nacional, 'à inglesa', não é compaginável com o exercício em comum de poderes soberanos, continua a ser absoluta, una e indivisível. Esse descomprometimento britânico é definitivo e pretende-se que seja plasmado em termos formais, juridicamente vinculativos e irreversíveis. Tem o mérito de recordar que a identidade nacional dos EM "refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais", a cujo respeito a União está vinculada, nos termos do artigo 4º, nº 2 do TUE, é, acima de tudo, a de Estados soberanos.

Este 'corte' com o aprofundamento e a solidariedade que a expressão "união cada vez mais estreita" significa não impede o Reino Unido de pretender condicionar decisivamente as políticas e ações europeias. Assim, propõe o reforço dos poderes dos parlamentos nacionais na concretização do princípio da subsidiariedade, permitindo-lhes travar efetivamente

iniciativas legislativas. No âmbito do ELSJ, requer que os constrangimentos resultantes da respetiva não vinculação a Schengen sejam eliminados, alargando a faculdade de 'pick and choose', i.e., de vinculação casuística, concedida no Protocolo 21 relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao ELSJ. A consistência, por sua vez, não é uma preocupação de Downing Street, pois, enquanto reitera que "a segurança nacional é – e deve permanecer – responsabilidade exclusiva dos EM", reconhece riscos que afetam a segurança de todos e que deveriam ser tratados em comum, não se descortinando como é que a participação casuística que defende pode ser ainda adequada.

O último tema – imigração – foi o mais controverso e difícil, pois não incide sobre a integração potencial futura, mas diretamente atinge o acervo do mercado interno, em especial a livre circulação dos trabalhadores. A primeira nota a salientar é que o mercado interno que o Reino Unido tinha como preocupação preservar na governação económica não é o da cidadania e das '4 liberdades', mas o do comércio, das empresas e dos investimentos, dos mercados e não das pessoas.

Há, desde logo, um retrocesso simbólico: no âmbito do mercado interno, na circulação de nacionais dos EM, não se aplica o conceito de imigração. Trata-se, sim, do exercício de direitos fundamentais de circulação e de trabalho, em que impera o princípio da não discriminação. E, não obstante, como a soberania, eis que a imigração retorna entre os EM.

Este domínio foi o que mais objeções levantou dos restantes EM e dos responsáveis europeus ao longo dos últimos meses. A intocabilidade dos princípios fundamentais do direito da União foi repetidamente afirmada. O Governo britânico formulou o problema na missiva de novembro de 2015 com tonalidades mais objetivas e como um desafio multilateral: o impacto de fluxos populacionais significativos num espaço com uma população crescente e nos sistemas de segurança social, de educação e saúde; o impacto da saída de mão de obra qualificada em outros EM; e, especialmente, centrando o problema nos abusos, na fraude e na igualdade entre os cidadãos móveis e os que se encontram em situações puramente

internas, acusando o TJ de ter contribuído com a sua jurisprudência para dificultar o combate ao abuso. Avança com propostas concretas a implementar: um período de residência com contribuições durante 4 anos para beneficiar de prestações sociais; cessar os apoios sociais aos filhos de imigrantes que não residam no Reino Unido. A natureza discriminatória de tais medidas é inquestionável e a sua interdição pelo direito comunitário vigente é clara. Porém, David Cameron apela a um "sense of fairness", que, apesar da resistência de vários EM, principalmente dos 'quatro de Visegrado', vai encontrar eco junto dos parceiros europeus, muito em especial do Presidente do Conselho Europeu, Donald Tusk, que, no início de fevereiro de 2016, apresentou um esboço de solução que contemplava as preocupações britânicas.

Depois de sinais ambíguos, a resposta às reivindicações de Londres foi dada no Conselho Europeu de 18-19 de fevereiro de 2015. A recusada 'Europa à la carte' de Major deu lugar à aceitação quase total do 'menu light' de Cameron. Parece que, como a criança do conto tradicional, David Cameron desmascara uma Europa artificial e incapaz.

3. Uma 'Convenção Constitucional'

O enquadramento formal do acordo suscitado pelas reivindicações britânicas integra-se nas Conclusões do Conselho Europeu. É, em primeiro lugar, objeto do ponto I das Conclusões, disposição que se desdobra em 4 números.

Dado o alcance substantivo sobre as normas dos Tratados, sérias dúvidas se levantam sobre a conformidade de tal acordo com os Tratados. Por isso, no nº 2 declara-se 'autenticamente' a respetiva compatibilidade com os Tratados, além de indicar os instrumentos onde se prevê o regime substantivo, incluídos em parte dos anexos que se seguem. O nº 3 apresenta um conjunto de garantias que visam conferir alguma certeza jurídica ao acordo alcançado. Os pontos *ii*) e *iii*) do nº 3 reasseguram as necessárias garantias. Por um lado, reiteram a compatibilidade com os Tratados; por

outro, afirmam a natureza vinculativa da Decisão inscrita no Anexo I, acrescentando que "só pode ser alterada ou revogada de comum acordo pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros da União Europeia". Através desta fórmula, exclui-se a ressalva, deixada em aberto nos Acordos do Luxemburgo, do recurso às regras dos Tratados para revogar ou modificar o regime acordado. O ponto *i*) traduz simultaneamente uma garantia para os outros EM de que as pretensões políticas do Reino Unido ficam plenamente satisfeitas e o dossier não será retomado e é uma mensagem para os eleitores britânicos que irão referendar a permanência do Reino Unido, recordando-lhes que as suas preocupações foram atendidas.

Finalmente, no ponto 4 pretende limitar-se o potencial epidémico e disruptivo desta solução, excluindo a vigência dos instrumentos jurídicos aprovados caso o Reino Unido opte pela saída. Na verdade, reconhece-se a singularidade do Reino Unido entre os EM. O sucesso desta tentativa de contenção é duvidoso.

O acordo completa-se através de 7 anexos, alguns com incidência ao nível do direito primário, outros ao nível do direito secundário, alguns a exigir iniciativas legislativas específicas que ficam desde já traçadas. Nestes, encontra-se o regime substantivo que enquadrará a posição do Reino Unido, caso permaneça como EM, embora algumas das medidas previstas sejam generalizáveis a todos os EM. Assim,

– o Anexo 1 contém uma Decisão dos Chefes de Estado ou de Governo, reunidos no Conselho Europeu, relativa a um novo quadro para o Reino Unido na União Europeia;

– o Anexo 2 é uma declaração da qual consta um projeto de decisão do Conselho relativa às disposições específicas sobre a gestão eficaz da união bancária e das consequências de uma maior integração da área do euro, que será adotada na data em que produzir efeitos a decisão relativa à posição do Reino Unido;

– o Anexo 3 consiste numa declaração do Conselho Europeu sobre a competitividade;

– o Anexo 4 apresenta uma declaração da Comissão sobre um mecanismo de aplicação da subsidiariedade e um mecanismo de aplicação da redução dos encargos;

– o Anexo 5 inscreve-se uma declaração da Comissão Europeia sobre a indexação das prestações por filhos a cargo para um Estado-Membro diferente daquele onde o trabalhador reside;

– o Anexo 6 contém uma declaração da Comissão sobre o mecanismo de salvaguarda referido na secção D, n.º 2, alínea b), da Decisão dos Chefes de Estado ou de Governo;

– o Anexo 7 é uma declaração da Comissão sobre questões relacionadas com o abuso do direito de livre circulação de pessoas.

A Decisão relativa ao Reino Unido sobrepõe-se ao esquema da carta de David Cameron e, depois de uma pronúncia genérica sobre o conjunto das preocupações britânicas no Preâmbulo, divide-se em 5 partes: a Secção A, respeitante à governação económica; a Secção B, sobre a competitividade; a soberania é a preocupação da Secção C; a Secção D versa sobre uma das questões mais controversas, as prestações sociais e a livre circulação; a Secção E tem como epígrafe "Aplicação e Disposições finais".

O preâmbulo da Decisão relativa ao novo quadro para o Reino Unido recorda toda a diferenciação normativa concedida ao Reino Unido desde o Tratado de Maastricht até ao Tratado de Lisboa[210]. Reconhece a libra esterlina como a moeda deste EM, sem reconhecer que o euro não é a moeda da União. Salienta o benefício comum de projetos como a UEM, através de expressões como "a importância do bom funcionamento da área do euro para a União Europeia no seu conjunto" ou "[d]eterminados igualmente a facilitar e apoiar o bom funcionamento da área do euro e o seu futuro a longo prazo, em benefício de todos os Estados-Membros". Procura-se, assim, mitigar a divisão monetária. A subscrição britânica dessas palavras é um pobre substituto para o descomprometimento e para a também afirmada plenitude da sua independência e das respetivas competências, incluindo a "a prestação de liquidez" ao Governo inglês[211].

A redação da Secção A, relativa à governação económica, tenta atenuar o significado da especial posição britânica em relação ao euro, por diversas formas. Desde logo, integrando-a com o conjunto dos EM com derrogação ou com a Dinamarca, a quem se reconhece uma isenção nesse domínio[212], bem como apelando ao respeito mútuo e ao princípio da cooperação leal, segundo os quais "os Estados-Membros que não participam no aprofundamento da união económica e monetária não criarão obstáculos, mas antes facilitarão esse aprofundamento, e que, inversamente, este processo respeitará os direitos e competências dos Estados-Membros não participantes". O cuidado reivindicado por David Cameron com os interesses dos EM que não integram a eurozona não foi acolhido (tal como, depois do Tratado de Lisboa, os interesses dos não participantes desapareceram como condições a respeitar nas cooperações reforçadas).

O mandato político deixado às instituições da União é que estas "facilitarão a coexistência de diferentes perspetivas no âmbito do quadro institucional único, garantindo a coerência, o funcionamento eficaz dos mecanismos da União e a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como as condições equitativas de concorrência e a integridade do mercado interno". O alcance real desta orientação dependerá da sua articulação com outras questões tratadas de seguida.

O ponto 1 reafirma o princípio fundamental da proibição da discriminação entre as pessoas singulares e coletivas com base na moeda do Estado onde estão estabelecidas, mas ressalva as diferenças baseadas em situações objetivas. Aqui, não se acrescenta nada de novo em face do que resultaria do regime comum do Tratado. Acrescentam-se um conjunto de condições delineadas sobre as condições a cujo respeito as cooperações reforçadas estão obrigadas, assim se generalizando o enquadramento da diferenciação normativa do mecanismo da cooperação reforçada[213].

O ponto 2, que se refere à preocupação relativa à supervisão bancária, é mais ambíguo, pois prevê como princípio geral o reconhecimento da divisão de competências de controlo entre a eurozona e os EM que não participam da união bancária, salvaguardando mesmo os requisitos da

supervisão e resolução de grupo e consolidada, mas aponta para a indispensabilidade de um regime substantivo uniforme, “a fim de assegurar condições equitativas de concorrência no mercado interno”, embora admita que, no âmbito da união bancária, o regime de salvaguarda da estabilidade financeira “pode ter de ser concebido de forma mais uniforme do que as regras correspondentes que devem ser aplicadas pelas autoridades nacionais dos Estados-Membros que não participem na união bancária”.

A Secção B tem como objeto a preocupação com a competitividade.

Significativo aqui é a adesão da União ao modelo de liberalismo comercial britânico. O credo liberal do projeto é reafirmado, em torno das ‘4 liberdades’. É certo que a ênfase não é colocada na desregulação, como na carta do chefe do governo inglês, mas em “melhorar a regulamentação”, sem deixar de “revogar a legislação desnecessária”, com o objetivo de “diminuir os encargos administrativos e os custos de conformização para os agentes económicos, em particular para as pequenas e médias empresas”. O Conselho Europeu assume o empenho “numa política comercial ativa e ambiciosa”.

O Anexo III complementa a Decisão com uma Declaração do Conselho Europeu associando a competitividade com o crescimento e emprego e recordando que o espaço sem fronteiras do mercado interno é “uma das maiores conquistas da União”.

A prossecução deste objetivo é deixada às instituições e EM segundo a orientação de simplificação e redução. O Acordo interinstitucional para legislar melhor e o programa REFIT são instrumentos convocados.

Na política comercial, o Conselho mantém a perspetiva multilateralista e elege a importância dos Estados Unidos, do Japão e dos principais parceiros da América Latina, nomeadamente o Mercosul, bem como da região da Ásia-Pacífico”.

Por sua vez, a Comissão apresenta uma Declaração (Anexo III), em que declara o seu compromisso “no sentido de simplificar a legislação da UE e reduzir os encargos regulamentares para os agentes económicos da UE, sem

comprometer os objetivos estratégicos e aplicando para tal o Programa Legislar Melhor de 2015, incluindo, em particular, o seu programa para a adequação e a eficácia da regulamentação (REFIT)". O apoio ao empreendedorismo é também assumido.

Em suma, neste ponto, vemos um conjunto de declarações políticas sem consequências concretas, pois não trazem nenhum plano novo, e que servem para que não se esqueça a natureza liberal da integração europeia. Apesar da livre circulação de pessoas estar entre as '4 liberdades' do mercado interno, tal não impede que restrições tenham sido acordadas, nos termos da Secção D.

A Secção C da Decisão relativa ao Reino Unido, com a soberania como epígrafe, é a que tem um alcance político mais profundo. Afeta o desígnio fundador da União e traz para o centro do debate a soberania dos EM. Na década de 60 do século XX, o Tribunal de Justiça declarou que os EM tinham limitado a sua soberania, com vista ao desenvolvimento de um projeto comum. O Reino Unido afirma agora que não é exatamente assim, pelos menos para alguns EM.

No Preâmbulo, as múltiplas isenções previstas, "no que diz respeito a questões como a adoção do euro, as decisões com implicações no domínio da defesa, o exercício de controlos de pessoas nas fronteiras, bem como as medidas no espaço de liberdade, segurança e justiça", ou "disposições do Tratado permitem também que um ou mais Estados-Membros não participem em ações destinadas a favorecer a realização dos objetivos da União, nomeadamente através da instituição de cooperações reforçadas", modelam em geral o alcance da 'união cada vez mais estreita' e "permitem diferentes vias de integração para diferentes Estados-Membros, possibilitando o avanço daqueles que pretendem aprofundar a integração, respeitando, simultaneamente, os direitos daqueles que não pretendem seguir essa via".

O § 4 do ponto 1 esclarece que "[a]s referências a uma união cada vez mais estreita entre os povos são, portanto, compatíveis com as diferentes

vias de integração ao dispor dos diferentes Estados-Membros e não obrigam todos os Estados-Membros a aspirarem a um destino comum".

Já no § 1 do ponto 1 da Secção C reconhece-se a especificidade do Estado Reino Unido, o seu descomprometimento com o aprofundamento do empreendimento europeu. Assim, "tendo em conta a sua situação específica ao abrigo dos Tratados, não está obrigado a uma maior integração política na União Europeia". O significado desta frase tem um alcance político determinante. As isenções derrogações permitidas ao Reino Unido não afetam apenas a uniformidade do direito da União, conferem-lhe a prerrogativa de não aderir ao desígnio da 'união cada vez mais estreita'. Não apenas se legitimam preferências políticas atuais, como se liberta este EM de um vínculo potencial que compromete todos os outros. O estatuto de Estado membro não é único e idêntico.

Além do significado político que o respeito pela soberania implica, e que incide particularmente no especial estatuto concedido ao Reino Unido, deve salientar-se o significado jurídico, este de alcance geral, que se reflete no regime das atribuições e competências da União.

Em primeiro lugar, relembra-se que "[a]s competências atribuídas pelos Estados-Membros à União só podem ser alteradas, seja para as alargar seja para as reduzir, por meio de uma revisão dos Tratados, com o acordo de todos os Estados-Membros".

O desígnio da "união cada vez mais estreita" é esvaziado de alcance normativo, pois interdita-se que sirva de argumento 'sistemático' "para alargar o âmbito de aplicação de nenhuma disposição dos Tratados nem do direito derivado da EU", nem "para sustentar uma interpretação extensiva das competências da União nem dos poderes das suas instituições consagrados nos Tratados". Declara-se de modo inequívoco que as referências à integração e a essa união cada vez mais estreita "não alteram a delimitação das competências da União que se rege pelo princípio da atribuição, nem o exercício das competências da União que se rege pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade", bem como "[n]ão exigem que sejam atribuídas à União Europeia novas competências, nem

que a União Europeia tenha de exercer as competências de que dispõe, nem que as competências atribuídas à União não possam ser reduzidas e, por conseguinte, devolvidas aos Estados-Membros". A intenção de impedir 'excessos' de ativismo judiciário é notória, pois o evidente destinatário destas considerações é o TJ, que vê as suas competências afetadas por esta 'interpretação autêntica' do regime das competências da União, previsto no artigo 5º do TUE.

Um condicionamento semelhante da competência do TJ resulta do ponto 5. Neste, o Conselho Europeu recorda que "[o] artigo 4.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia confirma que a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro". Desse modo, continua, "[t]al não constitui uma derrogação do direito da União, pelo que não deverá ser interpretado de forma restritiva".

O alcance normativo da soberania dos EM vai traduzir-se também no reforço do controlo político do princípio da subsidiariedade pelos parlamentos nacionais, sedes fundamentais da soberania democrática. Modifica-se o mecanismo de alerta precoce instituído no Protocolo relativo à aplicação do princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade. Assim, segundo o ponto 3 da Secção C:

"No caso de os pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade num projeto de ato legislativo da União, enviados no prazo de 12 semanas a contar da data de transmissão desse projeto, representarem mais de 55% dos votos atribuídos aos Parlamentos nacionais, a Presidência do Conselho incluirá o ponto na ordem do dia do Conselho para que se proceda a um debate abrangente sobre os referidos pareceres e as consequências que deles devem ser retiradas.

Após esse debate, e na observância dos requisitos processuais dos Tratados, os representantes dos Estados-Membros, deliberando na qualidade de membros do Conselho porão termo à análise do projeto de ato legislativo em questão, a menos que seja alterado para ter em conta as preocupações expressas nos pareceres fundamentados".

A Comissão, por seu turno, compromete-se na Declaração incluída no Anexo IV a criar um mecanismo e a avançar com um programa de trabalho para reapreciar o acervo legislativo em vigor.

O reconhecimento da vontade soberana dos Estados não tem apenas uma incidência negativa na sua vinculação. Tem igualmente uma incidência positiva. Assim, o ponto 4 determina que "[os] direitos e as obrigações dos Estados-Membros previstos nos Protocolos anexos aos Tratados têm de ser plenamente reconhecidos e não lhes pode ser dado um estatuto inferior ao de outras disposições dos Tratados de que esses Protocolos fazem parte integrante", disposição que pretende dar um alcance mais amplo à isenção e à faculdade de participação casuística reconhecida no ELSJ ao Reino Unido, à Irlanda e à Dinamarca. Com isso, garante-se uma articulação entre o regime aplicável segundo o protocolo que integra Schengen (Protocolo 15) e os Protocolos específicos que respeitam à posição do Reino Unido e da Irlanda e à Dinamarca (Protocolos 21 e 22) mais favorável ao regime que resulta destes, ainda que tal "implique a cisão da medida em dois atos". Além disso, a deferência para com a vontade desses EM, no caso de atos de desenvolvimento ou execução de outros atos, é um sinal que põe em risco a coerência e efetividade, e que, já de um modo bastante flexível, se tinha procurado acautelar nas modificações introduzidas nos Protocolos 21 e 22 pelo Tratado de Lisboa[214].

A Secção D, denominada 'Prestações sociais e livre circulação', refere-se à reivindicação britânica que mais polémica suscitou.

Assente nas normas dos Tratados e de direito derivado e concretizada por décadas de jurisprudência do TJ no domínio da livre circulação de trabalhadores e, mais recentemente, no domínio da cidadania da União, a liberdade de circulação e residência sem discriminação está entre os princípios e direitos fundamentais da União e é, talvez, o ativo simbólico mais poderoso da União junto dos europeus.

E, no entanto, o Reino Unido, esse destino cosmopolita multicultural, apresenta a livre circulação como uma preocupação. Depois de muitos brados de indignação, o Conselho Europeu reafirma a liberdade de

circulação, mas reconhece a legitimidade de algumas das preocupações britânicas e contempla, nesta Decisão, uma resposta abrangente e medidas concretas com efeitos diretos e imediatos sobre os trabalhadores não nacionais.

Assim, por um lado, reconhece que alguns sistemas de segurança social podem ser fator de atração de nacionais de outros EM, em virtude da sua 'generosidade'. Não preconiza como solução que se ultrapasse a simples coordenação presente em prol de uma harmonização dos sistemas nacionais. Antes admite que é "legítimo ter em conta esta situação e prever, a nível da União e a nível nacional, e sem criar discriminações diretas ou indiretas injustificadas, medidas que limitem os fluxos de trabalhadores de uma dimensão tal que tenham efeitos negativos tanto para os Estados-Membros de origem como para os Estados-Membros de destino". Esta tónica nos efeitos de tais fluxos nos EM de origem ignora completamente as dificuldades e desequilíbrios económicos que originam tais saídas e que, porventura, se agravarão sem tal válvula de escape.

Em concreto, no ponto 1. a), avança com mais uma 'interpretação autêntica' do direito da União. Nesta, recorre à jurisprudência do TJ que admitiu, casuisticamente, que "o incentivo à contratação, a redução do desemprego, a proteção dos trabalhadores vulneráveis e a prevenção do risco de comprometer seriamente a sustentabilidade dos sistemas de segurança social são razões de interesse público", que legitimam restrições sobre a livre circulação de trabalhadores. Considera então, "[c]om base em considerações objetivas independentes da nacionalidade das pessoas em causa e proporcionais ao objetivo legítimo prosseguido, [que] podem ser impostas condições em relação a determinadas prestações para garantir que há um grau real e efetivo de ligação entre a pessoa em causa e o mercado de trabalho do Estado-Membro de acolhimento".

De seguida, na al. b), relembra que o direito de liberdade de circulação dos cidadãos da União, ao abrigo do artigo 21º do TFUE, está sujeito a "limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação", alerta claro para uma jurisprudência ativista do Tribunal.

O Conselho esclarece que "[o]s Estados-Membros têm a possibilidade de recusar a concessão de prestações sociais às pessoas que exerçam o seu direito de livre circulação com o único objetivo de obter assistência social dos Estados-Membros, apesar de não disporem de recursos suficientes para acederem ao benefício de um direito de residência", acrescentando que "[o]s Estados-Membros podem indeferir pedidos de assistência social de cidadãos da UE nacionais de outros Estados-Membros que não beneficiem do direito de residência ou que apenas estejam habilitados a residir no seu território em virtude de procurarem emprego". E concretiza que "[e]stão neste caso os pedidos apresentados por cidadãos da UE nacionais de outros Estados-Membros relativamente a prestações cuja função preponderante é garantir o mínimo dos meios de subsistência necessários, mesmo que essas prestações tenham igualmente por objetivo facilitar o acesso ao mercado de trabalho dos Estados-Membros de acolhimento".

Sensível ao problema do abuso e da fraude, admite, na al. c) do ponto 1., que "os Estados-Membros podem tomar medidas para prevenir os abusos de direito ou as fraudes, como a apresentação de documentos falsificados, e combater os casos de celebração ou manutenção de casamentos de conveniência com nacionais de países terceiros com o objetivo de usar a liberdade de circulação como forma de regularizar a permanência ilegal num Estado-Membro ou combater os casos de utilização da liberdade de circulação como forma de contornar as regras nacionais de imigração aplicáveis aos nacionais de países terceiros". Adianta novamente uma interpretação autêntica dos conceitos de 'ordem pública' e de 'segurança pública', que permite aos EM impedirem a livre circulação de nacionais dos EM, legitimando que seja tido em conta o passado da pessoa e que a ameaça não tem de ser iminente, não exigindo a existência de condenações penais e admitindo "razões de natureza preventiva, desde que estas estejam especificamente relacionadas com a pessoa em questão".

Esta preocupação é objeto da Declaração da Comissão, incluída no Anexo VII. Nesta afirma que, depois de a Decisão relativa ao Reino Unido produzir efeitos, "tenciona adotar uma proposta destinada a complementar a

Diretiva 2004/38, relativa à livre circulação dos cidadãos da União, a fim de excluir do âmbito de aplicação dos direitos de livre circulação os nacionais de países terceiros que não tenham tido residência legal num Estado-Membro antes de se casarem com um cidadão da União ou que casem com um cidadão da União só depois de esse cidadão ter fixado residência no Estado-Membro de acolhimento". Assim sendo, em tais casos, será aplicável aos nacionais de países terceiros a legislação em matéria de imigração do Estado-Membro de acolhimento. Uma jurisprudência mais ousada é assim precludida, embora se levantem questões de respeito pelos direitos fundamentais, nomeadamente a proteção da vida familiar. A verdade, porém, é que a cidadania da União tem protegido o cidadão 'móvel', enquanto ignora olimpicamente o cidadão da União 'estático', verdadeiramente uma outra forma de discriminação. E as situações de abuso, em que a residência no EM de acolhimento não se caracterizou "por uma efetividade suficiente para desenvolver ou consolidar uma vida em família" e teve "por objetivo escapar à aplicação das regras nacionais em matéria de imigração", são verosímeis.

A este propósito, a Comissão define o "conceito de casamento de conveniência" como "qualquer casamento que seja mantido com o propósito de permitir que um membro da família que não seja nacional de um Estado-Membro beneficie do direito de residência". A Comissão propõe-se, de igual modo, clarificar, numa Comunicação que fornecerá orientações sobre a aplicação do direito da União no que diz respeito à livre circulação dos cidadãos da União, "as noções de "razões graves de ordem pública ou de segurança pública" e "razões imperativas de segurança pública"", e informa que, numa futura revisão da Diretiva 2004/38 relativa à livre circulação dos cidadãos da União, "examinará os limiares associados a estas noções".

A Comissão, na Declaração inscrita no Anexo V, compromete-se a apresentar uma proposta de alteração do Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho**,** relativo à coordenação dos sistemas de segurança social, "a fim de dar aos Estados-Membros, no que diz respeito à

exportação de prestações familiares por filhos a cargo para um Estado-Membro diferente daquele onde o trabalhador reside, a possibilidade de indexar essas prestações às condições do Estado-Membro onde os filhos residem". Segundo a Comissão, "nestas condições se incluem o nível de vida e o nível das prestações familiares por filhos a cargo aplicáveis nesse Estado-Membro". A fixação do alcance desta iniciativa foi objeto de uma dura negociação e acabou por ser limitada "a novos pedidos feitos por trabalhadores da UE no Estado-Membro de acolhimento", relegando-se para 1 de janeiro de 2020, a possibilidade de alargamento da indexação a pedidos existentes de prestações familiares por filhos a cargo já exportadas por trabalhadores da UE.

Além de todas estas medidas gerais, o Conselho legitima o recurso a um 'travão de emergência' quando o afluxo de trabalhadores a um EM "assuma dimensões excecionais durante um período prolongado, inclusive em consequência de anteriores políticas no seguimento de anteriores alargamentos da UE". Assim, a Comissão, na Declaração prevista no Anexo VI, compromete-se a apresentar uma proposta de alteração do Regulamento (UE) n.º 492/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, instituindo um mecanismo de alerta e de salvaguarda, através do qual o Conselho "poderá autorizar o Estado-Membro em causa a limitar, na medida do necessário, o acesso às prestações não contributivas ligadas ao trabalho" e "a limitar o acesso dos trabalhadores da UE recém-chegados a prestações não contributivas ligadas ao trabalho por um período total não superior a quatro anos a contar do início da relação de trabalho". De acordo com a orientação definida pelo Conselho Europeu, "a limitação deverá ser gradual, partindo de uma exclusão completa inicial e aumentando progressivamente o acesso às prestações, a fim de ter em conta a ligação crescente do trabalhador ao mercado de trabalho do Estado-Membro de acolhimento". Igualmente, "[a] autorização terá uma vigência limitada e será aplicável aos trabalhadores da UE recém-chegados durante um período de sete anos".

Essa autorização terá de ser requerida pelos EM que "pretendam recorrer a esse mecanismo", os quais "deverão informar a Comissão e o Conselho de

que se verifica tal situação excecional a uma escala que prejudica aspetos fundamentais dos seus sistemas de segurança social, incluindo a finalidade principal dos seus sistemas de prestações ligadas ao trabalho, ou que conduz a dificuldades graves e suscetíveis de persistir no seu mercado de trabalho ou a dificuldades que sujeitam a uma pressão excessiva sobre o bom funcionamento dos seus serviços públicos". As futuras medidas referidas "não deverão resultar num tratamento menos favorável dos trabalhadores da UE do que o dos nacionais de países terceiros em situação comparável".

Embora este travão seja acessível a todos os EM, está claramente associado à situação britânica, como se depreende da Declaração da Comissão incluída no Anexo VI, segundo a qual "o mesmo pode ser e será utilizado e funcionará assim como solução para as preocupações do Reino Unido com o afluxo excecional de trabalhadores provenientes de outros países da União Europeia com que o país se tem deparado nos últimos anos". A Comissão Europeia declara mesmo, desde logo, "que a natureza das informações que o Reino Unido lhe transmitiu, atendendo em particular a que o Reino Unido não utilizou plenamente os períodos de transição previstos nos recentes Atos de Adesão para a livre circulação de trabalhadores, demonstra que se verifica atualmente neste país o tipo de situação excecional que o mecanismo de salvaguarda proposto pretende contemplar. Por conseguinte, o Reino Unido terá motivo para desencadear o mecanismo na plena expectativa de que obterá aprovação".

No ponto 3, desta Secção define-se uma abordagem mais restritiva da livre circulação das pessoas para os próximos alargamentos, que se refletirá nas medidas transitórias. Não deixa de ser irónico que um EM que não utilizou plenamente as salvaguardas previstas nos alargamentos de 2004, generosidade muito elogiada, seja agora o maior defensor de restrições.

A Secção E, que tem a epígrafe anódina 'Disposições finais e de aplicação', tem um relevo substantivo crucial.

O Reino Unido tinha manifestado uma especial preocupação com o respeito pelos interesses dos EM que não têm o euro em matéria de

governação económica. A garantia fundamental para tal especial estatuto, embora concebido de um modo geral para os EM que não participem da união bancária, é a previsão de um travão de emergência no âmbito das deliberações no Conselho, em geral consagrado na Secção E da Decisão relativa ao Reino Unido. Ao abrigo do ponto 1. dessa Secção, "[q]ualquer Estado-Membro pode solicitar ao Presidente do Conselho Europeu que uma questão relacionada com a aplicação da presente decisão seja debatida no Conselho Europeu". Este apelo vago admitido em geral é depois regulado no projeto de Decisão relativa às disposições específicas sobre a gestão eficaz da união bancária e das consequências de uma maior integração da área do euro, a adotar pelo Conselho na data em que produzir efeitos a Decisão relativa ao Reino Unido.

Esse projeto está incluído no Anexo 2, com a epígrafe "Declaração sobre a Secção A da Decisão dos Chefes de Estado e de Governo, reunidos no Conselho Europeu, relativa a um novo quadro para o Reino Unido na União Europeia". Essa Decisão complementa a Decisão 2009/857/CE, de 13 de dezembro de 2007, relativa à aplicação do artigo 16.º, n.º 4, do Tratado da União Europeia e do artigo 238.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia entre 1 de novembro de 2014 e 31 de março de 2017, por um lado, e a partir de 1 de abril de 2017, por outro (JO L 314 de 1.12.2009, p. 73), a qual permite afastar as regras de deliberação do Conselho previstas nos Tratados.

O regime que resulta da articulação desses dispositivos, "[q]ualquer Estado-Membro pode solicitar ao Presidente do Conselho Europeu que uma questão relacionada com a aplicação da presente decisão seja debatida no Conselho Europeu". O Projeto de Decisão integrado na Declaração do Anexo 2, por sua vez, salvaguarda "as regras de votação específicas acordadas pelos representantes dos 28 Estados-Membros, reunidos no Conselho em 18 de dezembro de 2013[215], relativas à adoção de decisões pelo Conselho com base no artigo 18.º do Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014, que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de

instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um Mecanismo Único de Resolução e de um Fundo Único de Resolução e que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010 (JO L 225 de 30.7.2014, p. 1).

O afastamento das regras comuns no domínio da supervisão bancária não é uma completa novidade. Temos mais uma manifestação do eterno retorno do 'espírito do compromisso do Luxemburgo' para com os soberanos interesses vitais ou fundamentais, agora devidamente fundamentados e com apelo à intervenção do motor político intergovernamental do Conselho Europeu, ainda que mitigado por uma tentativa de quadratura do círculo, segundo a qual "[o] facto de a questão ser assim submetida ao Conselho Europeu não prejudica o funcionamento normal do processo legislativo da União e não pode resultar numa situação equivalente a conceder a um Estado-Membro um direito de veto". O recurso de conceitos vagos e flexíveis, como "prazo razoável", "solução satisfatória" ou "ampla base de acordo" é outro instrumento retomado.

4. Revisão, Hermenêutica ou Outro Paradigma Integrador?

Esta breve análise permite-nos formular algumas conclusões sobre a natureza, o conteúdo e o alcance deste acordo.

Em primeiro lugar, o Conselho Europeu assume-se cada vez mais como uma 'Convenção Constituinte' *ad hoc*. Tal como em ocasiões anteriores, em momentos de crise política, nomeadamente após o referendo negativo da Dinamarca sobre o Tratado de Maastricht ou o referendo negativo da Irlanda sobre o Tratado de Lisboa, as soluções são alcançadas em termos intergovernamentais pelos Chefes de Estado ou de governo, contornando o processo de revisão e sendo a irregularidade sanada posteriormente com a sua integração nos Tratados através de um instrumento não destinado especificamente a tal fim, como têm sido os Tratados de adesão de novos EM.

Esta é uma deriva que, à primeira vista, aponta para as fórmulas internacionais de compromissos entre Estados soberanos, garantindo, sem peias formais, uma voz definitiva e igualitária a todos os EM. Numa aproximação mais cuidada, conclui-se que o modelo é mais próximo do confederalismo, em que as questões políticas e jurídicas mais relevantes e sensíveis são remetidas para a mais elevada esfera política, mas em que se reconhece uma estrutura comum e em que até intervêm outros protagonistas, como foi o caso da Comissão.

Certo é que o processo utilizado não respeita as regras de revisão previstas no artigo 48º do TUE, mesmo as do processo de revisão simplificado, previsto no nº 6. Na verdade, até a validade do recurso a este processo é questionável, pois o objetivo da "união cada vez mais estreita entre os povos da Europa" não se encontra entre as disposições que podem ser objeto desse processo de revisão. Contudo, a incidência neste domínio apresenta-se como simplesmente interpretativa, sendo verdade, no entanto, que se aparta do espírito da interpretação desenvolvida ao longo de décadas pelo TJ.

As regras respeitantes à revisão dos Tratados são imperativas e não podem ser afastadas, mesmo por acordo entre os Estados[216]. Esta via põe em causa as competências e prerrogativas das instituições da União. A Comissão acompanhou o debate e é parte da solução alcançada com as suas múltiplas declarações, em que assume compromissos de iniciativas legislativas futuras. Já o Parlamento Europeu, os parlamentos nacionais e o Banco Central Europeu[217] ficaram formalmente arredados (embora, no que diz respeito às medidas de direito secundário que adotar, tenham de participar nos termos gerais previstos nos Tratados e o Preâmbulo da Decisão relativa ao Reino Unido refira a auscultação das opiniões expressas pelo Presidente e pelos membros do Parlamento Europeu).

A Decisão presente não é o ato previsto entre o elenco do artigo 288º do TFUE. O Conselho Europeu, aqui, assume a veste de um mero fórum de negociação intergovernamental e a Decisão é um ato intergovernamental, que entronca numa longa prática comunitária, incluindo com alcance

‘paraconstituinte’[218]. Porém, na medida em que modifique normas dos Tratados, não é compatível com o direito da União, não admitindo a jurisprudência do Tribunal a doutrina do ‘ato comum contrário’.

Os EM estão conscientes deste problema. Por isso, repetem o intento interpretativo da Decisão[219] e nessa ‘interpretação autêntica’ garantem a compatibilidade com os Tratados. Sendo um ato comum de todos os EM, poderíamos equipará-la às Declarações anexas aos Tratados e que se incluem naquele tipo fluído de fontes de ‘soft law’ complementares. A vontade dos signatários não é nesse sentido limitado, pois reiteram a sua natureza jurídica vinculativa, aproximando este ato da categoria das ‘convenções constitucionais’ que são frequentes em alguns sistemas. Ainda assim, comprometem-se a integrar nos Tratados, numa próxima revisão, diversas partes de tal Decisão[220].

Algumas das reivindicações acolhidas são politicamente simbólicas mas menos problemáticas: é o caso do reconhecimento de moedas nacionais ou do descomprometimento em relação à “união cada vez mais estreita”.

Outras preocupações são a explicitação de um mal-estar partilhado por muitos, seja o abuso das liberdades e direitos conferidos pelo direito da União, seja o privilégio que este confere aos ‘cidadãos móveis’ em detrimento daqueles que permanecem no seu EM de origem. A discriminação inversa nas situações puramente internas que o TJ tem desconsiderado é diretamente abordada e deve encontrar uma resposta da União Europeia. A resposta acordada é uma racionalização justificada.

No que respeita ao alcance do conteúdo mais concreto do acordo, uma parte da Decisão não tem um alcance jurídico substantivo inovador; tem um intento hermenêutico, que é questionável, porém, à luz do respeito pelas competências do TJ e até dos tribunais nacionais[221]. Em algumas matérias, acrescenta um regime específico que sempre deveria ser previsto e que substantivamente é sensível, mas não necessariamente incompatível com os tratados (é o caso dos pontos 1. e 2. da Secção A da Decisão relativa ao Reino Unido). A grande objeção, a discriminação, foi substancialmente mitigada.

A modificação do mecanismo de alerta precoce relativo à aplicação do princípio da subsidiariedade, a articulação entre os Protocolos que dizem respeito à posição do Reino Unido, da Irlanda ou da Dinamarca e o Protocolo de Schengen, bem como as condições respeitantes a prestações sociais no âmbito da livre circulação, são modificações substantivas do regime dos Tratados que deveriam ser integradas num processo de revisão, apesar de tal não estar previsto.

Cresce o protagonismo dos parlamentos nacionais que aparecem cada vez mais no centro da arena política europeia. O mecanismo de alerta precoce conferido aos parlamentos nacionais passa a ter reais consequências jurídicas, o que é de saudar, ainda que envolva o Conselho, que pode agora suster a iniciativa. A desvalorização da Comissão é evidente.

Na verdade, a incidência institucional deste acordo é significativa.

Desde logo, como já se assinalou, o Conselho Europeu assumiu novamente um papel constituinte, que modifica o regime fundamental consagrado nos Tratados, através de uma Decisão juridicamente vinculativa que virá mais tarde a ser integrada nos tratados ou desenvolvida em direito derivado. É já uma tradição que se repete desde o Tratado de Maastricht. Salienta-se aqui a não intervenção do PE, nem dos parlamentos nacionais, o que é incoerente com a reivindicação de participação acrescida destes avançada pelo Reino Unido. Em simultâneo, o Conselho Europeu faz uma interpretação autêntica dos Tratados, em que assegura a compatibilidade da Decisão com as normas daqueles.

A Decisão mitiga o relevo do Eurogrupo, a que o Tratado de Lisboa tinha reconhecido existência formal, e reforça o Conselho Europeu. Esta instituição converte-se numa instância de apelo político e jurídico, que nos remete para o modelo político apontado pelo Tribunal canadiano da negociação permanente, incluindo das regras do jogo.

Há implicações institucionais para lá das instituições políticas: o ativismo do TJ é um dos primeiros alvos, seja quando se determina a compatibilidade com os Tratados, condicionando assim a competência do TJ para interpretar os Tratados e o direito da União (limitando a

possibilidade de um acórdão como o que se referiu à interpretação do Protocolo relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais ao Reino Unido), quando expressamente se preclude a interpretação extensiva das competências da União e dos poderes das instituições e reafirma a competência exclusiva dos EM pela segurança nacional que não pode ser interpretada restritivamente, ou quando não se hesita em avançar com uma extensa 'interpretação autêntica' de conceitos indeterminados como 'interesse público' ou de cláusulas como a 'união cada vez mais estreita entre os povos da Europa'. Num momento como o presente, esta é uma severa restrição ao desenvolvimento de capacidades comuns para o combate a ameaças de segurança como o terrorismo. Os limites introduzidos aos direitos de circulação de pessoas são igualmente uma prevenção contra a jurisprudência que reforçou o estatuto da cidadania da União e as liberdades do mercado interno. Torna-se claro que, quando fala em mercado interno, Londres refere-se apenas a um espaço de livre comércio.

A extensão do travão de emergência em matéria da governação económica a qualquer EM não participante da união bancária granjeou apoios, mas, mesmo quando se salvaguarda que não é um veto, põe é uma deriva que põe em causa as regras dos Tratados e acarreta sérios riscos para a união bancária, em particular[222].

5. Pandora ou Demiurgo. O Brexit Como Força Constituinte Europeia

a) Pandora ou Demiurgo

Não é uma novidade um referendo sobre a pertença britânica. Em 1975, 67% dos britânicos disseram sim. Mesmo que decidam ficar, os números demonstrarão um euroceticismo muito maior, apesar do especial regime que lhes foi concedido em fevereiro deste ano.

Fora ou dentro da 'Europa', o Reino Unido é um protagonista histórico da unificação europeia, um verdadeiro 'catalisador' constitucional. Assumidamente fora, todos reconhecem a inspiração unificadora de

Churchill, no Discurso na Universidade de Zurique, em 1946. Depois da adesão reticente, o comprometimento com os sucessivos aprofundamentos foi relutante. No interior, há muito os britânicos são acusados de serem um empecilho ao aprofundamento do projeto. Este acordo é o último capítulo de uma integração singular. No presente, fique ou saia, o Reino Unido pode assumir um papel demiúrgico da União futura.

A reivindicação do Reino Unido não é surpreendente. Os britânicos têm uma história de abertura à dissensão, de que tivemos um exemplo recente no referendo realizado na Escócia. Também, em 29 de novembro de 1995, a Câmara dos Comuns britânica reconheceu o Quebeque como uma sociedade distinta, distinção que recomendaram fosse atendida no exercício da atividade dos vários órgãos públicos[223].

A iniciativa britânica pode ser a 'pedrada no charco', que, com consequências mal adivinhadas e potencialmente desastrosas, pode obrigar a União a abandonar o presente impasse. Há um reconhecimento generalizado das incongruências e inconsistências da União resultante do Tratado Reformador. Embora centrada nos interesses britânicos, a reforma da União é mencionada. Esta, porém, é um tabu, pois ninguém tem certeza do caminho a seguir e as crises quotidianas esgotam as forças dos europeus. Nenhum dos EM continentais parece ser capaz de liderar qualquer via de superação capaz de dar sentido ao projeto no contexto presente. A exortação de Mario Dragui[224] para aproveitar a oportunidade e aprofundar a integração monetária não parece viável e o travão de emergência conferido aos EM que não têm o euro não o favorece. Se a identidade e vontade europeia dos outros EM fosse tão forte não teriam consentido regime especial que coloca o Reino Unido no limiar da integração.

O reconhecimento deste estatuto especial do Reino Unido é o reconhecimento da legitimidade da preferência pela democracia nacional[225] em vez da europeia. E tal significa que os EM assumem, agora sem rebuço, que são os senhores dos tratados e por isso elaboram vias jurídicas que integram a identidade e diversidade na estrutura e entre os princípios fundamentais da ordem jurídica da União. São múltiplas as suas formas e a

sua mais radical manifestação é a diferenciação primária, como a que agora se reforça em relação ao Reino Unido.

No difícil contexto presente, a mensagem que é passada pela União quando debate o 'Brexit', a par da impotência face às múltiplas crises, é que a Europa está em desconstrução. Virginie Rozière, MEP, afirmou em Editorial do Euractiv de fevereiro, que o novo 'estatuto' do Reino Unido pode ser um primeiro passo de uma saída a prazo. O risco para a integração europeia que parece em vias de estilhaçar está mais presente na incapacidade para responder aos problemas de segurança, à crise dos refugiados ou à crise financeira do que no descomprometimento britânico.

Uma eventual saída não seria descontrolada. O artigo 50º do TUE, disposição concebida a pensar no Reino Unido, poderá encaminhar este Estado para uma solução do tipo do Espaço Económico Europeu ou EFTA+, à semelhança da Noruega e da Suíça. Mas seria sempre um quebra-cabeças jurídico, particularmente na esfera das relações externas. Se o enquadramento formal à luz das regras de sucessão em tratados é simples, a negociação efetiva seria complexa, exceto se o Reino Unido aceitasse incondicionalmente as regras fixadas para a União em acordos internacionais celebrados por esta. A posição negocial britânica beneficiaria de uma maior autonomia, mas, em simultâneo, perderia o poder negocial que um mercado de várias centenas de milhões de indivíduos possui.

Os britânicos, em especial David Cameron, são acusados de pôr em risco a sobrevivência do projeto europeu, 'either way'. As consequências certas para a União da saída do Reino Unido são evidentes: perda económica da quinta maior economia do mundo; perda de uma potência geopolítica, com veto no Conselho de Segurança, que tornará a União ainda mais irrelevante no palco internacional; os riscos são previsíveis: precedente, por muito que se proclame o contrário e se estabeleça que "se o referendo no Reino Unido resultar na sua saída da União Europeia, deixará de existir o conjunto de instrumentos acordados"[226]; o reforço da desmotivação e descrença dos europeus. Os riscos da permanência, nas condições acordadas, não são diferentes: o regime diferenciado será

também um precedente de que outros lançarão mão quando puderem; a diluição da ambição que só poderá ser contrariada com o aprofundamento entre os restantes, empreendimento improvável. O ‘menu light’ acordado dá ao Reino Unido o melhor dos mundos da integração e da soberania nacional. Será viável? Constitui claramente um risco. Entre a saída e a permanência, com este regime não é certa a melhor alternativa para a União.

A Suíça já mimetiza as aspirações britânicas. Depois do referendo de fevereiro de 2014, a Suiça e a União ainda negoceiam as condições de concretização do travão de emergência na livre circulação de trabalhadores.

A Frente Nacional em França já avançou com a possibilidade de um referendo à permanência francesa, caso vença as eleições presidenciais de 2017. Começa a haver um número significativo de apoiantes da saída entre os políticos franceses europeístas, que só o ‘politicamente correto’ impede de ser superior.

A saída do Reino Unido, sempre reticente, poderá ser a oportunidade para retomar a ambição política federal entre os restantes EM ou alguns deles? Se os britânicos aceitarem o regime especial acordado, os restantes EM ou alguns serão tentados a dar um salto em frente e aprofundar entre si a integração? Noutro tempo, talvez; agora, as dúvidas sobre a bondade de uma maior ambição europeísta estão generalizadas. Mas a definição da posição britânica tem um alcance político constitucional. Saia ou permaneça, fica mais clara a arquitetura constitucional europeia. E esta será definida por duas palavras: flexibilidade e diferenciação.

b) Uma Arquitetura Constitucional Flexível e Diferenciada

Não se iludam aqueles que creem que a falta de ambição política é ausência de substância política, de poder político e de *publica potestas*. A gestão da crise grega comprova-o. Por isso, continua a fazer sentido debater a arquitetura constitucional da União.

O Reino Unido está a moldar a Europa e consegue ser, descomprometendo-se, a mais importante força constituinte da União. Uma nova ‘constituição europeia’ está na forja.

Se o Reino Unido ficar, será um ‘híbrido’ da ‘Europa à la carte’ de Major e da ‘Kerneurope’ de Lamers-Schauble. A permanência do Reino Unido pode, através da replicação do seu exemplo com alguns EM, a que acrescem as dificuldades de outros, favorecer a institucionalização da Europa a 2 velocidades, com um núcleo central de integração reduzido. Se o Reino Unido sair, é o projeto de Balladur dos círculos concêntricos que renasce, pois será indispensável um enquadramento para a nova realidade, que permita envolver esse Estado. Desse modo, estar-se-ia a forjar uma arquitetura europeia para além da União até à Rússia. Esta construção deveria fazer-se mesmo que o Reino Unido não saia; porém, os constrangimentos políticos que enfrenta são muito elevados, nomeadamente a objeção russa. Não é certo que a presença do Reino Unido nesse círculo exterior obstasse às reticências de Moscovo.

A Decisão reconhece a existência de vários processos de diferenciação subjetiva que “permitem diferentes vias de integração para diferentes Estados” e “não obriga todos os EM a aspirarem a um destino comum”. Temos de encontrar um quadro constitucional diferenciado e flexível. Efetivamente, “[a] diferenciação normativa não é algo marginal ao sistema, extrínseco e não caracterizador deste, mas antes inerente e distintiva de um sistema onde pontua a heterogeneidade política, social, económica, cultural e mesmo identitária. Um sistema que envolve múltiplos níveis de poder legítimo, entre os quais se salientam os Estados membros, e que convoca ordenamentos jurídicos múltiplos. A diferenciação, além de útil para prosseguir a tarefa de harmonização e uniformização, como forma privilegiada do gradualismo da integração que é, impõe-se como indispensável para preservar a unidade, perante o aumento quantitativo e qualitativo da diversidade, de difícil ou indesejável homogeneização. Sem a diferenciação a unidade do sistema jurídico seria estruturalmente mais frágil e até artificial”[227], mesmo que o risco de fragmentação seja real. Acresce

que, no espaço europeu, o binómio ‘nós/eles’ é permanente, ontológico, o que condiciona severamente a uniformização e a legitimidade de princípios/dogmas da democracia, como o imperativo maioritário, cuja aplicação cega seria encarada como “subjugação”[228]. Nesse caso, a diferenciação apresenta uma virtualidade fundamental, pois pode ser “uma válvula que limite a pressão de uma democratização do sistema que atente contra a identidade dos povos europeus”[229]. Há que dar consistência ao respeito pela identidade nacional previsto no artigo 4º, nº 2 do TUE.

Temos de aceitar a diferenciação como um princípio estruturante e, em vez de a ignorar olimpicamente ou de a combater quixotescamente, devemos, sim, enquadrá-la numa arquitetura política e jurídica clara e coerente, mas necessariamente dúctil. Alguns princípios são imperativos: respeito pelos direitos fundamentais; ‘rule of law’; respeito pelos princípios relativos às competências; não discriminação; reconhecimento mútuo; efeito direto; primado. A igualdade sofre uma inevitável adaptação. Não obstante, “[a] diferenciação não implica multiplicação de ordens jurídicas na União, mas uma ordem flexível estruturada com níveis distintos e esferas normativas múltiplas e com perímetros diversos”[230].

A ‘cidade europeia’ é um produto de um pluralismo agonista, um consenso sempre aberto ao dissenso, capaz de integrar reivindicações identitárias diversas, em que, além das medidas substantivas, também as convenções estão sempre abertas à negociação permanente[231], sejam os fins (v.g. “a união cada vez mais estreita”), sejam os procedimentos (v.g. a flexibilização das regras deliberativas), com uma estabilidade dinâmica e reflexiva e sem uma autoridade adjudicatória final[232]. Há, com certeza, um património ‘republicano’ comum (um elenco de direitos fundamentais, as liberdades do mercado interno, a cidadania), mas a nova ‘*res publica*’ europeia tem de conjugar o universalismo cosmopolita dos direitos fundamentais e da competitividade e progresso com o comunitarismo identitário nacional, plural e diverso. R. Bellamy e D. Castiglione[233] propõem a expressão “cosmopolitan communitarism”.

O limite da flexibilidade e diferenciação é a coerência entre os múltiplos planos da integração, que encontra eco no artigo 7º do TFUE. Já a partilha de um destino comum em relação ao qual tem de haver algum empenhamento, mais ou menos vincado – e aí surge a diferenciação –, não é também uma exigência. O Reino Unido declarou explicitamente que não assume tal partilha[234]. Os EM proclamaram que é dispensável.

É evidente que este projeto já não é o da 'Declaração Schuman'. A melhor metáfora para compreender o seu desenvolvimento é a 'unidade arquitetónica' urbana[235], em que se refletem múltiplas correntes arquitetónicas, até antagonistas, que por isso apresenta simetrias e assimetrias, núcleos tradicionais e vanguardistas, projetos, requalificações, espaços esquecidos e abandonados. Também a integração europeia tem domínios lineares e alineares, sucessivos projetos arquivados, esquecidos, substituídos, reinventados, desde a CED e CPE até ao tratado constitucional.

A União não é um espaço 'ótimo', mas de 'segundo melhor', com evidentes limites à igualdade e uniformidade política e jurídica. Se a integração económica europeia é uma realidade 'não ótima', pois os ganhos e perdas são assimétricos, como comprovam os últimos anos, também a integração política e jurídica e os seus instrumentos 'ótimos' encontram limites e produzem efeitos indesejados, nomeadamente opondo-se a exigências identitárias, políticas, jurídicas, económicas ou culturais nacionais. Os recursos disponíveis e válidos no plano jurídico para contrariar tais limites e efeitos são a harmonização mínima ou as cláusulas de salvaguarda e, em última instância, a preservação da diferença, seja através dos métodos de diferenciação sistematizada, seja em geral por uma hermenêutica mais 'diversity aware' ou 'diversity friendly' das normas ou de conceitos como 'interesse público' ou ordem pública[236]. Assim se protegem esses que são os espaços mais próximos do 'ótimo', os EM. A tentativa de construir uma União 'ótima' pode converter-se em mais uma 'metanarrativa' artificial destinada ao fracasso histórico.

-

206 Expressão de Deirdre Curtin a propósito do Tratado de Maastricht. Cf. «The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces», 30 *CMLR*, 1993, pp. 17-69.

207 Discurso na Universidade de Leyden, em 7/9/1994.

208 Le Figaro, 30/8/1994.

209 CDU/CSU, "Réflexions sur une politique européenne", *Europe documents*, nºs 1895-1896, 7/9/94.

210 Deste modo, "o Reino Unido tem direito a – não adotar o euro e, por conseguinte, a conservar a libra esterlina como moeda (Protocolo nº 15), – não participar no acervo de Schengen (Protocolo n.º 19), – exercer controlos de pessoas nas fronteiras e, por conseguinte, a não participar no espaço Schengen no que respeita às fronteiras internas e externas (Protocolo nº 20), – optar por participar ou não em medidas no espaço de liberdade, segurança e justiça (Protocolo nº 21), – deixar de aplicar a partir de 1 de dezembro de 2014 a grande maioria dos atos e disposições da União no domínio da cooperação policial e da cooperação judiciária em matéria penal adotados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, tendo optado por continuar a participar em 35 deles (artigo 10º, nºs 4 e 5, do Protocolo nº 36)". Não se esquece igualmente de recordar "que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não alargou a faculdade do Tribunal de Justiça da União Europeia, ou de qualquer tribunal do Reino Unido, de se pronunciar sobre a compatibilidade das leis e das práticas do Reino Unido com os direitos fundamentais que nela são reafirmados (Protocolo nº 30)".

211 Nomeadamente, através da linha de crédito "Ways and Means", prevista no nº 10 do Protocolo 15.

212 Sobre a comparação dos regimes específicos dos EM que não têm o euro, *vide* Graça Enes, *Unidade e Diferenciação no Direito da União Europeia. A diferenciação como princípio estruturante do sistema jurídico da União*, Tese de Doutoramento, policopiada, pp. 546-575.

213 A comparação dos § 2 e 3 do ponto 1. – "Os atos jurídicos, incluindo os acordos intergovernamentais entre Estados-Membros, diretamente ligados ao funcionamento da área do euro respeitam o mercado interno, bem como a coesão económica, social e territorial, e não devem constituir uma restrição nem uma discriminação ao comércio entre os Estados-Membros. Estes atos respeitam as competências, os direitos e as obrigações dos Estados-Membros cuja moeda não seja o euro" (§ 2); "Os Estados-Membros cuja moeda não seja o euro não dificultam a execução dos atos jurídicos diretamente ligados ao funcionamento da área do euro e abstêm-se de tomar medidas suscetíveis de pôr em perigo a realização dos objetivos da união económica e monetária" (§ 3) – com os artigos 326º e 327º do TFUE comprova a sua similitude.

214 Para uma análise sucinta desse risco, *vide* Graça Enes, ob. cit., pp. 462-499.

215 Declaração de 18 de dezembro de 2013 dos Representantes dos 28 Estados-Membros, reunidos no Conselho, doc. 18137/13.

216 Acórdão do TJ de 14/12/1971, Comissão/França, p. 7/71.

[217] É irrecusável que o Brexit é um enorme risco para o sistema financeiro europeu.

[218] A Decisão de Ioanina é um exemplo semelhante. A Decisão 2009/857/CE, de 13 de dezembro de 2007, relativa à aplicação do artigo 16.º, n.º 4, do Tratado da União Europeia e do artigo 238.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia entre 1 de novembro de 2014 e 31 de março de 2017, por um lado, e a partir de 1 de abril de 2017, por outro (JO L 314 de 1.12.2009, p. 73), inscreve-se nessa 'função constituinte' assumida pelo Conselho Europeu.

[219] No § 3 do Preâmbulo da Decisão, relativa a um novo quadro para o Reino Unido, declaram pretender "esclarecer na presente decisão certas questões particularmente importantes para os Estados-Membros, de modo a que tais clarificações devam ser tomadas em consideração como um instrumento de interpretação dos Tratados".

[220] Assim, segundo o ponto 7 da Secção A, "[a] substância da presente secção será incorporada nos Tratados aquando da sua próxima revisão, em conformidade com as disposições aplicáveis dos Tratados e com os respetivos requisitos constitucionais dos Estados-Membros". Também a "substância" do descomprometimento britânico com o aprofundamento da integração será, nos termos do ponto 1. da Secção C, "incorporada nos Tratados aquando da sua próxima revisão, em conformidade com as disposições aplicáveis dos Tratados e com os respetivos requisitos constitucionais dos Estados-Membros, de modo a tornar claro que as referências a uma união cada vez mais estreita se não aplicam ao Reino Unido".

[221] Pareceres do TJ 2/94, 1/09, 2/13.

[222]O risco de deitar a perder o esforço de vários anos foi salientado pela Deputada no PE Danuta Maria Hübner (PPE). Embora seja possível, nenhum Estado que não integra a eurozona avançou para a cooperação mais estreita prevista que permite garantir uma supervisão unitária europeia além dos EM que têm o euro. Cf. PE/Committee on economic and monetary affairs, *Monetary dialogue with Mario Draghi, President of the European Central Bank (pursuant to article 284(3) of the TFEU)*, Brussels, Monday, 15 February 2016.

[223] M. Croisat, «Le fédéralisme asymétrique: l'expérience canadienne», *RFDC*, 1999, nº 1, pp. 29-47, esp. p. 42.

[224] Cf. Committee on economic and monetary affairs. Monetary dialogue with Mario Draghi, President of the European Central Bank (pursuant to article 284(3) of the TFEU), Brussels, Monday, 15 February 2016.

[225] F. Snyder alertou para a legitimidade de tal preferência. Cf. «Comments», in M. den Boer *et al* (eds.), *Coping with flexibility and legitimacy after the Amsterdam Treaty*, Maastricht, EIPA, pp. 113-119, esp. p. 116.

[226] Cf. Ponto I.4. das Conclusões do Conselho Europeu de 18-19 de fevereiro de 2016.

[227] Graça Enes, ob. cit. pp. 927-928.

[228] Cf. J. Weiler, «Why Should Europe be a Democracy: The Corruption of Political Culture and the Principle of Toleration», in F. Snyder, *The Europeanisation of Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, pp. 213-218, p. 218.

[229] Graça Enes, ob. cit., p. 911.

[230] Graça Enes, ob. cit., p. 932.

[231] O 'espírito' do Compromisso do Luxemburgo, que tem sido reavivado recentemente através do papel reconhecido ao Conselho Europeu, é uma manifestação desta lógica.

[232] As propostas de J. Tully ou de N. Walker avançam modelos adequados. Cf. J. Tully, «The Kantian Idea of Europe: Critical and Cosmopolitan Perspectives», in A. Pagden (ed.), *The Idea of Europe: From Antiquity to European Union*, Washington D.C., Cambridge N.Y., Woodrow Wilson Center Press, CUP, 2002, pp. 231-257; N. Walker, «Sovereingty and Differentiated Integration in the European Union», *ELJ*, 1998, pp. 355-388.

[233] Cf. «Building the Union: the Nature of Sovereignty in the Political Architecture of Europe», *Law and Philosophy* 16, pp. 421-445, esp. p. 423.

[234] Aqui temos uma diferença fundamental em relação à Dinamarca, que, apesar de toda a diferenciação e também do descomprometimento em relação à política de defesa, não assumiu tal descomprometimento com o projeto político comum.

[235] Metáfora avançada por R. Bellamy e D. Castiglioni, ob. cit., pp. 444-445.

[236] Graça Enes, ob. cit., p. 935.

A CRISE DE REFUGIADOS E O BREXIT

Por uma Europa melhor e mais solidária.

Ana Paula Duarte Pinto Ferreira

Sumário: Introdução; I. A crise de refugiados e a ameaça de Schengen; 1. Migrantes com estatuto de refugiados; 2. O êxodo da Síria e a rota dos Balcãs; 3. A ameaça de Schengen; II. O Brexit; 1. A imigração e o populismo da extrema-direita; 2. Implicações do Brexit para o Reino Unido e a UE; Conclusão.

Introdução

Desde sempre o homem procurou melhores condições de vida e novos lugares para viver. Na nossa história mais recente, foi após a Segunda Guerra Mundial que milhões de europeus procuraram novos mundos para se refugiarem. Hoje, o drama repete-se com os que fogem da morte quase certa, abandonando as suas casas e outros bens, à espera de acolhimento naquele que lhes parecia ser o continente da paz e do primado do direito, mas aí chegados engrossam os números daquela que é agora a maior catástrofe humanitária desde então.

Diariamente, noticiários e jornais invadem-nos a casa com o drama da fuga de milhares de crianças, homens e mulheres, bem como das muitas perdas de vidas humanas provocadas, principalmente, pelos conflitos no Médio Oriente, temas que dominam a agenda política europeia e que

acompanho com preocupação. A gravidade e a deterioração dos direitos humanos dos sírios que chegam à Europa, fugidos da guerra ou da barbárie do chamado Estado Islâmico, e, em parte, a sua interligação com a (im)provável saída do Reino Unido da União Europeia, constituem desafios que podem implodir o projeto europeu. Esta incerteza sobre o futuro de todos nós e a sensibilidade para problemas sociais foram condição suficiente para me motivar e merecer o aprofundamento destas temáticas e, consequentemente, aproveitar esta conferência internacional para debater estes assuntos.

Na primeira parte, procuro compreender o trabalho desenvolvido pelas instituições europeias, que acolhem ou deveriam acolher, à luz do direito internacional, os milhares de refugiados que entram diariamente no espaço Schengen, bem como conhecer as implicações da distinção dos que têm esse estatuto, e que, por isso, não podem ser repatriados ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, dos demais. Refletir sobre os aspetos económicos associados ao acolhimento de refugiados, tanto os custos de hoje como o contributo para o crescimento económico no futuro, seja através da demografia, da inovação ou da procura interna, é outra perspetiva a aflorar e a desenvolver futuramente.

Nunca a UE foi parca em desafios, mas a possibilidade de saída do Reino Unido da União Europeia representa o desafio dos desafios, tanto mais que as consequências são um pouco imprevisíveis. A incerteza do que poderá suceder é ainda maior por ser a primeira vez que, eventualmente, um Estado-membro poderá sair da UE. Usar os imigrantes, tanto os económicos, que encontraram no Reino Unido a oportunidade de trabalhar face ao elevado desemprego nos seus países de origem, como os que fugiram da guerra, serve os interesses da direita radical e também de alguns políticos, que optam por um discurso internamente e outro no plano europeu, estratégias geralmente bem sucedidas para ganhar votos à custa da União Europeia.

Refletir sobre as tensões sociais criadas no Reino Unido e as implicações do resultado do referendo a ocorrer naquele Estado-membro, a

23 de junho deste ano, quer para o próprio RU, quer para a União Europeia, ligando a história à prospetiva, é outra vertente a analisar na segunda parte do *paper*.

A recolha de elementos tem por base as fontes que trabalham diretamente no terreno e acompanham os refugiados nos territórios por onde estes passam, como sejam organizações humanitárias de relevo, entre elas a ACNUR, as equipas da Comissão Europeia que monitorizam pontos de controlo, as delegações do Parlamento Europeu que visitam aquelas zonas e jornalistas em missão de serviço.

As conclusões incorporam sempre a subjetividade de quem continua a acreditar que a União Europeia tem a capacidade de se reinventar e é, de longe, o melhor lugar, mas não o único, para podermos prosseguir a nossa história de sucesso.

I – A crise de refugiados e a ameaça de Schengen

1. Migrantes com estatuto de refugiados

A história do continente europeu está recheada de vários fenómenos de imigração humanitária, quando milhões de europeus tiveram de fugir das perseguições religiosas ou políticas, da guerra, ou ainda da opressão das ditaduras. Como recordou o presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, num dos seus discursos: judeus, ciganos e muitos outros fugiram da Alemanha durante o nazismo nas décadas de 30 e 40 do século passado; republicanos derrotados na guerra civil de Espanha fugiram para os campos de refugiados no sul de França, no final da década de 1930; vinte milhões de pessoas de ascendência polaca vivem fora da Polónia em consequência da emigração política e económica do século passado, por vezes forçada; revolucionários húngaros fugiram para a Áustria após a repressão pelos tanques soviéticos em 1956; checos e eslovacos exilaram-se noutros países europeus, após a repressão da primavera de Praga, em 1968; centenas de milhares de pessoas foram obrigadas a fugir das suas casas após as guerras na antiga Jugoslávia.

De facto, o fenómeno das migrações é tão antigo como o Homem. As migrações internacionais podem ser definidas como as deslocações de indivíduos de um Estado para outro, com a mudança do lugar de residência e de estatuto jurídico. No século XIX, a liberdade de migrar de um Estado para outro era total mas, no século XX, as crises económicas, os regimes políticos autoritários e as democracias protecionistas vieram limitá-la seriamente ou, pelo menos, regulamentá-la. No início do século XXI, os progressos nas comunicações e o aumento das disparidades económicas, os conflitos e outros factores continuaram a dar expressão a movimentos migratórios.

Deixar o país de origem e procurar trabalho num outro para melhorar o seu estatuto socioeconómico é o motivo tradicional de imigração. Porém,

esta migração económica leva, muitas vezes, à entrada clandestina de pessoas, favorecendo os traficantes bem organizados e as entidades patronais sem escrúpulos. Para além desta imigração motivada por forças económicas e de mercado, o reagrupamento familiar e a imigração baseada em considerações humanitárias integram as três categorias de imigração para a UE.

No entanto, para as Nações Unidas os refugiados não deveriam ser considerados migrantes, pois estes são apenas pessoas que escaparam de conflitos armados ou perseguições e se viram obrigados a cruzar fronteiras internacionais à procura de segurança. Por isso, são protegidos pelo direito internacional e não podem ser expulsos ou devolvidos a situações que coloquem em perigo a sua vida ou liberdade. Esta distinção é importante por causa do enquadramento legal de cada pessoa e dos respetivos direitos.

Os sessenta milhões de refugiados existentes na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, levaram à criação de um regime de proteção global – a Convenção de Genebra de 1951 – relativa ao estatuto dos refugiados. Assim, nos Estados-membros signatários desta Convenção, é garantido o direito de asilo e o acesso ao trabalho constitui um direito individual directamente resultante do estatuto de refugiado, não podendo ser dependente de uma avaliação das necessidades económicas. O Estado de acolhimento terá então de garantir informação numa língua compreensível e o acesso a alojamento adequado, bem como o direito de não ser expulso ou repelido para as fronteiras dos territórios onde a sua vida e a sua liberdade sejam ameaçadas.

De acordo com o Estatuto dos Refugiados[237] são refugiados as pessoas que se encontram fora do seu país por motivos de raça, religião, grupo social ou opiniões políticas e que não possam ou não queiram voltar para a sua residência; são ainda refugiados as pessoas obrigadas a deixar o seu país devido a conflitos armados, violência generalizada ou violação dos direitos humanos.

Dada a divergência entre as legislações nacionais em matéria de imigração e de direito de asilo, o Tratado de Amesterdão, que entrou em

vigor em 1999, consagrou a competência comunitária em matéria de imigração e de asilo e promoveu a transferência gradual para as instituições comunitárias das decisões relativas às matérias directamente relacionadas com o reforço da segurança (política de vistos, condições de emissão de autorizações para a residência de imigrantes e procedimentos de asilo). O Conselho Europeu de Laeken, em dezembro de 2001, reiterou a necessidade de os Estados-membros adotarem uma política comum de asilo e imigração até 2004. Assim, a União desenvolveu políticas comuns nesta matéria, tendo em conta a necessidade de exercer um controlo coerente nas fronteiras externas para acabar com a imigração clandestina e combater aqueles que a organizam.

Neste milénio, a Comissão apresentou várias propostas legislativas, cuja aprovação teve em vista a criação progressiva do Sistema Europeu Comum de Asilo, apesar das divergências substanciais existentes ainda entre os Estados-membros. Assim, vigoram agora normas comuns quanto às condições de acolhimento dos requerentes de asilo, no respeito da sua dignidade, bem como ao tratamento dos seus pedidos de asilo, e dispomos de critérios comuns a que os nossos sistemas judiciais independentes recorrem para determinar se uma pessoa pode beneficiar de proteção internacional, podendo a Comissão Europeia atuar e aplicar procedimentos por infração aos Estados-membros, quando isso não acontece.

A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais reconhece o direito destas pessoas verem o seu estatuto reconhecido, desde que não tenham cometido nenhum crime de guerra ou contra a paz ou outro crime contrário aos princípios das Nações Unidas. Assim, as pessoas admitidas na União devem gozar, em termos gerais, dos mesmos direitos e obrigações que os nacionais da UE, podendo estes serem graduais e relacionados com o período de estadia previsto nas suas condições de entrada. Na realidade, uma União baseada no primado do Direito tem de aplicar a legislação europeia de igual forma em todos os Estados-membros, embora a existência destas normas comuns em matéria de asilo não esteja a ser suficiente para resolver a atual crise de refugiados.

Em 2016, ainda continua a haver necessidade de rever a legislação em matéria de asilo para agilizar o processo desses requerentes. Contudo, o Conselho Europeu aprovou recentemente, por unanimidade, a lista comum da UE de países de origem considerados seguros, para distinguir melhor as pessoas que abandonam os seus países por motivos diversos daqueles que garantem às pessoas a aplicação do direito de asilo e que, por isso, carecem de proteção internacional.

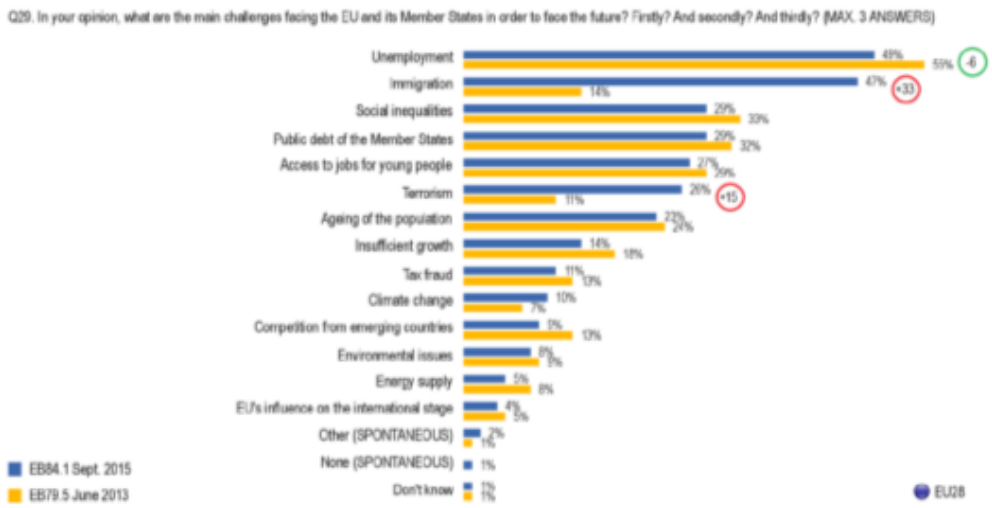
A referida lista passou a permitir aos Estados-membros uma decisão rápida sobre os pedidos de asilo apresentados por nacionais de países considerados seguros, para neles viver, como é o caso de países que respeitam os critérios básicos de Copenhaga para efeitos de adesão à UE, nomeadamente em matéria de democracia, Estado de direito e direitos fundamentais, bem como a outros eventuais países candidatos nos Balcãs Ocidentais, tendo em conta os progressos por eles realizados em prol do estatuto de país candidato.

Não podendo ser retirado o direito fundamental de asilo aos requerentes provenientes da Albânia, da Bósnia e Herzegovina, da antiga República jugoslava da Macedónia, do Kosovo, do Montenegro, da Sérvia e da Turquia, o Conselho Europeu permite que as autoridades nacionais se concentrem nos refugiados que têm mais probabilidades de beneficiar do direito de asilo, entre eles, os requerentes sírios.

Na verdade, segundo o presidente da Comissão Europeia, os migrantes que chegam presentemente à Europa fogem sobretudo da guerra na Síria, do terror do Estado Islâmico na Líbia ou da ditadura na Eritreia, afetando mais a Grécia, a Hungria e a Itália[238]. Decerto, este aumento maciço da imigração fez com que os cidadãos europeus se fossem apercebendo de algumas consequências menos favoráveis da imigração, tendo alguns criado uma certa hostilidade. Aliás, nem todos os cidadãos acolhem com agrado a proposta de Juncker para os Estados-membros reexaminarem as suas políticas de apoio, de integração e de reinserção, de modo a autorizarem os requerentes de asilo a trabalharem e a ganharem o seu sustento durante o período de tramitação dos seus pedidos de asilo, na medida em que muitos

nacionais também não têm emprego nem perspetiva de vida nos seus países, dado os 23 milhões de desempregados da UE.

De facto, o *Eurobarometer* para o PE, em setembro de 2015, revelou que o desemprego era principal desafio dos europeus, apesar do aumento brutal das preocupações com a migração nos últimos dois anos.



Não sendo possível inverter rapidamente as elevadas taxas de desemprego que persistem em alguns países europeus, em particular a do desemprego jovem e o de longa duração, nem podermos exportar a crise financeira e social que ainda perdura, é compreensível, em parte, que continuem a existir alguns entraves ao acolhimento de asilados. Porém, é preciso promover a cidadania explicando e envolvendo os cidadãos nacionais na integração dos refugiados, tanto mais que a maioria deles detém competências, talentos e *know-how*, para além de elevados níveis de resiliência, que deveria levar os cidadãos dos diferentes Estados-membros a tomarem consciência de que a Europa também ganharia em os receber.

Os benefícios económicos da imigração são mais positivos no respeitante a migrantes altamente qualificados, como é o caso atual, do que com imigrantes de baixas qualificações que podem, nalguns casos, concorrer com trabalhadores nacionais à procura de emprego. Há casos em

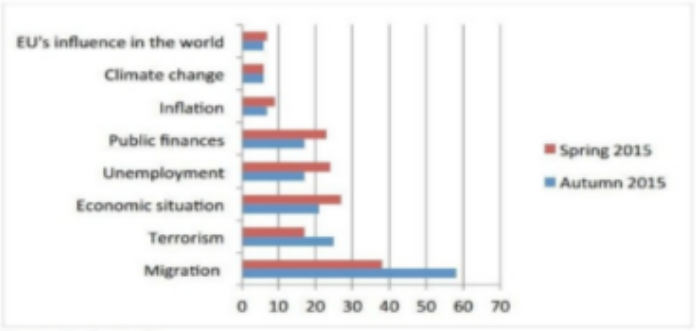
que se verificam, frequentemente, ganhos globais de produtividade nos sectores que empregam migrantes. A disponibilidade de medidas de integração efectivas, que garantam aos imigrantes condições decentes de vida e de trabalho, reforça a sua contribuição socioeconómica a favor da sociedade de acolhimento. O Parlamento Europeu já apelou à atribuição rápida de licenças de trabalho a pessoas que beneficiem do estatuto de refugiado.

A condição demográfica dos europeus em geral, e dos portugueses e alemães em particular, obriga-nos a pensar também nos efeitos positivos deste fator, tanto mais que dois em cada cinco pedidos de asilo são de menores de 18 anos, o que viria atenuar as vicissitudes da nossa sociedade envelhecida. Aliás, a evolução demográfica da União Europeia, caracterizada pelo envelhecimento da população devido ao aumento da esperança média de vida e ao baixo índice de natalidade, determina a necessidade crescente não só de trabalhadores estrangeiros altamente qualificados, mas também de trabalhadores pouco qualificados no mercado de trabalho legal. Alguns países, como a França, a Alemanha e o Reino Unido, tiveram uma maior abertura, retendo no seu país tanto os indivíduos altamente qualificados como outros profissionais e estudantes, integrando-os ou requalificando-os.

A Espanha é outro bom exemplo de integração de imigrantes, apenas superada em número pelos EUA. De facto, só neste século, a Espanha conseguiu integrar o saldo líquido de quatro milhões de imigrantes, o equivalente a 12% da sua população total, e o saldo só não foi maior devido à inversão provocada pela crise.

Em 2015, de acordo com o gráfico abaixo, a migração era a área em que os cidadãos consideravam que a UE tinha um papel importante a desempenhar.

Graph 1
What do you think are the most important issues facing the EU at the moment?
in % (selected issues)



Source: Eurobarometer

Para o Parlamento Europeu, a integração dos refugiados consiste num processo bidirecional que pressupõe o empenho mútuo dos refugiados, por um lado, e da Europa e dos seus cidadãos, por outro; já a integração no mercado de trabalho exige ainda esforços das administrações locais, das comunidades de acolhimento, bem como a participação e o apoio dos parceiros sociais (representantes dos empregadores e dos trabalhadores), da sociedade civil e das organizações de voluntários. Porém, a qualidade de vida destes refugiados dependerá essencialmente da sua integração no mercado laboral. Daí o Parlamento ter instado os Estados-membros a constituírem uma base de dados digital com os perfis profissionais dos refugiados para facilitar a sua recolocação.

Perante o impasse atual, o Parlamento entende que é urgente garantir a dignidade humana das pessoas em trânsito, através de um sistema eficaz e flexível de reconhecimento do estatuto de refugiado e de afetação dos refugiados aos países de destino, de modo a acelerar o processo de inclusão social e de integração profissional. O Parlamento exorta ainda que os migrantes altamente qualificados podem constituir uma mais-valia para a integração e a assimilação de outros nacionais de países terceiros nas sociedades europeias. No entanto, no Conselho Europeu, ora não há consenso, ora os governantes não implementam as decisões acordadas.

E assim vai a UE, sempre reativa e muito lenta como manda o seu ADN, sem estratégia nem visão, nem a dar ouvidos aos que diziam que os

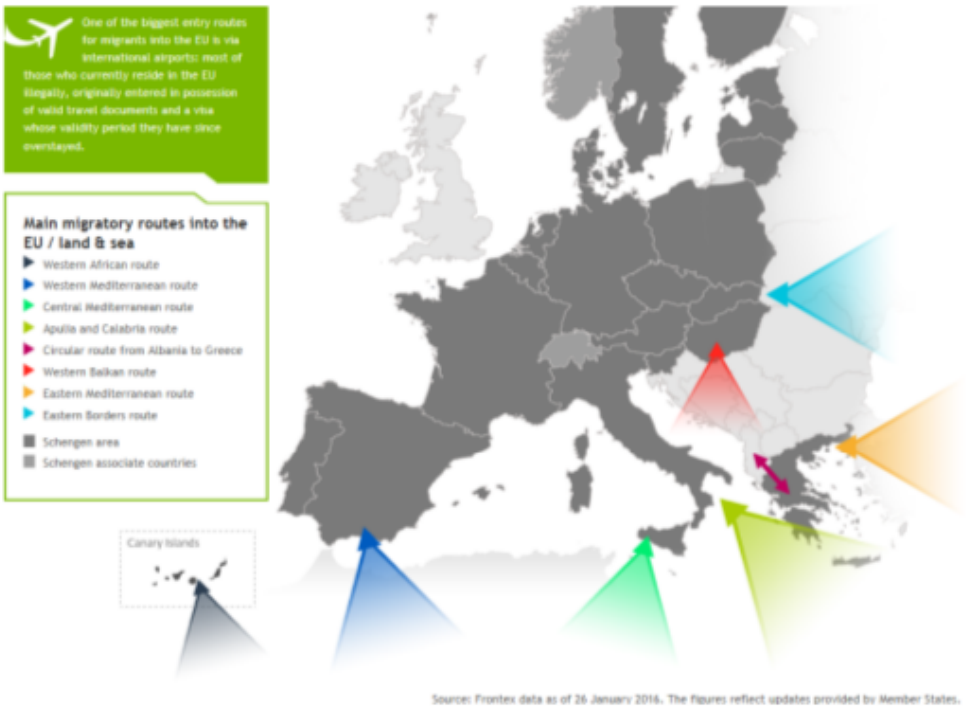
imigrantes iam continuar a chegar, cada vez em maior número. Para o Papa Francisco, a ausência de combate à cultura da indiferença transformou-se na globalização da indiferença.

2. O êxodo da Síria e a rota dos Balcãs

Ao longo dos últimos cinco anos, ninguém quis ver a guerra civil e a destruição que aconteciam na Síria, nem dar ouvidos aos testemunhos de quem visitou o terreno. Foi preciso que os refugiados chegassem em massa à costa europeia para acordarmos para a dura realidade de quem foge da morte e da guerra, a qual obrigou 6,5 milhões a saírem das suas casas para outra parte do país; 4,8 milhões a refugiarem-se nos países vizinhos e apenas 0,9 milhões na Europa. Uma tragédia humana com mais de 270.000 mortos, agravada com os bombardeamentos russos sobre Alepo, a maior cidade síria.

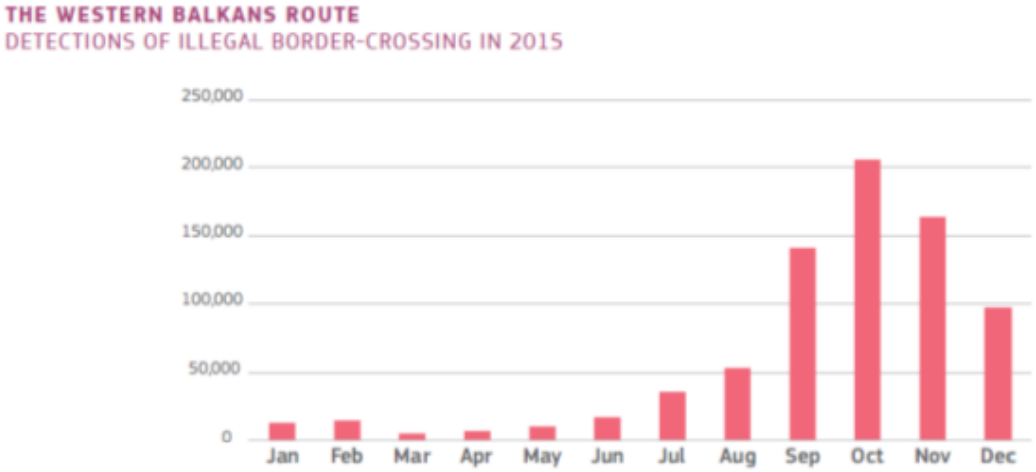
Segundo o eurodeputado Carlos Coelho, membro da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, em 2014, a cada dois segundos uma pessoa teve de abandonar a sua casa em busca de proteção. Na realidade, só à Europa chegaram 280.000 refugiados nesse ano, número superado em 2015 para 1.000.000, num total de 1,83 milhões de travessias ilegais das fronteiras da UE (com algumas pessoas a passarem mais de uma vez). A UE confiou demasiado nas regras da Convenção de Dublin e deixou à mercê dos Estados-membros, detentores de fronteiras externas, o seu controlo. Segundo a Frontex, agência criada em 2004 para controlar as fronteiras externas da UE, a rota dos Balcãs foi a mais transitada entre as várias exibidas no mapa.

Mapa das rotas migratórias



A Turquia continua a ser um país de passagem e a deter a maior população de refugiados do mundo, cerca de três milhões, estimando-se que em cada dois refugiados sírios um seja criança. Depois do encerramento das fronteiras na Hungria, a Croácia tornou-se no principal país por onde passam os refugiados para a Alemanha, que é o destino privilegiado dos migrantes que fogem das zonas de conflito do Médio Oriente e percorrem a rota dos Balcãs, transitando pela Turquia e pela Grécia, razão pela qual a Europa e, sobretudo, a Alemanha precisam da ajuda turca.

Face à inevitabilidade de cooperação, a UE acordou financiar um mecanismo europeu de apoios aos refugiados, concedendo 3,5 milhões para a Turquia responder às necessidades dos refugiados e das comunidades de acolhimento[239]. Esta decisão revelou-se insuficiente para estancar os refugiados que continuam a arriscar a morte para fugir, muitas vezes, à própria morte. De facto, só no ano passado entraram 800.000 pessoas na Grécia pela rota dos Balcãs, para prosseguirem para a Europa Central.

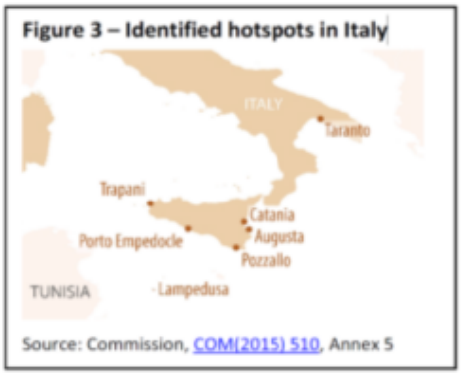


O presidente da Comissão, em maio, reuniu e propôs aos líderes dos países em trânsito a criação de postos de acolhimento, dada a urgência em garantir a dignidade humana dos refugiados, tendo sido aprovado um plano de ação com 17 *hotspots*. Este conceito de centro de crise proposto pela Comissão consiste na criação de zonas de acolhimento conhecidas como *hotspots*, que têm como objetivo identificar as pessoas e proceder ao registo do pedido de proteção internacional e da assistência específica de que necessitam, bem como à preparação das operações de retorno daqueles que não têm o direito de permanecer.

Contudo, o registo de umas escassas centenas de pessoas desde setembro, altura em que os primeiros *hotspots* foram postos a funcionar na Grécia e em Itália, põe a nu a insuficiência de meios e as dificuldades no terreno por parte destes postos que não têm funcionado bem, aumentando os milhares de pessoas que circulam no espaço Schengen sem terem sido identificadas. Só nos primeiros dois meses de 2016, mais de 122.000 chegaram às ilhas gregas do Egeu, que acolhem não só porque é impossível controlar todo aquele afluxo como também pelos valores humanistas e históricos daquele povo, o que até pode ser justo mas junta mais crise à crise, comprometendo a nossa segurança interna e a evidente falta de coordenação europeia.

Não obstante as escassas centenas de identificados, mesmo os registados preferem muitas vezes deslocarem-se para outros países ou manterem-se no anonimato, de forma ilegal, como aconteceu na Alemanha em que deixaram de ter contacto com milhares de registados, talvez por receio de serem repatriados. Recentemente, entraram 10.000 crianças, muitas delas não acompanhadas, que entretanto desapareceram, provavelmente, por intermédio de redes de traficantes, quando a sua permanência na Europa poderia ter sido vantajosa, não só para as próprias como também uma mais-valia para esta Europa tão envelhecida.

A recolocação atempada poderia evitar estas situações burocráticas, criadas devido a egoísmos nacionais e à ilusão de que medidas avulsas dos governos poderiam individualmente resolver os problemas de cada Estado. Para António Vitorino, o ex-comissário que teve a pasta da migração, não é nas ilhas gregas que se pode resolver o problema, porque ele está na origem, nas praias da Turquia, no controlo dos embarques e no acolhimento dessas pessoas na Turquia. Contudo, as dificuldades acumulam-se desde a criação do primeiro centro operacional de registo e identificação de Lesbos aos onze *hotspots* (6 em Itália e 5 na Grécia) existentes em fevereiro, faltando ainda instalar seis.





Dadas as limitações do sistema de Dublin, no atual contexto de crise, que previa que os pedidos de asilo fossem tratados no país de entrada na UE, a Comissão propôs a criação de um mecanismo de recolocação

permanente, de modo a acelerar os pedidos e a repartir de forma mais justa a responsabilidade entre os Estados-membros, tal como defendido pela Agência das Nações Unidas para os Refugiados. Este mecanismo de emergência previa, numa primeira etapa, a recolocação de 40.000 pessoas a partir da Itália e da Grécia e, mais tarde, um segundo mecanismo de emergência com vista a assegurar a recolocação de mais 120.000 pessoas a partir da Itália, da Grécia e da Hungria. De nada valeu o apelo aos Estados-membros para adotarem as medidas aprovadas e procederem à recolocação de emergência destes 160.000 refugiados, continuando estes a mostrar as divergências entre si e as debilidades da Europa.

É certo que a Europa não pode acolher toda a gente, mas os refugiados representam menos de 0,2% da população total da UE. No Líbano, um país em que as pessoas dispõem apenas de um quinto da riqueza existente na União Europeia, os refugiados representam 25% da população; na Jordânia correspondem a metade da população. A crise tem evidenciado o ponto fraco da Europa, isto é, a falta de solidariedade entre os Estados-membros e também face aos refugiados, preferindo medidas avulso, como construir muros ou vedações, não percebendo que, enquanto a guerra na Síria e o terrorismo na Líbia durarem, o número de refugiados não abrandará.

Embora a UE seja o principal doador mundial a desenvolver esforços para atenuar a crise dos refugiados sírios, a solidariedade tem de se manifestar também a outros níveis. Para César das Neves, a solidariedade é muito mais do que uns atos esporádicos de generosidade, supõe a criação de uma nova mentalidade que pense em termos de comunidade, da prioridade de vida de todos sobre a apropriação de bens por parte de alguns[240]. A solidariedade também não deverá ser apenas em relação aos refugiados mas também com os Estados-membros que servem de ponto de entrada inicial à maioria destes, como a Itália, a Grécia e a Hungria, colaborando também na gestão das fronteiras externas da União. De facto, estes países não podem enfrentar, sozinhos, tão grande desafio, como afirmou Alexis Tsipras, que considerou esta crise europeia como a mais grave, ao pôr à prova os valores da UE e a sua unidade. Na verdade, à crise económica, financeira e social

na Grécia, juntou-se a crise humanitária, com 50.000 pessoas encurraladas e a aguardarem ao relento a abertura de fronteiras na Macedónia, número que continua a aumentar.

A Macedónia passou assim a ser a primeira barreira na rota dos Balcãs, depois de alguns Estados limitarem progressivamente a passagem dos milhares de refugiados que querem chegar à Europa Central e do Norte. Na primeira quinzena de março, a Macedónia limitou a passagem a escassas centenas entre os muitos milhares de pessoas que se amontoaram em território grego, tendo até usado gás lacrimogéneo quando teve necessidade de os dispersar, acabando por fechar por completo. Enquanto a crise se agudizou com o estrangulamento da fronteira entre a Grécia e a Macedónia, a Comissão contabilizou o apoio de cerca de 4 mil milhões de euros para a ajuda humanitária e ao desenvolvimento, bem como em matéria de assistência económica e estabilização dos sírios no seu país, e ainda aos refugiados e comunidades de acolhimento em países vizinhos, como o Líbano (um país de 4,4 milhões de habitantes que acolhe um milhão), a Jordânia, o Iraque, a Turquia (que acolhe 2,7 milhões de refugiados) e o Egito.

As instituições europeias fizeram então um ultimato à Grécia para controlar de forma mais eficaz a fronteira externa, o que se torna praticamente impossível atendendo à insuficiência de meios. O primeiro-ministro grego afirmou que a violação das regras pelo seu país não é por desrespeito mas antes por impotência, dada a extensão de 10.000 km de costa. O foco parece agora virar-se para o apoio a refugiados a partir dos seus territórios, para minimizar a crise humanitária e não deixar estas pessoas nas mãos de redes de traficantes.

Com base no conhecimento das equipas da Comissão Europeia que durante meses trabalharam no terreno e apoiaram a ACNUR, foi possível a Comissão elaborar documentos com recomendações a diversos países. Não obstante, novos dramas somaram-se aos já conhecidos, vindo agora à tona um número cada vez maior de violação dos direitos humanos – antes, durante e depois da fuga – como violação de mulheres, casamentos

forçados de adolescentes, desaparecimento de crianças que viajam sozinhas (dez mil já desapareceram em solo europeu; cinco mil em Itália, mil na Suécia, que é o país que recebeu o maior número de refugiados *per capita* em toda a UE – 163 mil pedidos de asilo só em 2015 – sendo obrigada a adotar restrições à política de asilo. No campo de Calais[241], no triângulo das cosmopolitas cidades de Paris, Bruxelas e Londres, também são conhecidas violações de menores. Embora as mulheres raramente denunciem casos de violação sexual, sabe-se que acontecem casos destes, até pelas mulheres que aparecem grávidas e envergonhadas da sua condição, por vezes de prostituição.

Segundo o ACNUR, do milhão de refugiados que entraram na UE em 2015, 55% são mulheres e crianças. Os Médicos Sem Fronteiras indicam que 10% das mulheres estão grávidas, cuja cultura não as permite serem observadas por homens. Segundo a UNICEF, um terço dos refugiados são crianças, estando muitas doentes devido às condições atmosféricas e também por não haver alimentos nem tendas para todas, dormindo ao relento. Para ser mais precisa, até março, 36% dos que passaram a fronteira entre a Turquia e a Grécia eram menores e sabe-se que um em cada três sírios não consegue satisfazer as necessidades básicas de alimentação. Por isso, a Comissão lançou dois novos projetos, um a favor da escolaridade e outro para a segurança alimentar de 240.000 refugiados sírios na Turquia, onde a crise também se agudizou.

O Parlamento Europeu defendeu uma resposta mais coordenada e melhor implementada, com mais recursos e melhor distribuição dos requerentes de asilo, para que não continuem a dar às costas gregas cerca de três mil migrantes por dia, principalmente sírios mas também afegãos e iraquianos e ainda alguns paquistaneses e iranianos. É necessário criar rotas seguras para que pessoas fugidas da guerra e indefesas não tenham ainda de ser exploradas por redes que cobram 3000 a 4000 euros para atravessar 50 km, distância da costa turca a Lesbos – a ilha da solidariedade – por uma passagem que em situações normais custaria cinco euros.

De acordo com a eurodeputada Ana Gomes, uns fogem da guerra e outros do radicalismo islâmico, como o exemplo da jovem que foi entrevistada e pediu ajuda para libertar os irmãos, entre 15 e 19 anos, que ficaram no Daesh e careciam de educação; não se devia mandar dinheiro para Istambul para fazer *outsourcing* e esperar que o problema se resolva; durante seis meses houve inação e só se utilizou o fundo para comprar as máquinas dos *hotspots* no final do ano; não basta tratar do acolhimento mas também da educação, que é o que move muita gente, havendo também necessidade de formação do pessoal de atendimento para lidar com situações extremas de violação dos direitos humanos e de criar vias abertas, de que são um bom exemplo as pontes aéreas.

De facto, para contrariar a agilidade das redes de tráfico, alguns enaltecem a iniciativa de Itália que, durante dois anos, abre as portas a um milhar de refugiados, recebendo de Beirute, no Líbano, os primeiros 93 cidadãos sírios, 41 deles menores. Itália iniciou assim, a 29 de fevereiro, o primeiro corredor humanitário, que deve ser seguido por outros para evitar que redes de traficantes não atuem sem escrúpulos e se aproveitem de pessoas desesperadas que fogem a qualquer preço e de qualquer maneira. A comunidade internacional parece, finalmente, querer colaborar, face à denúncia das Nações Unidas que o problema não é só europeu. Na verdade, o Brasil e o Canadá (que escolhe os refugiados em função das suas profissões) deram já sinais de abertura.

Também o ex-presidente Jorge Sampaio se encarregou de ir buscar estudantes sírios, com a vantagem de serem jovens qualificados, tal como António Costa aceitou a vinda de refugiados universitários que se encontram na Alemanha, sendo aquele país a pagar as propinas. Realmente, há que ser proativo e aproveitar os fundos existentes em prol dos refugiados. E porque não, do nosso país também? Algo simbólico, foi Portugal receber um grupo de 120 refugiados, sírios e iraquianos, tendo os primeiros chegado da Grécia, por avião, no dia em que os líderes europeus se reuniram com o primeiro ministro turco para discutir o tema da migração, numa tentativa de controlar melhor a fronteira externa da União.

Antes deste dia 7 de março, Donald Tusk, o polaco que é presidente do Conselho Europeu, já tinha avisado que nenhum Estado-membro aceitará mais pessoas que se fazem ao mar para procurar trabalho na Europa, tendo proferido: “Do not come to Europe. Do not risk your lives and your money. It is all for nothing. Greece, or any other European country, will no longer be a transit country”.

Aliás, a própria presidência holandesa, que iniciou funções a 1 de janeiro, anunciou um plano para reenvio de todos aqueles que chegam à Grécia por barco. Também o chanceler austríaco considera chegada a hora de fechar a rota dos Balcãs, ajudando a Grécia a criar centros de acolhimento para os cerca de 50 mil refugiados e de reenviar para a Turquia todos os que não preencham as condições para pedir asilo. Alegam que só um mecanismo legal de entrada na UE, baseado num limite máximo, evitaria a entrada "caótica e descoordenada" de migrantes, pelo que apelou aos 28 Estados-membros a fixação de um *plafond* proporcional à sua população, de modo a que a UE recebesse cerca de dois milhões de refugiados.

A declaração saída da cimeira UE-Turquia admite que a União receba um sírio em situação regular na Turquia em troca de cada migrante readmitido pela Turquia e retido na Grécia em situação irregular, não enquadrável na obrigatoriedade de proteção internacional. Assim, a Turquia colaboraria no combate às redes de tráfico de pessoas, a troco de mais 300 mil milhões de euros exigidos. Por sua vez, a UE isentaria os cidadãos turcos de vistos de entrada e reabriria o processo de adesão. Os eurodeputados acusaram os líderes europeus de terem cedido às exigências e chantagem do presidente turco, Ahmet Davutoğlu. Embora se compreenda a preocupação em travar o êxodo para a Europa e, sobretudo, em combater o modelo de negócio dos traficantes que exploram os mais vulneráveis, torna-se evidente a urgência em criar canais juridicamente legais. De facto, não é o bloqueio nem o fecho da rota dos Balcãs que acabará com a vinda de mais refugiados, sendo que estes procurarão outras rotas, como a do

Adriático por exemplo, passando da Albânia para Itália, embora aquele país também não o deseje.

De registar que, neste mês de março, o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados, Filippo Grandi, apresentou, aos Estados-membros que acolhem, um plano com seis recomendações: 1. a completa implementação dos *hotspots* e o retorno dos não refugiados; 2. ajudar a Grécia a braços com uma crise humanitária; 3. aplicação da legislação sobre o asilo por todos os EM; 4. avaliar os programas de ajuda aos refugiados, inclusive os de privados, com o reagrupamento, os estudantes, a mobilidade laboral, os traficantes, etc.; 5. cuidar dos riscos individuais, como os das crianças não acompanhadas, e tomar medidas para prevenir a violência sexual, xenofobia, racismo, etc.; 6. alargar a responsabilidade dos sistemas de pedidos de asilo, distribuindo equitativamente pelos Estados-membros.

O êxodo da Síria não provocou um registo diferencial de requerentes de asilo em Portugal, continuando estes a ser maioritariamente de ucranianos e apenas 39% de mulheres. Portugal aceitou uma família com oito elementos porque não coloca restrições ao número de filhos, mas os casos para apreciação têm sido muito reduzidos, apesar das autarquias, ONGs e outras organizações se terem disponibilizado para apoiar. O reagrupamento familiar devia prevalecer em todos os Estados-membros, dada a inclusão dos migrantes ser feita por membros da família a residir legalmente no país.

Os atentados cometidos por europeus mostram que não se deve associar os refugiados aos terroristas, como solicitado anteriormente pelos eurodeputados. De acordo com a Europol, não há evidências de que militantes do ISIS se tenham infiltrado entre os refugiados, embora 87% dos que chegaram por mar, em 2015, sejam provenientes da Síria, Afeganistão e Iraque, de acordo com o Observatório dos Direitos Humanos[242]. É crucial o cessar-fogo na Síria, mas, enquanto durar o conflito, a prioridade deverá ser o foco humanitário que nos obriga a acolher os refugiados, conforme Convenção de Genebra.

3. A ameaça de Schengen

A liberdade de circulação no espaço Schengen entrou em vigor em 1995, depois dos acordos celebrados entre os cinco países fundadores (França, Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos), o primeiro a 14 de junho de 1985. O espaço Schengen foi depois se alargando a outros países e, atualmente, todos os Estados-membros da UE, à exceção do Reino Unido e da Irlanda, pertencem a este espaço. Fazem ainda parte de Schengen países que não são membros da UE, como a Islândia, a Noruega e a Suíça, tendo todos suprimido o controlo nas fronteiras internas, embora na Bulgária, Roménia, Chipre e Liecheinstein estejam ainda numa fase de implementação.

Entre 1995 e 2015, houve apenas 36 notificações de restabelecimento temporário das fronteiras, mas a crise dos refugiados tem colocado uma pressão sobre Schengen e evidenciado uma falta de preparação da UE para enfrentar tal crise. Para o *think tank* Jacques Delors Institute, as regras de Dublin, ao responsabilizarem os Estados-membros pela análise dos pedidos de asilo, estão obsoletas, sendo necessário um salto federal para o funcionamento de Schengen. Em março, os eurodeputados propuseram a reforma através da criação de um sistema centralizado de receção e atribuição dos pedidos de asilo, a nível da UE, onde seria analisado pedido a pedido, deixando de ser responsabilidade dos Estados-membros a transferência dos requerentes.

A Frontex, agência responsável pela proteção das fronteiras externas, coordena a participação dos Estados-membros e países associados a Schengen nas operações conjuntas realizadas em Itália, na Grécia e na Hungria. Apesar de ter triplicado a sua presença no mar, salvando mais de 122.000 vidas humanas, e de ter redobrado esforços para combater os passadores e desmantelar os grupos de traficantes de seres humanos, só em 2015, a Frontex detetou 1,83 milhões de travessias ilegais nas fronteiras da UE, seis vezes mais do que em 2014. Portugal apoia esta agência através da

polícia marítima, resgatando pessoas e combatendo os passadores, tendo contribuído para estabilizar o número de pessoas – 115.000 – que em agosto recorreu à rota no Mediterrâneo central, valor idêntico ao do ano anterior. No entanto, a rota dos Balcãs foi negligenciada, pelo que os *hotspots* passarão a ser monitorizados semanalmente ao longo desta rota[243]. A Comissão propôs, em maio de 2015, o reforço da Frontex, com a criação de uma Guarda Costeira e de Fronteiras Europeia até ao final de 2015, de modo a garantir fronteiras externas mais seguras.

A pressão na fronteira externa comum levou alguns países a decidirem, unilateralmente, repor as fronteiras internas para não por em causa a sua segurança. Desde meados de setembro de 2015, a Hungria fechou as fronteiras, medida contrária à construção de uma Europa solidária, como lembrou Angela Merkel. A Suécia, que por tradição concede asilo de forma mais generosa, passou a controlar também a fronteira com a Dinamarca que, por sua vez, encerrou com a Alemanha, que também passou a controlar os acessos com a Áustria e esta com a Eslovénia, Itália e Hungria. A Noruega fez o mesmo na sua fronteira a sul e a França já tinha passado a controlar todas as fronteiras aéreas e terrestres após os atentados de novembro de 2015.

Depois de sete países terem pedido a suspensão temporária de Schengen, isto é, o restabelecimento do controlo das suas fronteiras, também a Bélgica, o país das liberdades, passou a controlar e a ter centenas de polícias em pontos estratégicos da sua fronteira, com a finalidade de reter os migrantes fugidos do Campo de Calais, que fica apenas a 60 km e alberga perto de 5.000 imigrantes. No entanto, o comissário europeu para a migração avisou o governo belga que não foram cumpridas as formalidades nem o prazo de pré-aviso legais. Os pedidos foram feitos com base em ações unilaterais, conforme artigos 23º e 25º do Código das Fronteiras Schengen, devendo por isso serem temporários e a título excecional, com o regresso à normalidade quanto antes.

Na verdade, os controlos temporários nas fronteiras, para além de dificultarem a circulação das pessoas, têm também custos económicos

significativos (entre 5 e 18 biliões de euros/ano). Além disso, prejudicariam muitos trabalhadores europeus devido às consequências no mercado único das mercadorias, dos serviços e dos capitais, afetando toda a economia europeia, embora com maior concentração em alguns países como a Alemanha, a Espanha, a Holanda, a Polónia e a República Checa.

Para o eurodeputado Carlos Coelho, medidas deste tipo evidenciam os egoísmos nacionais em vez de solidariedade e são pólvora para a implosão de Schengen, uma das conquistas europeias com benefícios inquestionáveis para os cidadãos europeus e para as empresas da União. O efeito dominó na reintrodução dos controlos nas fronteiras internas e o retrocesso na liberdade dos cidadãos tem um preço, a que Juncker respondeu sugerindo um procedimento de salvaguarda de Schengen.

De facto, exigia-se a defesa deste sistema de Schengen até porque, no final de 2015, o governo holandês teve a ousadia de propor um mini-Schengen só para cinco países: os três do Benelux e ainda a Alemanha e a Áustria. Apesar das fortes críticas à política migratória de ‘portas abertas’ de Angela Merkel, esta ainda sugeriu a inclusão da França neste mini-Schengen que não teve, nem deveria ter, pernas para andar.

Com o propósito de restabelecer o normal funcionamento de Schengen, a Comissão defendeu uma abordagem coordenada e apresentou o roteiro pormenorizado das medidas a implementar para repor a ordem na gestão das fronteiras da UE. Assim, os objetivos eram: suprimir o mais rapidamente possível todos os controlos nas fronteiras internas, o mais tardar até dezembro de 2016; reforçar o controlo das fronteiras externas; melhorar o funcionamento do sistema de asilo; cooperar com a Turquia para implementar o plano de ação conjunto; reduzir substancialmente o fluxo de chegadas[244], e passar também a atribuir vistos humanitários. Os países de leste, com passados semelhantes, são os que mais impedem a aplicação das medidas aprovadas, procurando desculpas para essa não aplicação, como avisou a Polónia, após os atentados desta semana em Bruxelas, que não receberia refugiados, apesar de ter aprovado o contrário na semana anterior.

Os muitos milhares de sírios que aguardam na Turquia a entrada no espaço Schengen continuarão, decerto, a tentar chegar de qualquer forma.

Uma entrevistada pela delegação de eurodeputados afirmou que os sírios não querem ficar na Turquia porque os turcos não gostam deles, preferindo vir para a Europa[245]. Porém, os que entrarem na Grécia a partir de 20 de março serão devolvidos à Turquia, em troca de um sírio legal que virá dali. A imigração tem alimentado a xenofobia, com auge na Alemanha, onde os crimes praticados pela extrema-direita, em 2015, cresceram cerca de 30% em relação a 2014, a maioria deles violentos[246]. Embora o passado Nazi da Alemanha não alimente tanto este populismo, a verdade é que o aumento de refugiados tem gerado novas críticas à política de Merkel, entretanto penalizada nas eleições, aumentando assim os receios dos governantes relativamente à tolerância e à moderação dos alemães. Na Holanda, na Suécia e noutros Estados-membros, o populismo xenófobo também tem vindo a aumentar.

A comunidade internacional continua sem resolver os problemas na Síria e na Líbia, e a Europa, pela sua proximidade e nível de bem-estar, atrai muita desta gente indefesa à procura de uma vida melhor, o que exige cooperação e mais solidariedade de todos os Estados-membros se não queremos ser todos perdedores.

II – O Brexit

1. A imigração e o populismo da extrema-direita

Num mundo multipolar e interdependente, nenhum Estado-nação, por mais forte que seja, terá qualquer supremacia nesta era da globalização. Embora o Reino Unido tenha posição proeminente no processo das decisões globais, dado que tem assento permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas (um dos dois da UE), no G7 e no G20 (um dos quatro da UE), Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, entre outros, a possibilidade de saída da União Europeia poderia implicar mudanças a nível económico, social, político, jurídico e até geopolítico. Durante a crise económica, iniciada em 2007, o RU mostrou alguma resiliência mas, desde então, tem alimentado um discurso populista relativamente à imigração, agravado com a crise dos refugiados que tem incrementado o sentimento de saída da União, isto é, o *Brexit*.

Depois de uma década em que o Reino Unido viu vetada a sua entrada na então CEE, tornou-se membro das Comunidades Europeias em 1973, não obstante a sua indefinição continental ou atlantista. A 6 de junho de 1975, já os britânicos votavam sobre a permanência na CEE, em referendo, ganhando o sim com 67%. Embora alguns considerem elevada a contribuição anual do RU para o orçamento europeu – cerca de 20 biliões de libras – não é tanto assim, atendendo a que é a segunda maior economia da UE_{28} e apenas o oitavo contribuinte líquido. De facto, ao valor pago teremos de subtrair o cheque anual de rebate que foi negociado por Thatcher em 1984 (4,9 b de libras em 2015) e ainda o dinheiro enviado para projetos, o que corresponde à contribuição de cerca de 17 milhões diários em vez dos 55 milhões, caso não houvesse nenhum retorno.

De Gordon Brown, que prometeu “British jobs for British workers”, a Nigel Farage, o populista xenófobo que lidera o partido UKIP – United Kingdom Independence Party desde 2009, altura em que conquistou treze

lugares no hemiciclo europeu, a luta contra a permanência do RU na UE tem-se intensificado ao mesmo tempo que se promove um sentimento anti-imigração, alegando que os imigrantes abusam das prestações não contributivas e oneram os serviços de educação e de saúde. Porém, os estudos concluem que os imigrantes integram-se lentamente nos mercados de trabalho e, ao fim de dez anos, obtém altos salários devido às suas qualificações e à residência permanente dar maior incentivo a quem investe no capital humano.

De acordo com o Eurobarómetro de novembro de 2015, 65% dos britânicos concordam que os imigrantes contribuem positivamente para o RU e 77% acham que o país deve ajudar os refugiados. Não obstante esta posição favorável, o aumento de cinco para oito milhões de imigrantes, entre 2007 e 2014, representando 17% da população em idade de trabalhar[247], motivou a entrada no parlamento britânico de uma petição exigindo o encerramento das fronteiras aos imigrantes, com o argumento dos elevados gastos sociais, assim como do aumento de muçulmanos no país.

David Cameron, primeiro-ministro desde 2010, preocupado com a direita radical de Farage, proferiu um discurso, em 2013, reivindicando uma União mais reformadora e prometendo novo referendo sobre a permanência na União. Em junho de 2014, Cameron ainda tentou travar a eleição de Jean-Claude Juncker como presidente da Comissão Europeia, mas em 2016 acaba por negociar com os líderes europeus um estatuto especial para o Reino Unido, a troco da campanha pelo sim.

Embora o RU seja um dos EM que apresenta taxas de emprego mais elevadas dos refugiados (RU – 43% um ano após a chegada ou reconhecimento do estatuto e 49% após dois; Alemanha – 19% após 1 ano e 27% ao fim de 2)[248], Iain Duncan Smith, ex-secretário de Estado do trabalho e pensões, considera a crise migratória uma ameaça maior para o país do que o *Brexit*, pelo que o corte de direitos sociais aos migrantes intracomunitários fez parte das negociações no Conselho Europeu de fevereiro último. Para além de uma União mais democrática, mais

transparente, mais competitiva e menos burocrática, Cameron exigiu direitos sociais especiais para os imigrantes e uma UE com várias moedas. No entanto, Martin Schulz, presidente do Parlamento Europeu, reafirmou que esta tem apenas uma moeda, o euro, conforme tratados em vigor. Isso enfraqueceria a UEM e o euro, uma moeda que se quer estável, forte e que não perturbe o mercado único. No futuro, a UE também não dará vantagens comerciais a não-membros em detrimento dos seus membros que ainda não fazem parte da zona euro.

O acordo celebrado foi fraco e põe em causa o princípio da não discriminação e da igualdade de tratamento, por tratar de forma diferente os direitos dos trabalhadores que ali permanecem há mais tempo e os novos. Cameron viu cinco dos seus ministros, inclusive o conservador Boris Johnson, do seu partido, e Mayor de Londres optarem pela campanha do não, o que o obrigou a um maior envolvimento a favor do sim. Estará Boris, eventual candidato a primeiro-ministro, à procura de protagonismo?

2. Implicações do *Brexit* para o Reino Unido e a UE

Para a maioria dos analistas, o *Brexit* é prejudicial para as duas partes, devido ao enfraquecimento comercial e geopolítico de ambos, mas mais para o RU, pois nenhum país, isoladamente, pode vencer a batalha da globalização. A concretizar-se, a primeira-ministra escocesa ameaça avançar com novo referendo para a independência da pró-europeia Escócia e a Espanha pretende novamente integrar Gibraltar.

No ponto de vista de Paul de Grawe, professor da *London School of Economics* e investigador no *Center for European Policy Studies*, a União Europeia tem a ganhar com o *Brexit*, pois poderia tornar-se mais coesa. Caso contrário, a UE continuará a ter no seu seio as hostilidades de sempre relativamente ao acervo comunitário. Em contrapartida, o RU terá de negociar um acordo de comércio com a UE e nunca terá melhores condições daquelas que hoje rejeita. O governo britânico considera não ser possível estabelecer bons acordos com outros países no prazo dos dois anos

previstos nos tratados para sair da União, sendo necessários dez para recuperar do período de instabilidade que atingiria os mercados financeiros, o investimento e o valor da libra. Assim, alerta para a década de incerteza, com repercussões na atividade económica e na vida de milhões de britânicos residentes na Europa. Por outro lado, os defensores do *Brexit* afirmam que o governo lança uma campanha de medo para forçar o sim.

A *Confederation of British Industries* (CBI) concorda com Cameron quanto a ser preferível para ambas as partes que o Reino Unido permaneça na UE, mesmo sem reformas, do que ficar fora dela. Meia centena de empresários também se colocaram de imediato a favor do sim, sendo que 60% do patronato está desse lado. Os ministros das finanças do G20, em representação dos 85% da economia global, avisaram que o *Brexit* não só é prejudicial para a economia britânica, como também afetará a economia europeia e toda a economia mundial. A UE perderia assim um contribuinte e a liderança no mercado livre, bem como o fácil acesso a um centro financeiro de prestígio mundial. Para o governador do *Bank of England* a União Europeia reforça o dinamismo da economia britânica, tornando-a mais resiliente a choques.

A saída pouco provável do Reino Unido provocaria o abrandamento da economia, a redução do investimento, a descida da cotação da libra, o aumento da inflação e do desemprego, atingindo diversas áreas:

Comércio e serviços

Segundo o *Economist*, o comércio total do Reino Unido cifrou-se em 900 biliões de euros, em 2014, traduzido num défice comercial de 139,5 biliões de euros, sendo 93 do défice com a UE. Na verdade, o RU importou 53% dos EM da União, tendo exportado apenas 48%. No geral, 51% do comércio britânico é feito com Estados-membros da União e apenas 15% é feito com países que nem são da UE nem têm acordos comerciais com a UE. Assim, o acesso ao mercado único europeu e a participação nos canais de distribuição das economias dos EM seriam muito afetados com a saída do RU. A Alemanha é o principal parceiro comercial, donde vem o maior défice britânico (36,3 b); o segundo maior parceiro é os EUA, com um superávite de 5,1 b; segue-se a Holanda e a China, com défices de 12,3 e 26,2 b, respetivamente. Os outros países com quem o RU consegue superávites são a Irlanda (5,1 b) e a Suíça (16,5b).

O comércio livre com outros EM será mais prejudicial ao RU, passando este a ter maior liberdade para firmar novos acordos com outros fora da UE. O Reino Unido passaria a ter, provavelmente, mais dificuldade em concretizar negócios, dada a menor influência para negociar as normas de acesso ao mercado único. A sua saída influenciaria também as negociações do TTIP, o acordo bilateral de comércio livre com os EUA, fortalecendo este seu eterno aliado. Já a UE ficaria enfraquecida com a perda da sua segunda maior economia. Para o *think tank* Open Europe, a economia britânica perderia 2,1% do PIB até 2030, senão mais se atendermos à possibilidade de independência da Escócia, já referendada em 2014, mas ainda com o não a vencer por pouco. As exportações das empresas britânicas encarecerão e tornar-se-ão mais difíceis, enfraquecendo o comércio.

Investimento

O investimento tem vindo a cair e a turbulência dos mercados já se fez sentir, embora as perdas sejam maiores para a União. Muitas multinacionais instalar-se-ão fora do RU e Londres deixará de ser a capital financeira da Europa com a possibilidade da Bolsa de Londres se vir a fundir com a de Frankfurt. Poderemos assistir ao aumento do custo de financiamento dos bancos e ao alargamento dos *spreads* de crédito. Os mercados globais, receosos com a deflação provocada pela queda do preço do petróleo e o abrandamento da economia chinesa, agravar-se-ão com o *Brexit* ou tranquilizar-se-ão caso o RU permaneça na União.

Emprego

O emprego cairá no setor automóvel e no da agricultura (que recebe subsídios europeus) e ainda no das energias renováveis, entre outros, já que três milhões de empregos dependem do comércio com a União. Muitos empresários e industriais dos mais diversos setores têm vindo a público mostrar as consequências negativas para a saída da UE, nomeadamente, especialistas na área do turismo: “We might see the pound and euro suffer against non-European currencies, so travel outside the EU might become more expensive”[249]. A fuga de cérebros da UE será menor devido aos melhores deixarem de se interessar tanto pelo RU.

Moeda

A desvalorização da libra em relação ao dólar tem vindo a acontecer desde 2010 e continuará caso se dê o *Brexit*, afetando a subida da inflação, as empresas exportadores e alguns setores de atividade como o imobiliário, uma vez que Londres tem uma procura elevada por escritórios de multinacionais que acedem ao mercado único europeu. É previsível a recuperação da libra caso o RU permaneça na União, pondo fim a alguma vulnerabilidade. O contrário poderá pressionar o orçamento e o défice, prejudicando a moeda. Inevitavelmente, o euro também se depreciará.

Influência

Em termos globais, é evidente que a União perde em termos de voz no mundo, ficando enfraquecida face aos EUA e ao mundo. A UE será ainda mais germânica, mais protecionista e menos liberal, perdendo ainda poder militar, tal como o Reino Unido.

Segurança

O RU continuará a controlar as entradas e saídas nas suas fronteiras, limitando, provavelmente, a imigração. No entanto, perde a força coletiva da UE e o direito expresso no Tratado da União Europeia de auxílio e assistência por parte dos outros Estados-membros, apesar de se manterem os importantes compromissos de cooperação na defesa coletiva, no âmbito da NATO, já que vivemos num tempo caraterizado pela insegurança proveniente do Médio Oriente, África, Rússia e outras zonas do globo.

As alterações no direito britânico dependem das negociações com a UE e outros, em diversas áreas, presumindo-se que não venha a haver mobilidade laboral e liberdade das empresas britânicas se estabelecerem na UE. Os dois milhões de cidadãos britânicos que trabalham e residem

noutros Estados-membros perderão a cidadania europeia e todos os direitos que lhe estão associados, devendo solicitar permissão de residência e de trabalho como qualquer nacional de um país terceiro. Face às alterações aceites para o Reino Unido, os franceses disseram logo que responderiam de igual forma. De facto, os franceses são os mais favoráveis à saída do RU e os primeiros a desejarem aplicar as medidas anti-imigrantes que David Cameron obteve para o seu país. Esta crise levou 71% dos franceses a mostrarem-se favoráveis ao fim de Schengen, uma das quatro liberdades de circulação tão apreciada pelos europeus, a das pessoas.

Conclusão

Da Europa dos pequenos passos à Europa que marca passo, sucederam-se diversas crises – demográfica, financeira, económica, dívidas soberanas, social – todas apelidadas de serem uma crise sem precedentes, a que se junta agora a crise humana dos refugiados, à escala mundial mas com repercussões tão graves na Europa que nos fazem retroceder, civilizacionalmente, quase um século.

Na realidade, a União Europeia tinha-se tornado num espaço invejável de prosperidade, paz, liberdade e segurança sem igual. Contudo, neste milénio, a UE tem assistido a um crescente radicalismo da extrema-direita, agravado com o terrorismo e a crise de refugiados, antevendo-se uma crise política devido à resposta inadequada da União. A ameaça nem é tanto pelo número de refugiados (menos de 2% da população da UE_{28}), mas principalmente pela falta de solidariedade e de consenso dos líderes europeus, o que tem inviabilizado, ora uma solução e posição europeia comum, ora a aplicação das medidas aprovadas por todos os Estados-membros.

Mas como gerir eficazmente esta crise quando muitos dos sessenta milhões de refugiados no mundo continuam a olhar para a Europa e a vê-la como um porto seguro e, de certo modo, o el-dourado onde gostariam de ser acolhidos, o que os faz arriscar as próprias vidas na tentativa de aí chegar?

Só nos primeiros dois meses deste ano chegaram às ilhas gregas do mar Egeu mais de 130 mil pessoas para tentarem a rota dos Balcãs, entretanto estrangulada, o que levou à acumulação de muitos refugiados, sobretudo crianças não acompanhadas e mulheres sírias que geraram a crise humanitária grega. Os *hotspots*, incapazes de gerir o afluxo sem precedentes de requerentes de asilo e de outros migrantes, evidenciaram ineficácia em lidar com tanta diversidade e pressão, a contrapor à agilidade de traficantes e contrabandistas que exploram pessoas indefesas.

A União Europeia acaba de aprovar a criação de um sistema centralizado de receção e atribuição dos pedidos de asilo, a nível da UE, para facilitar a recolocação dos refugiados. Conforme acordado, a partir de 20 de março, os que entrarem ilegalmente serão devolvidos à Turquia, em troca de um sírio legal que virá daquele país. Entretanto, a Turquia, a Jordânia e o Líbano, que acolhem mais de quatro milhões de refugiados sírios, esperam a reinstalação, ou seja, a transferência de refugiados destes países para a UE, à semelhança do que a Europa tem vindo a fazer, de forma muito lenta, com a recolocação, que é a transferência de milhares de requerentes de asilo que se encontram na Grécia e em Itália para outros Estados-membros (apenas 660 até 3 de março). No primeiro dia de vigência do acordo, apesar da fronteira marítima encerrada, 1662 migrantes chegaram às ilhas gregas de Lesbos, Chios, Kos, Samos e Leros, vindos da Turquia. Supostamente, estes ainda poderão optar por pedir asilo à Grécia ou serem devolvidos à Turquia. Cada caso passa a ser analisado individualmente, sendo que as ‘devoluções’ só ocorrerão a partir de 1 de abril. Se, por um lado, o acordo aliviou a pressão migratória na Europa, por outro lado, exige mais meios para acelerar os processos e reforçar a fronteira comum, ao que a Alemanha e a França responderam com o envio de 600 polícias para a fronteira externa da União, em território grego.

Para melhorar a gestão dos fluxos migratórios, a Grécia viu aprovado mais um novo instrumento – o Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração (FAMI) – destinado aos refugiados que se encontram na União, enquanto a Turquia viu redobrado o apoio inicial de três mil milhões de

euros. Espera-se a recolocação de 6.000 refugiados no primeiro mês do acordo e, pelo menos, 20.000 até meados de maio. Veremos se o drama humanitário que ainda persiste será solucionado com mais solidariedade e cooperação entre os Estados-membros para aplicarem o acordado, o que parece pouco provável, já que os atentados de Bruxelas levaram a Polónia a recusar o acolhimento de refugiados.

Numa Europa com uma demografia insustentável, onde nem a França, que é o Estado-membro com a taxa de substituição mais elevada (2,01 em 2014) consegue manter a dimensão da população constante (2,1 nascimentos por mulher, na ausência de e/imigração, nos países desenvolvidos). Assim, a entrada de imigrantes poderia ser um contraponto à redução da população prevista para a próxima década. Na verdade, a Europa do futuro terá, certamente, uma geografia humana diferente e, provavelmente, uma melhor geografia, a que corresponderá uma melhor economia. Angela Merkel, a líder que desde o início percebeu que a imigração podia atenuar as consequências do envelhecimento da população, tem sido solidária com o acolhimento dos refugiados mas também acusada da sua política ter incentivado o êxodo.

O *gap* cultural, demográfico e socioeconómico que nos distingue de outros povos pode ser colmatado com uma boa integração no mercado laboral, na certeza que passaremos a ter mais pessoas portadoras dos nossos valores e mais falantes na nossa língua. Temos obrigação legal de receber os refugiados e, porque não, moral também?

Numa altura em que a incerteza continua a ser a única certeza que temos neste mundo cada vez mais complexo, quer em termos geopolíticos, quer em segurança e subsistência dos sete milhões de pessoas, a Europa continua, por um lado, muita apetecida por muitas mulheres e homens do Médio Oriente e de África e, por outro lado, muito criticada pelos europeus. Numa União ainda à procura de identidade, é fundamental saber lidar com o choque civilizacional que alimenta o terrorismo, respeitando o outro e garantir, simultaneamente, a liberdade, a democracia, a solidariedade e outros valores identitários, preservando o euro, Schengen e o mercado

único. Para o chefe das forças da NATO não há dúvidas que a Rússia e o regime de Bashar al-Assad usam deliberadamente a crise dos refugiados para desestabilizar a Europa, que nem o cessar-fogo atenua.

Com a economia ainda branda na UE e na Zona Euro, dispensava-se a instabilidade provocada pelos elevados riscos do *Brexit* proposto por David Cameron. Será ele capaz de manter o Reino Unido nesta que é a maior zona económica do mundo e uma "fonte de estabilidade em tempo de crise", como diz Juncker? O euro não fracassou, Schengen não vai fracassar! Ao *Brexit* saberão os britânicos responder. E agora, qual será a próxima arma que irão arremessar à União Europeia?

-

237 Convenção do Estatuto de Refugiados da Organização das Nações Unidas, Genebra, 28-07-1951, http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1

238 Jean-Claude Juncker, presidente da Comissão Europeia, no seu discurso sobre o Estado da União "É tempo da honestidade, da união e da solidariedade", 9 de Setembro de 2015.

239 http://www.europarl.europa.eu/news/pt/news-room/20160205STO13207/Eurodeputados-na-Turquia-para-avaliarresposta-do-pa%C3%ADs-%C3%A0-crise-de-refugiados

240 João César das Neves, "A Economia de Francisco, Diagnóstico de um equivoco", p. 231, Principia, fevereiro de 2016.

241 No Campo de Calais têm vivido precariamente perto de 4000 migrantes, oriundos sobretudo da África subsaariana, à espera de uma oportunidade para atravessar clandestinamente o Canal de Mancha e chegar ao RU. Em fevereiro, as autoridades demoliram a parte sul, afetando perto de mil pessoas.

242 https://wwwwww.hrww.org/newws/2016/03/04/dispatches-fearmongering-about-refugees, 2016-03-06.

243 Comissão Europeia, Managing the Refugee Crisis – Western Balkans Route: Progress Report, 2016-02.

244 Comissão Europeia, Comunicado imprensa "Restabelecer o espaço Schengen: a Comissão propõe um roteiro para o regresso a um funcionamento integral do sistema Schengen", 2016-03-04.

245 Parlamento Europeu, http://europarltv.europa.eu/pt/plaeer.aspxppide65338391-a7ae-4515-88aba5a600912216&utm_campaigneengagor&utm_contenteengagor_Mzg2ODk1Ng%3D%3D&utm_mediumesocial&utm_sourceetwwitter, 2016-02-23.

246 Economist, http://wwwwww.economist.com/newws/europe/21693636-ater-falling-eears-xenophobic-extremismgermane-rise-radikale-rechtepforceescn%2Ftww%2Fte%2Fpe%2Fed%2Fradikalerechte, 2016-02-27.

247 http://wwwwww.blog.rielcano.org/los-inmigrantes-e-el-brexit-una-mirada-optmista/, 2016-03-04.

248 Directorate General for Internal Policies Policy Department A: Economic and Scientific Policy, study «Labour Market Integration of Refugees: Strategies and good practices », 2016-03.

249 The Guardian, http://wwwwww.theguardian.com/travel/2016/mar/05/brexit-more-expensive-europe-holidaespCMPetwwt_gu, 2016-03-05.

INTEGRAÇÃO EUROPEIA E SOBERANIA: UMA PROPOSTA DE RECONCEPTUALIZAÇÃO

Paulo Vila Maior

Professor Associado da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Fernando Pessoa

Resumo

Está enraizada a perceção, até entre alguns peritos da integração europeia, que a participação de um país na União Europeia (UE) envolve uma perda, ou ao menos uma limitação, da soberania nacional. O argumento é mais popular entre sectores euro-pessimistas e adversários da integração europeia. Esta comunicação pretende, em primeiro lugar, indagar se a modernização da ciência política, de que a integração europeia é um ingrediente inelutável, não está na origem de uma desconstrução do conceito de soberania nacional. Nesta abordagem, desafia-se o monolitismo do conceito e desbravam-se novas avenidas que fornecem o substrato para a reconceptualização de soberania. Em segundo lugar, a comunicação embebe-se na grelha de análise dos sectores críticos e, usando essa grelha, desafia um entendimento alternativo quanto aos efeitos da integração europeia na soberania nacional, negando a verificação dos danos propostos pelas teses críticas.

Introdução

É frequente, entre o cidadão comum que dedica alguma atenção à UE, a perceção de que a participação de um país no processo de integração europeia implica danos para a respetiva soberania nacional (Eurobarometer, n.º 05/2005). Esta perceção tem acolhimento em alguma literatura, com mais visibilidade em literatura que não versa especificamente sobre assuntos europeus, mas que traz a UE à colação a propósito de outro tema que é central na análise produzida. Mesmo entre autores que têm a integração europeia como objeto privilegiado de estudo, a ideia de que a UE transtorna (pelo menos) a integridade da soberania nacional tem algum acolhimento. A retórica é ainda reproduzida no discurso político, sobretudo entre partidos e atores políticos que manifestam ceticismo em relação à integração europeia. Tem sido visível, nos tempos recentes (e fruto da erosão causada pela crise da zona euro), a propagação de alguma hostilidade relativamente à UE junto de partidos e atores políticos que no passado não se distinguiram pelo euroceticismo, notando-se, entre estes setores, a convicção de que a integração europeia causa danos na soberania nacional. A perceção destes danos é variável. Os mais radicais consideram que a UE foi responsável pela perda de soberania nacional, sobretudo entre os Estados membros de menor dimensão, periféricos e mais fragilizados. Visões mais suavizadas intuem, apenas, uma limitação da soberania nacional, sendo possível localizá-la, nuns casos, como idiossincrática do processo de integração europeia e, noutros casos, como produto da alteração de circunstâncias ditadas pela emergência da crise da zona euro.

Nesta comunicação, revisito o argumentário dos danos que a integração europeia provoca na soberania nacional. Na primeira secção, são recuperados os principais argumentos que servem de esteio a esta posição sobre um dos efeitos negativos do processo de integração europeia. Na segunda secção, introduzo o novo contexto político, decorrente da evolução dos tempos e da consequente alteração das circunstâncias, que obriga a

colocar várias questões à tese que sustenta a perda, ou ao menos a limitação, da soberania nacional como produto do funcionamento da UE. Neste sentido, será importante testar, em função das novas circunstâncias, uma tese diferente que desconstrói a soberania nacional (pelo menos, como é dada a conhecer como um conceito atávico). Na terceira secção, recupero os principais argumentos dos proponentes da perda ou da limitação da soberania e coloco-os em cotejo com o novo contexto político que, sublinhe-se, não é apenas ditado pelas transformações provocadas pelo processo de integração europeia, mas pelo conjunto mais vasto de modificações identificadas a nível mundial. Na quarta e última secção, arrisco uma proposta alternativa para enquadrar a dialética entre a integração europeia e a soberania nacional, desbravando terreno para uma proposta de reconceptualização da soberania.

1. Argumentário: a integração europeia provoca danos à soberania nacional

É possível encontrar duas linhas de argumentação que concorrem na identificação de danos causados pela integração europeia na soberania nacional. A primeira coloca o enfoque num paradoxo da integração europeia que resulta da sua ontologia. A segunda destaca a dinâmica da UE como fautora das lesões na soberania nacional. Parte-se do pressuposto de que a soberania coincide, em grande medida, com um dos seus tradicionais ingredientes: o exercício do poder político. Não estão em causa os outros dois elementos do tríptico tradicional da soberania (território e população) (Heywood, 2013).

Neste contexto, a integração europeia situa-se, em termos históricos e no que à sua ontologia diz respeito, numa contradição insanável. Todo o processo, de que resultou a criação de uma organização supranacional que foi reforçando os seus poderes ao longo de sucessivas revisões dos seus tratados fundadores, conseguiu extrair dos Estados membros (com o seu consentimento, imprescindível para caucionar revisões dos tratados)

poderes que passaram a ser exercidos pela UE (Craig, 2001). Ao enfatizar-se esta incongruência da União, acentua-se a factual limitação da soberania nacional em virtude de poderes que outrora eram exercidos por cada Estado membro no interior do respetivo território terem passado a ser detidos pela organização supranacional (Kostandinides, 2009).

O problema não está nessa transferência de poderes, nem tão pouco em saber-se se ela tem como sinónimo uma limitação (ou, numa visão mais radical, uma perda) da soberania. O que está em causa é um processo do qual parece resultar um esvaziamento da soberania, pois a UE não possui, manifestamente, soberania (Hayward, 2012) (não é, nem para os mais ousados apoiantes do cenário "mais Europa") – pelo menos se o teste correr de acordo com os parâmetros que tradicionalmente tiram as medidas à soberania nacional: a União não tem um território que seja seu exclusivo, antes fazendo sentido falar do somatório dos territórios dos seus vinte e oito Estados membros; e não existe algo de semelhante a um "povo europeu", antes "povos europeus" (Weiler, 1999). Ou seja: quando os Estados aceitam transferir poderes para o catálogo de competências da União, deixam de os exercer sem que a União fique investida na parcela de soberania contida na transferência de poderes. Trata-se de uma perda líquida de soberania que fragiliza os Estados membros da UE, na medida em que a União, por não ser um Estado, não corporiza os pedaços de soberania assim perdidos pelos Estados. Aqueles poderes passam a ser exercidos pelas instituições da UE e o resultado deste processo – as decisões aprovadas pelas instituições supranacionais – tem os Estados (direta ou indiretamente) como destinatários. Assim sendo, as autoridades nacionais deixam de ser protagonistas no exercício do poder político que corresponde às frações transferidas para a esfera supranacional e passam a ser suas destinatárias (juntamente com os demais destinatários: cidadãos e empresas). O centro de gravidade desloca-se dos países participantes do processo de integração europeia para a UE.

Neste contexto, são destacadas as consequências políticas inerentes ao processo de centralização de poderes a que corresponde, na maneira de ver

destes setores, um esvaziamento da soberania nacional. As instituições da UE empossadas no exercício destes poderes não têm credenciais democráticas (Føllesdal, 2006), à exceção do Parlamento Europeu – pelo menos quando, no âmbito do exercício comparativo, a legitimidade democrática das instituições da União fica aquém da legitimidade detida pelos órgãos de soberania dos Estados membros (Kohler-Koch e Rittberger, 2007). Por conseguinte, não é apenas a ontologia do processo de integração europeia que exerce uma pressão negativa sobre a UE; a perda (ou apenas a limitação) da soberania nacional é também tangível pela deterioração dos padrões de legitimidade democrática das instituições da União que passam a exercer os poderes transferidos pelos Estados membros. Estes não só passam a ser destinatários do processo, como sobressai da perceção dos pergaminhos democráticos (que devem balizar o exercício do poder político) ficaram perdidos pelo caminho desta transferência de poderes. Numa lógica democrática, a qualidade do exercício do poder político mede-se não apenas pelos resultados (legitimidade *output*) mas, sobretudo, pelo processo que corporiza esse exercício de poderes (legitimidade *input*) (Schmidt, 2012). Se o poder político se alheia de parâmetros democráticos (medidos pela habitual bitola estado-cêntrica), e sendo a soberania, mesmo em democracias liberais, a emanação da vontade popular, este processo de transferência de poderes dos Estados membros para a União acaba por ditar uma perda de qualidade da democracia e, por aí, as perdas também se quantificam na dimensão da soberania nacional.

Ainda é importante dar conta de um argumento que se insere nesta linha de raciocínio: o produto deste processo é a centralização do exercício do poder político (Schmidt, 1999), que passa, a cada medida de transferência de poderes para a União, a ser um processo *top-down*. Não é tanto a centralização do poder político que é equacionada, mas os seus cambiantes no decurso desse processo. A crescente centralização do poder político alimenta desconfianças quanto a manifestações de poder (no sentido, consagrado pelos cultores das relações internacionais, de *power politics* entre as diferentes nações) dos Estados membros. Teme-se que as relações de poder entre os Estados membros sejam ostensivamente assimétricas,

favorecendo os Estados que possuem mais capacidade de influência em detrimento dos Estados de menor dimensão e periféricos (Rosato, 2011). A dar crédito a este argumento, o processo de integração europeia seria ainda mais paradoxal, pois a limitação (ou mesmo a perda) de soberania não seria simétrica entre os Estados membros da UE. A integração europeia seria aceleradora das diferenças entre os Estados, acentuando as assimetrias de poder e contendo o potencial de contaminação nas relações entre os Estados membros.

Por outro lado, argumenta-se que a própria dinâmica da UE concorre para a degradação da soberania nacional. Está em causa, como na análise anterior, uma dimensão de soberania que se limita a verificar o exercício do poder político. Desta vez, é o funcionamento da União que serve de húmus para a crítica. Em primeiro lugar, os mecanismos instituídos para a revisão dos tratados europeus encerram uma dinâmica perversa, que tem efeitos permanentes na deterioração da soberania nacional (Craig, 2010). Quando, em revisões dos tratados, se operam transferências de poderes do nível nacional para o nível supranacional, por regra essas transformações ficam lacradas em virtude das exigências que se aplicam ao procedimento de revisão dos tratados. Não só o processo negocial é complexo e demorado, como, os avanços que possibilitam a conclusão das negociações e a revisão dos tratados exigem o acordo unânime dos Estados membros (Risse e Kleine, 2007).

Cada alteração introduzida numa revisão dos tratados, ganha perenidade por ser quase impossível reverter essas modificações em futuras negociações no âmbito de uma revisão dos tratados. Sendo exigível unanimidade, a discordância de um só Estado membro é suficiente para travar eventuais alterações que se traduzam numa reversão de anteriores transformações vertidas numa revisão dos tratados. Assim sendo, a transferência de poderes que, nesta perspetiva, sela uma limitação da soberania nacional, vem cristalizada nas revisões dos tratados. Ora, a natureza definitiva das transferências de poderes, como se tratasse de um caminho de via única que não contempla a hipótese de devolução de

competências (que é património genético de vários sistemas federais (Swenden, 2006)), é passível de críticas na medida em que condena este processo a uma irreversibilidade que, em si mesma considerada, corresponde a uma importante limitação da soberania nacional (Hofmeister, 2010). Os Estados membros sabem, à partida, que não conseguem recuperar poderes antes transferidos para o nível supranacional.

Em segundo lugar, a dinâmica do processo de decisão da União contém traços que fermentam a deterioração da soberania nacional. Para os que reconhecem a falta de legitimidade democrática da Comissão Europeia (Føllesdal e Hix, 2006), mais visível por esta instituição ter importantes poderes de iniciativa legislativa que a colocam no centro do *agenda-setting* legislativo da União, a observação reforça a leitura da limitação da soberania nacional. Com as transferências de poderes que favorecem o nível supranacional, e a atrás mencionada alteração de estatuto das autoridades nacionais (que deixam de ser protagonistas e passam a ser destinatárias do processo), deteta-se uma tendência de centralização na produção de legislação que pode ser entendida como sinónimo de limitação (ou mesmo perda) de soberania nacional (Roobol, 2005). E como as credenciais democráticas da Comissão ficam aquém dos padrões que aferem a legitimidade democrática dos órgãos de soberania envolvidos na tomada de decisão a nível nacional, mais nítida fica a erosão da soberania nacional através da erosão do processo democrático.

É certo que a Comissão Europeia perde as rédeas da proposta legislativa a partir do momento em que ela passa para o tabuleiro das negociações entre o Parlamento Europeu e o Conselho de Ministros (Glencross, 2014). A palavra final sobre a proposta legislativa não pertence à Comissão Europeia, o que serviria para aliviar os efeitos desfavoráveis na soberania nacional. Tanto mais que uma das instituições envolvidas na negociação da proposta de decisão é o Conselho de Ministros, que representa interesses nacionais (Naurin, 2015). Todavia, o que merece destaque, no contexto das críticas que se insubordinam contra a limitação da soberania nacional, não é a possibilidade de uma instituição representativa de interesses nacionais

participar no processo legislativo da União; mais importante, em reforço destas críticas, é o papel secundário que, na prática, o Parlamento Europeu acaba por desempenhar no contexto do processo legislativo ordinário, sobretudo nos casos de divergências entre a instituição parlamentar e o Conselho de Ministros, em que a pressão para chegar a um acordo acaba por recair sobre o Parlamento Europeu, o que leva esta instituição a ceder ao Conselho de Ministros (mais do que o Conselho de Ministros cede) (Dobbels e Neuhold, 2015). Ou seja, mesmo o potencial democrático oferecido pela intervenção do PE não fica confirmado, apesar de os preceitos do Tratado sobre o processo legislativo ordinário colocarem o Parlamento Europeu e o Conselho de Ministros em posição de igualdade.

Em terceiro lugar, o protagonismo exercido pelo Banco Central Europeu, sobretudo no contexto da União Económica e Monetária (UEM), torna mais densas as críticas que observam a deterioração da soberania nacional. Também aqui está em causa a falta de legitimidade democrática do Banco Central Europeu (Jones, 2009), uma instituição tecnocrática que dispõe de poderes exclusivos no domínio da política monetária da zona euro. Contudo, as suas decisões podem determinar a exportação de efeitos para outras áreas da governação económica da competência dos governos nacionais, sem que estes tenham meios à sua disposição para contrariar as decisões do Banco Central Europeu (De Grauwe, 2016). Num certo sentido, no âmbito da governação económica da zona euro, os governos nacionais encontram-se à mercê do Banco Central Europeu, sem que o possam controlar politicamente (mercê do estatuto de reforçada independência política de que esta instituição beneficia, estando esse estatuto constitucionalmente garantido) (Kaltenthaler, 2006), ou sem que os membros da Comissão Executiva do Banco Central Europeu sejam obrigados a prestar contas perante instituições dotadas de legitimidade democrática, como é o caso do Parlamento Europeu.

Com os poderes reforçados do Banco Central Europeu, e a centralidade que a política monetária da zona euro ocupa no contexto da UEM (Neumann, 2010; Reichlin e Pill, 2016), verifica-se a deslocação de uma

parte considerável da soberania efetiva dos Estados membros para o banco central. A soberania considera-se efetiva (Agnew, 2005; Krasner, 2005), pois trata-se de um núcleo de poderes exercidos na esfera económica e que condicionam fortemente o bem-estar das populações, no que serve para iniciar a introdução à reconceptualização da soberania, tarefa que será resolvida pela secção 4, *infra*.

2. Contraprova: o tempo iniludível, globalização, integração europeia e desconstrução da soberania nacional

E se o palco onde os críticos da integração europeia (motivados pelas entorses causadas à soberania nacional, bem entendido) servem a sua argumentação estivesse datado? E se esse fosse um tempo gasto que já não serve para medir os efeitos da integração europeia na soberania dos países membros da União? A marcha do tempo é iniludível. E, à medida que o tempo avança, com ele mudam as cores que o tingem. Quadros teóricos que tinham validade no passado perdem essa validade ou precisam de empreender um esforço de adaptação às novas circunstâncias. Alguma da argumentação crítica explorada na secção anterior utiliza o quadro conceptual da soberania nacional como se o tempo não tivesse passado e esse tempo não trouxesse consigo transformações, o que é mais visível entre o final da segunda guerra mundial e a atualidade. Talvez o conceito de soberania esteja datado, fruto das vicissitudes várias e das transformações de que o mundo foi testemunha (Ramos, 2013). Em sendo assim, há duas hipóteses de trabalho que esta comunicação vai decantar: ou não fazem sentido as críticas dos soberanistas quando acusam a UE de ser responsável pela erosão da soberania nacional; ou é necessário rever o conceito de soberania, moldá-lo ao tempo que é diferente do tempo em que foi conceptualizado no seu traje convencional, para que a soberania seja um conceito vivo, uma categoria operacional, mas com a devida adaptação a um húmus que é muito diferente. Não interessa continuar a preencher páginas e páginas com críticas severas à UE se essas críticas tomam como pressuposto a soberania nacional como conceito atávico (MacCormick, 1999).

Esta petição de princípio surge da contraposição de dois fenómenos de sinal contrário: a inércia da soberania (de acordo com a conceptualização oferecida por quem intui que a integração europeia prejudica a soberania nacional) e a marcha do tempo, com a inerente evolução dos palcos onde os conceitos devem ser testados, com um novo quadro contextual que põe à

prova esse conceito (e outros). Numa confluência de fatores – políticos, económicos, no âmbito das relações internacionais, sociológicos – que impõe uma cuidada reflexão sobre a adequabilidade dos conceitos operativos usados para concluir sobre os danos da integração sobre a soberania nacional. Para esta reflexão contribuem quatro fatores de ordem distinta: i) a emancipação do fator económico relativamente ao fator político; ii) a externalização de efeitos (políticos e económicos) de país para país; iii) a crescente abertura das economias nacionais ao comércio internacional (e as consequências político-económicas daí resultantes); e iv) a hipótese de processos de integração regional, como o experimentado no continente europeu, serem uma resposta às tendências expostas nas alíneas anteriores. Os quatros fatores vão ser explorados de seguida.

Surge em primeiro lugar, como tendência axial, um fenómeno identificado como produto do processo de globalização em curso, ou como sinal do enraizamento do capitalismo e da sua expansão territorial. A economia conseguiu, aos poucos, derrubar os muros que eram personificados pelo processo político (Majone, 2014). Durante muito tempo, foi visível a subordinação do fator económico ao fator político. Os agentes económicos condicionavam o comportamento em função das decisões políticas, que serviam o enquadramento (incentivos e penalizações) ao processo económico (Oatley, 2015). À medida que a economia mundial prosperava a partir do fim da segunda guerra mundial, e que o bem-estar dos países dependia cada vez mais do excedente económico gerado pelas empresas e das decisões de investimento alimentadas por agentes económicos em mercados diversos, o fiel da balança começou a pender para o lado contrário (Frieden, Lake e Broz, 2009). O fator económico começou a emancipar-se do fator político, a impor condições ao processo político.

Lentamente, o processo político perdeu a centralidade na organização político-social dos países desenvolvidos (e não só), deslocando-se o protagonismo para atores intervenientes no processo económico. A viragem de página deu-se com a perceção do ajustamento do processo político a

decisões tomadas por agentes económicos. O processo político passou a reagir ao fator económico, em vez de o condicionar à partida (Woods, 2011). O protagonismo inverteu-se, ditando a desvalorização do processo político – e mais ainda quando, perante os efeitos transnacionais das decisões económicas, ficavam visíveis as fragilidades da decisão política circunscrita ao território de um país (independentemente da sua dimensão) (ver *infra*). Assim sendo, e na medida da emancipação do fator económico, torna-se problemático aceitar a entronização da soberania nacional como o pretendem mostrar os críticos da integração europeia. Pois se a soberania nacional é um conceito que remete para o domínio da política, e se o processo político sofreu as erosões próprias da deslocação da centralidade para o processo económico, deixa de fazer sentido tomar a soberania nacional como um critério de aferição da autonomia política que distingue um país dos demais.

Em segundo lugar, e em paralelo com o fator anterior, observa-se a externalização dos efeitos (políticos e económicos) de país para país (Kahler e Lake, 2004). Não só decisões no âmbito económico, tomadas num país, produzem os seus efeitos noutros países – e, numa versão mais avançada do sistema capitalista, com a proliferação de empresas multinacionais, é difícil determinar com precisão a origem dessas decisões – como também decisões que pertencem ao domínio político produzem a mesma externalidade negativa. Aqui a erosão da soberania nacional surge de forma mais nítida e pronunciada. A ocorrência de externalidades negativas (económicas e/ou políticas) determina a produção de efeitos que ultrapassam as fronteiras do país de onde as decisões partiram (Lawrence, 1996). A erosão da soberania nacional torna-se, neste caso, visível por um de dois fatores (ou os dois simultaneamente): diretamente, pela verificação dos efeitos (nomeadamente os negativos, daí a análise ter como enfoque as externalidades negativas) que se produzem noutros países, sem que neles se identifique a base territorial para a tomada das decisões em causa; e, indiretamente (sem, contudo, significar que esta vertente é menos importante), por forçar as autoridades políticas dos países afetados pela

externalidade negativa a reagir, tomando decisões com o propósito de aplacar os efeitos causados pela decisão em causa.

A crescente interdependência económica, de braço dado com a mencionada emancipação do fator económico em relação ao fator político, acentuam a volatilidade da soberania nacional quando se teima em enquadrá-la pelos parâmetros ancestrais. Se a economia triunfou sobre o político (mera constatação, sem juízos normativos) e se a teia de interesses económicos se propagou a todo o mundo, de tal forma que as decisões económicas (e também políticas) deixaram de se cingir à unidade nacional, a soberania nacional, configurada pelos cânones tradicionais, perde relevância, perde validade como categoria operacional (Agnew, 2009). Como se pode manter que um país é detentor da plenitude da sua soberania se ele tem de suportar as consequências (muitas vezes adversas) de decisões tomadas algures, ou se as suas autoridades são levadas a congeminar decisões políticas com o propósito de reagir a essas decisões?

Em terceiro lugar, concorre um importante fator que é contemporâneo dos dois anteriores, com eles concorrendo para o diagnóstico da perda de relevância dos atores políticos e, concomitantemente, da soberania nacional como conceito operacional. Após a segunda guerra mundial, e em paralelo com o período de notável crescimento económico, as economias nacionais ficaram mais expostas à economia internacional, em geral, e ao comércio internacional, em particular (Eichengreen, 1996). A mundialização dos processos produtivos reforçou a tendência, fragilizando ainda mais a autonomia do processo político, pois as autoridades de um país não podiam ter um comportamento autista, como se o respetivo país estivesse sozinho na economia internacional (Robinson, 2004). Cada vez mais, as decisões políticas ditadas por imperativos de ordem comercial não podiam deixar de calcular as possíveis reações (favoráveis ou adversas) de outros países. Por mais que os países puxassem lustro à soberania nacional, num assomo nacionalista ou apenas para efeitos de demagógico consumo doméstico, o palco não se limitava às fronteiras de cada país. Ao invés, o palco era internacional, na confluência das decisões tomadas pelos atores políticos de

diferentes países, no exercício de diferentes capacidades de influência (Risse-Kappen, 2008). Se a soberania nacional tinha um esteio de territorialidade, na medida em que, no seu sentido tradicional, os países eram soberanos por poderem exercer de forma autónoma o poder político, com a exposição das economias nacionais à economia internacional (de par com a emancipação do fator económico e com a externalização de efeitos económicos e políticos) deixava de fazer sentido o postulado da inércia da soberania nacional como categoria operativa. A desterritorialização das decisões económicas e das decisões políticas trouxe como consequência o progressivo esvaziamento da soberania nacional (no seu formato tradicional).

O último fator que serve de pano de fundo ao cenário modificado, no qual a soberania deve ser equacionada, é uma tendência que pode ser entendida como a reação dos agentes políticos aos três fatores anteriores. Esta hipótese (que não é consensual na literatura (Farrell e Héritier, 2005)) perfila as áreas de integração regional também (mas não só), ora como tentativa de os agentes políticos recuperarem uma posição central, ora como resultado do processo de ajustamento a que o processo político foi obrigado (Mattli, 1999). Há quem identifique, como força motriz do processo de integração europeia, o desejo de os Estados evitarem o seu esvaziamento, criando uma organização onde, conjuntamente, teriam condições para reagir de forma mais eficaz aos desafios colocados pela preponderância do fator económico, pela multiplicação de externalidades que enfraqueciam a autonomia de cada país isoladamente considerado, pela crescente exposição das economias nacionais à economia internacional (Milward, Brennan e Romero, 2000). A presidir esta tendência estava uma lógica de grande escala, o reconhecimento de que os Estados, mesmo os de maior dimensão e com maior influência, não estavam à altura dos desafios colocados pelas tendências atrás mencionadas (Majone, 2014). Esta perceção traduz a erosão que a soberania nacional sofreu (sobretudo se encarada na sua configuração tradicional). Erosão que foi admitida pelos próprios atores políticos dos países envolvidos em processos de integração regional.

Estes quatro fatores convergem na ideia de que é ilógico continuar dependente da soberania nacional como conceito operacional se ela for vista de acordo com os padrões de antanho. É necessário desconstruir a soberania nacional, pois os padrões por que era aferida perderam atualidade com a passagem do tempo e com os novos horizontes que se compuseram. A desconstrução da soberania nacional é isso mesmo: um processo de desconstrução, para retirar todas as camadas que combinavam com um tempo e um modo; não está em causa destruir, ou desvalorizar, o conceito de soberania. A desconstrução da soberania, um processo que a expõe a uma nudez necessária à sua reconfiguração, traduz o reconhecimento de que o conceito continua a ter validade como conceito operativo para interpretar a interação entre o processo de integração europeia e os países que nele participam. Sem a sua desconstrução não é possível a reconceptualização que proponho na secção 4. Antes, porém, importa perceber como é possível desconstruir o conceito de soberania nacional. Esse é o propósito da próxima secção, que se serve do enquadramento exposto na secção 2 para retomar (e refutar) os argumentos dos soberanistas sobre os danos causados pela integração europeia na soberania nacional.

3. Prova de vida: teste aos argumentos da correlação negativa entre integração europeia e soberania nacional

A abordagem crítica da integração europeia, baseada no pressuposto de que o exercício do poder político foi, em grande medida, transferido do nível nacional para o nível supranacional, repousa na conclusão que desse processo resultou um esvaziamento da soberania nacional. Todavia, a análise parte de pressupostos errados, porquanto a transferência de poderes pertence a uma das dimensões da soberania, não se esgotando a soberania nesta dimensão. Por outro lado, se se aceitar que a tendência de integração regional corresponde ao reconhecimento das autoridades nacionais que esse seria o meio para responderem aos desafios identificados (na secção anterior) e para estancarem a sangria de soberania, isso é suficiente para admitir que o postulado dos críticos esbarra num erro de partida. É que não pode estar em causa a transferência de soberania, dando por adquirido que a UE não é um Estado e que, por esse motivo, não possui soberania (Caporaso, 1996). Por conseguinte, é errado convocar o esvaziamento de soberania como consequência adversa da integração europeia, em particular do desenvolvimento deste processo.

Pode-se, a este respeito, convocar a ideia de partilha de soberania, difundida pelos setores da literatura que exploram assuntos europeus (Wallace, 1999). A criação e posterior aprofundamento das Comunidades Europeias (e, mais tarde, da UE), sem que a organização internacional corporizasse uma forma de entidade política dotada de soberania, é prova de que apenas se processou uma transferência de poderes do nível nacional para o nível supranacional, sem envolver qualquer perda de soberania nacional (Dinan, 2010). Tanto mais que, se fosse confirmado que uma parcela da soberania nacional se dissolvera, alguém ter-se-ia apropriado dela, provavelmente a União – o que, já ficou demonstrado, é uma impossibilidade no atual estádio de desenvolvimento da integração europeia.

Este argumento (esvaziamento da soberania nacional) tem ligação com outro apresentado pelos críticos e que se dirige ao procedimento de revisão dos tratados. Afirmam os críticos que este processo, de cada vez que sela uma transferência de competências para a UE, o faz a título definitivo, dada a complexidade das negociações e os múltiplos pontos de veto existentes no âmbito das negociações das revisões dos tratados europeus. Como as transferências de poderes dos Estados para a União determinam (de acordo com esta perspetiva) uma perda ou, na melhor das hipóteses, uma limitação da soberania nacional, e como essas transferências exigem a abertura de negociações com o objetivo de rever os tratados, é o próprio procedimento de revisão dos tratados, ao tratá-la como uma autêntica caixa de Pandora, que torna impossível a reversão de poderes entretanto confiados à UE.

Ora, na dinâmica do processo de revisão dos tratados, são ainda os representantes dos governos nacionais que desempenham o papel principal (Church e Phinnemore, 2013). Por mais que as negociações sigam o método da Convenção Europeia, com abertura a um leque alargado de representantes de interesses diversos (entre os quais o Parlamento Europeu, a Comissão Europeia, os parlamentos nacionais e até representantes da sociedade civil), as derradeiras fases, que são determinantes para configurar uma revisão dos tratados, continuam a exigir uma conferência intergovernamental em que o protagonismo é assumido pelos representantes de alto nível dos Estados membros (Duff, 2015). Todas as alterações constitucionais que imprimem um novo rumo político à União exigem a última palavra dos representantes dos governos nacionais e exigem, ainda, uma aprovação unânime. De cada vez que uma revisão dos tratados europeus contempla uma transferência de poderes para a UE, os representantes dos governos nacionais foram previamente chamados a apreciar a alteração da delimitação de poderes entre a UE e os Estados membros, que só fica vertida em letra de tratado se todos eles concordarem.

A descrição (sumária) do procedimento de revisão dos tratados europeus é determinante para rebater os dois argumentos (que surgem em articulação) dos críticos da integração europeia. Primeiro, convém repetir que uma

transferência de poderes não esgota o conteúdo da soberania de um país. Argumentá-lo é uma visão redutora de soberania. Segundo, são os representantes dos governos nacionais, e por decisão unânime, que têm a palavra final quando se equaciona uma alteração na distribuição de competências entre a União e os Estados membros, com o objetivo de reforçar o catálogo de competências daquela. Através deste processo, os Estados membros não perdem soberania; exercem-na. Pois são eles que decidem, num processo de baixo (nível nacional) para cima (nível supranacional), em que matérias e sob que condições se opera a transferência de poderes para a UE. Se o fazem, é porque têm legítimas e fundadas expetativas que o exercício daqueles poderes pela União será mais eficaz do que se continuarem remetidos ao nível nacional. É neste sentido que se conclui que resultado deste processo é o exercício (e não a perda, nem a limitação) da soberania dos Estados.

Outra abordagem que convoca os danos provocados pela integração europeia na soberania dos Estados membros concentra-se no processo legislativo da UE. O poder de *agenda-setting* da Comissão Europeia, e o facto de esta instituição ter importantes lacunas no que à sua legitimidade democrática diz respeito, são (na maneira de ver dos críticos) razões de sobra para concluir que há uma limitação, ou até uma perda, da soberania nacional. Contudo, uma análise mais cuidada da dinâmica do processo de decisão da UE, e de algumas regras constitucionais que se aplicam a este domínio, servem para rejeitar a alegação dos críticos.

Primeiro, olhando demoradamente para a dinâmica interna do processo legislativo ordinário, há vários estudos que sublinham a relevância factual (mas não formal) que o Conselho de Ministros assume (Crombez e Hix, 2014). Reconhecendo que as instituições envolvidas no processo legislativo representam diferentes interesses (a Comissão, no exercício do papel de iniciadora do processo, e o Parlamento Europeu representam interesses supranacionais; o Conselho de Ministros aparece em representação dos interesses nacionais), e que, por esse motivo, é frequente a existência de divergências entre o Parlamento Europeu e o Conselho de Ministros na fase

da negociação da proposta apresentada pela Comissão Europeia, o que importa é saber como se resolvem os diferendos entre ambas as instituições. Quando é necessário convocar o Comité de Conciliação, derradeiro balão de oxigénio que tem como objetivo a salvação de uma proposta legislativa, os representantes das instituições têm a consciência que essa é a última oportunidade para converter a proposta em legislação (Hix e Høyland, 2013).

É natural que, uma vez sentados à mesa das negociações, o representante do Parlamento Europeu e o representante do Conselho de Ministros estejam preparados para fazer cedências e concessões (se o objetivo for mesmo o de aprovar a proposta, o que pode nem sempre ser o caso). Apesar de o Parlamento Europeu e o Conselho de Ministros surgirem em pé de igualdade durante o processo legislativo ordinário, na prática, o ónus das concessões pende mais sobre a instituição parlamentar do que sobre o representante do Conselho de Ministros. Como ambas as instituições representam diferentes interesses e, em função disso, têm diferentes abordagens ao processo de integração europeia (mais ousada, o Parlamento Europeu; mais prudente, o Conselho de Ministros), quem mais tem a perder com a impossibilidade de um acordo no seio do Comité de Conciliação é o Parlamento Europeu (Franchino e Mariotto, 2013). Em não havendo acordo, não é possível converter a proposta de decisão em ato legislativo. Logo, na área em apreço, o processo de integração europeia não avança. É esse, justamente, o resultado que o Parlamento Europeu pretende evitar. Não quer isto significar que o Conselho de Ministros não se empenha na aprovação da proposta de decisão; só que dispõe de uma importante vantagem negocial ao tomar consciência que a pressão se exerce mais sobre o Parlamento Europeu. Na exata medida das maiores concessões que o Parlamento Europeu aceita fazer, conclui-se que, na prática, quem dispõe da última palavra sobre o processo de decisão é o Conselho de Ministros (Burns, Rasmussen e Reh, 2013).

Como esta é a instituição que representa os interesses nacionais, a ilação a retirar é a seguinte: mesmo que, ao longo do tempo, se tenha processado

uma progressiva transferência de poderes do nível nacional para o nível supranacional, quando a UE é chamada a aprovar decisões nesses domínios a dinâmica do processo legislativo coloca uma fatia considerável da influência legislativa nas mãos de uma instituição que representa os interesses dos governos nacionais. De forma indireta, ao ficarem acautelados os interesses dos Estados membros, não se produz lesão na soberania nacional.

Em reforço desta conclusão vêm outras duas regras de cariz constitucional sobre o funcionamento da UE. A primeira diz respeito à distribuição de competências entre a União e os Estados membros. Não só esta matéria foi sujeita a uma clara delimitação com o Tratado de Lisboa, excluindo a possibilidade de a União atuar fora das áreas que o Tratado inscreve no seu catálogo de competências (Schütze, 2015), como são poucos os poderes que pertencem a título exclusivo à UE (De Búrca, 2005). A regra, no que toca à identificação de competências da União, é a das competências concorrentes (ou partilhadas). Na prática, quando se identifica um poder que cabe nesta categoria, as decisões podem, potencialmente, partir das instituições da União, mas não se exclui a possibilidade de a produção de legislação pertencer, nesse mesmo domínio, aos governos nacionais (Wallace, Pollack e Young, 2015). Ou seja, mesmo quando o observador exterior se confronta com poderes que pertencem à União, se eles não lhe pertencerem a título exclusivo, fica aberta a possibilidade de a produção legislativa, num domínio específico, pertencer aos governos nacionais e não à UE. O que reforça as cautelas com que o exercício do poder político pelos governos nacionais é encarado no processo de integração europeia. Julgo que esta prudência concorre a favor da preservação, e não da perda ou da diminuição, da soberania nacional.

Na impossibilidade de sobreposição de decisões (da União e de alguns Estados membros) sobre um assunto que caiba na categoria das competências concorrentes (por manifesto prejuízo para a eficácia e para a coerência da UE e dos Estados membros), funciona um critério que estabelece uma ordem de prioridades na tomada de decisão. E esse critério

é, como será demonstrado, uma garantia adicional do exercício de poder político pelos Estados membros, em favor da tese que não reconhece um impacto negativo da integração europeia na soberania nacional. Esse critério é o princípio da subsidiariedade. Nos domínios sujeitos às competências concorrentes, deve ter primazia o nível de decisão (nacional, regional ou local, dependendo da organização político-administrativa de cada Estado) que estiver mais próximo dos cidadãos. Só quando a decisão implicar tão larga escala que ultrapassa a capacidade de decisão de cada Estado membro é que, a título subsidiário, a decisão pertence à UE (Føllesdal, 2002). O princípio da subsidiariedade com esta configuração oferece um potencial descentralizador (Dafflon, 2015), o que, uma vez mais, concorre a favor da preservação da capacidade de decisão do nível nacional e, por aí, desmente a tese da limitação ou da perda de soberania nacional. Acresce que, depois do Tratado de Lisboa, os parlamentos nacionais passaram a atuar como árbitros da conformidade de uma proposta de decisão da Comissão com o princípio da subsidiariedade (Kiiver, 2012), o que garante, ainda mais, as prerrogativas dos Estados membros (ou, pelo menos, evita abusos de centralização).

Por fim, e sem maiores desenvolvimentos (devido à especificidade do tema), convém lembrar que, em contraposição do argumento que identifica o Banco Central Europeu como outra razão da diminuição ou da perda de soberania nacional, autores há que descrevem a recuperação de soberania factual dos Estados membros que, no âmbito do Sistema Monetário Europeu, se submetiam informalmente à liderança da Alemanha e da política monetária conduzida pelo respetivo banco central (Verdun, 2000). Com um sistema de voto paritário no Conselho de Governadores do Banco Central Europeu (que deixou de existir com a entrada da Lituânia, o décimo nono Estado membro da zona euro (Clark, 2015)), e com o assento dos governadores dos bancos centrais nacionais no órgão de decisão do Banco Central Europeu, os restantes Estados membros recuperaram a palavra que antes tinham perdido. Portanto, o Banco Central Europeu devolveu soberania aos Estados membros que antes se limitavam a seguir a liderança da Alemanha (se se entender a capacidade de influenciar as decisões de

política monetária como ingrediente da soberania, o que é questionável). Ainda em relação ao Banco Central Europeu, há autores (embora minoritários) que não atribuem relevância às críticas que apontam ao elevado défice democrático do Banco Central Europeu. Argumentam: que o critério relevante é a legitimidade *output*, e não a legitimidade *input*; que, dada a centralidade que a política monetária assume no contexto da zona euro, e a originalidade da UEM como união monetária entre países com ancestrais tradições de soberania monetária, não se pode utilizar a grelha de análise que se usa para validar (ou não) as credenciais democráticas dos órgãos de soberania dos Estados membros (Longo e Murray, 2015).

4. Uma proposta alternativa: a reconceptualização da soberania

O raciocínio sequencial que atravessou as três secções anteriores procurou desmontar a argumentação que acusa o processo de integração europeia pela deterioração, ou até por perdas, da soberania nacional. Ao longo dessas secções expus uma contra-argumentação com o propósito de desvalorizar os danos na soberania nacional. O raciocínio não ficaria completo se, na última parte da sua sequência, não fosse apresentada uma visão alternativa. Não é suficiente rebater os argumentos críticos que associam a integração europeia com perdas ou com uma limitação da soberania nacional. Aliás, parte da lógica contra-argumentativa consistiu em sublinhar como se alterou, e profundamente, o contexto em que se move esta análise, de tal modo que é necessário equacionar o conceito operativo de soberania nacional, enxugá-lo dos seus elementos atávicos para ser congruente com o novo contexto, que é fruto da gradual evolução dos tempos e das circunstâncias em que medra a UE. Por outras palavras, impõe-se apresentar uma proposta de refundação, ou redefinição, do conceito de soberania. Deixei este desafio para a quarta e última secção da comunicação.

Já antes foi enfatizada a desterritorialização da soberania, como resultado da convergência de diversos fatores que concorreram para a

emergência deste fenómeno (Bartelson, 2014). É importante retomar o fenómeno para se perceber como atua a reconceptualização da soberania. Invocar a desterritorialização da soberania leva a reconhecer um dos fenómenos mais visíveis alimentado pela interdependência económica, pelo extravasar extraterritorial das consequências de decisões económicas e políticas, enfim, pelo funcionamento da UE. Na sua versão tradicional, a soberania nacional repousa em três elementos: território, população e poder político. Ora, a convergência daquelas tendências provocou, como fenómeno inevitável, a erosão do exercício do poder político por referência a uma determinada unidade territorial que se diz soberana (Keating, 2004). O fator geográfico associado à soberania começou a perder espessura, contribuindo para a desterritorialização da soberania.

Não vou levar em consideração fatores exteriores à integração europeia (globalização, emancipação do fator económico em relação ao fator político) que reforçam a tendência de desterritorialização da soberania; o foco da análise limita-se a fatores endógenos à integração europeia e que fornecem um elevado potencial transformativo do conceito de soberania. No caso da UE, a volatilidade das fronteiras é um dos seus principais traços genéticos. Começou por atuar, nos primórdios da construção europeia, na liberalização comercial e, aos poucos, nas liberdades de circulação aplicáveis aos fatores de produção. Mais tarde, a volatilidade das fronteiras estendeu-se às pessoas, quando até elas, na condição de pessoas enquanto tal (sem qualquer conotação económica, o que acontecia quando apenas eram tratadas como trabalhadores ou seus familiares), passaram a beneficiar de plena liberdade de circulação no âmbito do acordo de Schengen. Cada vez mais a UE surge, aos olhos do exterior, como um bloco unificado: é-o em termos comerciais, no plano da política monetária (para os Estados membros da zona euro), na defesa do valor da livre concorrência e noutros domínios em que, fruto da uniformização legislativa, a União surge crescentemente unificada quer aos olhos dos seus cidadãos e dos seus agentes políticos, quer aos olhos do resto do mundo (Chalmers e Chaves, 2015).

Estes fatores são o substrato da porosidade, se não mesmo da extinção (em termos práticos), das fronteiras nacionais. Elas continuam a existir cada vez mais apenas como obstáculos psicológicos, como referentes de um ideário nacional de delimitação territorial que apenas consegue estabelecer os limites físicos entre os diferentes países que compõem a UE (Rumford, 2006). Deixaram de ser obstáculos tangíveis. Já não são travões às trocas comerciais, nem sequer são travões à mobilidade das pessoas – que passam de país para país sem muitas vezes darem conta da transição, pois há países que retiraram das fronteiras os sinais que as identificavam. E as fronteiras, por ação concertada dos fatores explorados na secção 2, *supra*, também perderam o seu potencial de segmentação das decisões políticas e económicas, deixaram de ser uma barreira que isolava os países às influências provenientes de outros, seus vizinhos ou não. O património genético da UE é, em grande medida, este. Se os marcos que delimitam territórios nacionais sucumbiram, em grande parte por ação do processo de integração europeia (com o concurso dos demais fatores *supra* identificados), e se até o exercício do poder político que consubstancia uma parcela (e importante) da soberania está exposto à ação de fatores que têm origem extraterritorial, que sentido faz permanecer arreigado a um conceito de soberania que, pelas razões expostas, é datado?

A compartimentação territorial da soberania, que a arruma em gavetas que correspondem à existência de diferentes países, é desfasada do contexto atual. Usar um conceito datado de soberania para medir a sua estatura e a sua ordem de eficácia, num tempo e numa circunstância que são dele desfasados, coloca o conceito operativo numa crise existencial (Inocencio, 2014). Considero que este é um método condenado ao fracasso, pois a soberania assim conceptualizada é um atavismo. E os atavismos não são a medida adequada a tirar as medidas à contemporaneidade.

Para além da desterritorialização da soberania, uma segunda tendência fermenta a necessidade da sua reconceptualização: é um fenómeno, a seguir explicado, a que julguei conveniente chamar “des-substanciação” da soberania. Note-se que não está apenas em causa retirar a substância interna

da soberania, como ela era encarada no seu formato convencional. Trata-se de um passo intermédio no processo de reconceptualização da soberania: para lhe conferir nova roupagem, é necessário, antes de tudo, desnudá-la para depois ser possível a sua reconstrução a partir de uma folha em branco. Daí que esta segunda tendência seja mais rigorosamente definida como des-substanciação e posterior re-substanciação da soberania.

Esta tendência, que não pode ser dissociada da tendência da desterritorialização da soberania, é consequência imediata do funcionamento da UE, em particular da sua evolução ao longo do tempo, que a caucionou como organização dotada de competências reforçadas. No exercício desses poderes, a União tem a possibilidade de exercer uma parcela considerável do poder político (Lord e Magnette, 2004), descontando a possibilidade de, no contexto do princípio da subsidiariedade, os poderes serem exercidos ao nível nacional, regional ou até local. Talvez por demissão dos parlamentos nacionais, que não têm recursos suficientes para filtrar todas as propostas legislativas produzidas pela Comissão Europeia, não tem sido exercida com a regularidade pretendida (ou talvez não o tenha sido tanto) a prerrogativa de verificar a conformidade das propostas legislativas da Comissão com o princípio da subsidiariedade (Cooper, 2015). De acordo com o estipulado no número 3 do artigo 5.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em conjugação com o artigo 4.º do Protocolo (n.º 1) relativo ao papel dos parlamentos nacionais na União Europeia, a omissão dos parlamentos nacionais, num prazo de oito semanas a contar da apresentação de uma proposta de decisão, determina um parecer favorável tácito. O que daqui resulta é a aceitação (pelo silêncio dos parlamentos nacionais) que a proposta de decisão pode avançar para as etapas seguintes do processo legislativo ordinário, nomeadamente as que dependem das intervenções do Parlamento Europeu e do Conselho de Ministros e da posterior negociação entre ambas as instituições. Desta forma, a UE tem chamado a si muitas decisões que eventualmente ficariam reservadas ao nível nacional (ou regional, ou local) se os parlamentos nacionais procedessem a uma análise

sistemática e frequente da conformidade das propostas legislativas com o princípio da subsidiariedade.

O resultado final deste jogo de pares institucionais é o crescente exercício de poder político localizado nas instituições da União. A sede do poder político deslocou-se claramente para as instituições da UE. Desse modo, é pertinente identificar o fenómeno da desmaterialização da soberania nacional (Fabbrini, 2015), com a agravante deste fenómeno atuar com a complacência das autoridades nacionais competentes, em especial pela inércia dos parlamentos nacionais (ainda que decerto involuntária, atenta a falta de recursos à disposição daqueles parlamentos). A desmaterialização da soberania nacional não se traduz no emagrecimento dos Estados. Por outras palavras, é errado concluir que os Estados ficam "menos Estado" em consequência da desmaterialização da respetiva soberania.

Aqui desmaterialização significa, apenas, que o conteúdo ou a substância da soberania nacional sofreu uma significativa redefinição em virtude da dinâmica interna da UE. E, como já foi destacado antes, o reforço de poderes da entidade supranacional só foi possível porque, em sede de revisão dos tratados, as autoridades nacionais foram permitindo (e por unanimidade) um contínuo reforço dos poderes depositados da União. Como tal, esta transferência de poderes foi consentida, o que seria sempre suficiente para negar provimento à ideia de diminuição da soberania nacional como ato reflexo da progressiva transferência de poderes a favor da UE. Se o nível nacional fica (voluntariamente) desapossado de competências, há uma alteração no exercício do poder político associado a este nível de governação. Sendo menores os poderes, e verificando-se a circunstância de, em relação aos poderes concorrentes, a decisão ser tomada amiúde pelas instituições da União sem atropelo ao princípio da subsidiariedade, há um espaço menor para o seu exercício. Este processo culmina na desmaterialização da soberania nacional, o que não é, todavia, sinónimo do seu esvaziamento.

Como ficou manifesto no argumento precedente, este é um processo *bottom-up*. Ele depende do prévio consentimento das autoridades nacionais, com a exigência adicional de esse consentimento ser produto de uma deliberação unânime. Este processo traduz-se na crescente visibilidade e no reforço do protagonismo da UE. Aliás, com a crise da zona euro notou-se a intensificação desta tendência, pelo reconhecimento, entre instituições da UE e, sobretudo, entre os governos nacionais, das fortes externalidades negativas presentes quando a crise emergiu (ainda na sua fase de crise das dívidas soberanas) (Hinarejos, 2015). E mesmo que se invoque a centralidade assumida por instituições representativas de interesses nacionais (Conselho Europeu e Conselho de Ministros Ecofin) ao longo da crise da zona euro, ou até que a liderança tenha derivado de cimeiras bilaterais entre a chanceler alemã e o presidente francês, portanto num quadro a-institucional (à margem do sistema institucional da União), julgo que o facto decisivo é do reconhecimento do novo quadro político de resolução de problemas que ditou esta solução. Ou seja, ao medirem o potencial explosivo da crise da zona euro, numa assunção de riscos que envolvia alguma probabilidade de implosão da UEM (com um possível efeito de arrastamento para a UE como um todo), as instâncias nacionais admitiram a escala transnacional da crise e encontraram soluções (umas no quadro institucional da União, outras fora desse quadro) que, em termos efetivos, reforçam a tendência da extraterritorialidade da soberania.

Porventura o protagonismo de instituições onde têm lugar interesses nacionais e, mais ainda, a erosão do quadro institucional da União a partir do momento em que a Alemanha e a França tomaram as rédeas do processo de reação à crise através das cimeiras bilaterais, corporizem um deslocamento da sede de poder do pêndulo supranacional para o pêndulo intergovernamental (Dinan, 2013). Possivelmente, este fenómeno tem implicações quanto à teorização da integração europeia, ao menos pela impressão de que assuntos europeus passaram a ser ditados pela convergência de interesses nacionais, representados no Conselho Europeu e no Conselho de Ministros Ecofin (Bickerton, Hodson e Puetter, 2015). Até se pode questionar se a preponderância das cimeiras franco-alemãs, que

alimentou críticas duras sobre um diretório que traía a natureza do processo de integração europeia (Rampini, 2014), não será argumento decisivo para um retrocesso na essência supranacional da UE – mais a mais quando os termos dos acordos alinhavados nestas cimeiras eram depois transportados para reuniões do Conselho Europeu que tinham lugar imediatamente a seguir às cimeiras franco-alemãs. Os mais céticos e os desiludidos com o curso dos acontecimentos apressaram a terçar argumentos devastadores, alguns pressagiando o fim próximo da União pelo esvaziamento do sistema institucional da UE (Zielonka, 2014). E, em reforço da sua tese, insurgiram-se contra a concentração de soberania nos países acusados de fomentarem o diretório, à qual correspondia uma efetiva diluição da soberania dos demais Estados membros (sobretudo os da zona euro) (Jabko, 2013).

Parecem-me exagerados tais diagnósticos. A haver um dano resultante deste método, um método desastrado para resolver um problema tão grave para a zona euro, ele cinge-se ao nível da imagem perpassada. É indubitável que, aos olhos da opinião pública, as rédeas pareciam estar nas mãos de Merkel e Sarkozy (e depois Hollande, mais apagado do que o seu antecessor). Aparentemente, era como se os restantes chefes de Estado ou de governo esperassem, sentados no Conselho Europeu, que a chanceler alemã e o presidente francês lhes apresentassem as conclusões da cimeira bilateral, para validarem, e sem discussão, essas conclusões. A retórica de alguma imprensa e de certo discurso político protestava contra o ultraje das imposições do suposto diretório franco-alemão sobre os demais Estados membros da zona euro. Para os defensores da soberania à maneira antiga, era uma heresia. Todavia, não é crível que os acontecimentos fossem reprodução fidedigna desta narrativa sombria. Primeiro, porque não é de crer que os demais líderes europeus fossem consumidores acríticos das medidas trazidas ao Conselho Europeu pela Alemanha e pela França. Segundo, porque o Conselho Europeu tem, nem que seja apenas no plano formal, de deliberar sobre o que seja trazido à mesa das negociações, o que serve para afastar o fantasma das imposições do diretório (Christoffersen, 2009). Haveria, isso sim, imposições do diretório se fosse possível àqueles dois países (ou a quaisquer outros) ditarem as condições vindouras à saída

de uma reunião bilateral, sem que ocorresse um posterior Conselho Europeu a tomar conhecimento delas, a discuti-las e a sobre elas deliberar. E, terceiro, porque na história da integração europeia, estão documentados abundantemente grandes passos da integração europeia que partiram da iniciativa de um grupo restrito de Estados membros, sendo posteriormente negociados e votados no Conselho Europeu (Moravcsik, 1998).

Sem querer entrar a fundo na discussão sobre as consequências deste quadro político-institucional da crise da zona para a teorização da integração europeia – por ser matéria que extravasa o objetivo da comunicação – é importante introduzir uma outra dimensão que suaviza a linha argumentativa sobre a deriva intergovernamental da UE. Alguns dos nós desatados ao longo da crise da zona euro muito se deveram à ação do Banco Central Europeu. Assim aconteceu, principalmente, com o programa *Outright Monetary Transactions* (OMT) (Eichengreen, 2015), de compra de dívida pública dos Estados membros no mercado secundário, sendo possível identificar outros episódios ao longo da crise em que a posição do banco central influenciou decisões políticas tomadas ao nível do Conselho Europeu e do Conselho de Ministros Ecofin (Vila Maior, 2013). Se este argumento que ofereço à discussão pode, por um lado, travar o possível escorregamento da União para uma vertente intergovernamental (o Banco Central Europeu é uma instituição que representa interesses supranacionais e possui um forte estatuto de independência política), contempla, por outro lado, o risco de vir em apoio das teses que se posicionam a favor da degradação da soberania nacional. Como ficou patente anteriormente, um dos argumentos usados em favor daquelas teses é o poder excessivo do banco central e a sua não democraticidade. Ora, se o protagonismo do Banco Central Europeu atua como contrapeso das tendências de afirmação intergovernamental, o reconhecimento do seu papel central pode, por outro lado, pelo menos na lógica argumentativa dos que se insurgem contra as perdas de soberania nacional, reforçar os seus argumentos.

Uma vez mais, a análise não se deve conduzir por parâmetros atávicos para o tempo e as circunstâncias que atravessamos. Retomando argumentos

anteriores (ver secções 2 e 3, *supra*), não só a soberania deve ser aferida por uma bitola diferente, como os julgamentos ao poder e à legitimidade do Banco Central Europeu devem ser feitos sob um prisma que não pode ser o utilizado quando tal aferição é feita a órgãos de soberania no contexto nacional. O argumento que desvaloriza a ideia de que a posição central do Banco Central Europeu contribuiu para a erosão da soberania nacional concatena-se com a desterritorialização e a re-substanciação da soberania. O fator-chave é o efeito positivo resultante da decisão da autoridade monetária de "fazer o que fosse preciso" para salvar a zona euro e, ato contínuo, o esclarecimento desta afirmação que colocou o Banco Central Europeu numa posição de *lender of last resort* na zona euro (Wallace, 2016). A simples comunicação da intenção de ajudar os Estados membros que atravessem dificuldades na gestão da dívida pública através da compra, pelo Banco Central Europeu, de ativos da dívida pública no mercado secundário foi suficiente para se inverter a tendência de alta nas taxas de juro da dívida pública, sobretudo dos Estados membros que pagavam um prémio de risco mais elevado antes da intervenção do Banco Central Europeu (Reichlin e Pill, 2015).

Se o conceito de soberania se sujeitar a um processo de re-substanciação que convoca aspetos materiais, e não apenas a sua veste formal ou institucional, as perguntas que deixo antes das conclusões são as seguintes: com a ajuda do Banco Central Europeu, a diminuição dos encargos dos Estados membros com as respetivas dívidas públicas não contribuiu para aliviar a pressão macroeconómica que sobre eles pesava, com resultados positivos nas economias nacionais e no bem-estar dos cidadãos? Os Estados membros passaram a ter mais margem de manobra na política orçamental, na sequência da intervenção do Banco Central Europeu? O impacto, que aqui tem mensuração material, foi favorável. Sem querer entrar numa dimensão contra-factual, não arrisco se concluir que teria sido mais difícil para as autoridades nacionais conduzir as políticas orçamentais, e o próprio ajustamento macroeconómico exigido pela crise da zona euro, se o Banco Central Europeu tivesse optado pela omissão. Neste sentido, o Banco Central Europeu deu um contributo para a soberania dos Estados membros,

até porque eles ficaram menos expostos aos humores voláteis dos mercados financeiros que ajuízam o seu risco na altura de recorrerem ao financiamento externo.

Conclusões

A comunicação tomou, como ponto de partida, alguns dos argumentos que enfatizam a relação causal entre integração europeia e a erosão, ou mesmo a perda, de soberania nacional. Após ter apresentado as várias linhas argumentativas que alicerçam aquela ideia, avancei de seguida para a contraprova, enunciando os fatores que devem ser levados em consideração para rebater a lógica da causalidade negativa entre integração europeia e danos na soberania nacional. Expus, a esse propósito, os dados que se congeminam num novo contexto que obriga a alterar o quadro conceptual da soberania. Esses dados passam pela evolução do tempo e das circunstâncias, com particular ênfase para a velocidade vertiginosa com que a inovação tecnológica, pela interdependência económica a nível mundial e pela emancipação da decisão económica de constrangimentos colocados pelo fator político (verificando-se cada vez mais o contrário, ou seja, como a decisão económica introduz constrangimentos à decisão política, que se torna reativa) e pela integração europeia. Todos os fatores obrigam a uma desconstrução da soberania tal como ela é conceptualizada pelos que imputam responsabilidades ao processo de integração europeia por a deteriorar. Julguei ser oportuno confrontar as teses dos soberanistas (assim genericamente apelidados os que estabelecem a relação causal entre a UE e a perda ou a limitação de soberania nacional) com o novo tabuleiro internacional (nos domínios político e económico), para extrair conclusões de forma a validar ou a infirmar os postulados que servem de esteio às suas ideias. Concluí que, perante este novo contexto, profundamente alterado, continuar a utilizar o conceito de soberania sem o atualizar condena esse conceito ao atavismo, perdendo validade como conceito operativo.

Todavia, não considerei ser satisfatório, para os propósitos desta comunicação, chegar a uma conclusão que infirmasse o seu ponto de partida. Quis ir mais longe, apresentando uma proposta alternativa de reconceptualização da soberania. Esta alternativa depende de um método heurístico que consiste na desconstrução da soberania (por manifesta ineptidão enquanto conceito operativo perante os desafios que se colocam na atualidade), atravessando dois passos sucessivos: explicar que a soberania, tal como era entendida há umas décadas, está hoje exposta a um duplo processo de desterritorialização e de des-substanciação. Ou seja, desconstruída a soberania (o que serve, ao mesmo tempo, para reforçar a contracrítica aos críticos que acusam a UE de ser um agente danoso para a soberania nacional), o segundo momento do método utilizado exigia a sua reconstrução, ou reconceptualização, conduzindo à re-substanciação da soberania após ele ter sido esvaziada (no em sentido pleno do termo, mas esvaziada de contextualização).

A reconceptualização da soberania coloca um importante desafio teórico, mas também prático, porque a soberania não é um conceito opaco e inoperacional; tem consequências práticas, quanto mais não seja ao nível do ideado pelos cidadãos e como ponto de ancoragem política e identitária entre estes e um Estado (Guibernau, 2013). A linha de argumentação leva a concluir que, não tendo sentido deixar de falar em soberania nacional (nomeadamente por causa das lealdades políticas e do fator identitário a ela subjacentes), se impõe uma reconstrução da soberania que assuma os traços de desterritorialização fruto das pressões extraterritoriais que se colocam.

A reconceptualização da soberania tem uma importante carga extraterritorial, o que implica uma relação de causa e consequência. Em termos conceptuais, por todos os fatores aludidos nas secções anteriores, nota-se um esvaziamento da soberania quando ela continua a ser vista como uma categoria exclusiva dos Estados-nação. Ou seja, descontando as cautelas acima mencionadas (lealdade política e identidade dos cidadãos), cada vez menos faz sentido falar de soberania nacional. A sua desterritorialização e a sua des-substanciação diluem o elo entre o conceito

de soberania e o seu tradicional cais nacional. Teimar na soberania nacional é um anacronismo. O que tem importantes consequências ao nível da análise dos possíveis danos causados pela evolução da integração europeia: como conceito anacrónico que é, nem vale a pena sujeitá-lo a medição no contexto da UE. Pois, em vez de soberania nacional, o que está em causa é reconhecer uma soberania pós-nacional (Přibáň, 2015) (ou, em rigor, "pós-pósmoderna") (Giddens, 2013) que corrija os erros de análise que conduzem a conclusões que não podem ser validadas.

Referências

Agnew, John (2005), "Sovereignty Regimes: Territoriality and State Authority in Contemporary World Politics", in *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 5, issue 2, pp. 437-461.

– (2009), *Globalization and Sovereignty*, Lanham, MY: Rowman & Littlefield.

Bartelson, Jens (2014), *Sovereignty as Symbolic Form*, London: Routledge.

Bickerton, Christopher, Hodson, Dermot and Puetter, Uwe (2015), "The New Intergovernmentalism and the Study of European Integration", in Bickerton, Christopher, Hodson, Dermot and Puetter, Uwe (eds.), *The New Intergovernmentalism: States and Supranational Actors in the Post-Maastricht Era*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1-48.

Burns, Charlotte, Rasmussen, Anne and Reh, Christine (2013), "Legislative codecision and its impact on the political system of the European Union", in *Journal of European Public Policy*, vol. 20, issue 7, pp. 941-952.

Caporaso, James A. (1996), "The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory, or PostModern?", in *Journal of Common Market Studies*, vol. 34, issue 1, pp. 29-52.

Chalmers, Damien and Chaves, Mariana (2015), "EU Law-Making and the State of European Democratic Agency", in Cramme, Olaf and Hobolt, Sara B. (eds.), *Democratic Politics in a European Union under Stress*, Oxford: Oxford University Press, pp. 155-179.

Church, Clive and Phinnemore, David (2013), “From the Constitutional Treaty to the Treaty of Lisbon and Beyond”, in Cini, Michelle and Borragán, Nieves P.-S., *European Union Politics*, 5th. ed., Oxford: Oxford University Press, pp. 30-49.

Christoffersen, Poul S. (2009), “The Role of the European Council in Institutional and Policy Developments”, in Phinnemore, David and Warleigh-Lack, Alex (eds.), *Reflections on European Integration: 50 Years of the Treaty of Rome*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, pp. 74-92.

Clark, Gordon L. (2015), “The geography of the European Central Bank: form, functions and legitimacy”, in *Journal of Economic Geography*, vol. 15, issue 5, pp. 843-853.

Cooper, Ian (2015), “A yellow card for the striker: national parliaments and the defeat of EU legislation on the right to strike”, in *Journal of European Public Policy*, vol. 22, issue 10, pp. 1406-1425.

Craig, Paul (2001), “Constitutions, Constitutionalism, and the European Union”, in *European Law Journal*, vol. 7, n. º 2, pp. 125-150.

– (2010), *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford: Oxford University Press.

Crombez, Christophe and Hix, Simon (2014), “Legislative Activity and Gridlock in the European Union”, in *British Journal of Political Science*, vol. 45, issue 3, pp. 477-499.

Dafflon, Bernard (2015), “The assignment of functions to decentralized government: from theory to practice”, in Ahmad, Ehtisham and Brosio, Giorgio (eds.), *Handbook of Multilevel Finance*, Cheltenham: Edward Elgar.

De Búrca, Gráinne (2005), “Limiting EU Powers”, in *European Constitutional Law Review*, vol. 1, issue 1, pp. 92-98.

De Grauwe, Paul (2016), *Economics of Monetary Union*, 11th. ed., Oxford: Oxford University Press.

Dinan, Desmond (2010), *Ever Closer Union: An Introduction to European Integration*, 4th. ed., Basingstoke: Palgrave Macmillan.

– (2013), “EU Governance and Institutions: Stresses Above and Below the Waterline”, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, issue S1, pp. 89-102.

Dobbels, Mathias and Neuhold, Christine (2015), “Officials ‘Pre-Cooking’ EU Affairs? The Role of EP Officials in the Ordinary Legislative Procedure (OLP)”, in Bauer, Michael W. and Trondal, Jarle (eds.), *The Palgrave Handbook of the European Administrative System*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, pp. 246-262.

Duff, Andrew (2015), *Pandora, People, Polity: How to Change the European Union*, London: John Harper Publishing.

Eichengreen, Barry (1996), “Institutions and economic growth: Europe after World War II”, in Crafts, Nicholas and Toniolo, Gianni (eds.), *Economic Growth in Europe Since 1945*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 38-72.

– (2015), “How the euro crisis ends: Not with a bang but a whimper”, in *Journal of Policy Modelling*, vol. 37, issue 3, pp. 415-422.

Fabbrini, Sergio (2015), *Which European Union? Europe after the Crisis*, Cambridge: Cambridge University Press.

Farrell, Henry and Héritier, Adrienne (2005), “A rationalist-institutionalist explanation of endogenous regional integration”, in *Journal of European Public Policy*, vol. 12, issue 2, pp. 273-290.

Føllesdal, Andreas (2002), “Survey Article: Subsidiarity”, in *Journal of Political Philosophy*, vol. 6, issue 2, pp. 190-218.

– (2006), “EU Legitimacy and Normative Political Theory”, in Cini, Michelle and Bourne, Angela K. (eds.), *Palgrave Advances in European Union Studies*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, pp. 151-173.

– and Hix, Simon (2006), “Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik”, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 44, issue 3, pp. 533-562.

Franchino, Fabio and Mariotto, Camilla (2013), “Explaining negotiations in the conciliation committee”, in *European Union Politics*, vol. 14.

Frieden, Jeffrey, Lake, David A. and Broz, J. Lawrence (2009), *International Political Economy: Perspectives on Global Power and Wealth*, 5th. ed., New York: W. W. Norton.

Giddens, Anthony (2013), *The Consequences of Modernity*, Cambridge: Polity Press.

Glencross, Andrew (2014), *Politics of European Integration: Political Union or a House Divided?*, London: Wiley-Blackwell.

Guibernau, Montserrat (2013), *The Identity of Nations*, New York: John Wiley & Sons.

Hayward, Jack (2012), "National Governments, the European Council and Councils of Ministers: A Plurality of Sovereignties. Member State Sovereigns without an EU Sovereign", in Hayward, Jack and Wurzel, Rüdiger (eds.), *European Disunion: Between Sovereignty and Solidarity European Disunion: Between Sovereignty and Solidarity*, 81.

Hix, Simon, e Høyland, Bjørn (2013), "Empowerment of the European Parliament", in *Annual Review of Political Science*, vol. 16, pp. 171-189.

Heywood, Andrew (2013), *Politics*, 4th. ed., Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Hinarejos, Alicia (2015), *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford: Oxford University Press.

Hofmeister, Hannes (2010), "'Should I Stay or Should I Go?' – A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU", in *European Law Journal*, vol. 16, issue 5, pp. 589-603.

Inocencio, Flavio G. I. (2014), *Reconceptualizing Sovereignty in the Post-National State: Statehood Attributes in the International Order – The Federal Tradition*, Bloomington, IN: AuthorHouse.

Jabko, Nicholas (2013), "The political appeal of austerity", in *Comparative European Politics*, n. º11, pp. 705-712.

Jones, Erik (2009), "Output Legitimacy and the Global Financial Crisis: Perceptions Matter", in *Journal of Common Market Studies*, vol. 47, issue 5, pp. 1085-1105.

Kahler, M. and Lake, David A. (2004); “Governance in a Global Economy: Political Authority in Transition”, in *Political Science and Politics*, vol. 37, issue 3, pp. 409-414.

Kaltenthaler, Karl (2006), *Policymaking in the European Central Bank*, Lahnam, MY: Rowman & Littlefield.

Keating, Michael (2004), *Plurinational Democracy: Stateless Nations and in a Post-Sovereign Era*, Oxford: Oxford University Press.

Kiiver, Philipp (2012), *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional theory and empirical reality*, London: Routledge.

Kohler-Koch, Beate and Rittberger, Berthold (2007), “Charting Crowded Territory: Debating the Democratic Legitimacy of the European Union”, in Kohler-Koch, Beate and Rittberger, Berthold (eds.), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Lanham, MY: Rowman & Littlefield, pp. 1-30.

Kostandinides, Theodore (2009), *Division of Powers in European Union Law: The Delimitation of Internal Competence between the EU and the Member States*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Krasner, Stephen D. (2005), “The Case for Shared Sovereignty”, in *Journal of Democracy*, vol. 16, n. º 1, pp. 69-83.

Lawrence, Robert Z. (1996), *Regionalism, Multilateralism, and Deeper Integration*, Washington DC: The Brookings Institution.

Longo, Michael and Murray, Philomena (2015), *Europe’s Legitimacy Crisis: From Causes to Solutions*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Lord, Christopher and Magnette, Paul (2004), “E Pluribus Unum? Creative Disagreement about Legitimacy in the EU”, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 42, issue 1, pp. 183-202.

MacCormick, Neil (1999), *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press.

Majone, Giandomenico (2014), *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis: Has Integration Gone Too Far?*, Cambridge: Cambridge University

Press.

Mattli, Walter (1999), *The Logic of Regional Integration: Europe and Beyond*, Cambridge: Cambridge University Press.

Milward, Alan S., Brennan, George and Romero, Federico (2000), *The European Rescue of the Nationstate*, 2nd. ed., London: Routledge.

Moravcsik, Andrew (1998), *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca: Cornell University Press.

Naurin, Daniel (2015), "The councils of the EU: intergovernmental bargaining in a supranational polity", in Richardson, Jeremy and Mazey, Sonia (eds), *European Union: Power and policy-making*, 4th. ed., London: Routledge, pp. 135-158.

Neumann, Manfred J. (2010), "Some observations on the ECB's monetary policy", in Buti, Marco, Deroose, Servaas, Gaspar, Vítor and Martins, João N. (eds.), *The Euro: The First Decade*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 230-258.

Oatley, Thomas (2015), *International Political Economy*, 5th. ed., London: Routledge.

Přibáň, Jiri (2015), *Sovereignty in a Post-Sovereign Society: A Systems Theory of European Constitutionalism*, Farnham: Ashgate.

Ramos, Jennifer M. (2013), *Changing Norms Through Actions: The Evolution of Sovereignty*, Oxford: Oxford University Press.

Rampini, Federico (2014), "Does austerity prevail over democracy? Two bad models: Italy and Greece", in Jensen, Jody and Miszlivetz, Ferenc (eds.), *Reframing Europe's Future: Challenges and failures of the European construction*, London: Routledge, pp. 152-159.

Reichlin, Lucrezia and Pill, Huw (2016), "Exceptional Policies for Exceptional Times: the ECB's response to the rolling crises of the euro area", in Badinger, Harald and Nitsch, Volker (eds.), *Routledge Handbook of the Economics of European Integration*, London: Routledge, pp. 351-375.

Risse, Thomas and Kleine, Mareike (2007), “Assessing the Legitimacy of the EU’s Treaty Revision Methods”, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 45, issue 1, pp. 69-80.

Risse-Kappen, Thomas (2008), “Exploring the Nature of the Beast: International Relations Theory and Comparative Policy Analysis Meet the European Union”, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 34, issue 1, pp. 53-80.

Robinson, William I. (2004), *A Theory of Global Capitalism: Production, Class, and State in a Transnational World*, Baltimore, MY: The John Hopkins University Press.

Roobol, Wim H. (2005), “Federalism, Sovereignty, etc.”, in *European Constitutional Law Review*, vol. 1, issue 1, pp. 87-91.

Rosato, Sebastian (2011), *Europe united: power politics and the making of the European Community*, Ithaca, NY: Cornell University Press.

Rumford, Chris (2006), “Theorizing Borders”, in *European Journal of Social Theory, European Journal of Social Theory* 169.

Schmidt, Vivien A. (1999), “National Patterns of Governance Under Siege: the impact of European integration”, in Kohler-Koch, Beate and Eising, Rainer (eds.), *The Transformation of Governance in the European Union*, London: Routledge, pp. 155-172.

– (2012), “Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and ‘Throughput’”, in *Political Studies*, vol. 61, issue 1, pp. 2-22.

Schütze, Robert (2015), “EU Competences: Existence and Exercise”, in Arnull, Anthony and Chalmers, Damien (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 75-102.

Swenden, Wilfried (2006), *Federalism and Regionalism in Western Europe: A Comparative and Thematic Analysis*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Verdun, Amy (2000), “Monetary Integration in Europe: Ideas and Evolution”, in Green Cowles, Maria and Smith, Michael (Eds.), *The State of the European Union: Risks, Reform, Resistance, and Revival*, Oxford: Oxford University Press, pp. 91-109.

Vila Maior, Paulo (2013), “Rising intergovernmental European Union: old wine in new bottles?”, in *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, vol. 1, issue 3, pp. 209-223.

Wallace, Helen, Pollack, Mark A. and Young, Alasdair R. (2015), *Policy-Making in the European Union*, 7th. ed., Oxford: Oxford University Press.

Wallace, Paul (2016), *The Euro Experiment*, Cambridge: Cambridge University Press.

Wallace, William (1999), “The Sharing of Sovereignty: The European Paradox”, in *Political Studies*, vol. 47, issue 3, pp. 503-521.

Weiler, Joseph H. (1999), *The Constitution of Europe: “Do the New Clothes Have an Emperor?” and Other Essays on European Integration*, Cambridge: Cambridge University Press.

Woods, Ngaire (2011), “International political economy in an age of globalization”, in Baylis, John, Smith, Steve and Owens, Patricia (eds.), *The Globalization of World Politics: An introduction to international relations*, Oxford: Oxford University Press, pp. 243-257.

Zielonka, Jan (2014), *Is the EU Doomed?*, Cambridge: Polity Press.

ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO *PRIVATE ENFORCEMENT* DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: A VINCULATIVIDADE DAS DECISÕES DAS AUTORIDADES NACIONAIS DA CONCORRÊNCIA NOS TRIBUNAIS CÍVEIS E SUA REVISÃO JUDICIAL[250]

Nuno Albuquerque Matos[251]

Sumário: 1. Introdução; 2. Paralelismo de Duas Formas Complementares de *enforcement*; 3. Tribunais Nacionais no Quadro do *Enforcement* do Direito Europeu da Concorrência; 4. Vinculatividade das Decisões Adoptadas Pelas Autoridades Nacionais de Concorrência; 5. Avaliação da Solução Vertida na Directiva; 6. Conclusão.

1. Introdução

Na União Europeia (daqui para a frente, UE) existe um recurso excessivo às entidades públicas para a execução do direito da concorrência (ou, na terminologia anglo-saxónica, *public enforcement*)[252]. Distinta prova deste facto reside na evolução verificada relativamente à alocação de competências entre autoridades. De facto, apesar do efeito directo dos direitos decorrentes dos Tratados da UE – incluindo os que derivam dos artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (daqui para a frente, TFUE) – que o torna executável perante os tribunais nacionais, a Comissão Europeia (daqui para a frente Comissão) tem assumido a liderança, quase solitária, até à entrada em vigor do Regulamento Modernizador de 2003. Com efeito, desde então as Autoridades Nacionais da Concorrência (ANC) têm adoptado uma importância crescente na prossecução e penalização de infrações ao direito europeu e nacional da concorrência, tendo em conta a sua especialização e cada vez mais profunda experiência em lidar com processos desta natureza.

Os tribunais, porém, não têm acompanhado esta evolução. Não só tem sido realçada a especial deferência dos tribunais de recurso relativamente às decisões das ANC não realizando, em consequência, a sua função de revisão judicial adequadamente, como também raramente os tribunais civis têm sido confrontados com acções de indemnização intentadas com fundamento em infracção ao direito da concorrência. Este *status quo* contrasta com o existente nos Estados Unidos da América (daqui para a frente, EUA), onde se encontra estabelecido um sistema *court based*, o qual coloca o tribunal como protagonista no quadro da execução do direito da concorrência.

Como forma de obviar esta situação e incentivar a utilização tanto das chamadas acções de *follow-on*[253] como de *stand-alone*[254], o Parlamento Europeu e o Conselho adoptaram a Directiva 2014/104/UE, a qual pretende harmonizar certas regras que regem as acções de indemnização no âmbito

do direito nacional por infracção às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, nomeadamente no que concerne ao efeito das decisões tomadas por uma ANC ou por um tribunal de recurso.

O presente artigo visa, assim, colocar enfoque no específico aspecto da vinculatividade das decisões tomadas por uma ANC relativamente aos tribunais civis e a relação existente com a revisão judicial das mesmas. Neste sentido, propomo-nos, no ponto 2, explicar que o *enforcement* público e o privado do direito da concorrência representam duas faces da mesma moeda, existindo uma intrínseca relação de complementaridade. Daqui prosseguiremos para explanar, no ponto 3, o relevante papel desempenhado pelos tribunais neste contexto, mas também as limitações de índole jurisprudencial com que os mesmos se encontram confrontados. Atentaremos, posteriormente, no ponto 4, no efeito atribuído pela Directiva à referida vinculatividade das decisões administrativas sobre os tribunais cíveis, procurando expor que a solução nela vertida deriva de uma interpretação das mencionadas limitações que poderá não ser extensível para o plano nacional. Por fim, exploraremos o *acquis communautaire* relativamente aos direitos humanos. Com este pano de fundo, abordaremos a compatibilidade do grau de revisão judicial das decisões das ANC, em vigor nos Estados-Membros, com a vinculatividade estipulada pela Directiva.

2. Paralelismo de Duas Formas Complementares de *Enforcement*

A crítica de que os tribunais cíveis não apresentam um grau suficiente de experiência, por forma a contribuírem substancialmente para a execução do direito da concorrência, é frequentemente aduzida. No entanto, a importância dos tribunais neste contexto não deve ser menosprezada. De facto, o *enforcement* público e privado são duas faces da mesma moeda, quer dizer, duas formas distintas de abordar a mesma realidade. Em consequência, deverão as mesmas ser consideradas complementares[255] na contribuição que aportam para o sistema de execução, por diversas razões.

Em primeiro lugar, a execução privada comporta utilidade desde logo para colmatar a impossibilidade natural de as ANC perseguirem todas as infracções ao direito da concorrência que ocorrem na sociedade[256]. Por outro lado, os objectivos prosseguidos pelo *enforcement* público e privado são distintos, uma vez que as autoridades da concorrência norteiam a sua actividade pela percepção que têm do que deverá constituir o interesse público, privilegiando o cumprimento do enquadramento jurídico vigente através do efeito dissuasor que comporta. Ou seja, o seu objectivo não é necessariamente coincidente com os interesses das partes eventualmente lesadas, podendo até divergir em determinadas circunstâncias. O argumento precedente permite-nos retirar um outro: na certeza de que as autoridades da concorrência não orientam a sua actividade com base em interesses de terceiros, daí resulta que o *enforcement* privado se apresenta como a única forma de garantir a plena eficácia dos direitos consagrados no TFUE, no quadro das disposições sobre concorrência, no cumprimento do longo acervo jurisprudencial sobre efeito directo desenvolvido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (daqui para a frente TJUE)[257]. Adicionalmente, a execução privada do direito da concorrência poderá, do nosso ponto de vista, ser equiparada à "mão invisível" propugnada por Adam Smith, no sentido de que as partes privadas, ao intentar uma acção de indemnização, estão, por essa via, não apenas a efectivar os direitos que lhes assistem mas

também, simultaneamente (e, na maioria das vezes, sem consciência disso), a garantir o cumprimento do enquadramento jurídico vigente[258].

Esta natureza complementar é operacionalizada, porém, em percursos paralelos e separados. Desde os primórdios do direito europeu da concorrência que o mesmo tem sido executado eminentemente por (se não mesmo dependente de)[259] entidades públicas. Na vigência do Regulamento n.º 17/62[260], a competência de *enforcement* estava exclusivamente atribuída à Comissão Europeia, a qual gozava de um monopólio legal relativamente à abertura de processos, imposição de coimas por infracções aos actuais artigos 101.º e 102.º, bem como concessão de isenções nos termos do actual 101.º, n.º 3, no respeito do sistema de notificação obrigatório[261]. Este sistema centralizado foi alterado em 2003, com a entrada em vigor do chamado "Regulamento da Modernização" ou Regulamento n.º 1/2003[262], o qual descentralizou a aplicação do direito da concorrência da UE, atribuindo por isso também às ANC a competência de aplicar os disposto nos artigos 101.º e 102.º TFUE, partilhando, desta forma, o *enforcement* público com a Comissão Europeia.

Por outro lado, e apesar da predominância das entidades públicas no quadro do direito europeu da concorrência, o TJUE tem reiterado o paralelismo existente quanto às competências a desempenhar pelos tribunais. Com efeito, no acórdão BRT c. SABAM[263], o Tribunal teve de responder à questão de saber se o artigo 9.º do Regulamento n.º 17/62, o qual impedia as autoridades nacionais competentes de darem início a processos se a Comissão Europeia já o tivesse feito quanto a infracções atinentes aos actuais artigos 101.º e 102.º, poderia ser considerado extensível aos tribunais nacionais. O TJUE deliberou negativamente, estipulando que "*16. Uma vez que as proibições previstas nos artigos [101°], n.° 1, e [102.°] se prestam, pela sua própria natureza, a produzir efeitos directos nas relações entre particulares, estes artigos criam na esfera jurídica dos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger. 17. Utilizar o já citado artigo 9.° para negar competência a estes órgãos jurisdicionais para assegurar a referida*

protecção seria privar os particulares de direitos que o próprio Tratado lhes confere"[264].

No acórdão *Delimitis*[265], o Tribunal aprofundou o seu entendimento, esclarecendo que "*Quando as condições para a aplicação do n.° 1 do artigo [101.º] não estejam manifestamente preenchidas e não exista, por conseguinte, qualquer risco de que a Comissão se venha a pronunciar diferentemente, o juiz nacional pode fazer prosseguir os autos e pronunciar-se sobre o contrato em litígio. O mesmo se diga quando a incompatibilidade do contrato com o disposto no n.° 1 do artigo [101.°] não dê lugar a quaisquer dúvidas e, tendo em conta os regulamentos de isenção e as precedentes decisões da Comissão, o contrato não possa em caso algum ser objecto de uma decisão de isenção nos termos do n.° 3 do artigo [101.°]*"[266]. Significa isto que não impendia qualquer obrigação sobre os tribunais nacionais de aguardarem por uma decisão da Comissão, se a não-infracção ou a infracção não suscitasse quaisquer dúvidas, neste último caso ficando a sentença condicionada apenas ao facto de não existir hipótese de aplicação da isenção, ao abrigo do n.º 3 do actual artigo 101.º[267].

Pelo exposto, é possível concluir que a autonomia material, processual e institucional do *enforcement* público e privado é reconhecida em jurisprudência assente do TJUE. Assim, apesar dos objectivos partilhados, dos quais ambos beneficiam, não existe qualquer relação de subalternização de um pelo outro.

3. Tribunais Nacionais no Quadro do *Enforcement* do Direito Europeu da Concorrência

3.1. Sua Importância

Os tribunais nacionais desempenham um papel fundamental no contexto do aumento da vitalidade do *enforcement* privado do direito europeu da concorrência, designadamente com a proposição de acções de indemnização decorrentes da sua infracção. Conforme referido *supra*, todos os tribunais nacionais estão obrigados a aplicar os direitos que decorrem directamente dos Tratados, em virtude da doutrina do "efeito directo" desenvolvida pelo TJUE. Por outro lado, os tribunais são, em grande medida, independentes das decisões proferidas por entidades administrativas. No que concerne a acções de indemnização "*stand-alone*", os tribunais terão em consideração decisões administrativas prévias, em razão da experiência destas entidades na matéria, mas tal não significa que sobre eles impenda uma obrigação legal de as respeitar, podendo desenvolver o seu próprio raciocínio jurídico-económico relativamente a questões jusconcorrenciais[268].

David Gerber sumariza bem as vantagens e desvantagens de um sistema de execução baseado na litigância em tribunal[269]. Quanto às vantagens, este autor menciona a importante limitação, que é imposta aos colaboradores das entidades administrativas, de influenciar o desenvolvimento do sistema jusconcorrencial. Concretizando, tendo como pano de fundo o exemplo americano, refere que "*public institutions can influence the direction of law in specific areas, but private litigation decisions are driven by private considerations and depend on private assessments of the potential value of litigation in relation to its costs. This may have little or nothing to do with the strategies of public enforcement officials, and thus efforts by public officials to develop particular types of arguments or focus on particular types of cases are less important than in systems where the only competition*

law enforcement efforts are those of an administrative body and, perhaps, a reviewing court"[270].

Naturaliter, num sistema como o descrito os tribunais tendem a assumir uma importância mais crucial no seu desenvolvimento e operacionalização do que em sistemas nos quais o seu papel se reduz ao controlo judicial de decisões administrativas. Nos Estados Unidos, os tribunais não são apenas instituições que desempenham um papel de complementaridade na limitação dos poderes da administração. Ao invés, constituem pilares fundamentais no desenvolvimento e interpretação legais[271]. Desta forma, a jurisprudência americana serve de bússola para os executantes públicos e privados na tramitação de processos de natureza jusconcorrencial.

No que diz respeito às desvantagens, como em qualquer sistema descentralizado, existe o risco de que a certeza jurídica seja prejudicada em razão de uma possível falta de uniformidade de interpretação pelos tribunais. Consequentemente, no caso de a quantidade de acções de indemnização por danos derivados da violação do direito da concorrência aumentar, a coerência na interpretação e aplicação do mesmo poderá registar o sentido inverso.

3.2. Limites à Autonomia Judicial

Apesar da natureza complementar do *enforcement* público e privado do direito da concorrência, a jurisprudência do TJUE tem vindo a colocar determinados limites ao princípio das competências paralelas e à crescente intervenção dos tribunais nacionais, os quais se reflectiram no enquadramento normativo subsequente, nomeadamente no Regulamento n.º 1/2003.

Conforme referido no acórdão *Delimitis*, o TJUE afirmou que os tribunais nacionais poderiam não aguardar por uma decisão da Comissão, se do processo resultasse claramente a infracção ou não infracção de normas jusconcorrenciais. Porém, como proceder para evitar a adopção de veredictos divergentes em casos com um maior grau de complexidade? Ao

analisar as consequências da divisão de competências respeitantes à aplicação do enquadramento jurídico europeu da concorrência por tribunais nacionais, "*há que ter em conta o facto de se correr o risco desses órgãos jurisdicionais virem a tomar decisões que podem ir contra as que a Comissão tenha* ***tomado*** *ou* ***pretenda tomar*** *para aplicação dos artigos [101, n.º 1] e [102], bem como do n.º 3 do artigo [101]. Tais decisões contraditórias são contrárias ao princípio geral da segurança jurídica e devem, portanto, ser evitadas quando os órgãos jurisdicionais nacionais se pronunciem sobre acordos ou práticas que podem ainda ser objecto de uma decisão da Comissão*"[272](negrito nosso). Desta forma, o Tribunal criou uma norma de resolução de conflitos, na forma de um autêntico dever de abstenção, segundo o qual os tribunais nacionais se encontram obrigados não só a não proferir sentenças que sejam contrárias a uma decisão prévia da Comissão mas também a efectuar uma reflexão prospectiva relativamente a decisões que esta instituição europeia planeie adoptar.

Subsequentemente, em *Masterfoods*[273], o TJUE aprofundou a limitação previamente introduzida. Ao contrário da opinião expendida pelo Advogado-Geral Cosmas[274], o órgão jurisdicional europeu clarifica que, na existência de divergência entre uma sentença/acórdão de um tribunal nacional e uma decisão da Comissão, esta deverá prevalecer sobre aquela[275]. Por exemplo, o TJUE estabeleceu que apesar da "*repartição de competências […] a Comissão* ***não pode ficar vinculada por uma decisão proferida por um órgão jurisdicional nacional*** *em aplicação dos artigos [101.º] n.º 1 e [102.º] do Tratado. Por conseguinte, a Comissão tem, a todo o tempo, o direito de tomar decisões individuais para a aplicação dos artigos [101.º] e [102.º] do Tratado, mesmo quando um acordo ou uma prática* ***já sejam objecto de uma decisão de um órgão jurisdicional nacional*** *e a* ***decisão que a Comissão tencione adoptar esteja em contradição*** *com a referida decisão judicial*"[276] [277] (negrito nosso).

4. Vinculatividade das Decisões Adoptadas pelas Autoridades Nacionais de Concorrência

4.1. Requisitos Legais

O artigo 9.º, n.º 1, da Directiva 2014/104/UE estipula o seguinte:

> "*1. Os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais*".

Deste número constam vários aspectos dignos de realce. Em primeiro lugar, é cristalino que o escopo de aplicação da Directiva abrange apenas decisões relativas a uma violação[278] ao direito da concorrência. Significa isto que, por exemplo, decisões de arquivamento[279] ou arquivamento do processo mediante imposição de condições não se encontram abrangidas pelo artigo 9.º n.º 1[280].

Adicionalmente, exige-se que a decisão da ANC ou do tribunal de recurso seja final, ou seja, que tenha já transitado em julgado. Assim, as decisões das autoridades nacionais de concorrência não devem ser consideradas finais se tiverem sido objecto de recurso ou se o prazo para tal ainda não tiver terminado. Da mesma forma, a sentença de um tribunal de recurso considerar-se-á final na medida em que o mesmo decida em última instância ou se, no caso de tal não se verificar, as partes não tiverem exercido o direito de recorrer[281].

Preenchidos os requisitos referidos, as decisões das ANC considerar-se-ão irrefutavelmente estabelecidas. Desta forma, a Directiva estabelece uma presunção *iuris et de iure*, impedindo que seja possível ilidir a existência de violação do enquadramento jusconcorrencial junto dos tribunais cíveis. Assim, ao ser intentada uma acção de indemnização num tribunal nacional,

ao réu não assistirá o direito de se pronunciar quanto à matéria relacionada com a violação do direito europeu da concorrência.

Ao prever esta norma, a Comissão Europeia considera que "*would not create overincentives that would lead to unmeritorious or frivolous lawsuits. As pointed out before, the binding effect would be attributed only to NCA decisions as confirmed by review courts or accepted by defendants. Moreover, such effect would normally only alleviate the claimants' proof of the existence and the scope of the antitrust infringement. Accordingly, it would not alter the scope of the other conditions for a successful damages claim, such as the quantification of damage and the establishment of a causal link between the infringement and the damage*"[282].

Por fim, a Directiva introduz uma limitação territorial, ao estipular que a irrefutabilidade da presunção se encontra limitada pelas fronteiras nacionais de cada Estado Membro, a qual é confirmada pelo n.º 2 do mesmo artigo, o qual prevê que:

> "*Os Estados-Membros asseguram que, caso as decisões definitivas a que se refere o n.º 1 sejam proferidas noutro Estado-Membro, essas decisões possam ser apresentadas nos seus tribunais nacionais, de acordo com o seu direito nacional, pelo menos como elemento de prova* prima facie *de uma infração ao direito da concorrência e, conforme apropriado, possam ser avaliadas juntamente com quaisquer outros elementos aduzidos pelas partes*".

No âmbito dos trabalhos preparatórios da Directiva, a Comissão mostrou-se favorável à adopção de uma solução mais ambiciosa no Livro Branco, afirmando que não vislumbrava razão impeditiva para que uma decisão definitiva tomada por uma ANC, no âmbito dos artigos 101.º e 102.º, bem como uma sentença definitiva de uma instância de recurso que a venha confirmar ou declare, ela própria, uma infracção, não serem aceites em todos os Estados-Membros como provas irrefutáveis da mesma nas acções cíveis de indemnização subsequentes[283]. Ao efectuar esta proposta, a

Comissão pretendia incentivar não apenas a consistência da aplicação dos artigos 101.º e 102.º pelas ANC – aumentando, dessa forma, a certeza jurídica – mas também providenciar ganhos de eficiência e eficácia processuais no âmbito destas acções cíveis[284].

Porém, de acordo com o disposto no artigo 9.º, n.º 2, a referida proposta não foi acolhida, tendo os Estados-Membros manifestado preferência pela introdução de uma cláusula de harmonização mínima, a qual confere um incentivo à diferenciação das limitações por fronteiras nacionais. Como referem Sofia Pais e Anna Piszcz[285], a Directiva confere aos Estados-Membros a possibilidade de escolherem qual o grau de vinculatividade a que os seus tribunais estarão sujeitos relativamente a decisões de autoridades da concorrência de outros Estados-Membros. Efectivamente, podem estar sujeitos a (i) vinculação *tout court*, (ii) presunção *iuris et de iure* ou *iuris tantum*, (iii) obrigação de considerar a decisão administrativa como um elemento de prova sujeita a livre apreciação ou (iv) considerar estas decisões como prova *prima facie*[286].

Como tal, os méritos sublinhados pela Comissão relativamente à vinculatividade das decisões das ANC circunscrevem-se às fronteiras nacionais de cada Estado Membro, o que não se encontra em linha com o objectivo da Directiva de providenciar um incentivo ao *private enforcement* em toda a UE. De facto, visto que as violações mais relevantes ao direito europeu da concorrência têm uma natureza *cross-border*, teoricamente, a eficácia da Directiva é severamente prejudicada com este enquadramento jurídico supra-nacional.

Por outro lado, esta matéria é idónea a suscitar uma outra questão, que se prende com a possibilidade de gerar *forum shopping*. Com efeito, os putativos autores de uma acção de indemnização terão um maior incentivo a iniciar tal procedimento em Estados-Membros que prevejam um grau de vinculatividade superior, ao contrário daqueles em que um tribunal puder livremente apreciar a decisão administrativa na parte atinente à infracção. Assim, casos de sobre-litigância em alguns Estados-Membros e sub-

litigância em outros poderá constituir uma consequência não pretendida e uma preocupação futura.

4.2. Administrativização do *Private Enforcement*: Princípio da Independência Judicial Comprometido?

A crescente importância das entidades administrativas no contexto do *private enforcement* do direito europeu da concorrência suscita a questão de saber se, e em que medida, o princípio constitucional da independência do poder judicial se encontra devidamente salvaguardado. A conclusão a retirar do efeito vinculativo das decisões da ANC nos tribunais cíveis é a de que, de certa forma, o processo *Masterfoods* e o seu racional subjacente está aplicado no plano nacional e de forma horizontal. Ao nível nacional, na medida em que o efeito atribuído às decisões da Comissão está a ser reproduzido nos sistemas jurídicos de cada Estado-Membro relativamente às respectivas autoridades da concorrência. Mas também, e talvez de forma mais preocupante, horizontalmente, ou seja, encontra-se a ser aplicado ao relacionamento estabelecido entre as ANC e os tribunais nacionais, o que poderá ser designado como a *administrativização do private enforcement*, por forma a fidedignamente exprimir a preponderância hodiernamente verificada de decisões administrativas sobre todos os tribunais nacionais com excepção dos tribunais *ad quem*.

Em que sentido terá *Masterfoods* sido objecto de extensão? Por forma a responder a esta questão, é necessário compreender a racionalidade subjacente do acórdão. Nele, o TJUE estabeleceu não só que a Comissão, por forma a prosseguir as tarefas que lhe são incumbidas pelos Tratados, não deve considerar-se vinculada a sentenças ou acórdãos dos tribunais nacionais em matéria de direito da concorrência[287] [288], recordando igualmente a existência de um dever geral de cumprimento do direito da União Europeia, por acção ou omissão, que impende sobre todos os Estados-Membros, o qual constitui jurisprudência consolidada do Tribunal[289]. Entendemos, por isso, que a primazia referida neste acórdão

não deverá ser interpretada como sendo da Comissão, enquanto autoridade da concorrência europeia, sobre os tribunais cíveis. Pelo contrário, e como imbuído no princípio da primazia do direito da União[290], a "supremacia" da Comissão Europeia encontra-se sustentada no facto de actuar enquanto instituição (europeia) *supranacional* relativamente aos tribunais *nacionais*[291]. Desta forma, ao retirar o efeito vinculativo, estipulado pelo TJUE, do seu contexto e sentido próprios, aplicando-o às decisões das ANC sobre os tribunais cíveis, a Directiva poderá estar a criar um problema de natureza jurídico-constitucional para os Estados-Membros, violando possivelmente o princípio geral da separação de poderes[292].

A *administrativização do private enforcement* do direito europeu da concorrência será de menor grau na hipótese de o efeito do caso julgado provir de uma sentença judicial (de um tribunal de recurso da decisão administrativa). Porém, a questão mantém a sua pertinência relativamente a decisões tomadas pelas autoridades nacionais da concorrência que não sejam recorridas pelas partes. À luz da Directiva, como referido, estas tornar-se-ão finais para efeito da acção de indemnização *follow-on* junto dos tribunais cíveis.

A Directiva acrescenta, todavia, um elemento que procura, justamente, equilibrar o sistema de *enforcement* que desenvolveu, designadamente com a referência explícita à possibilidade de referenciar questões ao TJUE por via do reenvio prejudicial. Com efeito, o artigo 9.º, n.º 3, prevê que "*O presente artigo não prejudica os direitos e obrigações dos tribunais nacionais nos termos do artigo 267.º do TFUE*". Do artigo 267.º do TFUE decorre que os tribunais nacionais podem questionar o TJUE por via do meio processual reenvio prejudicial quanto a (i) interpretação dos Tratados e (ii) validade e interpretação de actos de instituições, órgãos ou organismos da União, sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros e considerarem que uma decisão sobre uma questão desta natureza é necessária ao julgamento da causa ou sempre que seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam

susceptíveis de recurso judicial no direito interno, caso em que o reenvio prejudicial é obrigatório. Em consequência, em face de uma acção de indemnização por violação das disposições jusconcorrenciais previstas nos Tratados, com base numa decisão de infracção tomada por uma ANC, podem os tribunais nacionais utilizar os meios processuais que o direito da União coloca à sua disposição, designadamente o reenvio prejudicial para interpretação dos artigos 101.º e 102.º, por exemplo para avaliar a consistência da legislação nacional com os Tratados, ou apreciar a validade da Directiva, a qual poderá ser considerada nula pelo TJUE, com as consequências jurídicas que tal comporta[293].

4.3. Compatibilidade com os Direitos Humanos

O TJUE reconheceu, em jurisprudência assente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) como fonte de direitos fundamentais na União Europeia[294]. Apesar disso, foi apenas com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa que esta prática foi codificada. Com efeito, o artigo 6, n.º 1, do Tratado da União Europeia estabelece que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta) goza do mesmo valor legal que os Tratados. Neste sentido, e de acordo com o artigo 51, n.º 1, da Carta, esta constitui um instrumento de direito primário cujas normas têm natureza vinculativa para as instituições da União. Bem assim, na medida em que os direitos nela ínsitos correspondam aos garantidos pela CEDH, o seu sentido e escopo deverão ser considerados idênticos aos previstos por esta Convenção, tal como decorre do artigo 51, n.º 3, da Carta[295].

Desta forma, a Carta garante o direito à acção e a um tribunal imparcial no seu artigo 47.º, estipulando que "*Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial […]*". A CEDH vai no mesmo sentido, estipulando, no artigo 6.º, n.º 1, o direito a um processo

equitativo ao prever que "*Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial […] o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela*".

De acordo com o exposto, deve ser estabelecida uma distinção entre a natureza do processo, quer seja criminal ou puramente administrativo. Existem zonas cinzentas, como, por exemplo, decisões tomadas por uma autoridade administrativa (i.e. uma autoridade nacional a concorrência) que imponham coimas, mesmo que as mesmas assumam natureza administrativa. No entanto, estes casos de fronteira foram já dirimidos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)[296] bem como pelo TJUE, qualificando as referidas coimas como "criminais" e dentro do escopo de aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH no caso de as mesmas produzirem um efeito punitivo ou dissuasor, como é o caso das coimas aplicadas na sequência de infracções ao direito da concorrência[297] [298].

Assim, a crítica comumente apontada ao efeito vinculativo das decisões de órgãos administrativos nos tribunais civis no âmbito de uma acção de indemnização é a de que as partes podem não ter acesso a um processo equitativo e, consequentemente, a infracção poderá não ser analisada por um tribunal independente e imparcial[299].

4.3.1. Grau de Fiscalização de Decisões Administrativas que Concluam pela Violação do Direito da Concorrência

O TEDH ocupou-se desta matéria em *Menarini*[300], a respeito de uma decisão da autoridade nacional da concorrência italiana (AGCM) que conclui pela existência de uma infracção ao direito da concorrência. Neste processo, o TEDH argumenta que o regime de revisão judicial não se pode bastar com um controlo de legalidade ou de coerência lógica da decisão administrativa[301], devendo os tribunais exercer as suas funções com efectiva independência do poder executivo[302]. Por outras palavras, o TEDH considera que a análise da presente questão não se deverá confinar às características legais da revisão judicial em abstracto mas à forma como, na prática, esse controlo é efectuado. Com efeito, em *Menarini* verificou-se que, apesar de a legislação italiana, ao tempo do processo, permitir apenas uma revisão judicial de legalidade[303] – impedido de substituir a avaliação técnica da ANC pela sua própria – o TEDH concluiu que o sistema italiano cumpria os requisitos do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, na medida em que "*la compétence des jurisdictions administratives n'était pas limitée à un simple contrôle de légalité. Les jurisdictions administratives ont pu verifier si […] l'AGCM avait fait um usage approprié de ses pouvoirs. Elles ont pu examiner le bien-fondé et la proportionnalité des choix de l'AGCM et même de verifier ses évaluations d'ordre technique*"[304]. Assim, nem mesmo a margem de discricionariedade atribuída às autoridades administrativas, relativamente a matérias económicas complexas, foi suficiente para declarar uma infracção ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, porquanto o tribunal de recurso havia efectuado uma revisão detalhada acerca da utilização dos poderes da AGCM e da proporcionalidade das escolhas tomadas[305].

(i) Fiscalização de Decisões de Instituições Europeias

A compatibilidade do sistema de recurso de decisões adoptadas pelas Instituições europeias foi já objecto de análise pelos Tribunais da União Europeia.

Em *Enso Española*[306], o Tribunal Geral (TG) debruçou-se sobre uma acção de anulação de uma decisão da Comissão que determinava a aplicação de uma coima, por alegada violação do direito fundamental de acesso a um tribunal imparcial e independente.

O TG considerou que a Comissão Europeia não integra o conceito de "tribunal" nos termos e para os efeitos do artigo 6.º da CEDH. Porém, negou provimento à acção com base em três argumentos distintos. *Primum*, considerando que, não obstante a Comissão não integrar tal conceito, decorre do documento legal fundador do TG[307] que ele próprio se encontra abrangido pelo referido artigo 6.º. *Secundo*, em virtude do artigo 3.º, n.º 1, alínea c), do documento legal fundador, o TG exerce, em primeira instância, a competência conferida ao TJUE nas acções intentadas contra uma Instituição da UE, no contexto das regras de concorrência aplicadas às empresas, por pessoas singulares ou colectivas. Desta forma, o TG afirma que "*No âmbito dessas acções baseadas no artigo [263.º] do Tratado, a fiscalização da legalidade de uma decisão da Comissão que declara uma infracção às regras da concorrência e que, por isso, aplica uma coima à pessoa singular ou colectiva em causa deve ser considerada uma fiscalização jurisdicional efectiva do acto em questão. Com efeito, os meios susceptíveis de serem invocados pela pessoa singular ou colectiva em causa em apoio do seu pedido de anulação são susceptíveis de permitir ao Tribunal apreciar a correcção, tanto de direito como de facto, de qualquer acusação feita pela Comissão no domínio da concorrência*"[308]. *Tertium*, o TG considera que, de acordo com o artigo 17.º do Regulamento n.º 17/62 (actualmente, artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2003), o TJUE "*decide com plena jurisdição […] os recursos interpostos das decisões em que tenha*

sido fixada uma multa ou uma sanção pecuniária compulsória" e "*pode suprimir, reduzir ou aumentar a multa ou sanção pecuniária compulsória aplicadas*"[309]. Daqui resulta que o TJUE é competente para apreciar se a sanção pecuniária aplicada é proporcional à gravidade da infracção tendo, por isso, o TG concluído pelo cumprimento do artigo 6.º da CEDH.

Posteriormente, no acórdão *Otis*[310], o TJUE apreciou uma questão submetida por via de reenvio prejudicial, relativamente à qual se pretendia saber se, e em que medida, o direito a um processo equitativo é infringido pelo facto de o artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, considerar uma decisão da Comissão vinculativa junto de um tribunal nacional[311].

O Tribunal inicia a sua resposta com uma consideração genérica, sublinhando que o direito da União dispõe de um sistema de recursos judiciais de decisões administrativas, relativas a processos no âmbito do artigo 101.º TFUE, que cumpre o requerido pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente assegurando que, de acordo com o artigo 263.º TFUE, uma decisão da Comissão é susceptível de recurso para controlo de legalidade pelos Tribunais da União Europeia. As demandadas no processo principal alegaram, no entanto, que esse controlo é incompleto, em razão, designadamente, da margem de apreciação que os referidos órgãos reconhecem à Comissão em matéria económica. A este respeito, o TJUE recordou que, embora a Comissão disponha da mencionada margem de apreciação, "*isso não implica que o juiz da União deva abster-se de fiscalizar a interpretação, pela Comissão, de dados de natureza económica*"[312]. O Tribunal aprofunda o seu raciocínio, afirmando que o juiz da União deve "*verificar não apenas a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência mas também verificar se esses elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles são retiradas*"[313]. Neste sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia vinca que incumbe aos órgãos jurisdicionais europeus exercer fiscalização de legalidade, não podendo apoiar-se na margem de apreciação

de que dispõe a Comissão. Adicionalmente, a fiscalização da legalidade é completada pela competência de plena jurisdição, reconhecida ao juiz da União pelo artigo 17.º do Regulamento 17/62, actual artigo 31.º da Regulamento n.º 1/2003, o qual habilita o juiz não só a fiscalizar a legalidade da sanção aplicada mas também a substituir a apreciação da Comissão pela sua própria e, desta forma, suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada. Concluindo, a fiscalização prevista pelos Tratados implica que seja exercida uma revisão tanto de direito como de facto e que seja possível apreciar as provas, anular a decisão impugnada e alterar o montante das coimas, pelo que se encontra em conformidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da UE[314].

Pela jurisprudência exposta, é possível concluir que o direito a processo equitativo, em processos de natureza administrativa promovidos pela Comissão e baseados em infracções ao direito da concorrência, se encontra garantido pelo grau de fiscalização judicial desempenhado pelo Tribunal Geral e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Com efeito, ao providenciar um sistema que possibilita a revisão das decisões em todos os aspectos, quer factuais quer jurídicos, o enquadramento legal europeu providencia os *checks and balances* adequados a dar cumprimento à legislação de direitos humanos em vigor[315].

(ii) Heterogeneidade de Fiscalização das Decisões de ANC

O cenário que acabamos de descrever contrasta com a realidade existente em cada Estado-Membro, dada a heterogeneidade de modelos de *public enforcement* em vigor. De acordo com o mais recente estudo realizado pela Comissão Europeia (Relatório da Comissão)[316], encontram-se três sistemas institucionais distintos de execução do direito da concorrência: (i) o modelo administrativo monista[317]; (ii) o modelo dualista[318]e (iii) o modelo judicial[319]. Nele é ainda possível verificar que, no seio dos Estados-Membros que dispõem do modelo mais comum – o modelo administrativo monista –, o grau de fiscalização varia significativamente, desde uma fiscalização administrativa ao recurso de plena jurisdição[320].

A este respeito, embora no contexto do Livro Branco (que precedeu a adopção da Directiva), Milutinovic argumenta acertadamente que, dada a diversidade de modelos de *enforcement* e sistema de recursos em vigor nos Estados-Membros, o efeito vinculativo, de natureza inter-estadual, das decisões das ANC que declarem infracções ao direito europeu da concorrência colocava preocupações legítimas. Tal era motivado, justamente, pelas diferenças quanto ao cumprimento do enquadramento jurídico e jurisprudencial em vigor, atinente aos direitos humanos, no "Estado-Membro de origem" quando comparado com o "Estado-Membro de reconhecimento"[321]. Como referido *supra*, a solução adoptada foi distinta, tendo sido consagrado um grau de vinculatividade mínimo (regra da prova *prima facie* nos tribunais civis de outros Estados-Membros). Todavia, a introdução de uma cláusula de harmonização mínima nesta matéria produz, do nosso ponto de vista, efeitos mais nefastos do que a solução avançada pelo Livro Branco. Com efeito, não só afectará o grau de efectividade do *enforcement* privado (através do aumento do risco de falta de homogeneidade nos processos de transposição, o qual não se colocava com a solução do Livro Branco) mas também não soluciona totalmente a

questão do cumprimento do enquadramento jurídico de direitos humanos[322].

5. Avaliação da Solução Vertida na Directiva

Por forma a avaliar a solução adoptada na Directiva 2014/104/UE relativamente ao efeito das decisões das autoridades nacionais da concorrência nos tribunais cíveis, imperioso se torna atentar nas vantagens e desvantagens que a mesma proporciona.

No que diz respeito às vantagens, poder-se-á afirmar que o efeito vinculativo que decorre de decisões administrativas recorridas (ou seja, que tenham sido objecto de fiscalização judicial) aumenta, de facto, a eficácia das acções de indemnização que nelas se sustentem (*follow-on actions*), ao mesmo tempo que salvaguarda o princípio da independência do poder judicial.

Para além disso, um dos objectivos almejados pela Comissão é o da eficiência processual, procurando evitar a duplicação da análise da mesma questão por ambas as partes do *enforcement* do direito europeu da concorrência (por um lado, o público, i.e. ANC e tribunais de recurso, por outro lado, o privado, i.e. tribunais civis).

Adicionalmente, quanto maior for a consciência dos consumidores para o fenómeno da execução privada do direito da concorrência, maior incentivo haverá para intentar acções *follow-on*. Neste sentido, o efeito vinculativo ou a facilitação de prova da infracção, no contexto de acções de indemnização, poderá servir de propulsor do referido propósito.

Por fim, a possibilidade de fazer uso do reenvio prejudicial também no âmbito das acções de indemnização poderá aliviar os receios do fenómeno da administrativização da justiça.

Relativamente às desvantagens, julgamos poder realçar que a limitação da margem de discricionariedade dos juízes dos tribunais cíveis relativamente a factos, prova e direito, no âmbito de acções *follow-on* que

não tenham sido objecto de recurso, poderá tornar-se um obstáculo constitucional à luz do princípio geral da separação de poderes.

Adicionalmente, pensamos que o objectivo da Comissão de atingir maior consistência na aplicação do direito da concorrência, através do efeito vinculativo, poderá só ser atingido caso se verifique um excesso de denúncias apresentadas junto das autoridades nacionais da concorrência, por forma a atingir os efeitos vinculativos ou *prima facie*. No caso de tal suceder, as ANC registarão um aumento significativo do volume de trabalho e poderão constituir, na prática, um *bottleneck* entre o *enforcement* público e o privado, o que poderá reduzir a eficácia da Directiva.

Por outro lado, o também desejado aumento da quantidade de acções de indemnização *stand-alone* não nos parece, à partida, totalmente compatível com o objectivo de uniformização de aplicação referido e poderá ser fonte de incerteza jurídica, dado que cada tribunal tem, dentro de certas limitações, como vimos, liberdade de apreciação e decisão. Por fim, o efeito não vinculativo das decisões das ANC em outros Estados-Membros poderá acarretar duas consequências: em primeiro lugar, é idónea a prejudicar o objectivo de promoção do *enforcement* privado do direito europeu da concorrência *cross-border* e, em segundo lugar, poderá gerar um efeito indesejado de *cherry-picking* ou *shopping* do fórum. Com efeito, as partes poderão intentar acções de indemnização em Estados-Membros que implementem a cláusula de harmonização mínima, prevista pela Directiva, no sentido de restringir os poderes de cognição dos seus tribunais. Tal poderá resultar em excesso de acções de indemnização em determinados Estados e exiguidade em outros, introduzindo, portanto, um elemento perturbador e potencialmente desestabilizador do sistema.

Em suma, é possível concluir que o novo enquadramento jurídico, quanto aos efeitos das decisões da ANC e a sua revisão judicial, não deverá comportar um impacto tão positivo quanto aquele que a Comissão esperaria. De facto, e como expendido, várias dúvidas e desvantagens se colocam, as quais são idóneas a diminuir a eficácia da Directiva.

6. Conclusão

O presente artigo atentou na interligação dos *enforcements* público e privado do direito europeu da concorrência, no contexto do novo enquadramento jurídico consagrado pela Directiva 2014/104/UE, designadamente no efeito vinculativo das decisões das autoridades nacionais da concorrência nos tribunais cíveis que a mesma estipula, no âmbito das acções de indemnização *follow-on*.

Mostrámos que o Tribunal de Justiça da União Europeia reconhece a autonomia material, processual e institucional dos *enforcement* público e privado do direito europeu da concorrência. Consequentemente, e apesar dos objectivos mútuos e partilhados, não é possível estabelecer qualquer relação hierárquica de um sobre o outro.

Da referida autonomia decorre que os tribunais são amplamente independentes na execução do direito europeu da concorrência. Existem, no entanto, limites a essa independência, ou seja, casos em que os tribunais se encontram vinculados a decisões administrativas tomadas previamente, por força dos acórdãos *Delimitis* e *Masterfoods*, nos quais o TJUE cria o chamado efeito vinculativo das decisões da Comissão Europeia, em matéria de concorrência, relativamente aos tribunais nacionais. Porém, cremos ter demonstrado que a Comissão Europeia não prosseguiu da melhor forma na transposição desta jurisprudência para o contexto nacional, justamente por, nos processos referidos, a pedra de toque não se encontrar nem na superioridade das autoridades da concorrência sobre os tribunais cíveis, nem na superioridade do *enforcement* público sobre o privado. O que o Tribunal de Justiça da União Europeia fez foi reafirmar o primado do direito da União Europeia sobre os direitos nacionais, o qual constitui o basilar princípio que permite uma coabitação de direito multinível coerente e consistente. Em consequência, a Directiva atribui não apenas uma preponderância crescente da administração sobre o judicial, do *enforcement* público sobre o privado – possivelmente em violação do princípio da

separação de poderes – tendo igualmente efectuado uma leitura pouco adequada do referido princípio do direito da União e da jurisprudência do TJUE.

Foi colocado especial enfoque na questão da compatibilidade do efeito vinculativo das decisões das ANC com os direitos humanos, nomeadamente o direito de processo equitativo no âmbito de decisões em matéria de concorrência com imposição de coimas. À luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, avançámos que, por forma a cumprir o enquadramento jurídico vigente, é necessário que seja implementada uma fiscalização judicial eficaz. Apesar de tal ser o caso no que respeita aos tribunais da União, tal não encontra similitude em vários sistemas nacionais. Assim, se o efeito vinculativo das decisões das autoridades nacionais da concorrência, relativamente aos seus tribunais cíveis, já é discutível *per se* – em especial quanto a Estados-Membros que não cumpram adequadamente os requisitos exigidos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – por maioria de razão, o mesmo pode aduzido relativamente à relevância *cross-border*, ainda que apenas com efeito *prima facie*. Esta questão é ainda importante na medida em que confere à Directiva 2014/104/UE um risco de litigância assinalável, não apenas por meio da utilização do recurso prejudicial junto do TJUE pelos tribunais nacionais, mas também por qualquer das partes mencionadas no artigo 263.º TFUE, designadamente os Estados-Membros, pessoas singulares e colectivas.

Por fim, concluímos que o ganho líquido não se encontra garantido e, bem assim, que a eficácia da Directiva se encontra comprometida, tendo em conta o balanço que efectuámos quanto aos efeitos vinculativo e *prima facie*.

-

250 O presente artigo foi redigido por ocasião da participação do autor na conferência "*The impact of directive 104/2014 on private antitrust enforcement. Open issues in the application of competition law*", a qual decorreu em Génova, a 20 de Novembro de 2015, inserida no âmbito da *Judicial EU Competition Network*.

[251] Investigador no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e jurista no Banco de Portugal.

[252] Ao contrário do sistema de *private enforcement* dos Estados Unidos da América, no qual não existe poder deliberativo por parte da *Antitrust Division of the Department of Justice* e da *Federal Trade Commission*. Apesar de ambas gozarem de poderes de investigação, estão obrigadas a intentar uma acção judicial por forma a provar uma violação ao direito da concorrência. Este sistema marcadamente judicial providencia um claro incentivo de litigância aos autores privados, o que resulta cristalinamente demonstrado pelo facto de mais de 90% das acções de *antitrust* nos Estados Unidos da América terem origem em litigância de autores privados. Ver A. Wigger e A. Nölke, "Enhanced Roles of Private Actors in EU Business Regulation and the Erosion of Rhenish Capitalism: the Case of Antitrust Enforcement", in *Journal of Common Market Studies*, volume 45, n.º 2, 2007, p. 494. Para mais informação acerca do Sistema Americano vide R. Lande, "The Proposed Damages Directive: The Real Lessons from the United States", University of Baltimore, *Legal Studies Research Paper* n.º 2014-19.

[253] Este tipo de acção pressupõe, necessariamente, a existência de uma decisão prévia de uma ANC ou de uma sentença de um tribunal que aprecie o recurso da mesma. Por isso a designação de *follow-on*, no sentido de posterior ou que se segue aquelas decisões administrativa ou judicial.

[254] Como o próprio nome indicia, este tipo de acção é apresentada no caso de inexistir uma decisão prévia de uma ANC ou de um tribunal que aprecie o recurso da mesma. Ou seja, o autor de uma acção *stand-alone* terá a intenção de pedir indemnização por danos causados por uma infracção ao direito da concorrência sem que a mesma tenha sido decretada previamente por decisão administrativa ou judicial.

[255] Vide A. Komninos, "Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?", in *The Competition Law Review*, volume 3, n.º 1, 2006, p. 10. Para um elenco das vantagens e desvantagens do *enforcement* público e privado, vide R. Bergh, "Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volume 20, n.º 1, 2013, p. 15.

[256] Esta aliás foi uma das razões que motivaram a adopção do Regulamento n.º 1/2003, por forma a aliviar a Comissão Europeia do excesso de processos que se encontrava obrigada a tramitar.

[257] Vide, por exemplo, Processo 13/61, De Geus c. Bosch [1962] ECR 1962, p. 45; Processo 127/73, Belgische Radio en Televisie and Societé Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique c. SV SABAM e NV Fonior [1974] ECR 1974, p. 51

[258] Vide A. Komninos, "Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?", cit., p. 11.

[259] Vide A. Wigger e A. Nölke, "Enhanced Roles of Private Actors in EU Business Regulation and the Erosion of Rhenish Capitalism: the Case of Antitrust Enforcement", cit., p. 494; D. Wilsher, "The Public Aspects of Private Enforcement in EC Law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture", in *The Competition Law Review*, volume 3, n.º 1, 2006, p. 39.

[260] Regulamento n.º 17: Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, JOUE 013, 21/02/1962, p. 22.

[261] Este sistema de isenção comportava desvantagens, nomeadamente na diminuição do incentivo para que eventuais lesados intentassem acções de indemnização junto dos tribunais, consequentemente prejudicando a expansão da execução privada do direito da concorrência.

[262] Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOUE, 04/01/2003, L 1/1.

[263] Processo 127/73, Belgische Radio en Televisie and Societé Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique c. SV SABAM e NV Fonior [1974] ECR 1974, p. 51.

[264] Processo 127/73, Belgische Radio en Televisie and Societé Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique c. SV SABAM e NV Fonior, cit., paragraphs 16-17.

[265] Processo C-234/89, Delimitis c. Henninger Brau [1991] ECR I-935.

[266] Processo C-234/89, Delimitis c. Henninger Brau, cit., parágrafo 50.

[267] Vide V. Milutinovic, "The 'Right to Damages' in a 'System of Parallel Competences': A Fresh Look at BRT v SABAM and its Subsequent Interpretation", P. Lowe e M. Marquis (eds), *European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement. Implications for Courts and Agencies* (Hart Publishing 2011), p. 344.

[268] No caso de o *private enforcement* se desenvolver, o sistema europeu tornar-se-á mais em linha com o estado-unidense, no qual os tribunais assumem um papel central, devido ao facto de as entidades administrativas deterem apenas poderes de investigação. De facto, tanto a *Federal Trade Commission* como o Departamento *Antitrust* do *Department of Justice* não tem competência para proibir *ex officio* um comportamento que reputem de anticoncorrencial, tendo de intentar uma acção judicial para o efeito. Neste sentido, vide A. Wigger e A. Nölke, "Enhanced Roles of Private Actors in EU Business Regulation and the Erosion of Rhenish Capitalism: the Case of Antitrust Enforcement", cit., p. 494.

[269] Vide David Gerber, "Private Enforcement of Competition Law: A Comparative Perspective", T. Möllers e A. Heinemann (eds.), *The Enforcement of Competition Law in Europe* (Cambridge University Press 2007), p. 440.

[270] Vide David Gerber, "Private Enforcement of Competition Law: A Comparative Perspective", cit., p. 440.

[271] Vide David Gerber, "Private Enforcement of Competition Law: A Comparative Perspective", cit., p. 440.

[272] Processo C-234/89, Delimitis c. Henninger Brau, cit., parágrafo 47.

[273] Processo C-344/98, Masterfoods c. HB Ice Cream [2000] ECR I-11369.

274 No contexto de uma acção de anulação, Cosmas considerou que os tribunais nacionais deveriam suspender o processo e aguardar o resultado da acção intentada junto do Tribunal Geral, "*se a solução do litígio no processo principal pressupuser que o juiz nacional saiba se a decisão em causa é ou não válida. […] Em todo o caso, o órgão jurisdicional de reenvio ou ao qual o processo seja eventualmente remetido para a decisão de mérito deve evitar proferir acórdão que seja contrário à Decisão […] a menos que esta decisão tenha sido anulada pelo órgão jurisdicional comunitário*". Vide Opinião do Advogado-Geral Cosmas no Processo C-344/98, ECR I-11391, parágrafo 57.

275 Esta regra é conhecida como "regra Masterfoods" ou por "efeito vinculativo" das decisões da Comissão, a qual posteriormente influenciou a redacção do artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003.

276 Processo C-344/98, Masterfoods c. HB Ice Cream, cit., parágrafo 48.

277 Este entendimento foi reiterado pelo TJUE no Processo C-199/11, União Europeia c. Otis NV e outros, ECLI:EU:C:2012:684, parágrafo 65. Com efeito, o Tribunal declarou que "*é importante salientar que uma ação cível de indemnização, como a do processo principal, implica, como decorre da decisão de reenvio, não apenas a verificação da ocorrência de um facto danoso mas igualmente a existência de um prejuízo e de um nexo direto entre este e o referido facto danoso. Embora seja verdade que a obrigação do juiz nacional de não tomar decisões que sejam contrárias à decisão da Comissão que declara uma infração ao artigo 101.° TFUE obriga esse juiz a concluir pela existência de um cartel ou de uma prática proibida, há que precisar que a verificação de um prejuízo e de um nexo de causalidade direta entre esse prejuízo e o cartel ou a prática em causa continua, em contrapartida, sujeita à apreciação do juiz nacional*".

278 Do documento de trabalho da Comissão Europeia, que antecedeu a proposta de Directiva, clarifica-se que a vinculatividade das decisões das autoridades nacionais da concorrência depende de similitude quanto à incidência objectiva e subjectiva da acção de indemnização, isto é, esta deve estar relacionada (i) com os mesmos acordos, decisões ou práticas e (ii) as mesmas pessoas singulares ou colectivas (ou grupo de pessoas colectivas), que a ANC considerou terem infringido o enquadramento jurídico-concorrencial. Segundo a Comissão, estes requisitos asseguram a protecção dos direitos de defesa, uma vez que as decisões da ANC são vinculativas apenas para as partes que já tenham tido oportunidade de se pronunciar no âmbito do processo administrativo. Vide *Commission's Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM (2008) 165 final, p. 46.

279 O Tribunal Geral já se pronunciou favoravelmente quanto à não vinculatividade de decisões de oposição de concentrações, no contexto do Regulamento 17/62. Com efeito, no Processo T-28/02, First Data Corp e outros c. Commission [2005], ECR II-4119, estabeleceu, no parágrafo 50, que "*um certificado negativo não é vinculativo para os órgãos jurisdicionais nacionais*", significando apenas que "*para a Comissão […] face aos elementos de que tem conhecimento, não há razão para intervir*". Adicionalmente, "*não traduzem uma apreciação definitiva, nem em particular uma tomada de posição da competência exclusiva da Comissão. Uma vez que o artigo [101.º], n.º 1, é directamente aplicável, como já declarou várias vezes o Tribunal de Justiça, pelo que os particulares podem invocá-los nos tribunais nacionais e dele retirar direitos […]*".

Na doutrina, especificamente sobre decisões de arquivamento, vide V. Milutinovic, "The 'Right to Damages' in a 'System of Parallel Competences´, cit., p. 351 ss.

280 Neste sentido, vide N. Dunne, "Courage and Compromise: The Directive on Antitrust Damages Actions", in *European Law Review*, n.º 4 , 2015, p. 590.

281 *Commission's Staff Working Paper accompanying the White Paper*, cit., p. 46.

282 *Commission's Staff Working Paper accompanying the White Paper*, cit., p. 46.

283 Ver Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, Bruxelas, 2.4.2008, COM (2008) 165 final, p. 5.

284 A Comissão Europeia enfatiza ainda que a ausência de duplicação das análises de facto e de direito poderia originar consideráveis vantagens do ponto de vista dos custos, duração e previsibilidade relativamente à indemnização das vítimas.

285 Sofia Oliveira Pais e Anna Piszcz, "Package on Actions for Damages Based on Breaches of EU Competition Rules: Can one Size Fit All?", in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, volume 7, n.º 10, 2014, p. 232.

286 Através de uma análise ao direito Polaco, Sofia Pais e Anna Piszcz consideram que, neste país, a definição do que deve ser entendido por prova *prima facie* será um desafio. Segundo as autoras, o conceito não é unívoco na comunidade jurídica da Polónia, argumentando alguns a favor de uma presunção *de facto*, ao passo que outros acreditam que a prova *prima facie* torna a existência dos factos apenas plausível. Vide Sofia Oliveira Pais e Anna Piszcz, "Package on Actions for Damages", cit., p. 232. O problema subjacente é o de que a controvérsia pode também suceder em outros Estados-Membros, caso em que as soluções de transposição poderão diminuir a eficácia inter-estadual da Directiva.

287 Como tal, a Comissão encontra-se habilitada a adoptar, a qualquer momento, uma decisão à luz dos artigos 101.º e 102.º dos Tratados, mesmo que a mesma conflitue com uma sentença ou acórdão de um tribunal nacional.

288 Processo C-344/98, Masterfoods c. HB Ice Cream, cit., parágrafo 48.

289 Vide também o parágrafo 49 do processo Masterfoods, em que o Tribunal afirma que "*resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a obrigação que incumbe aos Estados-Membros […] de tomarem todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do direito comunitário e de se absterem das que são susceptíveis de pôr em risco a realização dos objectivos do Tratado, se impõe a todas as autoridades dos Estados-Membros, incluindo […] as autoridades judiciais*".

290 Primazia do direito da União significa que, em caso de conflito com algum direito nacional de um Estado-Membro, aquele prevalece sobre este. Sobre o tema vide, por exemplo, G. Tridimas e T. Tridimas, "National courts and the European Court of Justice: a public choice analysis of the preliminary reference procedure", in *International Review of Law and Economics*, volume 24, 2004,

p. 125-145; K. Lenaerts, I. Maselis e K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014. Na jurisprudência, ver Processo 6/64 Costa c. ENEL [1964] ECR 585; Processo 11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125; Processo 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629; Processo C-213/89 Factortame [1990] ECR I2433.

291 Do nosso ponto de vista, este argumento é aquele que melhor justifica o dever de abstenção dos tribunais nacionais relativamente a decisões da Comissão. Neste sentido, vide A. Komninos, "Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?", cit., p. 16; K. Wright, "European Commission Opinions to National Courts in Antitrust Cases: Consistent Application and the JudicialAdministrative Relationship", *ESRC Centre for Competition Policy*, *Working Paper* n.º 08-24, p. 8.

292 No mesmo sentido, vide A. Komninos, "Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?", cit. Argumentando que a questão da separação de poderes constitui apenas um problema aparente, vide V. Milutinovic, "The 'Right to Damages' in a 'System of Parallel Competences', cit.

293 Vide K. Lenaerts, I. Maselis e K. Gutman, *EU Procedural Law*, cit.; P. Craig e G. de Búrca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 6ª ed., 2015. Na jurisprudência, vide o Processo 66/80, International Chemical Corporation c. Amministrazione delle Finanze dello Stato [1981] ECR 1191, p. 1215-1216, em que o Tribunal de Justiça considera que, apesar de a declaração de nulidade de um acto de uma instituição da União aproveitar apenas ao tribunal que referenciou a questão, por razões de segurança jurídica deverá a mesma ser suficiente para que os restantes tribunais nacionais considerem a nulidade de tal acto em outros processos, sem prejuízo da possibilidade de que dispõem de utilizar o reenvio prejudicial relativamente à mesma matéria de direito. O Tribunal também considerou que "*as those responsible for drafting regulations to be void the Council or the Commission are bound to determine from the Court's judgement the effects of that judgment*". Vide também o Processo 314/85, Firma Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost [1987] ECR 4199.

294 Vide Processo C-36/75, Roland Rutili c. Ministre de l'interieur [1975] ECR 1219. Vide também I. Nikolic, "Full Judicial Review of Antitrust Cases after KME: A New Formula of Review?", in *European Competition Law Review*, volume 33, n.º 12, 2012, p. 583.

295 Apesar de o Tratado da União Europeia estipular que os direitos fundamentais garantidos pela CEDH constituem princípios gerais de direito (artigo 6.º, n.º 3), o processo de adesão da UE à Convenção ainda não se encontra concluído.

296 Vide Acórdão A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie, 27 Setembro 2011, n.º 43509/08, parágrafos 38-45. Nele, o TEDH considerou que, por forma a determinar a natureza criminal de uma medida, é necessário ter em conta três critérios não cumulativos: (i) a qualificação jurídica das medidas concretas, (ii) a natureza da infracção e (iii) a gravidade da sanção. Vide também acórdãos Özturk c. Allemagne, 21 Fevereiro 1984 e Deweer c. Belgium, 27 de Fevereiro 1980.

297 Acórdão A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie, 27 Setembro 2011, cit., parágrafo 43.

298 Vide Heike Schweitzer, "Judicial Review in EU Competition Law", in D. Geradin e I. Lianos (eds), *Research Handbook in EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2013; I. Nikolic, "Full Judicial Review of Antitrust Cases after KME: A New Formula of Review", in *European Competition Law Review*, volume 33, n.º 12, 2012, p. 583.

299 See V. Milutinovic, "The 'Right to Damages' in a 'System of Parallel Competences', cit.; *Commission's Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules* , COM (2008) 165 final, pontos 155 e 162.

300 Vide acórdão A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie, 27 Setembro 2011, n.º 43509/08.

301 Exemplificativamente, no parágrafo 59 do acórdão Menarini, o TEDH esclarece que não há lugar a violação do artigo 6.º da CEDH se uma coima imposta por uma decisão administrativa for susceptível de revisão judicial de plena jurisdição sendo, nomeadamente, possível reformar a decisão em causa tanto quanto a matéria de facto como de direito. Vide também acórdão Chevrol c. France, 13 Fevereiro 2003, n.º 49636/99 e acórdão Silvester's Horeca Service c. Belfique, 4 Março 2004, n.º 47650/99.

302 Ver acórdão Ringeisen c. Autriche, 16 Julho 1971, n.º 2614/65; Acórdão Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23 Junho 1981, n.º 6878/75; Acórdão Beaumartin c. France, 24 Novembro 1994, n.º 15287/89.

303 Ao analisar o enquadramento jurídico italiano de recursos judiciais, o TEDH esclareceu que, no âmbito do recurso limitado a questões de direito, o juiz tem competências para anular actos administrativos ilegítimos na medida em que tais actos não tenham correspondência nos factos que os suportam não podendo, porém, substituir-se à autoridade administrativa tomando medidas requeridas pelo autor. Pelo contrário, a jurisdição plena atribui ao juiz um escopo superior de competências, permitindo que o mesmo examine os factos, que faça um exercício de avaliação entre a decisão tomada e os valores subjacentes a determina legislação, nomeadamente através de interpretação teleológica, entre outras prerrogativas.

304 Acórdão A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie, 27 Setembro 2011, n.º 43509/08, parágrafo 64.

305 Acórdão A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie, 27 Setembro 2011, n.º 43509/08, parágrafo 63. Especificamente sobre este processo vide B. Cortese, "Defining the Role of Courts and Administrative Bodies in Private Enforcement in Europe: United in Diversity?", in B. Cortese (ed.), *EU Competition Law – Between Public and Private Enforcement*, Kluwer Law International, 2013, p. 157. Para uma comparação entre o grau de revisão judicial nos EUA, Canadá e UE, ver R. Nazzini, "Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective", in *Common Market Law Review*, volume 49, n.º 3, 2012, p. 971.

306 Vide acórdão T-348/94, Enso Española S.A. c. Comissão das Comunidades Europeias [1998], ECR II-1884.

307 Decisão do Conselho 88/591/CECA, CEE, Euratom de 24 de Outubro de 1988, JOUE, 1988 L 319, p. 1, nomeadamente no preâmbulo ao referir-se que "*relativamente a acções que exijam um*

exame aprofundado de factos complexos, a criação de um segundo tribunal vem melhorar a protecção judiciária dos interessados".

308 Ver Processo T-348/94, Enso Española S.A. c. Comissão das Comunidades Europeias [1998], ECR II-1901, parágrafo 63.

309 Ver Processo T-348/94, Enso Española S.A. c. Comissão das Comunidades Europeias [1998], ECR II-1901, parágrafo 64.

310 Vide Processo C-199/11, União Europeia c. Otis e outros. [2012], ECLI:EU:C:2012:684.

311 Especificamente, o tribunal nacional de reenvio refere que a vinculatividade da decisão da Comissão Europeia relativa a uma infracção ao artigo 101.º TFUE o impede de apreciar um dos elementos fundamentais da atribuição de indemnização, que é, justamente, o facto do qual emerge a responsabilidade.

312 Vide Processo C-199/11, União Europeia c. Otis e outros. [2012], ECLI:EU:C:2012:684, parágrafo 59.

313 *Idem*.

314 Vide Processo C-199/11, European Union c. Otis et al. [2012], ECLI:EU:C:2012:684, parágrafos 59-63. Vide também Processo C-386/10 P, Chalkor AR Epexergasias Metallon c. European Commission [2011], ECLI:EU:C:2011:815; Processo C-389/10 P, KME Germany e outros c. Comissão Europeia [2011], ECLI:EU:C:2011:816.

315 Para uma análise detalhada, vide Wouter Wils, "The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights", in *World Competition*, volume 33, n.º 1, 2010. Expressando dúvidas acerca do cumprimento dos requisitos estipulados pela CEDH pelos Tribunais da União, vide B. Vesterdorf, "The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction: What does it mean in practice?", in *Global Competition Policy*, n.º 2, 2009.

316 Ver *ECN Working Group Cooperation Issues and Due Process: Decision-Making Powers Report*, 31 Outubro 2012, disponível em http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision_making_powers_report_en.pdf.

317 Modelo no qual compete a uma entidade administrativa a investigação bem como o *enforcement*, podendo ou não impor sanções.

318 Modelo no qual as fases de investigação e de tomada de decisão se encontram separadas entre duas entidades distintas. A uma delas compete a prossecução da investigação, cujos resultados são posteriormente encaminhados para uma outra entidade responsável pela decisão.

319 Apresenta duas possibilidades: (i) o modelo judicial puro, no qual a entidade administrativa conduz as investigações e posteriormente intenta, ela própria, uma acção em tribunal para lograr uma eventual condenação, ou encaminha o processo a um procurador para o fazer; (ii) A entidade administrativa adopta decisões de *enforcement* e, posteriormente, intenta uma acção em tribunal, ou encaminha o processo a um procurador para o fazer, para eventual imposição de sanções.

[320] Vide *ECN Working Group Cooperation Issues and Due Process: Decision-Making Powers Report*, 31 Outubro 2012, p. 20 e seguintes; V. Milutinovic, "The 'Right to Damages' in a 'System of Parallel Competences', cit., p. 15. Para uma visão genérica do sistema português vide M. Gorjão-Henriques, "Portugal – Commentary", in *Competition Law in Western Europe and the USA*, Kluwer Law International, 2014, Suplemento 356; M. Gorjão-Henriques e Stéphanie Roux, "Portugal", in *The International Comparative Legal Guide to: Competition Litigation 2010*, Global Legal Group, 2010.

[321] Ver V. Milutinovic, "The 'Right to Damages' in a 'System of Parallel Competences', cit., p. 15. O autor afirma que, na prática, o efeito vinculativo inter-estadual poderia significar que os Estados Membros se supervisionassem uns aos outros.

[322] Pelas razões elencadas *supra*, ponto 4.1., *in fine*.

COOPERAÇÃO ENTRE TRIBUNAIS NACIONAIS E EUROPEU POR VIA DO MECANISMO DE REENVIO PREJUDICIAL: DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO UNIFORME DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA DOS SEUS CIDADÃOS (OU DOS DANOS CAUSADOS AOS PARTICULARES EM DECORRÊNCIA DA OMISSÃO DO REENVIO PREJUDICIAL OBRIGATÓRIO)

Francielle Vieira Oliveira

Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas Universidade do Minho/CAPES

1. Do reenvio prejudicial

O ordenamento jurídico da União Europeia, não obstante constituir-se de uma ordem jurídica própria, autónoma e diversa dos ordenamentos jurídicos nacionais, possui importantes pontos de contato com as ordens jurídicas dos seus Estados-Membros. Um dos pontos onde esse contato assume maior relevância é o plano de aplicação do direito da UE.

Sabemos, no entanto, que a aplicação do direito da UE está acometida aos Estados-Membros, cada qual com as suas diversas tradições normativas, doutrinais e jurisprudências. E devido ao fato da UE não estabelecer-se como um Estado Federal (convencional), o Tribunal de Justiça da União Europeia não funciona de forma hierarquizada, o que significa que não tem competência para corrigir as decisões proferidas pelos tribunais nacionais.

Para garantir então a efetividade do sistema jurídico da União Europeia, foi necessário encetar um compromisso de cooperação com os seus Estados-Membros. Na base deste compromisso está o princípio de lealdade (ou cooperação leal), hoje expressamente consubstanciado no artigo 4 do TUE, segundo o qual, nas palavras de Alessandra Silveira[323], "a UE e os Estados-Membros estão obrigados a respeitarem-se e assistirem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos tratados e a não adotar medidas que ponham em causa tais objetivos".

Na esteira do princípio da cooperação leal, a UE organizou-se no plano jurisdicional de acordo com a ideia de subsidiariedade, princípio atualmente consubstanciado no artigo 5 do TUE. Ou seja, a UE prescindiu da criação de um sistema de tribunais próprios, pelo que os tribunais dos Estados-Membros são os tribunais orgânica e funcionalmente europeus, existindo entre estes e o TJUE uma relação de cooperação horizontal. Ou, como no dizer do Acórdão do TJUE Foglia/Novelo[324], uma relação que "comporta uma repartição de funções entre o juiz nacional e o juiz comunitário, no interesse da boa aplicação e da interpretação uniforme do direito comunitário no conjunto dos Estados-Membros" (p. 3045).

No intuito de operacionalizar esta cooperação jurisdicional horizontal, e ao mesmo tempo permitir que o TJUE pudesse cumprir a sua função de garante do direito da UE, impedindo assim o estabelecimento de divergências jurisprudenciais – ou como diz o adágio popular "cada cabeça, uma sentença" –, foi previsto o mecanismo do reenvio prejudicial.

Trata-se do instrumento constante atualmente dos artigos 19.1.b do TUE e do artigo 267 do TFUE, cujo conteúdo dispõe, em suma, que qualquer tribunal nacional, quando tem dúvidas sobre a interpretação de normas dos

próprios tratados (direito originário) ou ato adotado em sua execução (direito derivado), dispõe da faculdade (e em algumas circunstâncias uma obrigação) de submeter ao TJUE uma questão solicitando a interpretação ou a validade de um dispositivo de direito da UE.

Teleologicamente, o reenvio prejudicial é um instrumento jurídico-processual que visa garantir a uniformidade na aplicação e interpretação do direito da UE. O TJUE, ao responder às questões suscitadas, vincula os tribunais nacionais às suas decisões, assegurando desse modo a interpretação e aplicação uniforme do direito da UE. Assim, nos termos do artigo 267 do TFUE, o tribunal pode, sempre que surja alguma dúvida quanto à validade e interpretação do direito da UE, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Mas como caracterizar este pedido jurídico-processualmente?

Em resposta a esta questão, importa primeiramente sublinhar que o direito da UE confere competência a todos os órgãos jurisdicionais de qualquer Estado-Membro para submeter pedidos de decisão prejudicial ao TJUE. No entanto, o mecanismo do reenvio prejudicial compete apenas ao juiz nacional que conhece do litígio. É ele que assume a responsabilidade, tendo em conta as especificidades de cada processo, de determinar a suspensão da instância e analisar tanto a necessidade de um pronunciamento do TJUE para a justa composição do litígio concreto, como a pertinência das questões a submeter ao TJUE.

Ora, sendo o reenvio prejudicial uma competência exclusiva do juiz nacional, cumpre esclarecer, desde logo, que os particulares não podem, eles próprios, suscitar a apreciação de uma questão prejudicial ao TJUE, sendo-lhes apenas permitido requerer ao juiz que o faça. O reenvio não constitui, assim, uma via de recurso aberto às partes num litígio pendente perante um juiz nacional[325].

Não sendo as partes competentes para decidir sobre a necessidade ou não do reenvio prejudicial, a doutrina tem defendido que a omissão do juiz nacional, nos casos em que o reenvio prejudicial é obrigatório, constitui a base da responsabilização do Estado-juiz por violação do direito da UE,

pois, independentemente das partes solicitarem o reenvio, é o juiz nacional o responsável pela correta aplicação e interpretação do direito da UE.

2. Da caracterização da obrigação de reenvio prejudicial

A compreensão das circunstâncias que podem fundar uma situação de responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da UE (máxime, por ausência do reenvio obrigatório) pressupõe o conhecimento prévio dos casos em que a submissão de uma questão prejudicial ao TJUE é obrigatória para o juiz nacional.

Logo nas primeiras linhas, foi feita referência ao facto de, na arquitetura do sistema jurisdicional da UE, os tribunais nacionais de cada Estado-Membro serem concebidos como os órgãos a quem incumbe a competência de aplicar o direito da UE. É no desempenho desta função que, face a dúvidas de interpretação e validade do direito da UE, lançam mão do reenvio prejudicial e promovem a intervenção da jurisdição do TJUE.

Mas quando estarão os tribunais nacionais obrigados a proceder ao reenvio?

O artigo 267 do TFUE, nos seus §2 e §3, responde a esta questão, esclarecendo-nos quanto à natureza que o reenvio pode assumir, consoante o juiz nacional se encontre (ou não) vinculado a provocar a jurisdição do TJUE para a interpretação ou apreciação da validade do direito da UE.

Em regra, o reenvio é meramente facultativo. O §2 do artigo 267 do TFUE refere-se à possibilidade do juiz nacional, perante uma dúvida de interpretação ou validade do direito da UE e cujo esclarecimento se afigure relevante para a decisão da causa *sub judice*, solicitar a apreciação do TJUE sobre a mesma. Assim, na maior parte dos casos, o reenvio é uma faculdade ao dispor dos tribunais nacionais que são sempre soberanos na consideração da sua pertinência e oportunidade, ainda que suscitado pelas partes.

Há, todavia, duas exceções à faculdade do reenvio prejudicial.

A primeira resulta do §3 do artigo 267 do TFUE que impõe a obrigatoriedade do reenvio sempre que as questões prejudiciais sejam suscitadas perante "um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno". O caráter injuntivo do reenvio nestas condições é indiscutível. Persistem entretanto incertezas quanto ao que se deva considerar como tribunal cujas decisões são insuscetíveis de recurso.

Atento ao objeto do presente trabalho, não é nossa pretensão discorrer sobre as teses que vigoram nesta sede. Deixamos assim apenas uma nota. De acordo com a teoria do litígio abstrato (ou teoria orgânica)[326], os tribunais obrigados ao reenvio, nos termos do §3 do artigo 267 do TFUE, são os tribunais que, segundo a organização judiciária nacional, são os tribunais de última instância, ou seja, os tribunais supremos. Por oposição, a teoria do litígio concreto[327] defende que os tribunais cujas decisões são insuscetíveis de recurso são aqueles que, no caso concreto e de acordo com as regras processuais vigentes, decidem efetivamente em última instância.

A jurisprudência do TJUE tem apontado no sentido da teoria do litígio concreto[328]. No Acórdão Lyckeskog[329] o TJUE entendeu, na esteira do que já havia decidido no Acórdão Costa & ENEL[330], que "a obrigação de os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não são suscetíveis de recurso submeterem uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça insere-se no âmbito da colaboração entre os órgãos jurisdicionais nacionais, na sua qualidade de juízes incumbidos da aplicação do direito comunitário, e o Tribunal de Justiça, instituída com o objetivo de garantir a correta aplicação e a interpretação uniforme do direito comunitário em todos os Estados-Membros […] Este objetivo é alcançado quando são sujeitos a esta obrigação de reenvio, sob reserva dos limites admitidos pelo Tribunal de Justiça, os Supremos Tribunais, bem como qualquer órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial" (Considerandos 14 e 15). Esta posição seria densificada posteriormente nos Acórdãos Cartésio[331], Krizan[332] e Melki[333].

Nesta mesma senda, porém em sede de análise da responsabilidade do Estado-juiz por atos cometidos no exercício da sua função jurisdicional, o TJUE entendeu no Acórdão Köbler[334] que se deve considerar que "o órgão jurisdicional que decide em última instância constitui por definição a última instância perante a qual os particulares podem fazer valer os direitos que o direito comunitário lhes confere" (Considerando 22). Parece, pois, que não restam dúvidas, que, estando em causa a responsabilidade do juiz nacional nos casos em que tenha violado a sua obrigação de reenviar, o TJUE adota a teoria do litígio concreto[335].

Importa frisar, antes de mais, que esta obrigação de reenvio por insusceptibilidade de recurso pode ser dispensada. Com efeito, o TJUE, no Acórdão Cilfit[336], diretamente confrontado com a questão, veio elencar as três situações em que os tribunais nacionais, não obstante decidirem em última instância, ficam dispensados de proceder ao reenvio.

Em primeiro lugar, cessa a obrigação de reenvio quando a questão de direito da UE suscitada for impertinente ou desnecessária para a resolução do litígio concreto (Considerando 10).

Em segundo lugar, verifica-se a dispensa de reenvio quando o TJUE já se tenha pronunciado sobre a questão em caso análogo, em sede de reenvio ou outro meio processual, atento ao efeito *erga omnes* das suas decisões (Considerandos 13 e 14).

Por fim, a obrigação de reenvio não tem lugar quando o tribunal nacional considere que as normas da UE aplicáveis não suscitam dúvidas interpretativas, ou seja, quando são claras (Considerando 16). O TJUE adotou, portanto, nesta terceira hipótese, a teoria do ato claro.

Antevendo os riscos da teoria do ato claro, onde o juízo de valoração da clareza da norma poderia fazer perigar a uniformidade pretendida com o reenvio, o TJUE estabeleceu ainda no Acórdão Cilfit um conjunto de requisitos para que uma norma fosse considerada clara, quais sejam: o juiz nacional deve estar convicto de que a mesma evidência de clareza da norma se imporia igualmente aos órgãos jurisdicionais dos demais Estados-Membros, assim como para o TJUE. Para tanto, o juiz nacional teria de

levar em conta as diversas versões linguísticas da disposição normativa; atender-se ao fato da terminologia jurídica poder variar conforme o contexto nacional e ao próprio contexto da UE; bem como deveria proceder à interpretação teleológica e sistemática da norma em causa (Considerandos 17 a 20). Somente reunindo todas estas condições é que um órgão jurisdicional nacional poderia abster-se de submeter uma questão prejudicial ao TJUE, e resolver a questão por conta própria.

Por isso que o juiz que pretenda eximir-se da obrigação de reenvio, valendo-se da jurisprudência Cilfit, terá de fundamentar satisfatoriamente as razões que o levaram a fazê-lo, nomeadamente demonstrar que a resolução da questão de direito em causa: 1) resulta de uma jurisprudência assente no TJUE; ou 2) não deixa margem para qualquer dúvida razoável, segundo os critérios da jurisprudência Cilfit.

A segunda exceção à faculdade do reenvio prejudicial, não obstante não esteja prevista na letra do artigo 267 do TFUE, resulta da jurisprudência Foto-Frost[337]. Neste acórdão, o TJUE estabeleceu que os tribunais nacionais são incompetentes para declarar a invalidade das normas da UE (Considerando 15). Assim, se confrontados com a questão da validade de uma norma da UE e propenderem para a sua invalidade, os tribunais nacionais, independentemente de serem a última instância de recurso, terão que obrigatoriamente proceder ao reenvio para o TJUE.

No Acórdão Foto-Frost o TJUE determina, portanto, sua competência exclusiva para declarar a invalidade das normas e dos atos das instituições da UE, o que implica numa obrigação de reenvio para as jurisdições de instância que, de outro modo, não existiria.

O elenco dos casos de reenvio obrigatório é, pois, assim caracterizado: para além dos tribunais que decidem sem suscetibilidade de recurso, o reenvio é obrigatório também para os tribunais que façam um juízo de invalidade das normas da UE a aplicar, ainda que a sua decisão seja recorrível.

3. Dos danos causados aos particulares em decorrência da omissão do reenvio prejudicial obrigatório

Nos itens anteriores vimos que o reenvio prejudicial estabelece os meios para uma cooperação interjurisdicional (isto é, entre os tribunais nacionais e o Tribunal do Luxemburgo), assegurando desse modo a aplicação uniforme do direito da UE. Somente através da aplicação uniforme do direito da União Europeia pelos tribunais nacionais é que se torna possível a efetivação do princípio da legalidade. Do mesmo modo, a harmonização dos preceitos interpretativos por via do reenvio prejudicial garante a segurança jurídica, o que é indispensável em uma União de direito.

No entanto, a partir do Acórdão Köbler, o reenvio prejudicial passou também a ser destacado pelo TJUE por uma outra função que lhe é inerente (ainda que indiretamente), designadamente a de garantir a tutela jurisdicional efetiva dos particulares. De acordo com esse acórdão, um órgão jurisdicional nacional é obrigado a reenviar, nos termos do artigo 267, parágrafo terceiro, do TFUE, para evitar que os direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário sejam violados (considerando 35).

Neste sentido, podemos afirmar que a ausência de reenvio prejudicial obrigatório acarreta a frustração das pretensões inerentes à tutela jurisdicional efetiva dos direitos que para os particulares decorrem do direito da UE. Não de outro modo que a doutrina tem defendido que o reenvio prejudicial pode traduzir-se num verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ou, em outras palavras, um verdadeiro direito das partes ao reenvio[338].

Sabemos, no entanto, que reenvio prejudicial não é uma via de recurso à disposição das partes. Tanto que, em termos processuais, o reenvio distingue-se até mesmo de um recurso, pois o TJUE não decide sobre o fundo da causa, isto é, não tem como função dirimir um litígio entre as partes. Sendo assim de competência exclusiva dos tribunais nacionais a submissão de uma questão prejudicial ao TJUE, é da responsabilidade dos

órgãos jurisdicionais que decidem em última instância os danos porventura causados aos particulares em razão da omissão de um reenvio prejudicial obrigatório – afinal é ali que os particulares têm a oportunidade derradeira de fazer valer os seus direitos que decorrem do ordenamento jurídico europeu.

Logo, para que os particulares pudessem acionar a responsabilidade do Estado-Membro, no exercício da sua função jurisdicional, e na ausência de meios específicos previstos no Tratado, o TJUE criou jurisprudencialmente a ação de responsabilidade contra o Estado-juiz por violação do direito da UE. Dessa maneira, os particulares passariam a poder interpor uma ação de responsabilidade contra o Estado por violação do direito da UE, nomeadamente por não cumprimento da obrigação de reenvio prejudicial por um órgão jurisdicional que decide em última instância.

O princípio da responsabilização dos Estados-Membros por danos resultantes da violação de direito da UE foi estabelecido inicialmente no Acórdão Francovich[339]. Com base no já mencionado princípio da lealdade (ou cooperação leal), o TJUE fundamentou a obrigação de reparação dos danos causados aos particulares pelos Estados-Membros que violem o direito da UE. Importa observar que, não obstante esse acórdão tenha versado especificadamente sobre a responsabilidade do Estado-legislador, foram ali lançadas as bases para vários acórdãos que, no essencial, retiraram corolários dos princípios e requisitos ali estabelecidos, aplicando-os a outros casos de responsabilidade, designadamente do Estado-administrador e do Estado-juiz.

No Acórdão Köbler, por exemplo, o TJUE, acolhendo as conclusões tecidas pelo seu Advogado-Geral Philippe Léger, decidiu, em suma, que o princípio da responsabilidade do Estado é válido para qualquer violação de direito da UE por um Estado-Membro, independentemente da entidade do Estado-Membro cuja ação ou omissão está na origem do incumprimento (Considerando 31).

Tangentemente à responsabilidade do Estado-juiz, o TJUE elencou no Acórdão Köbler, com fundamento nos Acórdãos Brasserie du pêcheur[340] e

Factortame[341] (nos quais, na sequência do Acórdão Francovich, já havia anteriormente desenvolvido o princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito da UE), os requisitos necessários para se configurar a responsabilidade do Estado por danos causados pela decisão de um órgão jurisdicional nacional que, decidindo em última instância, viole uma norma de direito da UE. Tais requisitos seriam, nomeadamente: a) que a norma jurídica violada visasse atribuir direitos ao particular; b) que a violação fosse suficientemente caracterizada; e c) que existisse um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbia ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas (Considerandos 51 e 52).

No que respeita ao primeiro requisito, ou seja, a natureza da norma violada, é amplamente admitido pelo TJUE que a exigência de que a norma confira direitos aos particulares não implica necessariamente que a norma seja provida de efeito direto[342]. Assim, para que o Estado-Membro seja responsabilizado basta que a norma violada implique a atribuição de direitos aos particulares e que o conteúdo desses direitos seja suficientemente preciso.

Quanto à natureza da violação, ou seja, ao segundo requisito, o TJUE esclareceu no Acórdão Köbler que, por violação suficientemente caracterizada, deveriam ser compreendidos os casos de não cumprimento pelo órgão jurisdicional nacional da sua obrigação do reenvio prejudicial, por força do atual artigo 267, §3 do TFUE, bem como também quando a decisão do juiz nacional fosse tomada violando manifestamente a jurisprudência do TJUE na matéria (Considerandos 55 e 56).

Por fim, relativamente ao terceiro requisito, o TJUE reconheceu, ainda no Acórdão Köbler, que o nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas encontra-se na base da frustração das pretensões inerentes à tutela jurisdicional efetiva dos particulares – algo que cabe aos Estados assegurar. Assim, nos termos do Considerando 34 desse acórdão, o TJUE estabeleceu que “um órgão jurisdicional que decide em última instância constitui por definição a última instância perante a qual os particulares podem fazer valer

os direitos que o direito comunitário lhes confere. Não podendo uma violação destes direitos por uma decisão desse órgão jurisdicional que se tornou definitiva geralmente ser sanada, os particulares não podem ser privados da possibilidade de acionarem a responsabilidade do Estado a fim de obterem por este meio uma proteção jurídica dos seus direitos".

Nos casos, portanto, em que o particular sofre violação de seus direitos individuais decorrentes da ordem jurídica da União Europeia, em razão da omissão do reenvio prejudicial obrigatório (tendo em conta os termos da jurisprudência Cilfit), pode dispor do recurso à ação de responsabilidade contra o Estado-juiz por violação do direito da União Europeia. Cabe ressaltar, no entanto, que, no âmbito dessa ação, os particulares apenas podem exigir o ressarcimento dos danos que lhes foram causados, mas não a revisão judicial que causou o dano, caso contrário colocar-se-ia em risco a autoridade do caso julgado.

É por isso que o TJUE estabeleceu, no Acórdão Köbler, que "um processo destinado a responsabilizar o Estado não tem o mesmo objeto e não envolve necessariamente as mesmas partes que o processo que deu origem à decisão que adquiriu a autoridade de caso definitivamente julgado. Com efeito, o demandante numa ação de indenização contra o Estado obtém, em caso de êxito, a condenação deste no ressarcimento do dano sofrido, mas não necessariamente que seja posta em causa a autoridade do caso definitivamente julgado da decisão judicial que causou o dano" (Considerando 39).

Assim sendo, no âmbito do princípio da responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia, o TJUE disponibilizou aos particulares uma via de direito que permite a reparação dos efeitos danosos de uma decisão judicial que negligenciou o reenvio prejudicial obrigatório. Ou seja, o princípio da responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia veio assegurar a tutela jurisdicional efetiva dos particulares, bem como o direito de acesso aos tribunais que ela implica.

Aliás, o princípio da responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia, a propósito da proteção dos direitos

fundamentais, está em completa sintonia com o artigo 41 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o qual, tal como sublinhou o TJUE no Considerando 39 do Acórdão Klöbler, permite "a condenação de um Estado signatário por violação do direito fundamental ao ressarcimento de danos, inclusivamente quando tal violação resulte do conteúdo de uma decisão de um órgão jurisdicional de última instância (Acórdão Dulaurans c. França – TEDH, 21 de março de 2000)".

Ademais, deriva da jurisprudência do TEDH que, em determinadas circunstâncias, a recusa do reenvio prejudicial por um órgão jurisdicional nacional que decide em última instância pode violar o princípio da equidade no processo (nos termos enunciados no artigo 6, nº 1 da CEDH), em particular quando esta recusa é arbitrária – isto é, sem fundamento material ou justificação razoável. Eis o que se verifica, por exemplo, nos Acórdãos Schooten e Rezabek c. Bélgica (TEDH, 20 de Setembro de 2011), Vergauwen e outros c. Bélgica (TEDH, 20 de Setembro de 2012), Dahbi c. Itália (TEDH, 8 de Abril de 2014) e Schipani c. Itália (TEDH, 21 de Julho de 2015).

Neste sentido, a título ilustrativo, convém debruçarmos sobre o caso Schipani c. Itália. Em síntese, estava inicialmente em causa uma reclamação feita por dois médicos devido ao fato de não terem recebido uma remuneração adequada nos anos de 1982 a 1991, período durante o qual haviam frequentado o curso de *Specializzazione* em Medicina. A reclamação era também motivada pelas dificuldades que teriam de enfrentar no sentido de haver o reconhecimento de seus diplomas fora do território italiano. A jusfundamentação dos pedidos acima referidos pautava-se na diretiva 75/363/CEE do Conselho, de 16 de Julho de 1975, entretanto só devidamente transposta ao ordenamento jurídico italiano em 1991 (pese o prazo fixado para tanto fosse o 31 de Dezembro de 1982), através do decreto legislativo nº 257.

A diretiva 75/363/CEE tinha por objetivo, de entre outros, a coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas às atividades de médico, sendo que inclusivamente trazia a

obrigação de remunerar os períodos de formação relativos às especialidades médicas, bem como as medidas que deveriam ser adotadas pelos Estados-Membros no respeitante ao reconhecimento mútuo dos diplomas, certificados e outros títulos de médico, no sentido de assim facilitar o exercício efetivo de estabelecimento e da livre prestação de serviços.

Em sede de primeira e segunda instâncias nos tribunais italianos, os demandantes tiveram seus pedidos negados. Do mesmo modo, o recurso interposto perante a *Corte di Cassazione* não teve melhor sorte. Muito embora os demandantes tivessem sugerido uma questão prejudicial ao TJUE no sentido de saber: a) se o recebimento pelo Estado Italiano da diretiva 75/363/CEE do Conselho, fora do prazo estabelecido, constituía uma violação ao direito da UE; e b) se as condições previstas no decreto legislativo n.º 257 de 1991 poderiam impossibilitar ou dificultar a obtenção do ressarcimento em causa; mesmo assim a *Corte di Cassazione* desconsiderou qualquer hipótese de reenvio e assim decidiu que o conteúdo da referida diretiva não se aplicava àquele caso em concreto, porque teria sido transposta ao ordenamento jurídico interno quando os demandantes já não mais frequentavam o curso de especialidade médica. Ademais, o tribunal de última instância italiano havia entendido que as diretivas (ainda que conferissem direitos aos particulares) não gozavam de efeito direto e, portanto, seu conteúdo só seria exigível após a sua devida transposição.

Importa considerar que a *Corte di Cassazione*, ao assim decidir, além de ignorar jurisprudências anteriores do TJUE nesta matéria[343], nomeadamente os Acórdãos Ratti[344] e Van Duyn[345], também contrariou a jurisprudência Cilfit, já que, ao entender que a diretiva em apreço gozava de total clareza, acabou optando por não reenviar. Considerando ainda que, no quadro da organização judiciária italiana, a *Corte di Cassazione* é a última instância perante a qual os particulares podem exigir seus direitos que para eles decorrem do ordenamento jurídico da UE, é lamentável que na época da decisão desse tribunal, os demandantes não tenham conseguido pleitear o ressarcimento de seus danos pelas vias da responsabilidade do Estado pela violação do direito da UE, já que naquele momento não dispunham de

previsão legislativa nacional que indicasse um tribunal competente ou os meios processuais que viabilizassem a receção de tal ação.

Esgotadas, portanto, as vias de recurso internas, os médicos demandantes, ainda inconformados, recorreram ao TEDH, já que insistiam terem sido vítimas de uma ação discriminatória, na medida em que não receberam o mesmo tratamento dos médicos que foram beneficiados com os direitos conferidos pela diretiva em apreço após a sua transposição para o ordenamento jurídico italiano.

No mérito, o TEDH, ao apreciar os pedidos dos demandantes, reconheceu a violação do artigo 6, n º1 da CEDH, em razão da *Corte di Cassazione* ter rejeitado a hipótese de submissão de uma questão prejudicial ao TJUE. Isto não significa uma preocupação do TEDH com a aplicação do direito da UE, até mesmo porque isso foge da sua competência. Todavia, sabemos que o reenvio prejudicial, mais do que um instrumento de uniformização da aplicação e interpretação do direito da UE, é também uma via (ainda que indireta) para os particulares acederem ao TJUE e, assim, obterem a efetividade dos direitos que para eles decorrem do ordenamento jurídico europeu. É neste sentido, portanto, que o TEDH tem relacionado a recusa injustificada do reenvio como um caso que se subsume à violação dos direitos inscritos no artigo 6, nº 1 da CEDH.

Interessa notar que, embora o conteúdo prescrito no artigo 6, nº 1 da CEDH tenha equivalência ao artigo 47 da CDFUE, ainda não encontramos na jurisprudência do TJUE casos em que esse tribunal se tenha manifestado no sentido da violação do artigo 47 da CDFUE devido a danos provocados aos particulares decorrentes da omissão do reenvio prejudicial obrigatório.

Embora, por um lado, o TJUE tenha recentemente decidido pela primeira vez em sua história, no Acórdão Ferreira da Silva e Brito[346], que um órgão jurisdicional que decide em última instância não havia cumprido com a sua obrigação de reenviar (o que, antes de mais, serviu para densificar a responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da UE), por outro lado, nenhuma menção foi feita relativamente ao artigo 47 da CDFUE, tal como o TEDH tem feito na sua jurisprudência, nomeadamente

nos casos em que a configuração da violação do artigo 6, n.º1 da CEDH resultou da constatação da ausência do reenvio prejudicial obrigatório para os órgãos jurisdicionais que decidem em última instância.

De todo modo, convém frisar que, diferentemente do que acontece nos pleitos ao TEDH, que são-lhe diretamente endereçados, a ação de responsabilidade contra o Estado-juiz por violação do direito da União Europeia é interposta pelas vias processuais do direito nacional. No Acórdão Francovich, em seu Considerando 42, o TJUE determinou que é no âmbito do direito nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado. Com efeito, na ausência de regulamentação prevista no direito da UE neste sentido, é a ordem jurídica interna de cada Estado-Membro que compete designar os órgãos jurisdicionais competentes e regulamentar as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a assegurar a plena proteção dos direitos que para os particulares decorrem do ordenamento jurídico da UE – (lembrando que a ausência de previsão de tais modalidades processuais e a indicação dos órgãos competentes é que impediram os médicos do caso Schipani demandarem pelas vias da responsabilidade do Estado Italiano).

Na medida em que não é o TJUE que decide sobre a reparação dos danos causados aos particulares em decorrência da violação do direito da UE pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, podemos afirmar que talvez tenha-lhe calhado menos oportunidades para manifestar-se sobre a violação do artigo 47 da CDFUE, tal como o TEDH tem feito relativamente aos casos em que se verificou que a omissão de reenvio prejudicial obrigatório violou o artigo 6, nº 1 da CEDH. É provável que, com a introdução no contencioso da União Europeia de recursos semelhantes à queixa constitucional alemã ou do recurso de amparo espanhol, o TJUE poderia ter mais oportunidades para manifestar-se nesse sentido – mas isto é meramente especulativo. Além do mais, existem muitas controvérsias teóricas no que toca a criação desses institutos processuais no âmbito do ordenamento jurídico da UE, cujo mérito não abordaremos aqui por ultrapassar o escopo do presente estudo.

Contudo, ainda que não se adentre na referida discussão, não é falacioso asseverar que, na ausência de previsão de um instituto semelhante ao recurso de amparo ou à queixa constitucional alemã, somente no âmbito da ação de responsabilidade do Estado é que os particulares podem requerer a reparação dos direitos que para eles decorrem do direito da UE. E, esgotando esta via de recurso interno, sem que tenham obtido êxito, e não havendo qualquer outra previsão de acesso direto dos particulares ao TJUE[347], resta-lhes a apresentação de uma queixa perante o TEDH. Eis o que aconteceu designadamente no caso Ferreira Santos Pardal c. Portugal (TEDH, 30 de Julho de 2015).

Nesse caso em apreço, temos a situação de um particular (Ferreira Santos Pardal) que, ao ingressar em um tribunal de primeira instância com uma ação contra uma seguradora de automóveis, para que esta fosse condenada a ressarci-lo dos danos que sofreu em consequência de um acidente, teve seus pedidos negados tanto em primeira como em segunda instância, bem como também perante o tribunal supremo, onde já não caberia mais nenhum recurso. Durante toda a tramitação do processo Ferreira Santos Pardal havia solicitado uma questão prejudicial para que o TJUE se pronunciasse a respeito da interpretação do artigo 1.º da Terceira Diretiva Automóvel, porém nenhuma das instâncias procedeu ao reenvio.

Diante do falhanço do seu intento na ação de indenização contra a seguradora de automóveis, Ferreira Santos Pardal buscou as vias da ação de responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da UE, que no ordenamento jurídico português está prevista no Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, e alterado pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho de 2008. Seu pleito pautava-se em suma na omissão do Supremo Tribunal de Justiça da sua obrigação de reenviar, exatamente porque das suas decisões não poderiam haver mais recursos. Mesmo assim, em sede da ação de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, o demandante não teve melhor sorte. Em primeira instância teve seu pedido negado e, embora o tribunal de segunda instância tenha dado

parcial provimento ao recurso, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que a responsabilização por danos causados no exercício da função jurisdicional não estava em vigor à data dos fatos.

Ante os supostos equívocos dos tribunais portugueses, nomeadamente em matéria de interpretação do direito da União Europeia, resultado sobretudo da omissão do reenvio prejudicial, e tendo esgotadas as vias de recurso internas, Ferreira Santos Pardal dirigiu-se ao TEDH no intuito de conseguir haver a condenação do Estado Português.

Nesta sede jurisdicional, é interessante notar que o TEDH considerou inadmissível o fundamento baseado na violação do artigo 6, n.º 1, da CEDH, por não cumprimento da obrigação do reenvio prejudicial obrigatório, tal como havia pronunciado anteriormente nos casos citados, designadamente Schooten e Rezabek c. Bélgica, Vergauwen e outros c. Bélgica, Dahbi c. Itália e Schipani c. Itália. Isto porque o TEDH, no caso Ferreira Santos Pardal, entendeu que, nos termos do artigo 6, n.º 1 da CEDH, a recusa do Supremo Tribunal de Justiça em submeter uma questão prejudicial ao TJUE, relativamente à interpretação da Terceira Diretiva Automóvel, estava suficientemente motivada. Desta feita o pedido do requerente não merecia acolhida.

Contudo, com base na alegação no sentido de que o não reconhecimento da responsabilidade do Estado-juiz havia privado o requerente ao direito a um processo equitativo, o TEDH viria a pronunciar-se positivamente neste sentido. Com efeito, o requerente apresentou duas decisões anteriores do Supremo Tribunal de Justiça, onde o mesmo havia reconhecido a responsabilidade do Estado por danos causados no exercício da sua função jurisdicional. Ora, diante das divergências da jurisprudência portuguesa quanto à admissibilidade das ações de responsabilidade do Estado-juiz, o TEDH entendeu estar configurada a violação do artigo 6 da CEDH, no que tange ao princípio da segurança jurídica.

Diante do exposto, percebemos que o TEDH tem analisado com rigor as ações dos juízes nacionais no exercício da sua função jurisdicional, seja quando apreciam erroneamente a sua obrigação de reenviar, ou quando não

se atentam à jurisprudência, inclusivamente àquela assente no TJUE (que, por sua vez, vincula as decisões judiciais de todos seus Estados-Membros). Desse modo o TEDH reafirma o papel fundamental do poder judicial na proteção dos direitos fundamentais, razão pela qual devemos apelar à sensibilidade dos nossos juízes para tanto. Principalmente, porque, lembramos, o TEDH não é uma instância revisora das decisões nacionais dos seus Estados-Partes, tampouco das decisões pronunciadas pelos TJUE. Aliás, pese o Protoloco nº 14 da CEDH permitir o acesso da UE à CEDH (uma vez que antes a adesão era restrita apenas a Estados – e, nesta medida a UE não é um Estado em termos convencionais) há que se recordar que, pela segunda vez, após o parecer 2/13 do TJUE, a adesão da UE à CEDH foi rejeitada[348].

Conclusões

Ao longo deste trabalho verificamos que a cooperação estabelecida entre os tribunais nacionais e o TJUE, através do reenvio prejudicial, propicia as condições para garantir a uniformidade da interpretação e aplicação do direito da UE – o que por si só já é algo grandioso para uma União que se pretende ser de direito. Afinal, é assim que o princípio da legalidade ganha efetividade – do contrário o caos de instalaria se uma mesma norma não fosse aplicada do mesmo modo nos Estados-Membros da UE. Mas, para além disso, importa destacar que, por trás dessa interpretação e aplicação uniforme do direito da UE, encontramos também, no reenvio prejudicial, um meio através do qual é possível assegurar a igualdade de tratamento dos direitos que para os particulares decorrem do ordenamento jurídico europeu.

Não é assim por acaso a notoriedade desvelada pelo reenvio prejudicial que, mesmo já tendo decorrido quase sessenta anos de integração europeia, continua, ainda nos dias de hoje, a ser uma fonte inesgotável de surpresas e debates no cenário interjurisdicional europeu. É que, sublinhamos, o "cordão umbilical" do reenvio prejudicial nunca foi (e jamais poderá ser)

cortado, sob pena da comunicação entre os tribunais nacionais e o TJUE não passar de uma mera fertilização cruzada. Ora, o reenvio prejudicial é uma ferramenta do princípio da lealdade e, por isso, estabelece um compromisso, ou, poder-se-ia até mesmo dizer, um dever constante de diálogo que vincula as instâncias jurisdicionais nacionais ao TJUE. Assim, ao ligar umbilicalmente os tribunais nacionais ao Tribunal de Luxemburgo, o reenvio prejudicial alimenta por esta veia a tutela jurisdicional efetiva dos direitos que para os particulares derivam do direito da UE.

Por isso que a omissão do reenvio prejudicial obrigatório rompe o acesso (ainda que indireto) através do qual os particulares podem fazer valer os direitos que o direito da UE lhes confere. Lembrando que, não sendo o reenvio prejudicial um mecanismo processual à disposição das partes, ao órgão jurisdicional incumbe a competência de análise quanto à necessidade e viabilidade de uma questão prejudicial. Se o juiz nacional falha nesta apreciação do reenvio prejudicial, logo frusta seus jurisdicionados das prestações inerentes à tutela jurisdicional efetiva dos direitos que para eles decorrem do ordenamento jurídico europeu. Não de outro modo que o Advogado P. Léger, nas suas Conclusões no Acórdão Köbler, afirmou que o reenvio prejudicial inscreve-se na lógica do direito de recurso aos tribunais (Considerando 35).

Eis então a necessidade dos juízes nacionais se sensibilizarem para a importância do reenvio prejudicial e do seu papel como garantes do direito da UE, de onde, inclusivamente, os particulares podem beneficiar, no âmbito de um espaço internormativo/interconstitucional europeu, do nível de proteção mais elevado, consubstanciado no artigo 53 da CDFUE, e reconhecido como o grande “triunfo” da ordem jurídica europeia em matéria de proteção dos direitos fundamentais[349].

Logo, decorre da inteligência da jurisprudência do TJUE que os direitos dos particulares, que derivam do ordenamento jurídico da UE, não poderiam ficar ao arbítrio dos juízes nacionais quanto à submissão de uma questão prejudicial, ou até mesmo restarem à mercê das probabilidades de infalibilidade dos órgãos jurisdicionais nacionais quanto ao recurso do

reenvio. Daí que de modo a permitir a reparação dos danos causados aos particulares, em virtude da omissão do reenvio prejudicial obrigatório, é que o princípio da responsabilidade do Estado-juiz foi desenvolvido. Se não fosse possível acionar a responsabilidade do Estado-juiz pela violação do direito da UE (máxime, pela omissão do reenvio prejudicial), o direito dos particulares ficaria gravemente diminuído.

Atento a essa dimensão subjetiva do reenvio prejudicial, nomeadamente a de garantir a tutela jurisdicional efetiva dos particulares, verificamos que o TEDH tem adotado em sua jurisprudência uma interpretação no sentido de relacionar a ausência do reenvio prejudicial obrigatório a uma configuração de violação do artigo 6, n.º1 da CEDH – lembrando, neste sentido, o caso Schipani c. Itália. Por outro lado, foi também interessante notar no caso Ferreira Santos Pardal que não só a omissão do reenvio prejudicial tem servido para fundamentar uma violação ao artigo 6 da CEDH, mas também o descuido à observância da jurisprudência assente (do TJUE) pelos tribunais nacionais pode motivar uma condenação, na medida em que assim infringem a segurança jurídica que resulta da leitura do artigo 6 da CEDH.

Não obstante a proteção oferecida pela CEDH através das vias de acesso dos particulares ao TEDH, é importante frisar que, no âmbito do ordenamento jurídico europeu, a responsabilidade em assegurar os direitos que dali resultam é dos tribunais orgânica e funcionalmente europeus, ou seja, os tribunais nacionais. A eles compete, dando coerência à arquitetura jurídica da UE, assegurar a correta interpretação e aplicação do direto da UE. É por isso que nos casos em que não se verifiquem nenhuma das excludentes da jurisprudência Cilfit, e tendo em conta que o TJUE é a instância que tem a última palavra em termos de interpretação e aplicação do direito da UE, os tribunais nacionais têm assim o dever de reenviar – esta é uma condição a que já não podem esquivar, ou estarão atentando contra o seu próprio escopo, nomeadamente o de garantir aos jurisdicionados a efetividade dos seus direitos, inclusivamente aqueles que se inscrevem no ordenamento jurídico da UE.

-

323 Constituição, ordenamento e aplicação de normas europeias e nacionais, in *Polis – Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, nº 17, 2008, p. 76.

324 Processo C-244/80, 16 de Dezembro de 1981.

325 Neste sentido, veja os Acórdãos do TJUE: Hessische Knappschaft (Processo 44/65, 9 de Dezembro de 1965, p. 253); Lothar Matheus (Processo 93/78, 22 de Novembro de 1978, considerando 5); Cilfit (Processo 283/81, 6 de Outubro de 1982, considerando 9).

326 Defendida na literatura portuguesa por CAMPOS, J.M; CAMPOS, J.L.M., *Manual de Direito Europeu – O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 423.

327 Nesta senda pronunciou-se o TJUE, ainda que incidentalmente, dispondo no Acórdão Costa & ENEL (Processo 6/64, 15 de Abril de 1964) que "as jurisdições nacionais cujas decisões são, como no *caso sub judice*, irrecorríveis, devem solicitar ao Tribunal que julgue a título prejudicial" (p. 554).

328 Neste sentido, Inês Quadros, *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial*, in Sofia Oliveira Pais (coord.), Coimbra, Almedina, 2011, p. 221.

329 TJUE, Processo C-99/00, 4 de Junho de 2002, Considerandos 10-19.

330 TJUE, Processo C-99/00, 4 de Junho de 2002, Considerandos 10-19.

331 TJUE, Processo C-6/64, 15 de Julho de 1964.

332 TJUE, Processo C-416/10, 15 de Janeiro de 2013.

333 TJUE, Processo C-188/10, 22 de Junho de 2010.

334 TJUE, Processo C-224/01, 30 de Setembro de 2003.

335 Neste mesmo sentido são as conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet, no mais recente processo a ser apreciado pelo TJUE no âmbito desta matéria, ou seja, o caso PFE (Processo C-689/13). Em suas conclusões apresentadas em 15 de Outubro de 2015, Melchior Wathelet sugere o entendimento segundo o qual é pouco provável que o TJUE continue a adotar uma conceção organizacional do conceito de «órgão jurisdicional» – veja Considerando 30.

336 TJUE, Processo 283/81, 6 de Outubro de 1982.

337 TJUE, Processo C-314/85, 22 de Outubro de 1987.

338 Cfr. SILVEIRA Alessandra; FERNANDES Sophie Perez, *Anotação aos acórdãos (TEDH) Ferreira Santos Pardal c. Portugal e (TJUE) Ferreira da Silva e Brito (ou do "grito do Ipiranga" dos lesados do direito da União Europeia no exercício da função jurisdicional)"*, in Revista Julgar,

p. 14, disponível em «http://julgar.pt/anotacao-aos-acordaos-tedh-ferreira-santos-pardal-c-portugal-e-tjue-ferreira-da-silva-ebrito/», última visualização em 08-02-2016.

339 TJUE, Processo C-6/90, 19 de Novembro de 1991.

340 TJUE, Processo C-46/93, 5 de Março de 1996.

341 TJUE, Processo C-48/93, 5 Março de 1996.

342 Cfr. SILVEIRA Alessandra, *A responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça*, in Revista Scientia Juridica, Tomo LVII, n.º 315, Julho/Setembro, 2008, p. 439.

343 Nos Acórdãos Ratti e Van Duyn o TJUE havia entendido que só através das disposições nacionais que traspõem as diretivas é que elas produzem efeito direto. Todavia, nos casos em que uma diretiva não tenha sido transposta no fim do prazo fixado, ou tenha sido mal transposta, recusar-lhe o efeito direto redundaria em retirar-lhe o efeito útil. Além disso, permitiria que um Estado-Membro se prevalecesse da não transposição ilegítima de uma diretiva para se furtar às obrigações que ela lhe impõe perante os particulares, o que iria contra os mais elementares princípios do Direito.

344 TJUE, Processo C-148/75, 5 de Abril de 1999.

345 TJUE, Processo C-41/74, 4 de Dezembro de 1974.

346 TJUE, Processo C-160/14, 9 de Setembro de 2015.

347 Ainda que o objetivo do recurso de anulação não coincida exatamente com o que aqui foi esboçado, relativamente à criação de um recurso nos moldes do recurso de amparo ou da queixa constitucional alemã, mesmo assim não se pode deixar de mencioná-lo como uma das vias mais relevantes de acesso direto para os particulares ao TJUE. Através do recurso de anulação, atualmente previsto no artigo 263 do TFUE, os particulares podem questionar a legalidade dos atos das instituições, órgãos e organismos da UE desde que comprovem, no entanto, a sua «afetação individual», ou seja, demonstrem que o ato impugnado tenha incidência na sua situação pessoal ou que o afete direta e individualmente, o que por vezes acaba por limitar esta condição de acesso ao TJUE.

348 Em Abril de 1994, o Conselho pediu ao TJUE para elaborar um parecer referente à viabilidade da adesão da então Comunidade Europeia à CEDH com o Tratado da Comunidade Europeia. Na ocasião, o TJUE, em seu parecer 2/94, declarou que a UE não tinha competência para aderir à CEDH. Em 2015, este parecer foi confirmado na decisão 2/13 do TJUE. Sobre a adesão da UE à CEDH, veja: HALBERSTAM Daniel, *"It's the Authonomy, Stupid!" A modest defend of Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and the way forward* , in Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Paper nº 432, 2015; SPAVENTA Elenonor, *A very fearful court? The protection of fundamental rights in the European Union after Opinion 2/13*, in Maastricht Journal of European and Comparative Law, Ano 22, nº 1, 2015; ODERMATT Jed, *Court of Justice of the European Union finds Draft Agreement on EU Accession to ECHR is incompatible with EU Law*, in Cambridge Journal of International and Comparative Law, 2014, disponível em:

«http://cjicl.org.uk/2014/12/20/court-justice-european-union-finds-draft-agreement-euaccession-echr-incompatible-eu-law/», última visualização em 15-09-2015.

349 Cfr. SILVEIRA Alessandra, *A responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça*, in Revista Scientia Juridica, Tomo LVII, n.º 315, Julho/Setembro, 2008, p. 435.

EROSÃO DA LEGALIDADE NA UNIÃO EUROPEIA EM SITUAÇÕES DE CRISE ECONÓMICA: NOVOS DESAFIOS, ANTIGOS DILEMAS

Michelle Soares Garcia
Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra

Resumo

Na intenção de perceber o papel da lei na regulação econômica na União Europeia e a consequente erosão do princípio da legalidade em situações de crise econômica**.** O colapso econômico está diretamente relacionado à crise da regulação econômica que não se afasta de uma análise da crise sobre o direito e, mais nomeadamente, sobre o sistema democrático. Consideram-se os fatores jurídicos e não jurídicos que, ingressando no discurso jurídico-administrativo pela regulação econômica na União Europeia, são susceptíveis de criar barreiras ou embaraçar o pleno cumprimento do princípio da legalidade da administração. Diante disso, indaga-se sobre os desafios contemporâneos de um colapso econômico globalizado dentro da narrativa da doutrina tradicional, evidenciando uma crise democrática, muitas vezes arreigada a modelos burocráticos, e medidas de urgência tomadas pela administração pública dos países. A crise econômica mundial demonstrou um fortalecimento no controle da regulação econômica na

União Europeia, devendo estar submetido a um controle jurídico baseado nos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Legalidade, União Europeia, Regulação, Economia.

1. Introdução

Deve-se avaliar a complexidade da erosão do princípio da legalidade na regulação econômica, os países buscaram, em situações de crises emergenciais, soluções imediatas e nem sempre homogêneas, reflexo de um mundo globalizado e célere. Mas antes de responder a problemática formulada, alguns objetivos precisam ser alcançados.

Em um primeiro momento, é necessária uma reflexão do cenário econômico mundial para a compreensão da crise econômica e das diversas mudanças no sistema regulatório da União Europeia. A regulação econômica apresenta uma evolução cíclica com momentos de avanços e retração e com deficiência em seu controle.

Cabe considerar, subsequentemente, as repercussões da regulação econômica dentro da quebra do princípio da legalidade em situações de urgência pela administração pública.

E, por fim, avaliar a erosão do princípio da legalidade diante as inúmeras mudanças do papel da administração pública em detrimento aos anseios do interesse público.

2. A Mudança de Paradigma Econômico e do Estado de Direito

Para compreender toda abordagem da erosão do princípio da legalidade e da regulação econômica na União Europeia – UE, é necessário observar previamente a mudança de paradigma do Estado de Direito e a sua especificação econômica.

A doutrina clássica liberal defende a ideologia que não existem as intervenções do poder público no domínio econômico, pois a ideia estava centralizada na "mão invisível" do mercado de Adam Smith e na possibilidade de sua auto-regulação (Sanches, 2000).

O Estado liberal permita que cada indivíduo buscasse os meios de desenvolver seus próprios objetivos. O Estado deveria abster-se de intervir nas relações, garantindo os chamados direitos de ações negativas, garantindo a liberdade.

O liberalismo teorizava que a administração pública deveria estar fundamentada no princípio da legalidade, no que tange a liberdade de fazer tudo dentro dos limites legais dentro da generalidade e abstração (Otero, 2007). No século XVIII, o absolutismo do monarca foi substituído pelo absolutismo da lei, dando à administração pública a possibilidade de realização dos seus atos de modo que não contrariasse a lei.

O princípio da legalidade surgiu de fato no século XIX, com as revoluções liberais e a instituição do Estado de Direito de legalidade formal (Costa, 2012). Com a finalidade de instituir uma maior liberdade à iniciativa privada e criar uma submissão do poder executivo às normas ditadas pelo parlamento, que é o representante da vontade geral. Afasta-se, assim, a possibilidade de uma intervenção direta do executivo no privado, característica do Estado Absoluto (Costa, 2012).

A legalidade decorreria da faceta democrática da relação equilibrada dos poderes institucionais (legislativo, judiciário e executivo) e a supremacia da vontade do povo subordinando à administração Pública (Machado, 2013).

Vários pensadores construíram entendimentos do princípio da legalidade no Estado liberal, mas foi Kant que teorizou que os atos administrativos e políticos devem estar ajustados a uma ordem jurídica em que a lei serve como absoluto fundamento para o Estado (Otero, 2007).

A grande depressão econômica marcou a década de 1930, sendo considerado o maior período de recessão econômica do século XX. Os efeitos negativos dessa grande depressão foram a deflação e a queda dos valores dos produtos, o que culminou na falência de diversas empresas e indústrias.

Os Estados Unidos foram duramente atingidos pela grande depressão o que desencadeou uma série de medidas conhecidas, como o *New Deal*, aprovadas pelo então presidente Franklin Delano Roosevelt, influenciado pelos argumentos de Keynes. Essas políticas econômicas americanas foram aplicadas de forma semelhante na Alemanha por Hjalmar Schacht (Costa, 2012).

O conceito de regulação econômica teve significativas alterações com modelo de Estado intervencionista de Keynes e Arthur Pigou quando defenderam que o Estado deve assumir um papel dirigista e ordenador da vida econômica (Silva, 2009).

O Estado tomou uma série de medidas intervencionistas para recuperar e reformar a economia, quais sejam investimento em obras públicas, proporcionando mais empregos; destruíram os estoques agrícolas para domar a queda dos preços; o Estado passou a controlar e evitar a superprodução na agricultura e na indústria; diminuindo as jornadas de trabalho e fixou um salário mínimo para o trabalhador. Essas medidas essenciais maximizam o chamado de Estado social que permite uma administração pública essencialmente prestadora em que o gestor público pudesse em situações concretas de regulação econômica moldar o conteúdo da norma.

O *princípio da legalidade* ganhou um novo rumo após o *New Deal*, visto que o legislador se viu obrigado a aumentar a regulação legal nas chamadas

leis-medidas para corresponder aos anseios dos problemas sociais (Soares, 1981).

O legislador norte-americano aprovou em 1933 uma significativa majoração ao poder do executivo, o congresso norte-americano entendeu que existia uma situação de grave emergência econômica e deveria ter uma reação imediata para conter a crise financeira resultando no *Emergency Banking Relief Act* (Soares, 1981). Pode-se, então, verificar um rompimento do paradigma principiológico clássico da legalidade motivada por questões econômicas, em que as normas passam pela aprovação sem uma sólida base legal. Desde o *New Deal*, a aposta americana é a regulação através de *agencies (executive ou independente)* que editavam para reger e condicionar a atividade das empresas (Morais, 2012).

A legalidade administrativa demonstra-se no Estado social como na autovinculação do Governo em que o legislativo fica a "mercê" do poder executivo, sinalando uma crise democrática.

O executivo passa a ter uma maior legitimidade democrática na formação da vontade popular, o que permitiu assumir em muitos casos poderes do legislativo. Com o alargamento da lei, alterou-se a concepção da reserva de parlamento, acarretando em um problema no desempenho dos poderes e suas funções.

Durante o Estado social ficou ressaltado um ilusório abstencionismo estatal na busca de maximizar a regulação causando uma inflação legislativa (Machado, 2013). Carnelutti (2012) afirma que administração pública no que tange à administração econômica e social transita de uma atuação que pratica o que não lhe é proibido para uma administração, que só pratica o que lhe for permitido (Machado, 2013).

A *reserva da lei* surge como base legal para as atividades da administração, refletindo no *princípio da legalidade* e na sua expansão, resultando no *princípio da precedência de lei*, não como limite, mas como pressuposto e fundamento para a administração pública (Andrade, 1986).

É inegável que novas necessidades da sociedade surgiram, o que necessitou de uma adaptação das decisões do sistema político e jurídico, visto que cada vez mais estão subdivididos os setores de especialidade e tecnicidade da administração, resultando no rompimento da *reserva de função legislativa*, deixando a fronteira clássica da liberdade e propriedade dos cidadãos para as novas necessidades na intervenção da Administração.

A propagação de novos setores e funções administrativas geram um aumento exponencial da carga de tarefas da administração, necessitando de uma maior articulação no âmbito nacional e internacional, o que ocasiona uma grande instabilidade do poder administrativo (Moniz, 2013).

O Estado ganhou características de uma nova roupagem do capitalismo pós-guerra (Stiglitz, 2009), no apogeu do Estado social, em que o intervencionismo passa a regular a vida econômica, produção de bens e serviços e controla a massa de leis. O alargamento dos poderes assumidos pelo executivo não desapareceram com o fim das crises; ao contrário, são acentuados como necessários para a criação de regulamentos dos poderes públicos de forma direta ou indireta por meio de agências reguladoras – AR – que editavam as atividades empresariais (Shonfield, 1997).

Nesse contexto, alguns doutrinadores alemães afirmavam que o Estado estava restringindo o poder discricionário do agente administrativo, podendo passar de um Estado social para um Estado administrativo (Otero, 2007).

A liberação econômica, implantada no final da década de setenta pelo Chile, conduziu a um significativo entusiasmo entre os países do globo na mudança das exigências de um Estado regulador e assistencialista e na diminuição da intervenção estatal sobre a economia, só devendo a intervenção do Estado ocorrer em setores públicos imprescindíveis à população e, ainda assim, num grau mínimo (Moniz, 2013).

Na década de oitenta, o novo movimento liberal mundial buscava pela retirada do Estado na economia. A administração Reagan introduziu um programa intenso de *deregulation* em que o Estado aboliu os monopólios estatais, transferindo essa responsabilidade aos particulares, buscando

mecanismos pró-concorrenciais, possibilitando um Estado regulador da economia, também conhecido como neoliberalismo.

O novo paradigma neoliberal passa por um processo de *desintervenção* do Estado na economia, sobretudo no sistema financeiro (Maçãs, 2003), autorizando as privatizações de setores da economia antes vedados aos particulares e designando uma regulação econômica mais contida pelo Estado.

O Estado regulador assumiu um papel de coadjuvante nas prestações de serviços, limitando-se a fiscalizar em nome do interesse coletivo em consequência de um novo equilíbrio econômico (Ferreira, 2009).

A natureza cíclica do crescimento no capitalismo, portanto, está mais fortemente relacionada com a natureza e qualidade dos marcos regulatórios. Ao observar a transformação do princípio da legalidade, diante das mudanças das exigências do interesse público e mudanças econômicas, percebe-se que a democracia participativa enfrenta tempos de crise na sua evolução e forma de controle político.

Pode-se afirmar que existe um distanciamento da participação popular nas decisões de regulação econômica e uma proximidade na chamada *neocorporativização da decisão política*, que são resultado da interferência de grupos e parceiros sociais (Otero, 2007).

É acentuada a separação entre o povo e o processo político quando os representantes eleitos são incapazes de lidar com as questões econômicas fundamentais, o que para Glinavos (2009) ser tênue a diferença entre governo democrático e autoritário. Entretanto, o interesse público continua passando toda a responsabilidade dos projetos de transformações sociais para a administração pública, projetos que são apenas esboçados pelo legislativo (Moniz, 2011).

A crise democrática está sendo agravada pelo desiquilíbrio da tríade legislativo, executivo e judiciário na necessidade de uma revisão da separação de poderes (Moniz, 2013).

A realidade social e econômica tem como um dos pilares estruturantes o direito administrativo e seus atos, que observados dentro de um panorama econômico é necessário analisar a regulação econômica e seus reflexos.

2.1 Situação de emergência econômica

A maior crise econômica e financeira desde a década de 1930 foi originada no mercado de crédito hipotecário americano, o mercado de alto risco. O *subprime,* que é o crédito hipotecário de alto risco, facilitava o crédito imobiliário destinado à habitação para aquelas pessoas que não cumpriam as exigências de garantias para serem elegíveis para empréstimos normais.

O *subprime* é um crédito hipotecário de alto lucro que incide em grande risco de incumprimento por parte do mutuário. Em 2006, o *subprime* representava 10% do mercado de crédito hipotecário americano. O esgotamento do setor imobiliário nos EUA atraiçoou a coerência do *subprime* em que os mutuantes contavam com a valorização dos preços dos bens imóveis para limitar os riscos. O inadimplemento cresceu cerca de 11% no início de 2006, mais de 20% em 2008, causando todo o colapso (Glinavos, 2009).

O risco de inadimplência é partilhado entre muitos credores, pois as operações financeiras permitem partilhar riscos. Ao se evidenciar o percentual elevado do inadimplemento da titularização alastra-se por todo o sistema mundial a desconfiança que congelou o mercado. As instituições passaram a evitar empréstimos entre si, motivando a venda de ativos bons e por falta de liquidez foram vendidos a preços baixíssimos, agravando o colapso e determinando a falência dessas instituições (Glinavos, 2009).

No fenômeno da desregulamentação, o Estado deixou livres as instituições e bancos para expandir o seu envolvimento em títulos e bens imobiliários e, também, intensificou a concorrência entre os bancos e financeiras não bancárias intermediários. Como resultado, a liberalização financeira tende a aumentar a vulnerabilidade do sistema bancário,

ocasionando um colapso repentino de valores de ativos em títulos e dos mercados imobiliários, portanto a desregulamentação tem sido associada a ciclos de expansão e retração (Glinavos, 2009).

Para alguns especialistas a desregulamentação nos serviços financeiros cria oportunidades e pré-condições para bolhas especulativas (Glinavos, 2009).

O congresso americano aprovou em 2008 o *Economic Stimulus Act*, que concedeu créditos fiscais para contornar a crise. Ocorre que a medida-lei não impediu que diversas outras empresas entrassem em crise, como o banco *Bear Stearns* que apresentava um grande risco de decretar falência, por isso o governo norte-americano permitiu que o *JP Morgan* o comprasse, consentindo um empréstimo no valor de trinta bilhões de dólares para o *Bear* por um banco federal.

A globalização contribuiu para alastrar o prejuízo causado pelas instituições financeiras norte-americanas, deixando vários países com o sistema financeiro abalado.

O colapso afetou fortemente a Europa, o maior banco de crédito hipotecário do Reino Unido *Northern Rock* foi nacionalizado em fevereiro de 2008. Os grupos *Dexia* e *Fortis*, duas instituições financeiras com ramificações transnacionais complexas europeias, foram resgatados pelos países do Benelux e pela França (Schuman, 2012).

A administração Bush para contornar a crise lançou medidas para investir no setor privado na chamada doutrina *Regulation by Deal*, supervisionando contratos entre particulares, fundamentando na norma legal *Federal Reserve Act* utilizada na fase da grande depressão da década de 1930.

O governo, em 15 de Março de 2008, implantou o *Board of Governors* do *Federal Reserve System* para injetar liquidez no sistema, consentindo empréstimos com juros entre 0 e 1% a qualquer instituição financeira ou particular que comprovasse que estava incapacitada de obter crédito. Na tentativa de afastar a crise, aplicaram-se normas que autorizariam uma

maior discricionariedade da administração pública, sem praticamente nenhum controle judicial (Costa, 2012).

Pode-se entender, em suma, que o *Regulation by Deal* possibilitou não só acordos entre os particulares, mas também a possibilidade de celebração de acordos entre os particulares e o Estado, evidenciando uma interferência estatal nas instituições financeiras e, em muitos casos, uma nacionalização de algumas entidades (Leal, 2011).

Para contornar a crise foram admitidos o *Housing and Economic Recovery Act* de 2008 e *Federal Housing Administration*, criados para ampliar os poderes regulatórios de intervenção. As medidas permitiram maior discricionariedade dos atos do Secretário do Tesouro que nacionalizou os bancos *Fannie Mae* e *Freddie Mac.*

Os atos administrativos ganharam poderes no conteúdo legislativo de suas ações. Outra medida da época da crise da década de 1930, que permitiu a expansão dos poderes de regulação em 2008, foi o *Gold Reserve Act* de 1934, pois previa que o Departamento do Tesouro poderia negociar em ouro.

O apogeu da crise ocorreu, de fato, em outubro de 2008, quando as autoridades americanas decidiram não salvar o banco de investimento Lehman Brothers, ocasionando a desestabilização mundial.

A desestabilização atingiu a economia real refletindo no PIB mundial que baixou 0,6%; tratou-se da primeira recessão a nível mundial desde a Segunda Guerra Mundial (Schuman, 2012).

Ao analisar essa primeira fase de uma circunstância de emergência econômica, o aumento dos poderes das entidades reguladoras é cristalino, permitindo avançar para satisfazer o interesse público.

Nomeadamente na Europa, identificou-se como consequências da crise a escassez de crédito; aumento do desemprego; baixo crescimento do PIB e o desaquecimento da econômica dos países do bloco o que ocasionou medidas de redução de gastos públicos.

A União Europeia flexibilizou em 2008 e 2009 os limites dos défices orçamentais, contrariando a União Econômica Monetária (UEM) (Mendes, 2011).

Estados da UE buscaram combater a crise financeira com medidas de intervenção em instituições bancárias abaladas pela anormalidade global. A crise financeira global inverteu a retórica governamental dos últimos 30 anos; governos caracterizaram-se como “mãos fora" dos mercados, passam a intervir e nacionalizar (Aronson, 2009).

A tentativa de compreender a regulação em circunstâncias emergenciais leva-nos a questionar sobre a importância da regulação econômica, já que é a finalidade da regulação, devendo ser observado seu papel neutral, político e administrativo.

3. Regulação

Pode-se considerar que a regulação econômica é toda e qualquer intervenção dos poderes públicos que diretamente criam uma imposição de regras para domínio econômico (Vicente, 2012).

Existe uma dificuldade na identificação da missão administrativa de regulação, pois desenvolvem atividades muito diversas entre entidades públicas e privadas, com o objetivo de agenciar a estabilização das atividades financeiras, possibilitando a livre concorrência e assegurar os bens e serviços essenciais (Moniz, 2005).

O novo modelo de regulação econômica foi introduzido no direito anglo-saxônico, sobretudo no direito norte-americano, ao criar um sistema de economia de mercado, anteriormente já mencionado, o *“New Deal”*, que além de regular a economia, cria mecanismos de correção às possíveis deficiências do mercado (Young, 2008).

A regulação possui muitos significados, busca evitar as falhas do mercado e estabelecer regras para conduta e gestão, com prevenção de riscos e minimização de danos (Young, 2008). Em um panorama da

regulação em sentido amplo visa, exercendo poderes normativos, o correto funcionamento de um setor e antecipa a atuação das empresas e determinadas obrigações positivas (Cassese, 2002).

O sistema de regulação econômica implantado pelos norte-americanos acumula poderes normativos, administrativos e poderes quase-jurisdicionais (Martinez, 2002). A função assumida pelo Estado interventor e a de prestação de bens e serviços e, sobretudo, na tarefa de disciplinar a lei e os regulamentos em massa (Morais, 2012).

As duas guerras mundiais permitiram um aumento do papel estatal como promotor social. Após as décadas de 1950 e 1960, o direito administrativo na Europa teve um significativo avanço, com mudanças, principalmente, no Direito Inglês, após uma expansão de controle judicial nos atos administrativos (Aronson, 2009).

O conceito europeu de regulação econômica está dividido em diversas compreensões: a) regulação enquanto regulação, que se destina a regular um determinado setor; e b) regulamentação como atividade do exercício dos poderes normativos de controle administrativo (Chevallier, 2006).

A Comunidade Econômica Europeia harmonizou uma integração econômica e política entre os Estados-membros materializados na livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e de pessoas (Majone, 1994).

O desafio foi estimular a concorrência e perceber as falhas do mercado, principalmente nos monopólios considerados naturais (eletricidade, água, etc.) e que a prestação desses serviços devem estar atrelada ao interesse econômico geral (Gonvalves, 2013).

3.1 A função da regulação econômica

Ao analisar a função da regulação econômica observa-se que existem várias teses: neutralidade, política e administrativa. A primeira tese que merece destaque é a função neutral da imparcialidade e do interesse público, o que acarreta diversas especificações (Vicente, 2012).

A tese da neutralidade traz uma variante sobre a regulação ao exercer uma função jurisdicional, em que as agências reguladoras – AR – são apenas intérpretes da norma, não sendo atribuído qualquer discricionariedade na tarefa.

Outra vertente que pode ser evidenciada é a desoneração da atividade direta de gestão do Estado dos serviços de utilidade pública, limitando garantir o respeito pelas regras impostas.

Essa perda da legalidade substancial faz que a administração pública desempenhe um papel quase arbitral de compatibilizar os interesses públicos e os interesses do mercado, ocasionando em uma discricionariedade em sua atuação e fuga do papel neutral. Dessa forma, entende-se que o papel neutral não permite delongas nesse breve estudo, visto que não possui grande repercussão doutrinária e inevitavelmente a parcialidade.

A função política na regulação é defendida na sua natureza para-legislativa, influenciada pelo direito norte-americano e o conceito de *agencies* e suas extensas delegações (Vicente, 2012).

O principal argumento é o exercício do poder normativo que a lei atribui as AR, que ao se afastar da discricionariedade administrativa passa a ter função política.

A função com maior visibilidade pela doutrina é a função administrativa da regulação que prossegue o interesse público.

A doutrina normalmente não faz distinção entre as autoridades de garantia e as autoridades de regulação, todavia a doutrina italiana faz distinção em um sentido amplo e estrito. O sentido amplo trata-se do já evidenciado, que sempre deve agir em conformidade ao interesse público. O sentido estrito é o que distingue as autoridades do setor de redes e setor de crédito ou de garantia e autoridades de regulação (Vicente, 2012).

Os setores da administração pública condicionados pela regulação financeira implicam em um exercício de vigilância e supervisão, que condicionam o privado um conjunto de medidas limitadoras. Legitimadas

pelo amparo do interesse público, consequentemente protegendo os mercados e investidores e a prevenção de riscos.

Deve-se observar o sentido estrito da regulação econômica e sua proximidade ao Serviço de Interesse Econômico Geral – SIEG, que combinam elementos de direção e de mercado tentando ultrapassar as falhas (Vicente, 2012). Dessa forma, nota-se que suas características (lucro, investimentos elevados, etc.) apresentam uma importância política que não permitem ficar à margem.

O mercado, ao mesmo tempo em que se atrela à ideia da livre iniciativa econômica e da livre concorrência deve estar compatível com as normas de interesse social, de forma atender os anseios do interesse público. Dessa forma, a regulação econômica será um conjunto de atos e medidas para alcançar tais interesses, assumindo uma regulação de garantia ou uma responsabilidade pública de garantia (Vicente, 2012).

A regulação econômica tem um duplo efeito econômico e social que vai desde as medidas de prevenção de monopólios ou corrigir as externalidades do mercado.

A regulação pode apresentar conceito diverso se observarmos a doutrina francesa em que distinguem a regulação econômica setorial e a disciplina da concorrência.

Na França, é normal falar da regulação de concorrência, em um sentido amplo visa ao crescimento de um determinado setor econômico e para isso sempre exerce os poderes normativos, antecipando algumas das atuações empresariais e fixando as obrigações positivas.

Existe um grande problema nessa fragmentação francesa em criar uma regulação de concorrência, visto que substancialmente a concorrência não compete à regulação, tratando-se de coisas diversas (Cassese, 2002).

Percebe-se que a regulação não se trata de uma função de neutralidade, parajurisdicional, política ou concorrencial, sendo evidenciado que sua função é administrativa ao atender às necessidades e anseios do interesse geral. A regulação deve submeter-se aos pressupostos políticos na obtenção

de resultados práticos, no correto funcionamento do mercado, sendo necessário ponderar a justiça, conveniência, oportunidade, eficácia, eficiência e política (Andrade, 1986).

Os momentos de crise evidenciam que a regulação econômica dos Estados não está afugentada pelo princípio da legalidade. A crise permite uma maior produção de medidas-lei que possuem fundamentação jurídica rasa e com uma maior discricionariedade da administração pública, sem conceitos bem determinados, possibilitando interpretações convenientes aos interesses econômicos. A quebra da legalidade torna-se evidente no momento que se atenua o controle do poder judiciário (Costa, 2012).

A regulação em tempos de crise mostra-se ainda mais desafiadora ao *princípio da legalidade*.

3.2 Princípio da legalidade da administração e a regulação

No desdobramento da análise do princípio da legalidade depara-se com grande contribuição doutrinária e jurisprudencial da crise da legalidade e do princípio democrático. Entretanto, o objetivo desse breve estudo é modesto, destinando-se a considerar a análise do princípio da legalidade e sua aplicabilidade na regulação econômica.

Quando se examina o princípio da legalidade, pode-se afirmar que admite várias nuances. A primeira fisionomia que se pode perceber está assentada no princípio da racionalidade e da imparcialidade da atividade administrativa, embasados no princípio democrático representativo, sendo desenvolvido como um limite interno no qual a administração possui autonomia total (Dogliani, 2008).

A segunda está atrelada às formas de vinculação à lei positiva e a negativa independente do seu conteúdo, sendo necessária uma fundamentação legal para qualquer ato praticado pela atividade administrativa (Vicente, 2012). Dessa forma, podem-se notar diversas discordâncias ao analisar o conteúdo objetivo do princípio da legalidade, visto que muitos doutrinadores afirmam que se trata de um requisito de

validade, que somente é suscitado nos atos considerados desfavoráveis, enquanto outros mencionam que todos os atos administrativos, independente da sua natureza, devem estar embasados no princípio.

O *princípio da legalidade* evidencia-se em dois subprincípios: *princípio da reserva de lei*, ligado a ideia da subordinação da administração à lei e p*rincípio da procedência de lei*, que o poder regulamentar deve estar fundamentado em uma lei prévia. Ocorre que nem todos os regulamentos assumem o mesmo grau de dependência ou vinculação, possuindo uma série de regulamentos no ordenamento jurídico (Vicente, 2012).

Dentro da realidade jurídica portuguesa pode-se analisar o *regulamento* que se trata de conjugado de normas jurídicas de direito administrativo no exercício da função administrativa. Nesse estudo, vamos destacar sucintamente o regulamento independente, autônomo e delegado.

O regulamento independente pode assumir várias configurações. Pode priorizar a dinâmica da ordem jurídica em geral, vinculado à disciplinar relação social (Amaral, 2011). No caso da legislação portuguesa, percebe-se ainda a possibilidade do governo elaborar regulamentos sem a necessidade de lei prévia (Otero, 2007).

O regulamento autônomo são as normas atribuídas por lei a entes infraestaduais. Dentro das suas características que merecem ser destacadas estão: ausência da necessidade de lei prévia, aspirações primárias e sub-primárias, não se limitando a mera execução ou complementação (Vicente, 2012).

Pode-se definir que o regulamento delegado é quando a administração tem a possibilidade de modificar, revogar e suspender uma norma do arcabouço legal.

Ao observar os regulamentos, pode-se advertir para o fenômeno da *deslegalização* que ele é motivado pela ideia de flexibilização da legalidade para atender às novas exigências do interesse público e também pela impossibilidade do legislador realizar a previsão de todas as situações. Visualiza-se uma nítida crise da lei e quebra do princípio da legalidade

tradicional. Por isso, os modelos de regulação apontados entram em desordem com o modelo de executiva de administração.

3.3 A quebra da legalidade

Pode-se afirmar que atividade de regulação entra em conflito em vários momentos com administração executiva, que é evidenciada nas circunstâncias em que a lei deve ser limitada para proporcionar o exercício do poder regulamentar, que, por sua vez, poderá ser amplo. No entanto, cabe à lei definir os limites e pressupostos da discricionariedade administrativa, sendo garantia de vínculo democrático (Vicente, 2012).

A lei é a garantia de vínculo democrático, pois é condição de legitimidade da atuação administrativa, ocasionando a quebra da *legalidade* no momento em que o legislador permite que a lei seja rasa, no sentido de não conformar e condicionar o exercício do poder regulamentar e do regulamento (Grasso, 2006).

Os atos que possuem conteúdos normativos que resultam do exercício das atividades de regulação, que nem sempre possui uma uniformidade em relação à lei (Silva, 2009).

A regulação, como já mencionado, não está limitada as atividades, as AR ou atividade estatal, o que resulta em uma heterogeneidade na relação com a lei. A própria lei está sendo pressionada e afetada na sua capacidade de decisão pelos novos princípios de eficácia e eficiência econômica (Vicente, 2012).

Com as novas políticas de adequação econômica surgiram as governanças (Schuman, 2012), propondo artifícios alternativos para resoluções de problemas que remetem a uma reflexão das atividades de regulação (Vicente, 2012). Devendo esse trabalho ser embasado no monitoramento e sistematização do processo regulatório com políticas previamente delimitadas, o Estado neo- regulador ou pós-regulador é sedimentado na questão da decisão de regular e nas técnicas regulatórias.

Essas inovações têm apoio da Comissão Europeia e dos próprios Estados-membros.

O modelo de regulação deve buscar atender a nova governança, adequando os resultados e a intervenção de novos atores, processo que acarreta em fragilidade para o princípio da legalidade, que ultrapassa conceitos estabelecidos de integrar institutos que já não controla (Vicente, 2012).

A análise da regulação econômica enquadra-se na temática que as decisões públicas repousam na ideia de consequencialidade, no sentido que as decisões estão atreladas à eficácia e adequação meio-fim. A lei é compreendida em um programa de fins-objetivos que utiliza uma estratégia com legitimidade política (Vicente, 2012).

Castanheira Neves (1998) adverte para o problema da quebra da legalidade material, caracterizada pelas insuperáveis indeterminações e imprecisões da norma que não permite a resoluções de problemas por parte do legislativo, permitindo que o executivo tome esse papel baseado em princípios (Vicente, 2012).

O *princípio da eficiência* pode assumir várias dimensões quando analisado dentro de um contexto de interesse social, entretanto sempre poderá ser utilizado pelo tribunal administrativo, caso do ordenamento português, para invalidar o ato administrativo.

Uma das dimensões da *eficiência* está pautada na administração pública, no anseio de uma simplificação normativa com reapreciação dos instrumentos legais, regulamentos e custos com a proposta de suprir as chamadas normas em branco, que ocasiona a quebra da legalidade material pela aplicação de princípios, sobretudo o da *eficiência* nas ações do poder público.

4. Direito da Emergência

A crise financeira e econômica global obriga-nos a refletir o comportamento do Direito, princípio da legalidade, e a base legal das medidas adotadas de regulação econômica na UE e Portugal.

Desde o inicio de 1980, os esforços mundiais eram para as privatizações e desregulamentação no domínio do mercado, sendo a ideologia predominante principalmente dos EUA e Europa (Glinavos, 2009).

Os mercados financeiros desregulamentados, geralmente, promovem excelentes taxas de crescimento econômico, que encorajam uma maior dependência de financiamento externo e um risco mais elevado de insolvência dos consumidores e das empresas (Glinavos, 2009).

A crise norte-americana de 2007 necessitou de uma extensa política de urgência legislativa, sendo apresentada pelo governo como medidas anti-crise. Essas medidas deviam agir com eficácia e de forma célere para controlar a crise e atender os interesses públicos. Mesmo diante de tais iniciativas, a crise ganhou dimensões globais rapidamente.

A medida *New Deal* não teve nenhuma fundamentação teórica coerente ou sistêmica, o único tema unificador para convencimento da opinião pública foi a de que um mercado livre não regulamentado, guiado apenas pela mão invisível do privado, sendo a origem da crise e consequentemente uma grande depressão, resultando em uma impressionante expansão da regulação econômica pela administração pública (Glinavos, 2009).

A escassa adequação legal do *New Deal* permitiu uma ampla interpretação, os bancos ficaram impedidos de fazer empréstimos insalubres e investimentos de alto risco.

Os momentos de crise estão vinculados a circunstâncias excepcionais que o legislador não consegue prever, sendo imprescindível que a administração gradue entre o interesse público e a legalidade (Posner, 2008).

A tensão econômica na UE permite evidenciar o colapso da *legalidade* quando ocorre a aproximação da juridicidade. A administração deve estar cada vez mais subordinada ao controle judicial, vinculando-se aos princípios fundamentais da atividade administrativa, como o princípio da proporcionalidade e justiça (Arner, 2009).

No caso português, final de 2010, inicio de 2011, que as agências de risco de crédito demostraram fortemente os sinais de instabilidade, a Constituição da República Portuguesa no artigo 19 menciona "*sistema de controlo de crises*", criando uma diferenciação entre estado de sítio e estado de emergência (Mendes, 2011).

O estado de emergência será evidenciado de acordo com a gravidade da ameaça. Para Prado Leal (2011), os regimes de exceção constitucionais permitem a suspensão apenas de direitos de liberdade, todavia em uma crise econômica os direitos ameaçados são os sociais, culturais e econômicos, que representam o núcleo dos direitos prestacionais (Leal, 2011).

O colapso financeiro na UE não pode ser comparado a uma situação de calamidade pública ou sanitária, o que não permite suspender o exercício de princípios fundamentais. A administração pública encontrou elementos justificadores de certas restrições legislativas na área social e econômica e ganhou contributo do poder judiciário ao abrandar o controle (Mendes, 2011).

A comunidade europeia não deve se afastar da realidade parcimoniosa, que uma situação de tensão exige para não permitir a ampliação das consequências sobre os Estados.

A anormalidade econômica admite que o suporte legal existente seja deficitário, carente de mudanças e constituem um embaraço para a atuação da administrativa. A administração, por sua vez, opta por modelos de gestão diversos do tradicional, mas atrelado aos anseios do interesse público.

A deficiência da *legalidade* também se perfaz na incapacidade do legislativo de realizar a previsão de tudo, permitindo uma ampliação dos poderes da administração em solucionar casos concretos. A lei acaba

deixando um grande espaço para o regulamento administrativo. Sendo atribuído ao executivo um novo equilíbrio entre os poderes, revisitando o conceito de separação dos poderes.

A atividade administrativa de emergência que se produz em situações de crises possui um discreto controle do poder judiciário. Os tribunais não se sentem seguros em analisar os atos da administração, sob pena de invadir a matéria de competência do executivo.

No caso norte americano, na implantação do *Board of Governors* do *Federal Reserve System* durante a crise de 2007, como anteriormente mencionado, o judiciário manteve-se inerte de decisões, afirmando que em situações *sui generis* não se deve posicionar, sendo fundamental não colaborar com conjunturas prejudiciais que agravam o risco e incertezas do cidadão (Davidoff, 2008).

O risco ou falta de controle também podem ter consequências desastrosas no momento que a liberdade da atividade de administração se tornar arbitrária. O prisma da emergência traz um tênue perigo a abordar que todos os atos são justificados. A lei proíbe a sua violação e atos considerados arbitrários, ficando sob a responsabilidade do judiciário ao analisar a proporcionalidade e justiça.

O controle jurisdicional deve estar atrelado a vícios nos atos administrativos e ao *desvio de poder*, controlando a discricionariedade, buscando apurar os *erros de fato* evidenciados na falsidade ou inexistência de pressupostos legais que legitimam o ato (Andrade, 1986).

O princípio da proporcionalidade dentro dos atos da administração em circunstâncias de emergência merece destaque ao averiguar que as medidas adequadas sempre devem aproximar-se do prudente e sensato, devendo estar atrelado aos princípios fundamentais da administração pública (Rangel, 2012).

A utilização de princípios como núcleos essenciais para administração pública parece ser o ponto que estabelece os limites da atuação estatal nas atividades de regulação econômica.

As falhas na gestão de risco do mercado e falta de um quadro regulamentar de supervisão é apontado como os principais motivos da crise financeira de 2007.

A necessidade da regulação econômica está cada vez mais predominante nas estruturas dos estados. A Comissão Europeia tomou uma série de medidas com o objetivo de evitar crises semelhantes e preservar a estabilidade financeira da União.

Em 2012, foi lançada uma iniciativa de diretiva para um regime comum de recuperação e resolução de instituições financeiras. O objetivo é criar uma harmonização da regulação em instituições financeiras em risco de falência por parte da administração pública de cada país. O regime de resolução bancária tem uma característica importante que é a prevenção de cláusulas que responsabilizam os credores do banco em caso de falência.

A medida *A roadmap towards a Banking Union* da Comissão defende o surgimento de um sistema único de regulação bancária. A finalidade é de atribuir competências específicas de regulação ao Banco Central Europeu (BCE), avigorando o seu desempenho na organização de regulação financeira da Europa. Objetiva-se que o BCE passe a dispor de uma composição destinada à regulação dos cerca de 6000 bancos da zona do euro (Schuman, 2012).

5. Conclusão

O vazio de *legitimidade* pode prejudicar a crença das pessoas na democracia, novas reformas destinadas a resolver esses problemas muitas vezes criam um novo conjunto de dificuldades, já que geralmente procuram construir as estruturas em situações de emergência com pouco respaldo jurídico.

O princípio da legalidade é o ponto crucial para todos os limites da regulação, contudo é observada a falta da lei no sentido de amparo aos interesses sociais, caracterizando como uma quebra da legalidade material,

que propositalmente atribuiu ao poder administrativo a competência para regular.

A crise colocou a lei e o princípio da legalidade em uma situação delicada, no momento em que todo o arcabouço legal foi mitigado pela necessidade de uma situação de urgência para medidas de regulação econômica. A lei não consegue dar todas as respostas às necessidades do Estado, que cada vez mais tem que se adaptar ao surgimento de novas obrigações. Contudo, permanece o entendimento de que a lei deve ser a base para a administração pública.

Face ao exposto, a falta de regulação econômica é apontada como uma das causas da crise que se estendeu pelo globo em 2007. Ficou evidenciado que todas as medidas tomadas para o controle de um momento de emergência econômica foi baseada no aumento e fortalecimento do controle da regulação econômica pelo Estado. As medidas para evitar novas crises econômicas não fogem à regra para criação de instrumentos de controle financeiro.

A atividade de regulação econômica é uma resposta aos anseios do interesse público observada a sua função administrativa, que não deve ter absoluta autonomia em seus atos, uma vez que deve sempre estar submetida ao controle judiciário e aos princípios fundamentais para um correto funcionamento do mercado.

Portanto, o controle judicial das atividades de regulação econômica deve se pautar nos princípios fundamentais como eficiência, proporcionalidade e legalidade.

Dessa forma, concluí-se que a atividade administrativa passou por mudanças significativas após a crise econômica mundial que apontou para a necessidade de modelos de gestão pública mais célere e eficaz no controle da economia.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. “O Ordenamento Jurídico Administrativo Português”. In: Contencioso Administrativo, Livraria Cruz, Braga, 1986.

ARNER, D. The Global Credit Crisis of 2008: Causes and Consequences. AIIFL Working Paper No.3 January 2009. Disponível: http://law.hku.hk/aiifl/research/documents/AIIFLWorkingPaper3Jan2009.pdf.

ARONSON, Mark, “The Great Depression, this Depression, and Administrative Law”. In: Federal Law Review, Volume 37, Número 165, University of New South Wales, 2009. Disponível online em http://ssrn.com/abstract=1512451. Acesso em 19/01/2016.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. "O Estatuto híbrido das entidades reguladoras da Economia". In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012,.

CASSESE, S. Regolazione e Concorrenza. Organização por Tesauro/D”Alberti, il Mulino, Bologna. 2002.

CHEVALLIER, J. Le modele politique du contrat dans les nouvelles conceptions des regulations économiques, Les engagements dans les systemes de regulations. Organização por Frison – Roche, Dalloz. Paris.

COSTA, Antônio Augusto. A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Publicação CEDIPRE online12, http:www.cedipre.fd.uc.pt, Coimbra, Agosto de 2012.

DOGLIANI, M. Il principio di lgalitá dalla conquista del diritto all’ultima parola ala perdita del diritto ala prima. Diritto Pubblico, n1, 2008.

Fundação Robert Schuman. A Europa e a Crise Financeira Mundial Balanço da resposta política da EU. 2012. http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisismanagement/2012_eu_framework/COM_2012_280_en.pdf.

GRASSO, G. Le autorità amministrative indipendenti dele republica tra legitimà constituzionale e legitimazione democrática. Giuffrè, Milano, 2006, p. 212.

GLINAVOS, Loannis. Regulation and the role of law in economic crisis. 2009. Disponível online:http://ssrn.com/abstract=1425782.

GONÇALVES, Pedro Costa. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Direito Público e Regulação. Coimbra, Coimbra Editora, Junho de 2013.

LEAL, Gabriel Prado. In: "Excessão económica e governo das crises nas democracias", in Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise. ob. colectiva coordenada por J. Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Coimbra, Almedina, 2011.

MACHADO, Cristina M. S. A decisão administrativa electrónica emergência da regulação do procedimento administrativo electrónico**.** (Dissertação de mestrado). Universidade de Lisboa. 2013.

MAÇÃS, Fernanda; MOREIRA, Vital**.** Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei- Quadro. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 9.

MAJONE, Giandomenico. "The rise of the regulatory state in europe"**.** In: West European Politics, vol. 17, cap. III, 1994.

MARTINEZ. M.S. Autoridades Independentes: Un analisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España, Ariel, Madrid. 2002.

MENDES, Armindo Ribeiro. A crise e os seus efeitos previsíveis no direito**.** Colóquio organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, 2011. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/acriseefeitosdireito-drarmindoribeiromendes.pdf. Acesso em 19/01/2016.

MONIZ, Ana R. G. 2013. "A Crise e a Regulação: O Futuro da Regulação Administrativa"**.** Trabalho apresentado em Encontro de Professores de Direito Público. In: A Crise e o Direito Público, Porto.

– A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade. (Dissertação de Doutoramento em Ciências

Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

– A titularidade do poder regulamentar no direito administrativo português. Boletim da Faculdade de Direito, vol. 80, 2005.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Reimpressão da edição de Maio de 2003, Coimbra, Almedina, 2007.

PAZ FERREIRA e LUÍS MORAIS. "A regulação sectorial da Economia - introdução e perspectiva geral"**.** In: Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?. Coimbra, Almedina, 2009.

POSNER, Eric A., e VERMEULE, Adrian. Crisis Governance in the Administrative State: the 9/11 and the Financial Meltdown of 2008. USA, Novembro de 2008, Disponível online em *http://ssrn.com/abstract=1301164*.

RANGEL, Paulo. Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. Uma leitura crítica do pensamento "transconstitucional" de Marcelo Neves». In: Tribunal Constitucional – 35.º Aniversário da Constituição de 1976, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SANCHES, José Saldanha. A regulação: breve história de um conceito. Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, Lisboa, 2000.

SHONFIELD. "Modern Capitalism". Oxford, Oxford University Press, 1965, citado por VITAL MOREIRA. Auto-Regulação Profissional e Administração Pública. Coimbra, Almedina.

SOARES, Rogério E. "Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva". In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LVII, Coimbra, 1981.

STIGLITZ, George. "Regulation and Failure", in New Perspectives on Regulation (org. MOSS, DAVID e JOHN CISTERNINO). Cap. I, Cambridge, 2009.

SILVA, Susana Tavares. O principio fundamental da eficiência. III Encontro de Professores de Direito Público, Porto, 2009.

VICENTE, Marta Nunes. A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Pública. Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

YOUNG, Richard. Regulating Policing: the Police and Criminal Evidence Act 1984 Past. Present and Future. 2008.

A PROCESSUALÍSTICA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Lycia Cibely Porto Jales

RESUMO: Com a criação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), vieram a ser estabelecidas três instituições que partilhavam a responsabilidade do controle das obrigações assumidas pelo Estados contratantes da Convenção, sendo estas a Comissão Europeia, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), o qual é o objeto do presente estudo. O Tribunal veio a se tornar um elemento chave para a estruturação do contencioso internacional, tendo competência para examinar as queixas provenientes de pessoas que se considerem vítimas de violação de um dos direitos previstos na CEDH. Atuando de forma subsidiária, este é um meio para assegurar o cumprimento por parte dos Estados contratantes do que vem disposto na Convenção e nos seus protocolos, uma vez que só irá atuar quando as vias internas forem esgotadas. Tendo isso em vista, será analisada a evolução processualística do TEDH, tal como as alterações advindas dos protocolos nº 11 e 14, como também a questão da admissibilidade das queixas para o acesso efetivo ao Tribunal.

Palavras Chave: Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Evolução processualística.

ABSTRACT: With the creation of the European Convention on Human Rights (ECHR), came to be established three institutions who shared the control's responsibility of the obligations assumed by the contractors States of the Convention, being these the European Commission, the Committee of Ministers of the Council of Europe and the European Court of Human Rights (ECHR), which is the object of this study. The Court become a key element for the structuring of international litigation, with the power to examine complaints from persons who consider themselves victims of a violation of rights under the ECHR. Acting on a subsidiary basis, it is a mean to ensure compliance by contractors States of what is written in the Convention and its protocols, once it will only act when domestic remedies have been exhausted. Keeping this in view, the procedural evolution of the ECHR will be analyzed, such as changes arose of Protocols 11 and 14 as well as the question of admissibility of complaints to the effective access to the Court.

Keywords: European Convention on Human Rights. European Court of Human Rights. Procedural evolution.

Sumário: 1. Introdução; 2. A evolução processualística da queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; 3. As alterações advindas dos protocolos nº 11 e 14; 4. Generalidades do Tribunal Europeu de Direitos Humanos; 5. Os critérios de admissibilidade e mérito das queixas para o TEDH; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

No período após a Segunda Guerra, alguns Estados europeus (Bélgica, Dinamarca, França, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido e Suécia) reuniram-se em Londres, mais precisamente em 5 de maio de 1949, para fundar o Conselho de Europa (hoje com 47 países membros, composto dos Ministros da Justiça dos países dele integrantes) com sede em Estrasburgo (França).[350]

Um dos principais objetivos do Conselho da Europa é a promoção dos direitos humanos e este possui fundamental importância para execução de quatro atividades essenciais, tais como: a criação de sistemas eficazes de controlo e de proteção dos direitos e liberdades fundamentais; a identificação de novas ameaças para os direitos do homem e a dignidade humana; a sensibilização do público para a importância dos direitos do homem; e a promoção da educação e da formação no que diz respeito aos direitos do homem.[351]

Pode-se dizer que o Conselho da Europa é uma *organização ideológica* criada para a defesa das instituições democráticas, com objetivo de canalizar a cooperação europeia, a fim de estabelecer ligações e elaborar princípios que tenham como fundamento o direito do homem e as liberdades fundamentais.[352]

Foi nessa constante procura para melhores e mais eficazes mecanismos de proteção e defesa aos direitos concernentes ao ser humano que o Conselho da Europa adotou, em 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais[353] (Convenção ou CEDH), que veio a entrar em vigor na ordem jurídica internacional em 03 de setembro de 1953.

Salienta-se que três instituições partilhavam a responsabilidade do controle das obrigações assumidas pelos Estados contratantes, sendo: a Comissão Europeia dos Direitos do Homem (criada em 1954), o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, composto pelos ministros dos Negócios

Estrangeiros dos Estados Membros ou pelos seus representantes e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem[354] (Tribunal ou TEDH), instituído em 1959 e que vem a ser o objeto deste estudo.[355]

O Tribunal vem previsto no Título II da Convenção e funciona permanentemente em Estrasburgo, sendo composto por um juiz de cada Estado parte. Esses juízes são eleitos pela Assembleia Parlamentar relativa a cada Estado membro, por maioria dos votos expressos, recaindo numa lista de três candidatos apresentados pelo Estado em questão. Porém, atuam sem representar o Estado que os propôs, devendo agir a título individual.[356]

Acontece que esse sistema de proteção que foi introduzido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem é assentado pelo princípio da subsidiariedade. Onde, incube primeiramente aos Estados partes da Convenção a garantir a sua aplicação, devendo o Tribunal intervir apenas quando os Estados faltarem com o seu dever.[357]

Neste aspecto, o Tribunal só poderá ser solicitado para reconhecer de um assunto quando todas as vias de recurso interno estiverem esgotadas e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva. E ainda pode emitir, a pedido do Comité de Ministros, pareceres sobre questões jurídicas relativas a interpretação da Convenção e dos seus protocolos.[358]

A Convenção veio a constituir o padrão mínimo europeu dos Direitos do Homem, vinculativa para os Estados, onde os seus cidadãos podem invocar de forma preventiva os tribunais nacionais e de forma curativa, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, quando cumpridas as condições previstas no artigo 35º da Convenção.[359]

Dessa forma, o controle do TEDH é desencadeado por meio de queixas individuais de qualquer pessoa, singular ou coletiva, que se encontre sob a jurisdição dos Estados partes na Convenção. Ou seja, qualquer Estado contratante (queixa estadual) ou qualquer particular que se considere vítima de uma violação da Convenção (queixa individual) pode dirigir diretamente ao Tribunal de Estrasburgo uma queixa alegando a violação por um Estado contratante de um dos direitos garantidos pela Convenção.[360]

Por conseguinte, salienta-se que por vários anos o Tribunal vem sendo submergido por muitas queixas individuais, onde mais de 95% é rejeitada por não ter sido respeitado um dos critérios de admissibilidade previstos na Convenção.[361]

É em vista disso que será analisada, neste trabalho, a evolução processualística da queixa no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, observando as alterações que ocorreram ao longo dos anos, tais como a adoção do Protocolo nº 11 e nº 14, estudar as generalidades do Tribunal e verificar a questão da admissibilidade das queixas para um acesso efetivo ao TEDH, previstos nos artigos 34º e 35º da Convenção.

2. A Evolução Processualística da Queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

O TEDH foi idealizado pelo Comitê Internacional do Movimento para a Unidade Europeia durante o Congresso da Europa na cidade de Haia, em maio de 1948, com o intuito de que fosse criado um tribunal capaz de exigir o cumprimento da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, para que em caso de descumprimento aplicasse ao Estado a sanção necessária. As suas funções deram início em 21 de janeiro de 1959 com sede em Estrasburgo.[362]

De antemão, frisa-se que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é um tribunal internacional que, mediante certas condições, tem competência para examinar queixas provenientes de pessoas que se considerem vítimas de violação de um dos direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.[363]

De acordo com as regras do Estado de direito, são “justiciáveis” todos os atos de autoridade contrários aos direitos protegidos, merecendo assim uma proteção judicial efetiva. A jurisdição do TEDH, por princípio, cobre todo e qualquer ato (ou omissão, no caso de obrigações positivas) que lese qualquer dos direitos reconhecidos na CEDH e nos Protocolos.[364]

O Tribunal veio para consagrar a exequibilidade dos direitos fundamentais, na esfera interna dos Estados, constituindo como um elemento chave para a estruturação do contencioso internacional. Atuando de forma para assegurar que os Estados contratantes cumpram o disposto na CEDH e seus protocolos.

Por outro lado, convém referir que o TEDH não possui competência para processar e julgar casos referentes ao descumprimento de outros tratados internacionais ou questão de direito constitucional interno de cada Estado. A sua competência é somente a de assegurar o cumprimento do que está consagrado na CEDH.

Nos termos iniciais da Convenção de 1950, no caso dos Estados contratantes e dos Estados que reconheciam o direito de recurso individual, os requerentes individuais, tais como pessoas singulares, grupos particulares ou organizações não governamentais, podiam apresentar na Comissão queixas dirigidas contra os Estados contratantes por violação aos direitos consagrados pela Convenção.[365]

Essas queixas particulares, até 1998, eram previamente submetidas à Comissão que, apenas após a análise do pedido apresentado e verificada a sua admissibilidade, decidia se formularia ou não a queixa perante o Tribunal.

Após a análise da admissibilidade do pedido, caso fosse admitido, a Comissão fazia uma tentativa de conciliação entre as partes, mas caso essa tentativa falhasse, a Comissão redigia um relatório estabelecendo os fatos e formulando um parecer sobre o mérito da causa, analisando se existia ou não violação à CEDH.

Este relatório era transmitido ao Comité de Ministros e a Comissão e qualquer Estado contratante dispunham de um prazo de três meses, a contar da transmissão do relatório ao Comité de Ministros, para enviar o caso ao Tribunal. Até então, apenas a Comissão ou um Estado contratante tinha a legitimidade ativa para submeter um processo perante o TEDH.

No caso de a queixa não ser transmitida ao Tribunal, incumbia ao Comité de Ministros decidir se existia ou não uma violação da Convenção e arbitrar, eventualmente, uma reparação razoável à vítima. O Comité de Ministros era igualmente responsável pela vigilância da execução dos acórdãos do Tribunal.[366] A decisão tomada pelo Comité de Ministros era obrigatória e definitiva.

Foi com esse cenário que se concluiu que os mecanismos de proteção dos direitos humanos seriam compostos por uma estrutura institucional que abrangia a Comissão Europeia de Direitos Humanos, o Comité de Ministros do Conselho da Europa e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Embora houvesse um expressivo rol de direitos humanos, mais notoriamente civis e políticos, reconhece-se que a originalidade da CEDH situava-se justamente na criação de um mecanismo coletivo de proteção de direitos humanos, o qual era baseado na existência de um órgão de investigação e conciliação (a Comissão Europeia de Direitos Humanos), um órgão político de aferimento da responsabilização (o Comité de Ministros do Conselho da Europa) e um órgão judicial de responsabilização dos Estados (a Corte Europeia de Direitos Humanos).[367]

Essa estrutura institucional acima relatada, para sua formação, levou em conta o receio de que pudessem haver denúncias abusivas e que o Tribunal viesse a ser sobrecarregado de trabalho, o que acarretaria atrasos no procedimento.[368]

A referida conjuntura institucional enfrentou uma série de dificuldades, primeiramente pela ocasião de que sempre as demandas revestiam o caráter do contraditório, então, deveriam contar com a participação do indivíduo que foi vítima da violação alegada. Para isto, a Comissão convidava a vítima a apresentar suas alegações escritas a fim de ajudar o trabalho dos Delegados no trâmite processual.

Em 1971, o TEDH, pelo julgamento do caso *De Wilde Ooms e Versyp versus Bélgica*, passou a admitir que o advogado da parte vítima pudesse intervir como assistente dos Delegados da Comissão durante o decorrer processual.[369] E a partir de 1974, a Comissão passou a elaborar pareceres

no sentido de autorizar o particular a intervir no processo, devidamente assistido por representante legal, sendo executado com mediação da Comissão.[370]

Já em 1983, o Tribunal adotou um novo regulamento, o qual autorizava a participação direta do particular, devidamente representado por advogado, de forma direta com o Tribunal, sem a necessidade de mediação da Comissão. Porém, ainda era necessário um relatório da Comissão acerca da aceitação do particular e que ainda estava sujeita a aceitação do presidente do Tribunal.[371]

Levando em consideração esses aspectos, passou a ser discutido nos órgãos de controle europeus acerca da necessidade de ser reconhecida a capacidade de o indivíduo figurar como parte legítima para postular no polo ativo da demanda perante o TEDH, como forma plena de observância do princípio da igualdade de armas.[372]

Com a falta de um consenso sobre o assunto, o Protocolo nº 9 veio a pôr fim nessa celeuma, o qual prevê a possibilidade do acesso de um particular ao TEDH e poder demandar diretamente contra o Estado que ratificasse esse protocolo.[373] O mesmo entrou em vigor em outubro de 1994, haja vista que apenas nesse ano cumpriu o requisito de um mínimo de dez Estados a ratificá-lo.

Este protocolo não veio a ser suficiente, pois novos debates iniciaram e após uma nova proposta de alteração da CEDH foi redigido um novo Protocolo, sendo este o Protocolo nº 11 que entrou em vigor em novembro de 1998 e veio a trazer uma nova etapa na evolução do particular perante o TEDH.

É com este cenário que se passa a analisar, no capítulo seguinte, as alterações que vieram a ocorrer na CEDH e no TEDH, por ocasião dos Protocolos nº 11 e 14.

3. As Alterações Advindas dos Protocolos Nºs 11 e 14

A partir de 1980 houve um crescente aumento no número de casos que eram levados aos órgãos da Convenção, o que tornou cada vez mais difícil a tarefa de manter a duração dos processos dentro dos limites aceitáveis. E isso veio a se agravar com a adesão de novos Estados contratantes a partir de 1990.

Logo, com a crescente carga de trabalho, passou a existir um longo debate sobre a necessidade de reformar o mecanismo de controle criado pela Convenção, a fim de que a CEDH fosse adaptada à evolução das necessidades e ao desenvolvimento da sociedade europeia.

Face a isto, optou-se pela criação de um novo Tribunal, que fosse único e funcionasse a tempo inteiro com objetivo de simplificar e diminuir a duração dos processos, reforçando o caráter judicial do sistema, tornando-o obrigatório e abolindo os poderes de decisão que existiam do Comité de Ministros.[374]

O Protocolo nº 11 entrou em vigor em novembro de 1998 e veio para instalar um Tribunal único e permanente em tempo integral, que possibilitasse o acesso de todos os indivíduos, com competência para processar e julgar queixas individuais ou interestaduais, de forma a substituir a então Comissão Europeia dos Direitos Humanos e antigo modelo do TEDH.[375]

O objetivo do Protocolo nº 11 era substituir a Comissão e a Corte Europeia que atuavam em tempo parcial por uma Corte Europeia de Direitos Humanos permanente.[376] Com isso, após este protocolo, o TEDH passa a comportar tanto as funções de admissibilidade quanto de mérito dos casos.[377]

O novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem começou a funcionar em 1 de novembro de 1998, data da entrada em vigor do Protocolo nº 11 e, em 31 de outubro de 1998, o antigo Tribunal tinha cessado a sua existência. Todavia, na conformidade do Protocolo nº 11, a Comissão continuou em

atividade durante um ano (até 31 de outubro de 1999), para examinar os casos declarados admissíveis antes da data de entrada em vigor do referido Protocolo.[378]

Com esta perspectiva, Valério Mazzuoli reforça que

> “ [...] a nova Corte Europeia de Direitos Humanos, instituída com caráter permanente a partir de 1º de novembro de 1998, pelo Protocolo nº 11 à Convenção Europeia, encampa em um só órgão as funções de admissibilidade (até então afeta à Comissão, tal como ainda em vigor no sistema interamericano) e de mérito dos casos a ela submetidos por Estados, particulares, ONGs ou grupos de pessoas. Operou-se uma verdadeira ‘fusão’, nessa nova Corte, das funções da antiga Comissão e Corte Europeias de Direitos Humanos, bem assim do Comitê de Ministros na sua antiga função contenciosa (decidir se houve ou não violação da Convenção nos casos cujos relatórios haviam a ele sido submetidos pela Comissão, mas que não haviam sido submetidos à Corte)”[379].

A CEDH, até novembro de 1998, contemplava duas cláusulas facultativas, sendo o artigo 25 que possibilitava os indivíduos o direito de petição perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos e o artigo 46 que atribuía à Corte Europeia de Direitos Humanos a competência jurisdicional para apreciar casos submetidos pela Comissão Europeia. Com o Protocolo nº 11, essas cláusulas facultativas foram substituídas por cláusulas obrigatórias, sendo atualmente o artigo 34 e 32, respectivamente. No artigo 34, está mencionado o direito de petição ao TEDH, no qual qualquer indivíduo, organização não governamental ou grupo de indivíduos podem denunciar ser vítimas de violação de direitos consagrados na CEDH e nos seus Protocolos por um Estado parte e, no artigo 32, consagra a competência jurisdicional obrigatória do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.[380]

Em virtude do que foi mencionado, convém ressaltar que desde 1998 os legitimados para fazer parte do polo passivo da demanda no TEDH são os Estados que ratificaram a CEDH e no polo ativo os Estados partes na Convenção Europeia, pessoas individuais, grupos de particulares ou organizações não governamentais, que sejam vítimas dos direitos e liberdades garantidos pela CEDH.[381]

Foi depois do Protocolo nº 11 que os indivíduos passaram a ter livre acesso à Corte Europeia, independentemente de aceitação pelo Estado parte na CEDH, de uma "cláusula facultativa de jurisdição obrigatória". Esse direito de petição direta perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem uma dimensão estritamente "internacional", uma vez que os indivíduos passam a ter titularidade desse direito a prescindir de qualquer reconhecimento por parte do Estado no âmbito do seu direito interno. Esse direito para a Corte Europeia, pode-se dizer que é mais que um direito de cunho internacional, é um direito que opera a nível supranacional, permitindo aos indivíduos fazerem valer perante o TEDH os direitos garantidos pela Convenção sem necessidade de qualquer disposição normativa interna neste sentido. [382]

Não existe qualquer discriminação para essa legitimidade, de maneira que qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade pode propor uma demanda contra um Estado membro do Conselho da Europa perante o TEDH, desde que a violação tenha ocorrido dentro dos limites da jurisdição do demandado. Não há limitação quanto a nacionalidade, se é refugiado ou apátrida, local de nascimento ou de residência, estado civil e até mesmo capacidade do requerente, onde até os menores ou pessoas que foram declaradas incapazes podem figurar como parte interessada.[383]

Este protocolo veio a alterar as funções do Comitê de Ministros, para que, a partir de então, este órgão estivesse somente encarregado da supervisão da execução das decisões do TEDH. E ainda, estabeleceu o número de juízes a integrar o Tribunal, como também sua divisão em comitês, seções e pleno.

As questões que envolviam o procedimento de queixa pela parte demandante foram alteradas por esse protocolo com vista a deixá-lo mais jurisdicionalizado. O procedimento anteriormente mencionado, feito em três etapas[384], passava a concentrar-se em uma única fase, tendo sido criado um órgão único para decidir as queixas de violação à CEDH, o que tornou esse processo mais simples.[385]

Além de que consagrou a igualdade entre as partes, onde outorgou ao indivíduo o direito de petição individual perante o TEDH, garantia conhecida como *jus standi*[386] pela doutrina, na qual pode ser exercida "com autonomia, sem reservas ou condições e em plano de igualdade com a Comissão e os Estados"[387].

Acontece que as reformas feitas pelo Protocolo nº 11 foram insuficientes, principalmente no tocante para lidar com rigor com as situações necessárias para a estrutura do TEDH. O número de casos julgados pelo TEDH foi aumentando grandemente ano após ano e ficou verificado duas situações: havia um grande número de processos que eram considerados inadmissíveis e um grande número de processos repetidos, especialmente os que eram provenientes de petições individuais.

No final do ano de 2010, já havia quase 140 mil casos pendentes no Tribunal e mais de 61 mil petições de vítimas foram protocoladas na Corte. Por um lado, o sistema europeu ganhou relevância e cada vez mais indivíduos o procuram, porém, por outro lado, o congestionamento de casos preocupa, exigindo a necessidade de uma reflexão sobre o Tribunal.[388]

Com esse cenário, a credibilidade e eficiência do TEDH passou a ser uma preocupação dos juristas e defensores dos direitos humanos na Europa. Levando isto em consideração foi proposto no Comitê de Ministros um estudo para procurar possibilidades de tornar mais eficaz o funcionamento do TEDH.

No final de 2004, foi criado o Protocolo nº 14, que entrou em vigor em junho de 2010, trazendo alterações no tocante ao funcionamento do sistema do Tribunal com o objetivo principal de melhorar os meios processuais

perante o TEDH, otimizando a sua eficiência e a flexibilidade para lidar com todas as solicitações em tempo hábil.

A autoridade do Tribunal passou a ser reforçada com a entrada em vigor do Protocolo nº 14, o que o tornou mais efetivo e eficiente, fortalecendo seu papel fundamental na proteção dos direitos humanos na Europa.

Nesse interim, Patrícia Folador enumera as alterações que foram trazidas por esse protocolo, as quais visam (a) criar uma espécie de cláusula de barreira, a fim de filtrar as demandas mal fundadas e evidentemente fadadas à declaração de improcedência, por meio de decisão de um juiz singular (até então era realizada por comitê de três juízes); (b) trazer um novo critério de admissibilidade para a hipótese de o demandante não tenha sofrido uma desvantagem significativa; (c) bem como serve como medida para evitar excessivas demandas de casos repetitivos, de forma a simplificar a apreciação, pelo TEDH, de casos idênticos, passando-se a permitir a decisão da queixa por um comité de três juízes (até então competência exclusiva das secções de sete juízes), além de declarar de plano a inadmissibilidade da queixa que não preencha as condições estabelecidas pelo art. 35º da CEDH.[389]

Pode-se dizer que surgiram duas inovações do Protocolo nº 14, onde a primeira consiste na introdução da figura do juiz singular, com poder para indeferir demandas e a segunda sendo os novos fundamentos de indeferimento sumário, que podem ser adotados se a demanda for manifestamente infundada ou ainda não ter sido provado prejuízo ou desvantagem.[390]

Este protocolo consagrou um novo critério de admissibilidade que veio ao encontro das preocupações com o trabalho excessivo do Tribunal. Este critério admite que o Tribunal possa rejeitar uma queixa que, em princípio, merecia um exame de fundo, quando o requerente não sofreu prejuízo significativo. Para determinar se houve o prejuízo deverá ser analisado o impacto econômico da questão litigiosa ou a importância do caso para o queixoso.[391]

Com essas alterações, fica perceptível que o trabalho do TEDH e do Comitê de Ministros ficam fortalecidos, trazendo mais eficiência ao sistema de proteção da CEDH, uma vez que favorecem um cumprimento de sentença mais rápido e efetivo.

Outro advento deste protocolo foi a permissão do Comissário de Direitos Humanos do Conselho da Europa (instituição independente, criada pelo Conselho em 1997 para estimular os Estados a zelar pela promoção de direitos humanos), por sua própria iniciativa, apresentar sua opinião como terceiro interessado em qualquer processo perante o TEDH.

Ademais, o Protocolo nº 14 também trouxe uma cláusula que permite a adesão da União Europeia à CEDH, o que o faz ser considerado como um elemento essencial e integrante do atual processo global de reforma do sistema europeu de proteção dos direitos humanos.[392]

4. Generalidades do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

No tocante a legitimidade para apresentar queixa ao Tribunal fica claro que qualquer Estado contratante (queixa estadual) ou qualquer particular que se considere vítima de uma violação da Convenção (queixa individual) pode dirigir diretamente ao Tribunal de Estrasburgo uma queixa alegando a violação por um Estado contratante de um dos direitos garantidos pela Convenção.[393]Assim, as queixas apresentadas devem ser contra um dos Estados que tenham ratificado a CEDH e seus Protocolos.[394]

Salienta-se que o TEDH só pode examinar queixas relativas a um ou vários dos direitos enumerados na Convenção e nos Protocolos. O TEDH não é um Tribunal de recurso que possa anular ou modificar as decisões proferidas pelas jurisdições nacionais, nem tem competência para intervir em seu favor junto das autoridades contra as quais se queixa.[395] A proteção internacional dos direitos humanos no Tribunal é subsidiária, agindo na falha do Estado parte da CEDH.

O acesso ao Tribunal só é possível em caso de atos praticados por uma autoridade pública (legislativa, administrativa, judicial, etc.) de um dos

Estados parte. O Tribunal não pode examinar queixas dirigidas contra simples particulares ou instituições privadas.[396]

As queixas dos requerentes individuais podem ser apresentadas por si próprios, porém, é aconselhada a representação por advogado, pois essa será obrigatória em caso de audiências ou depois de a queixa ser declarada admissível. Ademais, o Conselho da Europa criou um sistema de assistência judiciária para os queixosos sem recursos suficientes.[397]

Essa situação, nas palavras de Mazzuoli, significa que

> "as 'petições' que pode receber a Corte Europeia diretamente dos indivíduos são um misto de queixa e de ação judicial [...] dirigidas contra um Estado-parte na Convenção Europeia, baseadas na possível violação de um direito previsto na Convenção ou em qualquer de seus Protocolos"[398].

O processo no Tribunal deverá ser revestido do princípio do contraditório e publicidade. Onde, as audiências são públicas, salvo se o tribunal decidir de maneira diferente em virtude de circunstâncias excepcionais. Bem como as alegações e outros documentos depositados no secretariado do Tribunal pelas partes são acessíveis ao público.

Nesse contexto, Ireneu Cabral Barreto faz a seguinte colocação:

> "Num Estado de direito democrático, um processo justo e equitativo é uma exigência elementar na administração da justiça. A garantia de um processo equitativo tornou-se, assim, um pressuposto fundamental da preeminência do Direito numa sociedade democrática. Os princípios e elementos dessa garantia constituem hoje património das sociedades democráticas, proclamados nos textos de direito internacional e nas leis fundamentais de vários países, traduzindo a preocupação de salvaguardar e proteger direitos fundamentais, muito deles ligados directamente à pessoa humana, na sua dignidade, liberdade e segurança. Para a concretização da figura do processo equitativo são chamados

diversos factores, desde logo o de um tribunal independente e imparcial que, com respeito pelos princípios do contraditório e da igualdade de armas, examine publicamente as causas que lhe forem submetidas”[399].

É nesta ótica de publicidade dos atos dos Tribunais que “os cidadãos devem não só poder constatar que a justiça é aplicada num caso concreto, mas também o modo como é feita, reforçando o sentimento de corresponsabilidade, tanto dos cidadãos como dos órgãos estaduais, naquela administração”[400].

As línguas oficiais do Tribunal são o francês e o inglês, mas as queixas podem ser apresentadas numa das línguas oficiais dos Estados contratantes. Depois de uma queixa ser declarada admissível, uma das línguas oficiais do Tribunal deverá ser utilizada, salvo se o presidente da secção/tribunal pleno autorizar o uso da língua até então vinha sendo utilizada na queixa.[401]

Por outro lado, no tocante ao número de juízes, o TEDH é composto por um número de juízes igual ao número das Altas Autoridades das partes contratantes que tenham ratificado a CEDH[402], atualmente sendo quarenta e sete. Convém assentar que os juízes exercem funções em capacidades individuais, não podendo representar o seu país, como também não podem exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com a magistratura.[403]

Esses juízes são eleitos pela Assembleia Parlamentar para um mandato de nove anos e não são reelegíveis.[404] Cada Estado deve mandar para a Assembleia Parlamentar uma lista com três candidatos, que não precisam ser nacionais do Estado que o indicou. A partir daí, há uma análise de currículos e comprovação de atuação profissional e capacidade de falar uma das línguas oficiais do TEDH e, por último, uma entrevista com a Subcomissão da Comissão das Questões Jurídicas e dos Direitos do Homem. Logo após todo esse trâmite, a Assembleia Parlamentar procede a uma votação secreta por maioria absoluta em primeira volta ou maioria relativa em segunda volta para eleger o novo juiz.

Os juízes ficam no cargo até à posse do seu sucessor, quando do término do seu mandato ou quando atingirem a idade limite (setenta anos). Porém, mesmo após sua substituição devem dar prosseguimento aos casos cujos já tenham examinado o mérito.[405]

A CEDH deu ao Tribunal uma jurisdição única, com um controle em três fases, sendo estas: a admissibilidade do recurso, fase de conciliação e o julgamento do mérito.[406] O TEDH funciona em Comitês de três juízes, em Seções (Chambres) de sete juízes e em Tribunal Pleno (Grande Chambre) de dezessete juízes (art. 27, § 1º).

Ademais, resta destacar que o TEDH possui duas competências, sendo uma consultiva e outra contenciosa.

A competência consultiva limita-se à elaboração de parecer solicitado pelo Comitê de Ministros sobre questões jurídicas relativa à interpretação da Convenção ou de seus Protocolos, mas com a limitação de que essa opiniões não incidam sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no Título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas à Corte ou ao Comitê de Ministros, conforme previsto no artigo 47 da Convenção. E a competência para a emissão das opiniões é do Tribunal Pleno[407], que também decidirá se é competente para elaboração do parecer, em decisão fundamentada. Para Flávia Piovesan essa restrição tem sido objeto de agudas críticas doutrinárias, por limitar em demasia a competência consultiva da Corte. E isso explica o porquê de a Corte Europeia não ter proferido, até 2005, qualquer opinião consultiva.[408]

Já no que tange à competência contenciosa, as decisões da Corte são juridicamente vinculantes e têm natureza declaratória.[409] A natureza declaratória significa que a sentença se limita a declarar se o ato estatal violou ou não a CEDH, bem assim as consequências que o Estado em causa deve suportar a depender do tipo de violação constatada. Assim, no exercício da competência contenciosa, o TEDH não decide *in abstracto* qualquer demanda (sobre a compatibilidade ou incompatibilidade de uma

lei, jurisprudência ou decisão administrativa com as normas da CEDH). A missão do TEDH é, quando proposta uma ação, declarar se o fato em concreto alegado na petição violou ou não a CEDH.

Neste plano contencioso, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou ONGs têm acesso direto ao TEDH, podendo submeter à sua apreciação denúncia de violação de direito estabelecido pela Convenção por Estado parte. Os indivíduos têm pleno *locus standi*[410] perante a Corte Europeia.[411]

Ademais, o TEDH possui competência para decidir sobre a sua própria competência, por força do artigo 32, §2º, e é ainda responsável pela elaboração e cumprimento do seu próprio regimento.

5. Os Critérios de Admissibilidade e Mérito das Queixas Para o TEDH

Os Estados assumem o compromisso de não criar obstáculos ou qualquer espécie de pressão face ao exercício efetivo dos legitimados ao acesso no TEDH. Porém, para que a parte possa pleitear o seu direito perante o TEDH existem algumas condições específicas a serem preenchidas.

É com essa perspectiva que será analisado a partir de então os fundamentos da admissibilidade atinente ao processo face o TEDH.

Preliminarmente, na análise de admissibilidade da queixa, deverá ser analisado se o TEDH é competente *ratione temporis*, isto é, verificar se o ato tido como violador ocorreu em momento quando o Estado demandado já estava vinculado a CEDH e seus protocolos.

Por conseguinte, verifica-se também a competência *ratione loci*, ou seja, se o fato ocorreu sob jurisdição de uma das Altas Partes contratantes, conforme o disposto nos artigos 1º a 19º da Convenção. Essa questão da competência *ratione loci* refere-se as violações cometidas no território do demandado, porém não se limita apenas ao seu território, podendo se estender a locais onde o Estado esteja exercendo ou tenha exercido sua

jurisdição em razão de atos emanados por autoridades mesmo que não seja dentro do limite do território do Estado contratante.

Ademais, se faz necessário verificar a competência *ratione materiae*, ou seja, o TEDH apenas tem competência para analisar e julgar demandas que se refiram a violação do disposto na CEDH e nos protocolos que o Estado demandado tenha ratificado.

Ao apreciar a petição, o TEDH irá realizar um juízo de admissibilidade com o intuito de avaliar se os requisitos previstos no artigo 35 da CEDH[412] estão preenchidos. E essas condições de admissibilidade, como o próprio texto do artigo 35 já menciona, são fundamentadas nos princípios gerais de direito internacional geralmente reconhecidos.

No item nº 1 deste artigo, estão anunciadas as condições de admissibilidade comuns às queixas interestaduais e individuais. Essas condições são examinadas *ex officio* pelo Tribunal e neste momento já são recusadas por algum descumprimento a maioria das queixas apresentadas.[413] As condições previstas nos itens nº 2 e 3 deste artigo dizem respeito unicamente às queixas individuais, não estando as queixas estaduais sujeitas a esse regime.[414]

Os requisitos de admissibilidade de um caso perante a Corte Europeia elencados no artigo 35 são, nomeadamente: a) haver sido esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) respeitar o prazo de 6 meses a contar da data da decisão interna definitiva; c) não ser anônima a petição; d) não ser a petição idêntica a outra anteriormente examinada pela Corte ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver fatos novos (requisito da inexistência de litispendência internacional); e) não ser a petição incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos (incompatibilidade *ratione temporis, personae e materiae)*; e f) não ser manifestamente infundada ou de caráter abusivo.

Quando se fala em esgotar as vias internas percebe-se que essa obrigação já faz parte do direito internacional consuetudinário, reconhecido

pela jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça e em outros tratados internacionais de direitos humanos, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 41º § 1 c)) e o seu Protocolo Facultativo (artigos 2º e 5º § 2 b)), a Convenção Americana dos Direitos do Homem (artigo 46º) e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (artigos 50º e 56º § 5).[415]

O TEDH pauta-se no princípio da subsidiariedade, como forma de preservar a soberania nacional, sendo desejável que os tribunais nacionais tenham previamente a possibilidade de resolver as questões de compatibilidade do direito interno com a Convenção, pois entende-se que os mecanismos nacionais estariam mais próximos da realidade e da parte para se posicionar sobre o assunto. Com esta ótica, percebe-se que a CEDH tem como objetivo oferecer aos Estados partes a possibilidade de prevenir e remediar as violações alegadas.[416]

Por conseguinte, será analisado o cumprimento do prazo de seis meses a contar da data de conhecimento da decisão da última instância do Tribunal interno. Este requisito é um traço da competência *ratione temporis* do Tribunal.

A regra dos seis meses tem por finalidade garantir a segurança jurídica e velar para que os casos que suscitem questões à luz da Convenção sejam examinados num prazo razoável, evitando também que as autoridades e outras pessoas interessadas fiquem durante muito tempo numa situação de incerteza.[417]

Além de que esse prazo oferece ao potencial requerente um prazo de reflexão antes de serem suscitadas as questões à luz da Convenção e para que ainda busquem argumentos e provas a serem levados perante o TEDH.

O cumprimento deste prazo é observado de acordo com os critérios da CEDH e não seguindo o direito interno do Estado demandado. Este prazo começa a correr a partir do dia em que o requerente tiver conhecimento da decisão interna definitiva e não da data da decisão. Este prazo é peremptório, não se suspende nem mesmo em férias e só se compadece, em princípio, com justos impedimentos.[418]

Outro requisito de admissibilidade, na queixa individual, é a identificação do autor, tal como sua qualificação completa, sendo vedada a queixa anônima. Além da identificação do Estado parte contra quem é dirigida a queixa e exposição dos fatos e do direito violado juntamente com o elemento comprovativo que foram esgotados todos os meios internos de recursos e provas da alegação. Se a parte desejar preservar sua identidade deverá solicitar a omissão de sua identidade no momento em que completa o formulário de requerimento ou o mais cedo possível após essa data.

Ademais, outra condição a ser cumprida é a inexistência de litispendência internacional, na qual as queixas se submetem ao princípio do *non bis in idem*, ou seja, são vedadas queixas idênticas a uma que já tenha sido anteriormente analisada pelo Tribunal. Ressalta que queixas idênticas são aquelas que possuem as mesmas partes e causa de pedir, invocando os mesmos fatos violadores do direito ou liberdade previstos na CEDH. Essa regra tem como finalidade evitar a pluralidade de processos internacionais.

E, por fim, o conteúdo da queixa não pode ser abusivo, onde a petição que seja manifestamente mal fundada ou que tenha um caráter abusivo não são consideradas admissíveis. O caráter abuso é considerado sendo como aquele que busca outro fim que não seja aquele a ser almejado pela CEDH, de maneira prejudicial.

A própria jurisprudência do Tribunal no caso Mirolubovs e outro contra a Letônia, §§62 e 65 assenta que “a noção de ‘abuso’, à luz do artigo 35º § 3 a), deve ser entendida no seu sentido comum formulado pela teoria geral do direito – a saber, o facto de o titular de um direito o exercer fora da sua finalidade e de um modo prejudicial”. Então aquele comportamento do requerente que seja contrário ao estabelecido pela Convenção, que venha a obstar o bom funcionamento do Tribunal e o bom andamento do processo no TEDH é considerado como abusivo.[419]

No tocante ao mérito, o TEDH fará uma análise inicial se a queixa tem fundamento, onde irá declarar inadmissível as queixas que for considerada como manifestamente infundada. A queixa será considerada infundada

quando a narrativa dos fatos e do direito não possibilidade contatar quaisquer violações dos dispositivos da CEDH e seus protocolos. Face a isto, quando a queixa é infundada poderá ser rejeitada de plano ou arquivada por um juiz singular.

Outro critério de admissibilidade que foi incluído pelo Protocolo nº 14 foi a necessidade de existência de um dano relevante com prejuízo significativo para a vítima. Esse critério visa filtrar as demandas interpostas perante o TEDH, onde esse critério visa dar uma maior flexibilidade ao TEDH, pois, uma vez que há um crescente volume de trabalho que atinge o Tribunal, as demandas que são verificadas que a parte não tenha sofrido nenhum prejuízo importante e consequente ausência de prejuízo aos olhos dos direitos humanos, não caberá um exame de mérito pelo TEDH.

Levando em consideração o que fora acima explicitado, sublinha-se que se a petição for declarada inadmissível não caberá recurso ao Tribunal. Caso seja admitida, será procedido ao exame em conjunto com os representantes das partes e se necessário realiza-se um inquérito para o qual os Estados interessados devem fornecer todas as facilidades necessárias e a Corte também se coloca à disposição dos interessados com o objetivo de alcançar uma resolução amigável do assunto, inspirada no respeito aos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e em seus Protocolos (art. 38, § 1º, alínea b). Esse último procedimento (resolução amigável) é confidencial, nos termos do art. 38, § 2º, da Convenção.[420]

Em suma, se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus Protocolos e se o direito interno do Estado-parte não permitir senão parcialmente remediar as consequências da violação ocorrida, a Corte atribuirá à parte lesada uma justa reparação, se necessário (art. 41). Ou seja, não obstante ter a sentença da Corte natureza declaratória (no sentido de afirmar se houve ou não a violação alegada), pode vir ela acompanhada de uma decisão que determine o pagamento de indenização pecuniária. Esta tem por finalidade compensar um dano material ou moral sofrido pelo indivíduo, bem assim o dispêndio que teve o mesmo com o procedimento interno e com aquele perante o sistema da Convenção.[421]

As sentenças do TEDH são juridicamente vinculantes e os Estados, no caso em que forem partes, deverão dar seguimento no seu direito interno ao conteúdo da decisão. Ou seja, as sentenças do Tribunal têm autoridade de coisa julgada. Após ser emitida, a sentença será transmitida ao Comitê de Ministros, que é o órgão executivo do Conselho da Europa responsável pela supervisão da execução da sentença do TEDH. O Comité irá verificar se os Estados estão adotando na prática as obrigações impostas pela sentença.

6. Conclusão

Face a todo o exposto, fica claro que o sistema europeu de proteção aos direitos humanos, nomeadamente a CEDH e o TEDH, é o mais avançado atualmente dentro dos mecanismos regionais de proteção. Onde, o conteúdo da CEDH e a grande existência de jurisprudência do Tribunal contribuem para essa proteção, uma vez que o TEDH, sendo um órgão jurisdicional único, fomenta o desenvolvimento de uma jurisprudência protetora homogênea e consistente.

O cumprimento das normas dispostas na Convenção Europeia de Direitos Humanos é considerado como de extrema relevância, uma vez que muitas vezes os Estados deixam de cumprir com a sua obrigação de salvaguardar os direitos fundamentais fazendo com que existam graves danos às pessoas que estejam sob sua jurisdição.

Vê-se que com o Tribunal o sistema europeu ficou mais fortalecido e os procedimentos mais ágeis, principalmente com as reformas advindas pelos Protocolos nºs 11 e 14.

Com a entrada em vigor do Protocolo nº 11, passou a ser possível a busca pela efetivação dos direitos fundamentais através do mecanismo da queixa individual, onde o particular pode demandar em face do Estado perante o TEDH. Já o Protocolo nº 14 veio em um cenário onde estava cada vez maior a busca pelo TEDH, sendo assim um meio para melhorar a capacidade de filtragem do Tribunal.

Os critérios de admissibilidade estabelecidos pelo artigo 35, de fato dão uma segurança jurídica ao efetivo exercício do Tribunal. De forma que a maioria das queixas não são admitidas por falta dos requisitos de admissibilidade.

Ademais, atualmente, as decisões adotadas pelo TEDH vêm servindo de inspiração tanto para os outros Tribunais internacionais (sistemas africano e interamericano), como também para firmar jurisprudência perante os Tribunais Superiores e Constitucionais dos Estados europeus, além de ainda trazer mudanças no ordenamento jurídico interno dos Estados membros, face a adequação da legislação interna com a normativa internacional.

Enfim, é perceptível que a processualística do Tribunal Europeu de Direitos do Homem é um dos meios para trazer segurança jurídica aos cumprimentos das normas concernentes aos direitos fundamentais no seio daqueles que fazem parte da CEDH, incluindo assim, os cidadãos desses países contratantes sem distinções. Há assim uma maior concretização das normas de direitos humanos, consequentemente no âmbito europeu.

7. Referências Bibliográficas

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Como processar o Estado no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e nos tribunais nacionais por violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Legis Editora: Porto, 2007.

BARRETO, Ireneu Cabral. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Anotada. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

BARRETO, Ireneu Cabral. Portugal e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/ce-convencao-dh/cons-europa-conv-dh-irineu-cbarreto.html>. Acesso em: 28 mar 2015.

CONSELHO DA EUROPA. Guia prático sobre a admissibilidade: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. 2011. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POR.pdf>. Acesso em: 25 mar 2015.

DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Disponível em: < http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/tribunal-europeu-dos_1/ >. Acesso em: 01 abr 2015.

FOLADOR, Patrícia Micheli. A efetivação dos direitos fundamentais através do direito de petição individual junto ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a garantia de sua tutela através da concessão de medidas de urgência: As alterações advindas após a entrada em vigor do Protocolo nº 14 e das recentes reformas do regulamento do TEDH. 2011. 162 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Constitucional, Ciências Jurídico-políticas, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: História, Organização e Processo. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europatedh.html>. Acesso em: 04 abr 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 13: 32-58 vol.1, 2010, Disponível em: < http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/O%20sistema%20Europeu%20de%20DDHH.pdf>. Acesso em: 05 mai 2015.

MOREIRA, Vital. “Respública” Europeia: Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional. 6ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALVIA, Michele de. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Elemento da Ordem Constitucional da Europa. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). Direitos Humanos, Globalização e Integração Econômica: Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 245-251.

RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Epub.

-

350 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 13: 32-58 vol.1., 2010 Disponível em: < http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/O%20sistema%20Europeu%20de %20DDHH.pdf>. Acesso em: 05 mai 2015, p. 33-34.

351 DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Disponível em: < http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoesinternacionais/copy_of_anexos/tribunal-europeu-dos_1/ >. Acesso em: 01 abr 2015.

352 SALVIA, Michele de. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Elemento da Ordem Constitucional da Europa. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). Direitos Humanos, Globalização e Integração Econômica: Econômica: 251.

353 A nomenclatura atual é Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

354 Também chamado de Tribunal Europeu de Direitos Humanos por muitos doutrinadores atualmente.

355 GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: História, Organização e Processo. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>. Acesso em: 04 abr 2015.

356 DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA. Op. Cit., Disponível em: < http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/tribunal-europeu-dos_1/ >. Acesso em: 01 abr 2015.

357 CONSELHO DA EUROPA. Guia prático sobre a admissibilidade: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. 2011. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POR.pdf >. Acesso em: 25 mar 2015, p. 10.

358 DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Disponível em: < http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/tribunaleuropeu-dos_1/ >. Acesso em: 01 abr 2015

359 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Como processar o Estado no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e nos tribunais nacionais por violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Legis Editora: Porto, 2007, p. 7.

[360] GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: História, Organização e Processo. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>. Acesso em: 04 abr 2015.

[361] CONSELHO DA EUROPA, loc. cit., Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POR.pdf >. Acesso em: 25 mar 2015.

[362] FOLADOR, Patrícia Micheli. A efetivação dos direitos fundamentais através do direito de petição individual junto ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a garantia de sua tutela através da concessão de medidas de urgência: As alterações advindas após a entrada em vigor do Protocolo nº 14 e das recentes reformas do regulamento do TEDH. 2011. 162 f. Dissertação (Mestrado) Curso de Direito Constitucional, Ciências Jurídico-políticas, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 49

[363] ALVES, op. cit., p. 24

[364] MOREIRA, Vital. “Respública” Europeia: Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 232.

[365] GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: História, Organização e Processo. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>. Acesso em: 04 abr 2015.

[366] GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Op. Cit., Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>. Acesso em: 04 abr 2015.

[367] RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Epub, p. 48-49.

[368] FOLADOR, op. cit., p. 65.

[369] FOLADOR, op. cit., p. 65.

[370] FOLADOR, op. cit., p. 50.

[371] FOLADOR, loc. cit.

[372] Também conhecido como princípio de igualdade das partes, onde as partes devem ser tratadas igualmente e aos litigantes devem ser garantidos o acesso a todos os meios processuais.

[373] Só eram possíveis demandas individuais face aos Estados que ratificaram o Protocolo.

[374] GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: História, Organização e Processo. Disponível em:

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>. Acesso em: 04 abr 2015.

375 Modelo institucional em que a Comissão e o Comitê de Ministros faziam parte para poder levar a queixa ao Tribunal. Cf. item 2 deste trabalho.

376 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional. 6ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 122.

377 FOLADOR, op. cit., p. 51.

378 GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. op. cit., Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>. Acesso em: 04 abr 2015.

379 MAZZUOLI, op. cit., 2010, p. 40.

380 PIOVESAN, op. cit., p. 122.

381 FOLADOR, op. cit., p. 67.

382 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 958-959.

383 FOLADOR, op. cit., p. 68.

384 Comissão, Tribunal e Comité de Ministros.

385 FOLADOR, op. cit., p. 51.

386 Direto de acesso direto a uma Corte.

387 BARRETO, Irineu Cabral. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada. 3ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p 247 In FOLADOR, op. cit., p. 51.

388 RAMOS, op. cit., p. 51.

389 FOLADOR, op. cit., p. 53.

390 RAMOS, op. cit., p. 52.

391 BARRETO, Ireneu Cabral. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Anotada. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 407-408.

392 FOLADOR, op. cit., p. 53-54.

393 GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: História, Organização e Processo. Disponível em:

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>. Acesso em: 04 abr 2015.

394 Uma nota destinada aos requerentes e os formulários de queixa podem ser obtidos junto do secretariado (Secretaria do Tribunal, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, F-67075 Strasbourg Cedex, France).

395 ALVES, op. cit., p. 24.

396 ALVES, op. cit., p. 24.

397 GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Op. Cit., Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>. Acesso em: 04 abr 2015.

398 MAZZUOLI, op. cit., 2013, p. 958.

399 BARRETO, Ireneu Cabral. Portugal e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/ce-convencao-dh/cons-europa-conv-dhirineu-cbarreto.html>. Acesso em: 28 mar 2015.

400 BARRETO, Ireneu Cabral. op. cit., Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sisteuropeu-dh/ce-convencao-dh/cons-europa-conv-dh-irineu-cbarreto.html>. Acesso em: 28 mar 2015.

401 GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: História, Organização e Processo. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>. Acesso em: 04 abr 2015.

402 Artigo 20º da CEDH.

403 Artigo 21º da CEDH.

404 Artigo 23º da CEDH.

405 Artigo 26, §3º do Regulamento do TEDH.

406 FOLADOR, op. cit., p. 57.

407 Artigo 31, alínea b, CEDH.

408 PIOVESAN, op. cit., p. 125 - 126.

409 PIOVESAN, op. cit., p. 126.

410 Direito de estar em juízo.

411 PIOVESAN, loc. cit.

412 Artigo 35, CEDH, Condições de Admissibilidade:
1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.
2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34° se tal petição:
a) For anónima;
b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos.
3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34° sempre que considerar que:
a) A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo; ou
b) O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respectivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno.
4. O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.

413 BARRETO, op cit., 2010, p. 394.

414 BARRETO, op. cit., 2010, p. 405.

415 CONSELHO DA EUROPA. Guia prático sobre a admissibilidade: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. 2011. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POR.pdf >. Acesso em: 25 mar 2015, p. 22.

416 Artigo 13º da CEDH.

417 CONSELHO DA EUROPA. op. cit., Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POR.pdf >. Acesso em: 25 mar 2015, p. 31.

418 BARRETO, op. cit., 2010, p. 402.

419 CONSELHO DA EUROPA. Guia prático sobre a admissibilidade: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. 2011. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POR.pdf >. Acesso em: 25 mar 2015, p. 44.

420 MAZZUOLI, op. cit., 2010, p. 46.

421 MAZZUOLI, op. cit., 2010, p. 47.