

TEMAS DE INTEGRAÇÃO

Ano de 2023 · n.º 43



ALMEDINA

TEMAS DE INTEGRAÇÃO

N.º 43, 2024



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
AFONSO PATRÃO

DISTRIBUIÇÃO
EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78 e 80
3000-167 Coimbra
Tel.: 239 851 904
Fax: 239 851 901
www.almedina.net
editora@almedina.net
2024

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

Adriano Moreira: europa, atlântico e paz <i>por Isabel Maria Freitas Valente</i>	1
Paulo de Pitta e Cunha – um paladino da adesão de Portugal às Comunidades Europeias <i>por José Xavier de Basto</i>	6
Cidadania Europeia e Nacionalidade dos Estados-Membros – Uma revolução em curso <i>por Mariana de Pinho da Silva Geraldo</i>	16
Desafios e Possibilidades para a Garantia dos Direitos Humanos na Era Digital <i>por Eliane Cristina da Silva Nascimento e Isabel Maria Freitas Valente</i>	44
Considerações Sobre a Reparabilidade da Perda de uma Chance <i>por Elton M. C. Leme e Cristiane de M. B. C. Frota</i>	56
Independência ou Morte! Reflexão Sobre a Independência Técnica do Banco Central Europeu e Sua Relação com a Decisão Política na Europa Monetária <i>por João Rafael Fonseca Ramos Aleixo Assunção</i>	95
A gestão das fronteiras externas da União Europeia: A agência europeia da Frontex <i>por José Miguel Cadete Melrinho</i>	117
O Acesso à Justiça por parte das ONG no Âmbito do Regulamento Aarhus: Um Acesso em Conformidade com o Artigo 9.o, n.o 3 da Convenção de Aarhus? <i>por Alexandra Tavares Noronha</i>	153
O princípio da solidariedade energética no ordenamento jurídico comunitário: algumas considerações <i>por Ana Pereira de Sousa</i>	203

Adriano Moreira: europa, atlântico e paz¹

Isabel Maria Freitas Valente, PhD

Centro de Estudos Interdisciplinares - CEIS20 Universidade de Coimbra

Presidente e coordenadora de investigação da Rede VCC

Inicia-se hoje a XXVIII edição do Seminário de Verão da AEEC, em parceria com o IPEJA subordinado ao tema “ O direito na encruzilhada. Economia, protecção, clima, saúde e alimentação” temáticas candentes da nossa contemporaneidade. Que melhor e mais adequado tema para esta evocação da memória do Senhor Professor Adriano Moreira (perante a qual nos curvamos respeitosamente) que foi exemplo de inquietação permanente com o Mundo.

Esta anual reunião científica, académica, mas também de salutar convivialidade humana, muito deve à presença constante de Adriano Moreira como orador que sempre se distingui pela solidez e coerência do seu percurso intelectual assim como pela sua capacidade de abertura e diálogo com outras correntes de pensamento e de opinião.

Por isso, penso que devemos hoje dar “Gracias a la Vida” por termos tido o privilégio de ouvir, conviver e beber da sua sabedoria, do seu conhecimento, das suas inquietações sobre o mundo e dos seus valores.

Adriano Moreira sempre fiel, orgulhoso das suas raízes transmontanas (que também são as nossas), nasceu em Grijó de Vale Benfeito, Macedo de Cavaleiros, Bragança, em 06 de Setembro de 1922.

Em relação a Adriano Moreira não é mera afirmação de circunstância reconhecer-se a inevitabilidade de se ficar sempre aquém da realidade na

referência aos seus méritos; em diferentes momentos, numa linha de afirmação e coerência que levou a que fosse e continue a ser admirado por pessoas de sucessivas gerações e de ideologias diversas.

Sempre fiel aos seus valores originários. Recorde-se que Adriano Moreira utilizava com frequência a imagem do eixo da roda: a roda gira, passa por muitas mudanças, o eixo acompanha a roda, mas não anda. O eixo são os valores. E esses valores centrais mantiveram-se ao longo dos seus cem anos de vida pessoal e profissional.

Na sua atividade multifacetada, podemos começar por recordar a atividade política, sendo um excelente exemplo de continuidade e grandeza na defesa de causas da maior importância para o nosso país e para a comunidade internacional, antes e depois do 25 de Abril de 1974.

Neste singelíssimo tributo, procuraremos centrarmo-nos na evocação da sua força, da sua criatividade, da sua inteligência e determinação de quem se destacou, e continua a destacar-se, por tudo quanto fez pela sua Pátria – Portugal. Como o próprio autor sustenta, na obra *O Novíssimo Príncipe. Análise da Revolução*, “a Pátria não é uma ocasião. A Pátria não é um estorvo. A Pátria não é um peso. A Pátria é um dever entre o berço e o caixão, as duas formas de total amor que tem para nos receber.”

Na óptica do nosso homenageado, e como escreve em *Da Utopia à fronteira da pobreza* (Lisboa, INCM, 2011, P.14), “ninguém escolhe o país em que nasce: mas decidir ficar é um acto de amor. E de vontade de reinventar novos futuros.”

Não é demais sublinhar a importância da leitura da sua vasta obra que se revela um manancial rico de sabedoria da qual sobressai uma visão humanista, própria de um trasmontano assumido e orgulhoso, cujo pensamento se encontra livre de todo e qualquer ruído, permitindo-lhe manter “o espírito livre para a arte de pensar e aberto à análise de problemas fundamentais que, apesar do já longo percurso como pensador e investigador, permanecem absolutamente actuais.” (Manuel dos Santos Silva, “A Visão Humanista”, in José Filipe Pinto (coord.), *Adriano Moreira. Uma intervenção humanista*, Coimbra, Almedina, 2007, p.280).

Ora, a sua constante produção científica e a sua intervenção pública são testemunho do seu *Humanismo Transcendente* que nunca se mostrou tributário de uma única ideologia, de um único mestre e que procura incessantemente ser um espírito livre com uma perspectiva histórica dos acontecimentos baseada no respeito ideológico e partidário.

Deve acentuar-se, porém, que a sua reflexão e pensamento alertam, constantemente, para a ausência de uma estratégia nacional, ancorada na maritimidade, no atlantismo e na lusofonia, valores que devem ser assumidos por Portugal. Bem como chama a atenção para a “*inexistência de uma cadeia de comando político*”, para a falta de uma “*relação de confiança entre governantes e governados*”, e os políticos de hoje a quem falta, como escreve, “*o poder encantatório da palavra*”.

Não deixa de ser oportuno lembrar que o Professor Adriano Moreira foi pioneiro, no nosso País, na fundação de uma verdadeira escola de Ciência Política autónoma das Ciências Jurídicas que, também, estaria na base da emancipação das Relações Internacionais. Ainda neste ponto, convirá reforçar esta ideia de inovação que pauta a sua vida. Refira-se a título de exemplo, entre muitos que poderiam ser avocados, a obra *A Europa em formação*, publicada, em 1974, pela Sociedade de Geografia e que constituiu a sua dissertação de doutoramento em Direito apresentada à Universidade Complutense de Madrid. Estudo esse que, ainda hoje, constitui uma referência fundamental para a compreensão do fenómeno da integração europeia e para o papel que Portugal deverá desempenhar na Europa e no Mundo.

Sempre atento ao Mundo e à sua atualidade reflete sobre os conceitos de *européismo*, *atlantismo* e *ocidentalismo* em diversas obras e artigos, como por exemplo, “A Terra e o Mar” publicado em 23 de julho de 2022, no Diário de Notícias. Aí sustenta que “na busca da linha dos interesses comuns, o europeísmo avulta entre as correntes que se tornaram dominantes nos últimos e recentes anos. Deu até origem a formulações que, com fundamento ou sem ele, dividiram profundamente as opiniões: foi a alternativa entre a conceção retangular do país, que seria europeísta, e a

conceção ultramarina, que seria a herdeira da tradição.” E defende, com particular acuidade e convicção que “o que tudo apenas parece demonstrar que a Europa, além de não ter uma força autónoma, não tem ainda sequer sentido político, que tal sentido, por muito debilitado que se encontre, apenas o tem o Ocidente em que se integra, e que provavelmente é na linha do ocidentalismo que podem encontrar-se os parceiros políticos necessários. Isto significa Atlântico e quem nele domine, com as amarras que existem noutros lugares do Mundo.”

Aos 100 anos, Adriano Moreira continuava a emocionar-se com a diáspora lusófona e a acreditar nas potencialidades de Portugal, na vertente atlantista: “A nossa janela atlântica é o nosso espaço de liberdade.”

Destacou-se, também, por ser defensor incondicional da língua portuguesa, Adriano Moreira sustenta no texto *A Língua e o Saber*, publicado pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto, em 2015, que “o facto de a língua não ser nossa, ser também nossa, e transportar valores, faz com que, espalhada por todas as latitudes, tenha recolhido um pluralismo que a enriquece, como que a torna transversal em relação a culturas diferenciadas, inscrevendo-se no património Imaterial da Humanidade, com forte contribuição para viabilizar o diálogo entre as diferenças, e colocar o respeito e cooperação no lugar da simples tolerância ou indiferença. Fortalecendo a maneira portuguesa de estar no mundo mesmo na atribulada época que atravessamos.”

Ao percorrer as décadas em que Adriano Moreira nos foi enriquecendo com a sua participação política, académica ou de qualquer outra natureza, constata-se que não se limitou em cada período a ser um homem do seu tempo. “De facto, a realidade atual mostra que esteve sempre para além do seu tempo; designadamente com pistas para o que, no inequívoco interesse de todos, em particular no século XXI, deve ser o mundo lusófono, numa inserção do nosso país que deve complementar a nossa participação construtiva num processo europeu aberto ao mundo”, como refere Manuel Porto no opúsculo por nós coordenado - “Adriano Moreira, um Humanista Europeu”.

Pessoalmente, só temos a agradecer muito sentidamente a sua sempre generosa amizade com que nos privilegiou. Fazemo-lo movida pela dívida de gratidão, pela estima e respeito pela excelência do académico, pelo brilhantismo do professor que foi e que continua a ser através da riquíssima obra que nos deixou, pela integridade do servidor público e pela estrutura ética, intelectual e cultural do cidadão que foi.

Coimbra, 03 de julho de 2023

-

¹ Notas orais da nossa intervenção na XXVIII edição do Seminário de Verão da AEEC.

Paulo de Pitta e Cunha – um paladino da adesão de Portugal às Comunidades Europeias

José Xavier de Basto

1. Neste evento da Associação Fiscal Portuguesa procedemos a uma homenagem, infelizmente póstuma, ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, que foi durante vários mandatos Presidente da nossa Associação.

Os organizadores desta sessão aceitaram dar-me a honra de evocar aqui a sua memória numa das múltiplas vertentes em que pode ser recordada.

Pessoalmente, tive a grata ocasião de privar de perto com o Prof. Pitta e Cunha em diversas tarefas que partilhámos e sempre fui presenteado com o seu trato humano gentilíssimo, aristocrático no sentido nobre da palavra. Sua capacidade de diálogo, de expressão verbal sempre com meridiana clareza, e de compreensão pelos diferentes pontos de vista, sem afastar o seu gosto pela controvérsia, tornavam o seu convívio altamente enriquecedor e fonte de elevado prazer intelectual.

Não me compete apresentar aqui a extensa e diversificada obra científica do Prof. Pitta e Cunha, cobrindo a ciência económica, o direito económico, o direito fiscal. Neste último domínio, basta lembrar a presidência da Comissão de Reforma Fiscal da segunda metade dos anos 80, que construiu as peças fundamentais da tributação do rendimento ainda hoje vigentes. Dessas outras vertentes do labor do homenageado, bem como do seu apaixonado interesse de coleccionador de arte, teremos ocasião de ouvir outros oradores desta sessão.

Vou referir apenas a sua contribuição para o estudo, a divulgação e a formação de uma opinião pública esclarecida em matéria de integração europeia e da construção do que é hoje a União Europeia. E a minha tarefa aparece facilitada pela publicação de variados escritos do Professor reunidos em dois volumes: em 2013, com o título “Sombras sobre a Integração europeia”¹, abrangendo textos de 1994 a 2013 e, mais recentemente, em 2019, com o título “A Europa em tempo de incerteza”².

2. Como o próprio recorda³, o seu interesse pelos temas da integração económica data logo do início da sua carreira académica. A dissertação de pós-graduação (correspondente ao então designado Curso Complementar de Ciências JurídicoEconómicas nas duas Faculdade de Direito então existentes no País) versou sobre a Integração Económica da Europa Ocidental. As instituições europeias davam então os seus primeiros passos e Portugal não podia, por razões bem conhecidas, aspirar sequer a eles aceder.

Pitta e Cunha, especialmente no plano académico, foi um dos pioneiros no estudo das temáticas europeias, como recordou, no prefácio ao segundo dos volumes acima mencionados, o actual Presidente da República⁴.

Nas palavras do Professor Marcelo Rebelo de Sousa, Paulo de Pitta e Cunha “durante cerca de três décadas, foi como que um apóstolo da causa europeia, contra posições adversas, na Revolução e no imediato Pós-Revolução”. Como também aí foi sublinhado, teve papel decisivo na introdução da disciplina de Direito Comunitário no plano de estudos da Faculdade de Direito de Lisboa. Foi o primeiro professor português a obter a cátedra Jean Monnet.

3. No tempo limitado de que disponho nesta sessão de homenagem, escolhi três traços que me parecem fundamentais, caracterizadores do pensamento do Professor Pitta e Cunha sobre a integração europeia, sobre as instituições europeias, em suma, sobre o projecto europeu. Muitas outras posições e análises mereceriam também menção, mas as limitações do

tempo obrigam-se a referir aqui apenas esses três tópicos, entre as muito ricas e diversificadas contribuições do Professor nestes domínios do saber.

Um primeiro traço constante na sua posição nesta matéria é a decidida recusa do federalismo europeu. Na verdade, Pitta e Cunha sempre se manifestou hostil à ideia do federalismo europeu. Como ele próprio nos revela, cedo se apercebeu do contraste entre o êxito das fórmulas de integração de raiz económica e as dificuldades que rodearam as iniciativas de aprofundamento político⁵. Recusou sempre – e foi posição mantida ao longo de toda a sua obra, até porventura de forma mais contundente em tempos mais recentes – participar nas propostas federalistas. Para ele, o projecto europeu não devia visar a construção de um Superestado, a criação de alguma coisa intitulada Estados Unidos da Europa. E não o fez por qualquer “exaltação nacionalista”, para usar a sua formulação da ideia, mas apenas em nome da preservação da identidade do Estado nação e atendendo à heterogeneidade dos diferentes Estados e do desequilíbrio demográfico entre eles, tudo acentuado pelos sucessivos alargamentos da Comunidade. Conta até um episódio significativo ocorrido numa reunião de professores incluído no programa Jean Monnet. Quem presidia à reunião, um professor francês, afirmou logo de entrada que pressupunha que todos os presentes seriam federalistas. Pitta e Cunha objectou logo que não aderiria a essa visão do projecto europeu, perante o silêncio próximo da estupefacção dos participantes. Mas afinal verificou-se que havia outros antifederalistas na sala, que lá se foram pronunciando timidamente. E o relatório final da reunião não deixou de referir essas posições, posto que minoritárias.

Um segundo traço que julgo marcante do pensamento do Professor em matéria de integração europeia é a preocupação sempre manifestada nos seus escritos de escrutinar, nas sucessivas evoluções das instituições e das políticas europeias, a posição de Portugal e em que medida elas iriam afectar os interesses nacionais.

Por último, sublinharei a sua muito aguda percepção da correlação de forças, que o conduz a não ir atrás acriticamente de ideias abstractas, sabendo sempre adaptar-se às realidades, mesmo quando estas não

correspondem ao que seriam as suas preferências. Terei ocasião de ilustrar estes traços das suas posições a propósito da adopção da moeda única.

4. Pitta e Cunha apercebe-se dos riscos de uma oposição ao federalismo. Com escreveu num texto de Setembro de 2008⁶, “é frequente pretender-se que todos aqueles que não partilham da visão de uma Europa federal são anti-europeus ou eurocépticos.” Nesse texto, emblematicamente intitulado “Federalistas, eurocépticos e europeístas não radicais”, o Autor claramente se posiciona, e, direi eu, a muito justo título, como um europeísta não radical.

Considera-se pois um europeísta não radical, chegando mesmo a admitir não ser propriamente um anti-federalista, consciente que está dos benefícios da integração económica e aberto à introdução cautelosa de elementos de carácter supranacional. Em todo o caso, critica o que chama “excessos de integração”, entendendo que “os sentimentos nacionais permanecem ligados ao Estado de que somos cidadãos e não já à União...”. Esta é “uma entidade mais distante a que faltam os alicerces de uma Federação”.⁷

Vale a pena detalhar, posto que de modo breve, uma manifestação muito eloquente desta sua recusa do federalismo europeu – a oposição às tentativas de fazer aprovar uma Constituição europeia.

5. O Tratado Constitucional Europeu – que, como se sabe, foi recusado em Referendos realizados em dois Estados membros, Países Baixos e França - mereceu de Pitta e Cunha, ainda na sua fase de projecto, veementes críticas⁸.

As próprias inovações terminológicas do Tratado autodenominado Constituição, de que é exemplo a red denominação dos instrumentos normativos – em vez de regulamento e directiva, o projecto de Constituição criava as figuras de *lei e lei quadro europeias*, vestindo assim um figurino estadual, como se a futura União fosse um verdadeiro Estado – anunciavam a pretensão de criar uma estrutura federal, abdicando os Estados membros

da capacidade de decisão própria, relegando-os para uma posição semelhante à de “entes provinciais no contexto de uma federação”.

O Professor admite que o Tratado Constitucional não conseguiria ainda criar um super-Estado, e realça a introdução de algumas atenuantes aos ingredientes de federalismo, que julga de limitada eficácia, como é o caso da aplicação do designado princípio da subsidiariedade. De qualquer modo, considera que o projecto de novo Tratado, designado Constituição, contém, passo a citar, “o desígnio de se ultrapassar a essência internacional do fenómeno da integração europeia e de levar a União a assumir crescentemente a configuração interna de um Estado”, reflectindo, pois, e volto a citar, um “excesso de integração”.

O modelo federalista do Tratado Constitucional, para além da crítica substancial que sempre manteve contras as soluções federalistas do projecto europeu, e que aliás havia de manter tanto ao Tratado de Nice como ao Tratado de Lisboa, merece ainda a reserva de afinal ficar aquém do que seria uma verdadeira Federação entre iguais, por não prever mecanismos de compensação das diferenças entre os pesos demográficos dos participantes e entre os respectivos graus de desenvolvimento.

Entende que na malograda Constituição europeia não houve a preocupação de equilibrar os diferentes interesses nos membros da abortada Federação.

Bem ao invés, o projecto de Tratado acentua o predomínio dos grandes Estados, com as regras da maioria qualificada a darem prevalência aos grandes países, em detrimento das médias potências.

Recorda como nas verdadeiras Federações – que, de qualquer modo a abortada Constituição não conseguiria construir – existem aquelas compensações, com o sistema de duas Câmaras legislativas, em que uma assegura a representatividade dos Estados, com tratamento igualitário ou tendencialmente igualitário das diferentes unidades federadas. Lembra a propósito o Senado dos Estados Unidos e o *Bundesrat* alemão.

Pelo que toca aos diferentes graus de desenvolvimento dessas unidades, o Professor recorda que o verdadeiro federalismo se estende ao domínio económico e financeiro, com transferências significativas do orçamento federal, o qual, em contraste, na pretendida federação europeia, têm um peso reduzido, extremamente modesto, à época não ultrapassando 1% do PNB do conjunto dos Estados participantes. Não se negando a existência de alguns elementos de federalismo financeiro, como seja o mercado único europeu e a própria união aduaneira, a ambição federalista da Constituição não abrange assim o domínio económico e financeiro, reforçando antes do poder dos grandes Estados, sem que se aperfeiçoem os mecanismos de solidariedade essenciais a uma verdadeira Federação.

6. Em coerência com as suas posições de recusa do federalismo, Pitta e Cunha foi dos poucos em Portugal a opor reticências à construção da união monetária e à consequente adopção de uma moeda única, que, no seu início, foi apenas um dos primeiros indícios e certamente dos mais significativos vislumbres dos elementos federalistas que sempre criticou.

Como escreveu em Novembro de 2001, num texto intitulado “Da moeda única em diante: as visões a longo prazo da integração”⁹: «Com a moeda única atingiu-se um patamar completamente novo no processo de integração europeia».

Até à adopção da moeda única, as perdas de soberania resultaram daquilo que designou “integração negativa”, traduzida apenas na remoção de obstáculos ao estabelecimento de um grande mercado, sem perda do cerne da soberania. Conclui porém: “...quando os Estados decidem suprimir as moedas nacionais, criar uma moeda comunitária e entregar por inteiro a sua gestão a uma entidade supranacional ou federal, estão a tocar no âmago da soberania”.

O tempo desta intervenção não permite traçar aqui sequer as linhas gerais da rica argumentação de Pitta e Cunha sobre a União Monetária. Tal como na sua crítica ao projecto de Constituição, posterior à adopção da moeda única, o Professor mostra como a instituição da união monetária não

acompanhada de elementos de federalismo fiscal e financeiro constitui um aspecto negativo. A construção europeia, após a união monetária, terá acentuado o seu carácter híbrido. Já em 2001, Pitta e Cunha futurava que seria bem possível que, “para não deixar que a união monetária sucumba e para evitar a saída de Estados membros inconformados com a sua situação, os governos venham a decidir introduzir elementos de federalismo fiscal e financeiro...”¹⁰ Os factos posteriores em boa parte mostraram a razão que assistia a Pitta e Cunha: a construção da união monetária imperfeita, por desacompanhada de outras medidas de integração, terá sido responsável pelas crises da moeda única. A fraqueza do Euro deriva afinal, na sua opinião, de tratar-se de uma moeda sem um Estado: *a currency without a State*, como escreveu num texto em língua inglesa, datado de Outubro de 2000¹¹.

7. O pensamento de Pitta e Cunha sobre o projecto europeu nunca se desliga de um aturado escrutínio dos interesses nacionais.

Já aflorei este aspecto a propósito do malogrado projecto de Constituição Europeia de 2004. Para o Professor, era claro que não devia interessar a Portugal a aprovação da proposta de Constituição Europeia implicando perdas de poder de voto para o País, que contabilizou na passagem de 4% dos votos no Conselho para 2% se a Constituição fosse aprovada. O domínio dos grandes Estados acentuar-se-ia a dano das médias e pequenas potências, sem contrapartida no aperfeiçoamento dos esquemas de solidariedade. E afinal nada de verdadeiramente dramático decorreria da rejeição do Tratado, como afinal veio a confirmar-se. Votar não num eventual referendo não significaria, segundo ele, recusar a construção europeia, já que outros caminhos existiriam para prosseguir nessa construção.

Um pouco diferente e na aparência menos veemente é a posição do nosso homenageado quanto à posição portuguesa sobre a adopção da moeda única. Também aqui não posso senão dar o traço geral da posição do Autor, expressa nos vários textos que ao tema dedicou nas obras que no início

indiquei. Em vários desses artigos, um deles ainda de 1996, Paulo de Pitta e Cunha adopta uma posição muito prudente quanto à adesão à união monetária negociada em Maastricht. Na sua opinião, Portugal devia ter aí garantido um *opting out*, como foi obtido pela Dinamarca e pelo Reino Unido.

Embora reconheça que a união monetária e económica pode proporcionar benefícios, lamenta a perda de instrumentos nacionais de regulação monetária e cambial, em países periféricos como Portugal, sujeitos a choques assimétricos, com estruturas económicas menos evoluídas e mais baixos níveis de produtividade¹². E critica sobretudo a ausência de discussão aprofundada da opção tomada, aquilo a que chama o “complexo de «bom aluno», radicado num deslumbramento algo provinciano que faz considerar como boa qualquer proposta que nos nivele com a «Europa», independentemente do seu conteúdo”¹³.

Para o Autor, Portugal deveria ter optado em matéria de integração monetária por um prudente *wait and see*¹⁴ *.

8. Em todo o caso, e ainda em 96, Pitta e Cunha, expressando as suas dúvidas quanto ao proveito que Portugal pudesse extrair da sua presença na primeira linha dos aderentes à união monetária, aconselha a que nos acomodemos à realidade existente.¹⁵ Ele não é um ideólogo, prisioneiro das suas convicções.

Lamenta que os projectos e as questões europeias não sejam mais discutidas pelas próprias instâncias nacionais de decisão, mas sabe adaptar-se às realidades e ponderar os interesses do País à luz dessas novas realidades.

Um bom exemplo desta posição realista está plasmado num texto de 2016 em que se aborda especificamente a hipótese de saída do Euro¹⁶. Foi tema que se suscitou sobretudo a partir das dificuldades sentidas por Portugal (e também pela Grécia e pela Espanha) devido à crise das dívidas soberanas. A resposta de Pitta e Cunha quanto à referida hipótese é, sem hesitação alguma, negativa. A saída do Euro, para ele, deve estar fora de

cogitação. Nesse texto, relembra que advogou para Portugal, aquando do lançamento da união monetária, um prudente *wait and see*, pela relevância que atribui à independência na prossecução da política monetária e cambial. Mas os tempos são outros. Mesmo recuperando a arma cambial com a saída do Euro, os inconvenientes desse abandono da moeda comum não são, segundo o Autor, difíceis de descortinar.

Seriam potencialmente graves as consequências sobre o sistema financeiro, sem os auxílios do BCE. O abandono do Euro poderia conduzir mesmo a ter de abandonar a própria União. A elevada dívida externa expressa na nova moeda nacional passaria a ter uma expressão inoportável, agravando a dificuldade de satisfação dos compromissos assumidos com o exterior.

O “Porexit” não constitui a via adequada para a solução dos problemas da economia portuguesa.

Conclui que “quer se concorde quer não, com a formação da união monetária, o certo é que esta é um facto consumado e representa o ponto mais alto das políticas de integração”.

Importa concluir. Pessoa de convicções fortes e bem fundamentadas em matéria de integração europeia, Pitta e Cunha mostrou-se, todavia, um espírito moderado, capaz de atender às realidades sociais, políticas e económicas de cada tempo. Numa época de incerteza tão propícia a radicalismos de todos os matizes, que falta fazem espíritos como o dele, pensadores moderados, que, sem abdicarem de princípios, são capazes de propor soluções exequíveis, atendendo sempre aos superiores interesses da comunidade em que se integram.

-

* Texto lido na sessão de homenagem póstuma ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, promovida pela Associação Fiscal Portuguesa em 30 de Março de 2023.

¹ *Sombras sobre a integração europeia*, Coimbra Editora, 2013.

² *A Europa em tempos de incerteza*, AAFDL Editora, 2019.

- ³ *Sombras sobre a integração europeia*, p. 9.
- ⁴ *A Europa em tempos de incerteza*, p. 9.
- ⁵ *Sombras sobre a integração europeia*, p. 133.
- ⁶ *Sombras sobre a integração europeia*, p. 225-227.
- ⁷ *Sombras sobre a integração europeia*, p. 227.
- ⁸ Ver *Sombras sobre a integração europeia*, p. 153.
- ⁹ Cfr. *Sombras sobre a integração europeia*, p. 113.
- ¹⁰ *Sombras sobre a integração europeia*, p. 125.
- ¹¹ *Sombras sobre a integração europeia* p. 103.
- ¹² *Sombras sobre a integração europeia*, p. 80.
- ¹³ *Sombras sobre a integração europeia* p. 130.
- ¹⁴ *A Europa em tempo de incerteza*, p.36.
- ¹⁵ *Sombras sobre a integração europeia*, p. 88.
- ¹⁶ *A Europa em tempo de incerteza*, p. 67-73.

Cidadania Europeia e Nacionalidade dos Estados-Membros – Uma revolução em curso*

Mariana de Pinho da Silva Geraldo

Resumo

O artigo explora a evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre as vinculações jurídicas de Direito da União Europeia que os Estados-Membros devem respeitar ao definirem critérios de perda e atribuição da respectiva nacionalidade, e o seu significado para o futuro da União Europeia.

Palavras-chave: Cidadania da União Europeia; Nacionalidade; Jurisprudência do TJ (Rottmann); Repartição de competências.

Abstract

The article explores the evolution of the Court of Justice's case law on the legal constraints of European Union law that Member States must respect when defining criteria for the loss and attribution of their nationality, and its significance for the future of the European Union.

Keywords: EU citizenship; Nationality; ECJ case law (Rottmann); Allocation of competences.

1. Introdução

Ao criarem a cidadania europeia, os Estados-Membros afirmaram que “*a questão de saber se uma pessoa tem a nacionalidade de determinado Estado-membro é exclusivamente regida pelo direito nacional desse Estado-membro*”.

Assim, os critérios de atribuição e perda da nacionalidade dos Estados membros pareciam imunes ao Direito da União Europeia. Porém, desde 2010, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ) já por quatro vezes se pronunciou e afirmou a vinculação dos Estados-Membros ao Direito da União Europeia, em casos que determinem a perda da sua nacionalidade com a consequente perda da cidadania europeia. Por outro lado, a Comissão Europeia iniciou recentemente uma acção por incumprimento contra Malta, visando o controlo das respectivas regras de atribuição da nacionalidade.

O presente artigo procura expor esta evolução e reflectir sobre o seu significado para o futuro da UE.

2. A Criação da cidadania europeia e a “reserva” da nacionalidade

A cidadania europeia foi criada pelo Tratado de Maastricht (1992), como estatuto, até hoje composto apenas por direitos, atribuído automaticamente a todos os nacionais dos Estados-Membros, mas apenas a estes.

Na Conferência Intergovernamental que concluiu aquele Tratado, foi emanada a “Declaração relativa à nacionalidade de um Estado-membro”, afirmando peremptoriamente: “*a questão de saber se uma pessoa tem a nacionalidade de determinado Estado-membro é exclusivamente regida pelo direito nacional desse Estado-membro*”¹. Este entendimento foi reafirmado pelo Conselho Europeu de Edimburgo, de 12 de Dezembro de 1992^{2/3}.

O simples facto de se tratar de uma competência dos Estados-Membros não poderia, porém, significar, de acordo com jurisprudência constante do TJ, que a mesma fosse desprovida de vínculos de Direito Comunitário. Com efeito, em muitas outras matérias, o TJ afirmou que, no exercício das suas

competências, os Estados-Membros deveriam respeitar o Direito da União Europeia (DUE). De resto, no acórdão Micheletti (C-369/90), proferido antes da vigência do Tratado de Maastricht, o TJ afirmara, *en passant*, que “[a] *definição das condições de aquisição e de perda da nacionalidade é, nos termos do direito internacional, da competência de cada Estado-Membro, que deve exercê-la no respeito pelo direito comunitário*” (§10, sublinhado nosso).

O problema está, pois, em identificar as situações em que o DUE prevê tais vínculos e quais são eles. A este propósito, convirá distinguir as questões da perda de nacionalidade (individual ou por força da saída de um Estado-Membro da UE), das questões da aquisição da nacionalidade, que podem implicar, respectivamente, a perda ou aquisição da cidadania europeia.

* O presente artigo foi considera a jurisprudência do Tribunal de Justiça disponível até 18 de Março de 2024.

3. A questão da perda da nacionalidade - os acórdãos Rottmann (C-315/08), Tjebbes (C-221/17), J.Y (C-118/20) e X. (C-689/21)^{4/5}

A propósito dos acórdãos relativos à perda da nacionalidade de um Estado-Membro, deveremos considerar dois aspectos, conexos mas distinguíveis: i) a justificação da aplicabilidade do DUE; ii) os critérios deste Direito que o TJ considerou aplicáveis. Cuidaremos de cada ponto a propósito de cada um dos acórdãos, apresentados cronologicamente.

Apesar de o TJ ter reafirmado a citada posição do acórdão Micheletti noutras ocasiões⁶, só⁷ com o acórdão Rottmann é que foi chamado e veio a pronunciar-se sobre a existência de critérios jurídicos europeus impostos aos Estados-Membros no exercício da sua competência de determinação da perda de nacionalidade.

A questão da aplicabilidade do DUE era, neste contexto, muito mais controversa do que o acórdão Rottmann deixava transparecer. Com efeito, reconhecendo tratar-se de uma questão da competência dos Estados-Membros (§39), o aresto reitera o entendimento, já consolidado a propósito

de outas matérias, de que “em situações abrangidas pelo direito da União, as normas nacionais em causa devam respeitar este direito” (§41), considerando

“evidente que a situação de um cidadão da União, como a do recorrente no processo principal, confrontado com uma decisão de revogação da naturalização adoptada pelas autoridades de um Estado-Membro, que o coloca, após ter perdido a nacionalidade originária de outro Estado-Membro, numa situação susceptível de implicar a perda do estatuto conferido pelo artigo 17.º CE e dos direitos correspondentes, é abrangida, pela sua própria natureza e pelas suas consequências, pelo direito da União” (§42).

O TJ aduz, apenas, a sua própria proclamação de que “o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros ” e que a tal estatuto se ligam direitos e deveres previstos pelos Tratados (§43, §44), pelo que, implicando a perda da nacionalidade a perda da cidadania europeia (§49), a questão se deve considerar incluída no âmbito de aplicação dos Tratados⁸.

Em sentido oposto à evidência proclamada pelo TJ, vários Estados-Membros e a Comissão consideraram tratar-se de uma situação puramente interna (§38). Também o Advogado Geral Poiares Maduro, conquanto tenha concluído pelo enquadramento da situação no âmbito de aplicação dos Tratados, fê-lo por a aquisição da cidadania alemã ter decorrido do exercício da livre circulação. Aliás, as Conclusões afirmam categoricamente que “sob pena de se alargar o âmbito do Tratado, as disposições nacionais relativas à aquisição e à perda da nacionalidade não podem entrar no âmbito de aplicação do direito comunitário, pelo simples motivo de que podem conduzir à aquisição ou à perda da cidadania da União” (§10)⁹.

Considerando que o apelo à natureza das coisas é inaceitavelmente vago para determinar a aplicabilidade do DUE, necessariamente incompleto por

força do princípio da atribuição, parece-nos inevitável reconduzir a posição do Tribunal ao seguinte raciocínio: a perda da nacionalidade implica (quando o indivíduo não for nacional de um outro Estado-Membro) a perda do gozo efectivo do essencial dos direitos de cidadania; a eliminação de tais direitos é, em princípio, contrária ao artigo 20.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e fica, assim, sujeita a este Direito. De resto, a correspondência entre este raciocínio e o adoptado no acórdão Ruiz Zambrano é explicitada não só nas conclusões deste caso, como no próprio texto do aresto (§42)¹⁰.

Assim, bem vistas as coisas, a novidade do acórdão Rottmann estará mais na relevância do DUE para a perda da nacionalidade mesmo numa situação puramente interna¹¹, do que na afirmação de que esta perda tem de respeitar o DUE.

Relativamente aos critérios a respeitar pelo Estado-Membro no exercício da sua competência, o TJ adianta, em primeiro lugar, que a perda da nacionalidade é admissível, se justificada por motivos de interesse geral (§51). Entre estes, conta-se a protecção da *“particular relação de solidariedade e de lealdade entre ele próprio e os seus nacionais e a reciprocidade dos direitos e deveres, que são o fundamento da relação de nacionalidade”* (§51)¹². Assim, considerando que o Direito Internacional admite a consequência da apatridia, por ser retirada a nacionalidade de um Estado a alguém que a adquiriu por meios fraudulentos (§52-54), o TJ aceita, em princípio, a perda da cidadania europeia num caso como este.

Todavia, considera o TJ que o DUE implica a verificação do respeito pelo princípio da proporcionalidade, ponderando-se as consequências, para o indivíduo e membros da sua família, da perda do estatuto de cidadania (§55-56), atendendo-se, designadamente, *“à gravidade da infracção cometida [...], ao tempo decorrido entre a decisão de naturalização e a decisão de revogação e à possibilidade de o interessado readquirir a sua nacionalidade originária”* (§56).

A avaliação da proporcionalidade implica a consideração de aspectos materiais (já referidos) e de aspectos procedimentais, já que o TJ impõe que

se pondere a necessidade de se atribuir ao interessado um prazo para tentar recuperar a primeira nacionalidade (§57).

De todo o modo, o TJ remete a avaliação do respeito pelo princípio da proporcionalidade para o Tribunal nacional, admitindo expressamente que o DUE não impõe a manutenção da nacionalidade (§57).

Em 2019, o TJ voltou a pronunciar-se sobre este tema, agora no caso Tjebbes (C221/17). Estava em causa a compatibilidade da perda da nacionalidade, *ope legis*, relativamente a indivíduos neerlandeses com dupla nacionalidade que residissem durante 10 anos fora dos Países Baixos e dos outros Estados-Membros da União Europeia.

Quanto à aplicabilidade do DUE, o TJ considerou que, estando em causa indivíduos que tinham a nacionalidade neerlandesa e de um Estado terceiro, que nunca haviam exercido o direito de circulação, e que perderiam aquela nacionalidade, o caso relevava para o DUE, por implicar a perda da cidadania europeia, conquanto não lhe fosse aplicável o artigo 21.º do TFUE (§28, 32). Tal como resultava da divergência com a posição do Advogado Geral Poiares Maduro no caso Rottmann, o critério para que a perda da nacionalidade releve para o DUE é a circunstância de implicar perda do estatuto cidadania.

Relativamente aos vínculos impostos pelo DUE, o TJ começa por afirmar a legitimidade de os Estados pretenderem assegurar a efectividade do vínculo que mantêm com os respectivos nacionais (§33), o que pode implicar que o termo de tal ligação implique a perda da nacionalidade (§35). Por outro lado, o TJ considerou também legítimo o objectivo de assegurar a unidade da nacionalidade no âmbito de uma mesma família (§35).

Discutindo o facto de a lei neerlandesa implicar a perda da nacionalidade por ausência do respectivo território (e do dos restantes Estados-Membros) por um período superior a 10 anos, que é interrompido pelo pedido de passaporte neerlandês e certos outros documentos, o TJ considerou que o DUE não se oporia, em princípio, a tal medida, de resto admitida pelo Direito Internacional (§37), quando tal não implicasse uma

situação de apatridia (§37). O TJ reiterou, porém, a necessidade de ser ponderada a proporcionalidade da medida, quanto aos efeitos decorrentes, para o indivíduo e seus familiares, da perda da cidadania europeia (§40), a implicar uma avaliação individual (§41).

O Tribunal afirma que esta apreciação individual deve garantir o respeito pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e atender, designadamente, às dificuldades que a perda automática da cidadania suscite para o exercício do direito de circulação, que pode visar a manutenção de vínculos genuínos e regulares com familiares ou o exercício de actividade profissional (§45, 46). O TJ exige também a ponderação da situação de segurança e liberdade do indivíduo, dada a perda do acesso a protecção diplomática e consular, resultante do estatuto de cidadania europeia, no Estado em que resida (§46).

O TJ alerta, contudo, que estas consequências não podem ser meramente hipotéticas ou eventuais (§45).

Por outro lado, o TJ manda atender à possibilidade prática de o indivíduo em questão não poder ter renunciado à nacionalidade de Estado terceiro, o que impediria a aplicação da discutida medida neerlandesa (§46).

Por fim, considerando a perda automática da nacionalidade neerlandesa por menores, em virtude da perda da mesma nacionalidade pelo progenitor, o TJ salienta que as autoridades nacionais devem avaliar individualmente se tal “*corresponde [...] ao interesse superior da criança*” (§47). Destaca-se que o acórdão, apesar considerar tal circunstância, o faz apenas na fundamentação e a propósito da apreciação individual, sem que a tal posição seja dado um relevo definitivo na decisão. Pode, por outro lado, enfatizar-se o facto de o TJ, neste contexto, não se ter pronunciado sobre a ligação efectiva entre a criança e Estado-Membro¹³.

Do ponto de vista procedimental, o TJ admitiu que a avaliação desta proporcionalidade seja posterior à perda da nacionalidade *ope legis*, desde que o indivíduo a possa recuperar com efeitos retroactivos (§42).

Em 2022, o TJ proferiu o acórdão J.Y. (C-118/20). Neste caso, discutia-se a compatibilidade com o Direito da União da revogação de uma garantia de concessão de nacionalidade austríaca, quando uma antiga cidadã europeia, estónia, havia renunciado à sua nacionalidade originária, por tal ser condição de aquisição da nacionalidade austríaca.

O aresto apresentava como especificidade, quanto ao enquadramento no âmbito de aplicação do DUE, o facto de a decisão só ser relevante num momento em que a interessada já não era cidadã europeia (§33). O acórdão deu relevo ao procedimento considerado no seu conjunto, e ao facto de ser a revogação da garantia de concessão da nacionalidade austríaca que privava a interessada, em definitivo, do estatuto de cidadania europeia, para considerar que era esta decisão que a lhe retirava a totalidade dos direitos associados à cidadania europeia. Deste modo, concluiu que esta decisão era relevante para o DUE¹⁴. É, igualmente, este enquadramento que nos faz considerar este caso neste ponto do trabalho, e não a propósito dos eventuais vínculos impostos quanto à aquisição da nacionalidade.

Considerando, assim, que foi a decisão austríaca que determinou, em definitivo, a perda dos direitos de cidadania, o TJ passou ao já habitual controlo de proporcionalidade, no âmbito do qual relembra que a medida que determina a perda dos direitos de cidadania deve respeitar “o princípio da proporcionalidade no que se refere às consequências que a mesma implica para a situação da pessoa em causa e, se for caso disso, dos membros da sua família, à luz do direito da União” (§58), implicando uma análise da situação individual do interessado e da sua família, ponderando-se se a perda do estatuto de cidadania tem consequências desproporcionais no desenvolvimento da vida familiar e profissional do cidadão (que não podem ser hipotéticas, nem eventuais) (§59).

Neste contexto, determina o TJ que se avaliem estas consequências considerando a gravidade da infracção cometida, e a possibilidade de ser readquirida a nacionalidade originária. De todo o modo, o TJ admite que a decisão de revogação da garantia de atribuição da nacionalidade pode ser proporcional, mesmo que seja impossível a reaquisição da nacionalidade

originária (§60-63). O TJ, impõe, ainda, o respeito pelos direitos previstos na CDFUE (§61).

No quadro da legitimidade dos objectivos, o TJ reitera que é legítimo um Estado-Membro salvaguardar “*a relação especial de solidariedade e de lealdade entre ele próprio e os seus nacionais, bem como a reciprocidade de direitos e de deveres, que são o fundamento do vínculo de nacionalidade*” (§52), considerando também legítimo que procure “*evitar os efeitos indesejáveis da posse de várias nacionalidades*” (§54)¹⁵. Por outro lado, o TJ considera que “*a decisão de revogar a garantia de concessão da nacionalidade pelo facto de o interessado não ter uma atitude positiva em relação ao Estado-Membro de que pretende adquirir a nacionalidade e de o seu comportamento ser suscetível de ameaçar a ordem e a segurança públicas desse Estado-Membro assenta num motivo de interesse geral*” (§57).

Ora, aceitando que a revogação da garantia de atribuição de nacionalidade pode justificar-se por motivos de ordem e segurança públicas, o TJ substitui os conceitos e avaliações previstos pelo Direito nacional por aqueles que entende serem impostos pelo DUE. Assim, enquanto o tribunal austríaco considerou que estava em causa avaliar se a pessoa “*irá também, no futuro, desrespeitar disposições essenciais adotadas para efeitos de proteção contra os riscos para a vida, a saúde, a segurança ou a paz e a ordem públicas, ou para a proteção de outros interesses jurídicos mencionados no artigo 8.º, n.º 2, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*” (§67) — o que deu por verificado (§23) —, o TJ entendeu que tais conceitos deveriam ser interpretados conforme o foram a propósito da Directiva 38/2004 (portanto, em matéria em que, ao contrário da nacionalidade, a União Europeia (UE) dispõe de competência)¹⁶.

Ora, não cabe ao TJ nem interpretar o Direito nacional, nem proceder à sua aplicação. Deste modo, embora tal não nos pareça particularmente evidente a partir da leitura do acórdão (que parece aceitar o motivo invocado pelo Tribunal nacional), o que o TJ faz é desconsiderar o

fundamento tal como apresentado pelo Estado-Membro (que, implicitamente, considera incompatível com o DUE), afirmando antes, num movimento de harmonização negativa, que a perda da nacionalidade só pode ser imposta por motivos de ordem e segurança públicas tal como interpretados pelo DUE.

Por outro lado, o TJ foi ao ponto de considerar que, numa situação como a descrita, em que estavam em causa infracções estradais que, não obstante a qualificação como contraordenações graves, eram sujeitas a sanções pouco significativas (coimas de valor reduzido e sem implicar proibição de condução), *“não se pode considerar que as infracções [...] sejam suscetíveis de demonstrar que a pessoa responsável por essas infracções constitui uma ameaça para a ordem e a segurança públicas que possa justificar que a perda do seu estatuto de cidadão da União se torne definitiva”* (§71).

Num aspecto que podemos considerar de índole mais procedimental do que material, o TJ considerou também que as contraordenações que J.Y. havia praticado antes de lhe ser dada a garantia de atribuição da nacionalidade, e que eram conhecidas à data, não poderiam ser tidas em conta para efeitos da revogação de tal garantia (§65).

Já em 2023, o TJ teve oportunidade de se pronunciar sobre esta temática, no caso X contra Udlændinge-og Integrationsministeriet (C-689/21). Discutia-se, aqui, a compatibilidade com o DUE da lei dinamarquesa segundo a qual os dinamarqueses *“nascidos fora do seu território, que nunca aí residiram nem permaneceram em condições que demonstrem um vínculo genuíno com esse Estado-Membro, perdem automaticamente, por efeito da lei, a nacionalidade deste último aos 22 anos de idade”*, salvo se fosse concedida a manutenção da nacionalidade, em resposta a pedido apresentado entre o 21.º e 22.º aniversários, procedimento no quadro do qual deveria ser apreciada a proporcionalidade da perda dessa nacionalidade à luz do DUE (§25).

Neste acórdão, o TJ começa por reiterar o enquadramento da questão no âmbito do DUE, nos termos dos acórdãos anteriores (§30), desconsiderando

qualquer particularidade que adviesse a esta problemática por força Declaração n.º 2 e da Decisão de Edimburgo, acima mencionadas (§28).

Quanto ao respeito pelo princípio da proporcionalidade, o TJ reafirma a legitimidade dos objectivos de protecção da especial solidariedade e lealdade entre o Estado e os seus nacionais (§31), bem como a existência de uma ligação efectiva e genuína entre os dois (§32).

Especificamente quanto à avaliação da proporcionalidade da medida, no que respeita à realização do segundo objectivo, o aresto admite a tomada em consideração dos factores ponderados na lei dinamarquesa, nomeadamente: “local de nascimento”, “local de residência”, “condições de permanência no território nacional” (§35). A este propósito, porém, parece-nos merecer destaque a seguinte afirmação do TJ: *“Para efeitos do presente processo, não há que examinar a legitimidade desses critérios na medida em que, para efeitos da referida apreciação, estes não fazem distinção entre o nascimento e a residência ou a permanência da pessoa em causa num Estado-Membro e o nascimento e a residência ou a permanência dessa pessoa num país terceiro. Com efeito, [...], X não apresentou, no caso em apreço, nenhum elemento suscetível de demonstrar que residiu ou permaneceu, com exceção de algumas semanas, num Estado-Membro antes do seu vigésimo segundo aniversário”* (sublinhado nosso). Ou seja, o TJ não se pronuncia, *in casu*, mas não exclui que a permanência num Estado-Membro que não o da respectiva nacionalidade possa ser tido em conta para efeitos de avaliação da existência de um vínculo efectivo entre o Estado e o respectivo nacional.

É certo que o TJ deixa a questão em aberto; porém: i) o TJ afirma-se competente para apreciar os critérios que demonstrem a existência de uma ligação efectiva entre o cidadão e o respectivo Estado; ii) o TJ não afirma inequivocamente que, numa situação como aquela que está em causa no processo principal, a residência ou permanência num Estado-Membro diferente do da nacionalidade não pode, em si mesma, ajudar a demonstrar uma ligação efectiva a este Estado (pelo menos quando esse Estado considerar o critério como relevante)^{17/18}.

Mais à frente, o TJ, corroborando a sua jurisprudência anterior, considera que devem ser ponderados, por um lado, os objectivos visados com a perda da nacionalidade, e, por outro, os efeitos da perda da cidadania europeia para o desenvolvimento normal da vida familiar e profissional do indivíduo e o respeito pelos direitos fundamentais previstos na CDFUE (§54 e 55), não relevando as consequências para o desenvolvimento da vida do indivíduo que sejam meramente hipotéticas ou eventuais (§54).

De um ponto de vista procedimental, o acórdão, reafirmando a necessidade de uma análise individual do respeito pelo princípio da proporcionalidade (§39), admite que essa apreciação seja realizada até serem completados os 22 anos (§35). Aclara, ainda, a possibilidade de os Estados-Membros, respeitando o princípio da efectividade, estabelecerem um prazo para efeitos dessa apreciação (§41). Todavia, os juízes consideraram que o facto de aquele prazo ser preclusivo da apreciação individual, se o indivíduo não tiver sido devidamente informado do direito de pedir aquela apreciação, nem do prazo em que devia ser apresentado o pedido, era incompatível com o princípio da efectividade (§48).

Por outro lado, embora não resulte claro do acórdão se a manutenção da nacionalidade dinamarquesa tem ou não de ser deferida antes da data do 22.º aniversário, o aresto afirma que resulta da lei dinamarquesa que é nesta data que “*devem estar reunidas as condições que permitem a essa pessoa demonstrar um vínculo de conexão suficiente com o Reino da Dinamarca*”, pelo que a análise individual tem de poder ser requerida após essa data (§41), em prazo razoável, que só pode começar a correr “*se as autoridades competentes tiverem informado devidamente a pessoa interessada da perda da nacionalidade do Estado-Membro em causa ou da perda iminente e automática, por efeito da lei, desta nacionalidade, bem como do direito de essa pessoa pedir, no referido prazo, a manutenção ou a recuperação ex tunc desta nacionalidade*” (§51).

Esta imposição de aviso prévio suscita-nos algumas dúvidas. Em primeiro lugar, se este dever implica que o Estado informe especificamente o seu nacional do risco de perder a cidadania europeia. O acórdão só se

refere ao aviso quanto à perda da nacionalidade, mas considerando que a questão só releva para o DUE por privar o indivíduo do estatuto do artigo 20.º do TFUE, parece-nos que será de entender que tal é exigível¹⁹. Em segundo lugar, a confirmar-se esta interpretação, se tal dever se estende aos casos de renúncia voluntária à nacionalidade (único caso em que, por exemplo, de acordo com a Lei da nacionalidade portuguesa, esta pode ser perdida²⁰).

Acrescenta ainda o aresto que o DUE impõe que, quando essa obrigação não seja respeitada, *“as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais competentes devem poder apreciar, a título incidental, a proporcionalidade das consequências da perda de nacionalidade e, se for caso disso, fazer a pessoa em causa readquirir ex tunc a nacionalidade, por ocasião do pedido, apresentado por esta, de um documento de viagem ou de qualquer outro documento que comprove a sua nacionalidade”*. Esta análise deve fazer-se por referência ao momento que o Direito nacional considere relevante para a manutenção da nacionalidade – neste caso, 22 anos (§56).

4. A aquisição da nacionalidade

De acordo com a proclamação do TJ no acórdão Micheletti (C-369/90), também a definição dos critérios de atribuição da nacionalidade de um Estado-Membro deve respeitar o DUE.

A questão tem ganho, nos últimos tempos, redobrado interesse, a propósito dos esquemas de “passaportes *gold*” ou, mais indirectamente, de “vistos *gold*”, embora não sejam estes os únicos casos em que se entende que os Estados estão limitados, na atribuição da sua nacionalidade, por princípios de DUE. Com efeito, também se aventa a incompatibilidade com o DUE, por exemplo, dos esquemas português e espanhol de atribuição da nacionalidade a descendentes de judeus sefarditas, ou da concessão da nacionalidade portuguesa a netos de portugueses ou outros regimes similares²¹.

Naquele primeiro contexto, a Comissão Europeia notificou por incumprimento Malta e Chipre, por manterem esquemas de “passaporte

gold”, considerando que tal violaria o princípio da cooperação leal e a integridade do estatuto de cidadania europeia^{22/23/24}. A Comissão enfatizou que a atribuição da nacionalidade tem efeitos sobre os outros Estados-Membros e sobre a própria UE, dados os direitos inerentes ao estatuto de cidadania.

Contra Malta, acabou por ser desencadeada uma acção por incumprimento (processo C-181/23), em relação à qual não foram ainda publicadas conclusões, nem proferido acórdão. Em relação ao Chipre, tendo sido apresentado o parecer fundamentado²⁵ a 9-6-2021, e mantendo-se o processo aberto, não foi dado nenhum passo ulterior.

Este entendimento, apoiado por significativa doutrina²⁶, embora controverso²⁷, não deixa de nos suscitar algumas dúvidas. Com efeito, não ficamos convencidos de que o facto de a definição dos respectivos nacionais por Estados-Membros ter impacto sobre os restantes implique que tal competência seja limitada pelo DUE²⁸.

Por um lado, sendo a liberdade de circulação dos indivíduos assegurada, desde o início das comunidades, aos nacionais dos Estados-Membros (enquanto trabalhadores, prestadores ou destinatários de serviços), não se compreende que só mais recentemente (mesmo que se reporte a questão ao Tratado de Maastricht) se tenha considerado que a questão da atribuição da nacionalidade era limitada pelo DUE. Recorde-se que o estatuto de trabalhador também só era concedido aos nacionais dos Estados-Membros, pelo que desde há muito que a qualificação dos nacionais teria impacto nos outros Estados-Membros, podendo por isso considerar-se que a discricionariedade dos Estados poderia estar limitada. Verdadeiramente, não se poderá considerar que seja o impacto da decisão de um Estado-Membro sobre os restantes a determinar a aplicabilidade do DUE. Aliás, note-se que, em termos de livre circulação, considerando, por um lado, a amplitude do conceito de trabalhador (a abarcar mesmo trabalhos mal remunerados, em *part-time* e concedendo acesso pleno à não discriminação) e, por outro, os limites à livre circulação e à invocabilidade do princípio da não discriminação previstos na Directiva 38/2004 para os cidadãos europeus

economicamente inactivos, o impacto sobre os restantes Estados-Membros seria mais significativo pela possibilidade de criação de novos “trabalhadores” do que de “cidadãos inactivos”. Em relação a estes últimos, os Estados-Membros dispõem de margem de decisão para os rejeitarem no seu território se se tornarem um encargo excessivo para os seus sistemas de assistência social.

Por outro lado, no actual contexto, talvez não haja decisões de um Estado-Membro que não tenha impacto nos restantes²⁹, o que não implica, por si só, a limitação da sua actuação por critérios de DUE.

Assim, não poderá bastar o impacto sobre os restantes Estados para impor a limitação da actuação de cada um deles, sendo necessário identificar algum parâmetro normativo específico de DUE que a respectiva actuação possa violar.

Ora, a opção dos Tratados, quer quanto à cidadania, quer quanto às liberdades fundamentais, foi a de conceder os direitos a quem fosse nacional dos Estados-Membros. De resto, a cidadania europeia foi considerada como derivada da nacionalidade de um Estado-Membro, sendo considerada um estatuto diferenciado face à nacionalidade, nomeadamente por prescindir de uma ligação directa entre o indivíduo e a entidade política (a UE)³⁰ – como resulta de os Tratados terem estabelecido o círculo dos cidadãos europeus por remissão para os nacionais dos Estados-Membros (e não, por exemplo, aos residentes nesses territórios) e de não ter concedido qualquer competência à União nesta matéria³¹.

A relação estabelecida pelos Tratados parece-nos, pois, ser a oposta à que admite o controlo do TJ nesta matéria^{32/33}: é a cidadania que depende da nacionalidade, e não o contrário. Como afirmou Vital Moreira, os Tratados estabelecem “*um sistema de recepção ou de reconhecimento automático dos critérios adotados pelos Estados-Membros*”, de tal modo que “*salvo o procedimento extraordinário do artigo 7.º do TUE, os tratados não providenciam nenhum meio de intervenção da União [...] nesta matéria*”³⁴.

De resto, a afirmação do TJ de que a cidadania europeia tenderá a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros é negada, pelo menos no plano do Direito constituído, por vários factores: i) como referido, e mesmo considerando a jurisprudência do TJ sobre esta matéria, é a cidadania europeia que depende da nacionalidade, e não o inverso; ii) do ponto de vista internacional, é a nacionalidade (não a cidadania europeia) que releva; iii) a afirmação do Tribunal nunca foi acolhida pelos Tratados e, no plano do Direito derivado, a Directiva 38/2004 (no considerando 3) limita esse futuro estatuto de fundamentalidade às situações em que os nacionais dos Estados-Membros exercem o direito de circulação, indiciando, de resto, que esse estatuto assume o carácter fundamental face aos outros estatutos (trabalhador, prestador de serviços, *etc.*) de que o nacional do Estado-Membro goze e não face à nacionalidade dos Estados-Membros; iv) o direito de circulação – e, indirectamente, a aplicação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade – não é incondicionalmente atribuído aos cidadãos europeus e apenas o Estado da nacionalidade é obrigado a acolher os seus nacionais, por exemplo, quando estes constituam uma ameaça para a ordem ou segurança públicas; v) a manutenção do estatuto de cidadania dependente da decisão política de cada Estado de se manter membro da UE³⁵.

Não nos parece, pois, que resulte dos Tratados que o estatuto de cidadania europeia dependa de alguma ligação directa entre o indivíduo e a UE. Por conseguinte, no actual estado de evolução do DUE, se um Estado considera haver entre si e determinado indivíduo um grau de ligação que justifique a atribuição da sua nacionalidade, não deveria substituir-se o juízo realizado pelas autoridades desse Estado (em princípio, através de entidades com legitimidade político-democrática, controladas pelos tribunais nacionais) pelo juízo que sobre essa ligação (entre o Estado e o indivíduo) faça o TJ³⁶⁻³⁷. A relação entre cidadão e UE é, nos termos que entendemos serem os resultantes dos Tratados, e independentemente das críticas que essa opção possa merecer, uma relação necessariamente mediada pela ligação ao Estado-Membro.

Ainda quanto à eventual exigência de uma ligação efectiva entre o indivíduo e o Estado da sua nacionalidade, não deixará de se notar que, no acórdão Zhu e Chen (C200/02), o TJ considerou que nenhum elemento apresentado no processo demonstrava uma eventual violação do DUE pela lei irlandesa (§38) que concedia a nacionalidade daquele Estado-Membro a qualquer um nascido na ilha da Irlanda (ou seja, na República da Irlanda ou no território da Irlanda do Norte, pertencente ao Reino Unido) que não tivesse direito à nacionalidade de outro país. Isto, mesmo num caso em que um nacional de Estado terceiro estabeleceu a sua residência num Estado-Membro (Reino Unido), planeando uma deslocação a uma zona desse mesmo Estado-Membro (a Irlanda do Norte, território do Reino Unido) para que a sua filha aí nascesse, obtendo a nacionalidade de um outro Estado-Membro (Irlanda) e, bem assim, a cidadania europeia, com o objectivo de manter um direito de residência no primeiro Estado-Membro.

Ou seja, o TJ, não negando a sua competência para apreciar as condições de atribuição da nacionalidade de um Estado-Membro, entendeu não haver nenhum critério de DUE que pudesse opor-se à atribuição da nacionalidade por um Estado-Membro a um indivíduo que não tinha nenhuma ligação efectiva com esse Estado (Zhu e Chen nunca estiveram, sequer, no território da República da Irlanda) e que, assumidamente, tinha como principal (ou único) interesse a aquisição da cidadania europeia e do gozo dos direitos a ela inerentes³⁸.

Num outro plano, invoca-se que alguns critérios de atribuição da nacionalidade podem violar o princípio da cooperação leal (artigo 4.º/3 do Tratado da União Europeia — TUE), que impõe aos Estados o dever de respeitar a UE e de tomar todas as medidas necessárias para garantir a execução de obrigações decorrentes dos Tratados e de facilitar e não fazer perigar os objectivos da União³⁹. Ora, se, conforme defendemos, a relação entre cidadãos e União tiver de ser mediada pela ligação a um dos Estados-Membros, não vemos casos significativos em que a atribuição da nacionalidade possa impedir ou dificultar a realização daqueles objectivos.

O facto de a nacionalidade de um Estado-Membro conceder a cidadania europeia e de, eventualmente, os nacionais de Estados terceiros conformarem o seu comportamento de modo virem a adquiri-la não pode pôr em causa aquela conclusão. Só descortinamos que possa existir essa violação do dever de cooperação leal em duas situações: i) ou quando o Estado tem por *objectivo* (e não como consequência necessária ou eventual) que as suas regras de atribuição de nacionalidade sejam usadas para pôr em causa os objectivos da União; ii) ou quando o Estado, mesmo que em violação de regras de Direito Internacional, atribua a certas categorias de indivíduos a sua nacionalidade e cidadania europeia, negando-lhes, todavia, o gozo ou exercício de direitos de cidadania nacional (ou seja, se algum Estado criar um regime de acesso à cidadania europeia, sem arcar com as responsabilidades inerentes à nacionalidade para com aqueles indivíduos)⁴⁰.

5. Considerações finais

A posição das instituições europeias quanto à sensível matéria da aquisição e perda da nacionalidade de um Estado-Membro não apresenta, quanto ao raciocínio desenvolvido, novidade significativa. Pelo contrário, e como referido, repete-se apenas que os Estados-Membros devem agir com lealdade para com os restantes Estados e para com a UE mesmo no exercício de competências que lhes são próprias. Consequentemente, o exercício de tais competências ficará sujeito a escrutínio pelo TJ.

Cabará, em primeiro lugar, salientar que esta solução não seria inevitável. Com efeito, a Declaração de 1992 não se limita a afirmar a competência dos Estados-Membros na definição da aquisição e perda da nacionalidade, antes afirma que a questão se rege exclusivamente pelo Direito nacional. À luz desta declaração, e considerando a especial relevância e sensibilidade da definição da nacionalidade, seria aceitável que o TJ considerasse tratar-se de uma questão fora do âmbito de aplicação dos Tratados assumindo-se incompetente para a apreciar. De resto, parece-nos que seria um raciocínio idêntico ao que o TJ adoptou no acórdão EP, em

que considerou que a decisão de retirada de um Estado-Membro da UE era uma decisão soberana desse Estado⁴¹.

Não tendo seguido este caminho, o TJ prossegue agora a fiscalização dos critérios de perda (e, talvez futuramente, de aquisição) da nacionalidade dos Estados-Membros, densificando os critérios de DUE aplicáveis⁴². Existem algumas propostas no sentido de que esta intervenção devesse ser limitada^{43/44}. Não é, porém, expectável, que o TJ inverta esta sua jurisprudência, nem que reconheça uma margem de apreciação aos Estados-Membros em função da especial sensibilidade da questão.

A argumentação do TJ mobiliza fórmulas de raciocínio há muito consolidadas. Todavia, fá-lo para cuidar de uma questão particularmente sensível, e com claro potencial para operar uma modificação na própria natureza da UE. Com efeito, note-se que, se no acórdão Rottmann o TJ se limitou a determinar uma avaliação do princípio da proporcionalidade, aparentemente inócua e remetida na sua totalidade para os juízes nacionais, no caso J.Y. não deixou margem de apreciação ao juiz nacional, substituindo os critérios de ordem e segurança públicos previstos neste Direito por aqueles que o TJ entende decorrerem no DUE. Este controlo denso sobre as condições de atribuição e perda da nacionalidade já era antevisto pelo Advogado Geral Mengozzi, nas Conclusões relativas ao caso Tjebbes, nas quais, embora não excluindo a subordinação da perda da nacionalidade ao DUE, se opunha à necessidade de uma análise individualizada do princípio da proporcionalidade. Alertava que essa análise equivale:

“ a querer impor ao juiz nacional que substitua o critério que preside à perda da nacionalidade, escolhido pelo legislador nacional, em conformidade com o direito internacional e sem entrar em conflito com o direito da União, por critérios de conexão ao Estado-Membro em causa, que são perfeitamente possíveis do ponto de vista teórico ou do ponto de vista de um outro Estado-Membro, mas que o legislador nacional não considerou como sendo pertinentes para demonstrar a

conservação do vínculo efetivo com o Estado-Membro em causa. [... e...] levaria igualmente a União a violar o dever de respeitar a identidade nacional dos Estados-Membros, consagrado no artigo 4.º, n.º 2, TUE, da qual a composição da comunidade nacional constitui, sem dúvida, um elemento essencial”⁴⁵.

Vindo a abrir-se a porta do controlo da atribuição da nacionalidade, os Estados-Membros perderão, em definitivo, o controlo sobre os critérios de atribuição e perda da nacionalidade: bastará ao TJ decidir, por exemplo, que o *ius sanguinis* não corresponde às exigências de efectividade impostas pelo DUE para que os Estados devam abandonar este critério. Ora, não reconhecendo o TJ qualquer matéria que seja do domínio reservado dos Estados, continuando a insistir que o estatuto de cidadania é o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros, não perspectivamos que seja fácil (sem revisão dos Tratados) estabelecer limites à actuação do TJ.

Operar-se-á, assim, novamente por via jurisprudencial⁴⁶, um significativo aprofundamento do projecto de integração europeu, que se pode considerar alterar a própria natureza da UE. Se os Estados não podem definir os seus nacionais (e é o que acontece, materialmente, se a sua discricionariedade sobre o ponto for eliminada, mesmo que formalmente a decisão seja sua), não é só a sua soberania que é limitada, mas a própria ideia de estadualidade ⁴⁷.

Dado o historial de inércia dos Estados sempre que um tal avanço ocorre, uma reacção à crescente intervenção do TJ surpreender-nos-ia. Porém, recordando-se o malogro do projecto de Constituição Europeia e, sobretudo, o facto de os nacionais dos Estados-Membros se identificarem sobretudo por referência a este estatuto nacionalidade e só secundariamente por referência ao estatuto de cidadania europeia⁴⁸, o avanço poderá não corresponder às aspirações dos cidadãos europeus.

-

¹ Declaração relativa à nacionalidade de um Estado-Membro Jornal Oficial nº C 191 de 29/07/1992 p.0098, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?>

[uri=CELEX%3A11992M%2FAFI%2FDCL%2F02](#)

² Secção A da Decisão dos Chefes de Estado e de Governo, reunidos no Conselho Europeu, relativa a determinados problemas levantados pela Dinamarca a respeito do Tratado da União Europeia, constante do anexo 1 às Conclusões do Conselho Europeu, disponíveis em: https://www.consilium.europa.eu/media/20493/1992_dezembro_-_edimburfo__p_.pdf.

³ O mesmo Conselho Europeu afirmou o carácter complementar da cidadania europeia, o que veio a ser consagrado pelo Tratado de Amesterdão.

⁴ Está pendente o acórdão relativo a um outro conjunto de processos sobre esta matéria, em relação aos quais foram proferidas as Conclusões do Advogado Geral Szpunar a 14 de Dezembro de 2023. Trata-se dos processos apensos C-684/22 a C-686/22.

⁵ Sobre as consequências da saída de um Estado-Membro da União Europeia, veja-se o acórdão EP (C673/20). Neste aresto, foi afirmado que a perda de qualidade de nacional de um Estado-Membro implicava, automaticamente, a perda da cidadania europeia. Mais que isso, afirma o aresto que, nos termos do artigo 50.º do Tratado da União Europeia, cada Estado-Membro pode decidir, de acordo com as respectivas normas constitucionais, retirar-se da União Europeia, decisão que não tem de ser concertada com os restantes Estados-Membros, nem com as instituições europeias, sendo uma decisão soberana (§53), pelo que “*nem as autoridades competentes dos Estados-Membros nem os órgãos jurisdicionais dos mesmos podem ser obrigados a proceder a uma análise individual das consequências da perda do estatuto de cidadão da União para a pessoa em causa, à luz do princípio da proporcionalidade*” (§61).

⁶ Esta afirmação surge, tal como no acórdão Micheletti, sem que o TJ se pronuncie, verdadeiramente, sobre o problema dos critérios de atribuição ou perda da nacionalidade, nos acórdãos Mesbah (C-179/98, §29), Kaur (C-192/99, §19), e, embora com uma referência à não violação do Direito Comunitário, Zhu e Chen (C-200/02, §37).

⁷ Conclusões do Advogado Geral Poiares Maduro no caso Rottmann (C-315/08), §1.

⁸ Enfatizando, a propósito de um acórdão diferente, que apenas quando a perda da nacionalidade implique a perda da cidadania europeia é que o caso pode relevar para o DUE, RUI MANUEL MOURA RAMOS, « TJ (Grande Secção) - Acórdão de 18 de janeiro de 2022 (Cidadania da União e revogação de garantia de concessão da nacionalidade a um nacional de outro Estado-Membro que renunciara a esta nacionalidade no âmbito do processo de naturalização) », *Revista de Legislação e de Jurisprudência* Revista de Legislação e de Jurisprudência 299.

⁹ Embora sem o justificar, Jo Shaw também considera que o caso Rottmann cai no âmbito de aplicação do DUE por força da mobilidade do indivíduo (JO SHAW, « EU citizenship: Still a Fundamental Status? », in RAINER BAUBÖCK (ed.), *Debating European Citizenship*, s.l. : Springer Cham, 2019, p.9.)

¹⁰ O mesmo paralelismo surge em ANA MARIA GUERRA MARTINS, « A cidadania da União Europeia. 30 anos depois da adesão de Portugal à União Europeia », *Estudos de Direito Internacional e da União Europeia - Essays on International and European Union Law*, Coimbra : Almedina,

2019, p. 100; e também em NIAMH NIC SHUIBHNE, *EU Citizenship Law*, Oxford : Oxford University Press, 2023, p. 113 e 122 (referindo-se aos casos Rottmann, Tjebbes e J.Y.: afirma: “*all individuals involved were ‘faced with losing the status conferred by Article 20 TFEU and the rights attaching thereto’ and that is why each situation fell ‘by reason of its nature and its consequences, within the ambit of EU law’*”).

¹¹ Em termos diversos, Rafael Cheniaux considera que a matéria da nacionalidade só diz respeito à UE “*na medida em que se estabeleça um nexó qualquer com essa ordem jurídica*”, de tal modo que se poderão identificar situações em que a ligação entre o indivíduo e “*o direito comunitário é tão frágil que a decisão do Estado de nacionalidade que conduza à perda da nacionalidade pode ser considerada como uma situação puramente interna*”, fora da aplicação do DUE, pois em tal situação apenas em termos de muito baixa probabilidade se poderia falar de um gozo do essencial dos direitos de cidadania europeia. Cheniaux defende que esta poderia ser a situação de um “*jihadista, sem residência na União e sem intenção de visitar o território em causa, que se opõe veementemente à efectivação dos princípios e dos direitos fundamentais que se encontram na base da construção europeia e o qual, ademais, toma medidas ativas no sentido de combater o Estado membro de que é nacional*” (RAFAEL CHENIAUX, « A Retirada da Nacionalidade como Instrumento de Combate ao Terrorismo Reflexões a Partir Direito da União Europeia », *Temas de Integração*, (40), 2020, p. s. p. Conquanto interessante, parece-nos não ser de acolher esta perspectiva, no plano do Direito constituído e considerando a jurisprudência europeia sobre estes problemas.

Com efeito, e apesar da recusa expressa do A. desta leitura, a diferença entre um caso como este e os casos apreciados já apreciados pelo TJ parece-nos ter de ser reconduzida ao afastamento do indivíduo face aos valores da UE. Assim, no caso Tjebbes, o TJ apreciou a proporcionalidade da medida em relação a cidadãos que não residiam no território de um Estado-Membro e não determinou, como critério necessário para a aplicabilidade da UE, que estes indivíduos se tivessem deslocado, mesmo que para curtas estadias, ao território de um Estado-Membro. Ora, não nos parece que a adesão aos valores da UE possa ser considerado um critério relevante para determinar a aplicabilidade do seu Direito e, em especial, a protecção da manutenção do estatuto de cidadania. Com efeito, nenhum elemento do DUE permite que se estabeleça qualquer dever de lealdade dos cidadãos europeus para com a União Europeia e os seus valores. Note-se, ainda, que se o critério de aplicabilidade estabelecido no Ruiz Zambrano é a perda do gozo efectivo do essencial dos direitos de cidadania, esse critério se encontra totalmente preenchido sempre que esteja em causa a perda da cidadania europeia, mesmo que anteriormente o cidadão europeu não exercesse tais direitos.

Portanto, parece-nos, os elementos aduzidos por Cheniaux podem, eventualmente, ser valorados num teste de proporcionalidade, mas, mantendo-se a intervenção do DUE sobre a matéria da perda da nacionalidade, não podem determinar uma exclusão da relevância do caso para este Direito.

¹² Parece-nos precipitada a conclusão de alguns AA. que fazem equivaler a legitimidade de prosseguir esse objectivo a um dever, imposto pelo DUE, de garantirem tal objectivo. Seguindo este caminho: LORIN- JOHANNES WAGNER, « Member State nationality under EU law – To be or not to be a Union Citizen? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 28 (3), 2021, p. 304-331, p.307, que afirma que o acórdão Rottmann, “*pointed out [...] that nationality in the context of EU law must be construed as a ‘special relationship of solidarity and good faith’ founded on ‘the reciprocity of rights and duties, which form the bedrock of the bond of nationality’*” (sublinhado nosso).

¹³ Nota A.P. VAN DER MEI que a criança pode perder a nacionalidade neerlandesa por força da perda da nacionalidade dos pais, mesmo que com estes não residisse e, mais significativamente, mesmo que residisse nos Países Baixos (A. P. VAN DER MEI, « Member State Nationality, EU Citizenship and Associate European Citizenship », in DIMITRY KOCHENOV NATHAN CAMBIEN, ELISE MUIR (ed.), *European Citizenship under Stress - Social Justice, Brexit and Other Challenges*, Leiden : Brill | Nijhoff, 2020, p. 347-348).

¹⁴ Conquanto não conste do dispositivo seu dispositivo, o acórdão não deixou de afirmar que, quando um cidadão europeu renuncia à sua nacionalidade para obter a nacionalidade de um outro Estado-Membro, essa renúncia só deve produzir efeitos depois de a nova nacionalidade ter sido efectivamente adquirida (§50). Uma vez que o TJ respondia à questão colocada pelo Tribunal austríaco, não é claro se esta afirmação implica a incompatibilidade do acto de Direito estónio que tenha determinado a perda da nacionalidade de J.Y., em termos que impliquem que, se J.Y. requerer a reacquirição da nacionalidade estónia, esta tenha de ser deferida.

¹⁵ Criticando a admissibilidade deste objectivo, quer à luz do DUE, quer à luz do Direito Internacional, DIMITRY VLADIMIROVICH; DE GROOT KOCHENOV, DAVID, « Curing the Symptoms but not the Disease: CJEU's Myopic Advances in the Field of EU Citizenship in JY ».<https://verfassungsblog.de/> [Online], [Online], 2024.

¹⁶ SHUIBHNE considera que os conceitos são mobilizados não só como são entendidos no quadro da livre circulação, mas, mais genericamente, para qualquer restrição aos direitos dos cidadãos europeus (NIAMH NIC SHUIBHNE, *EU Citizenship Law*, op. cit., 120).

¹⁷ Diferente é a questão de saber se a desconsideração de períodos de permanência noutros Estados-Membros não tem de ser considerada incompatível com o DUE por se traduzir num obstáculo à liberdade de circulação. Também é diferente da questão em discussão saber se a perda da nacionalidade de um Estado-Membro, por dificultar a permanência ou retorno a um outro Estado-Membro em que o indivíduo tenha já residido ou permanecido por tempo significativo não implica uma maior desproporcionalidade da medida de perda da nacionalidade.

¹⁸ Conquanto discordemos, o relevo deste tempo parece entroncar na visão de STRUMIA, que defende que os cidadãos europeus têm uma relação de pertença com o Estado da sua nacionalidade, com a União Europeia e “to some extent, to each one of the other member states of Europe”, o que constituiria a verdadeira novidade da cidadania europeia (FRANCESCA STRUMIA, *Supranational Citizenship and the Challenge of Diversity - Immigrants, Citizens and Member States in the EU*, Leiden : Nijhoff 2013, p. 302). De resto, a A. defende que um “princípio de reconhecimento mútuo” deveria beneficiar certos nacionais de Estados Terceiros, imigrantes nos Estados-Membros. Deste princípio (que nos parece mais um princípio de assimilação do que de reconhecimento mútuo), o cumprimento de certos factores de integração em relação a um Estado-Membro (ex.: períodos de residência ou conhecimentos linguísticos) deveriam ser reconhecidos pelos outros Estados-Membros como respeitados em relação a si mesmos. Deste modo, por exemplo, períodos de residência cumpridos por certos imigrantes em Portugal deveriam relevar para o cumprimento de uma “condição de residência em Espanha por certo período” para aquisição da nacionalidade espanhola. Ao propor esta solução, a A. pretende obviar aos efeitos negativos que a deslocação dentro da UE acarreta para os direitos dos nacionais de Estados Terceiros (FRANCESCA

STRUMIA, *Supranational Citizenship and the Challenge of Diversity - Immigrants, Citizens and Member States in the EU*, op. cit., p. 292ss).

¹⁹ O relevo deste ponto está em que, a exigir-se o alerta sobre a perda da cidadania europeia, a mera informação sobre a perda da nacionalidade não iniciará a contagem do prazo para que a pessoa possa requerer a apreciação da existência do vínculo com o Estado-Membro em causa.

²⁰ Tanto quanto sabemos, não está prevista no Direito português a necessidade de prestar aquela informação, nem de qualquer prazo para que o cidadão a possa ponderar.

²¹ Defendendo a provável incompatibilidade dos regimes atribuição e aquisição da nacionalidade portuguesa nestes casos, CONSTANÇA URBANO DESOUSA, « Nacionalidade e cidadania da União Europeia: “passeportização” da nacionalidade e respeito pelos princípios da nacionalidade efetiva e da cooperação leal. », in JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTO ET AL. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Carlos dos Santos*, Coimbra : Almedina, 2022, p. 356.

²² Esta decisão da Comissão Europeia faz expressa referência à Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de julho de 2020, sobre uma política global da União em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo (disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0204_PT.pdf). Note-se que, neste contexto, o PE insta ao fim dos programas de cidadania por investimento, por haver riscos ligados ao branqueamento de capitais, integridade do espaço Schengen e “outros riscos políticos, económicos e de segurança para a UE e os seus Estados-Membros”. O PE exortou, também, a Comissão Europeia a avaliar se tais programas eram ou não compatíveis com o princípio da cooperação leal. Reconhecendo a existência dos primeiros riscos, KOCHENOV entende que o seu tratamento não se confunde com a questão da impossibilidade da atribuição da nacionalidade por investimento com fundamento numa violação da efetividade da cidadania europeia, ou de uma eventual violação do princípio da cooperação leal (DIMITRY KOCHENOV, « Policing the Genuine Purity of Blood: The EU Commission’s Assault on Citizenship and Residence by Investment and the Future of Citizenship in the European Union », *Studia Europejskie – Studies in European Affairs*, (1/2021), 2021, p. 33-62, p. 44)

²³ Disso dá conta a nota de imprensa da Comissão Europeia, de 20 de Outubro de 2020, disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/IP_20_1925

²⁴ Sobre a questão da cidadania por investimento em geral, ver DIMITRY KOCHENOV / KRISTIN SURAK, *Citizenship and Residence Sales - Rethinking Boundaries of Belonging*, Cambridge : Cambridge University Press, 2023.

²⁵ O processo corresponde à infracção número INFR(2020)2300, podendo o seu estado ser consultado em: https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/.

²⁶ CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, « Nacionalidade e cidadania da União Europeia: “passeportização” da nacionalidade e respeito pelos princípios da nacionalidade efetiva e da cooperação leal. », op. cit., p.39ss e bibliografia aí referida.

²⁷ Shuibhne salienta dois motivos que podem justificar que a intervenção do TJ não se estenda à apreciação dos critérios de atribuição da nacionalidade. Primeiramente, salienta que os Estados-Membros só estão vinculados ao Direito da União Europeia nas situações em que este se aplique, e que é duvidoso que a ligação da atribuição da nacionalidade ao direito de circulação possa ser suficiente para estabelecer essa conexão. Em segundo lugar, enfatiza que uma apreciação de um sistema nacional de atribuição da nacionalidade possivelmente não se prestará à exigência de uma apreciação individualizada, tal como vem sendo preconizada pela jurisprudência comunitária. Além disso, a A. denota que, enquanto até agora a intervenção do TJ se limita a reconhecer a legitimidade dos Estados-Membros protegerem a relação de especial solidariedade com os seus nacionais, a avaliação dos critérios de atribuição da nacionalidade requer que o TJ desenvolva uma “*significantly deeper and more intrusive assessment of how they do it*” (sublinhado no original - NIAMH NIC SHUIBHNE, *EU Citizenship Law*, *op. cit.*, p. 120-124). Esta última preocupação parece-nos pouco relevante para o estabelecimento de um diferente tratamento dos problemas da perda e da atribuição da nacionalidade, pois, em nossa opinião, os acórdãos J.Y e X. demonstram que a intervenção do TJ já se debruça sobre o modo como os Estados definem a efectividade da relação entre si e o indivíduo.

²⁸ Defendendo a posição de que divergimos, CONSTANÇA URBANO DE SOUSA, « Nacionalidade e cidadania da União Europeia: “passeportização” da nacionalidade e respeito pelos princípios da nacionalidade efetiva e da cooperação leal. », *op. cit.*, p. 337.

²⁹ MARTIJN VAN DEN BRINK, « A qualified defence of the primacy of nationality over European Union citizenship », *International and Comparative Law Quarterly*, 69 (1), 2020, p. 177-202, p. 188.

³⁰ MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito da União Europeia - Lições desenvolvidas*, Lisboa : AAFDL, 2021, p. 407, não retirando daqui, porém, qualquer desvinculação dos Estados na definição da respectiva nacionalidade face ao DUE; KAY HAILBRONNER, « Nationality in public international law and european law », in RAINER BAUBÖCK ET AL. (ed.), *Acquisition and Loss of Nationality: Comparative Analyses* Amesterdão : Amesterdam University Press, 2006,p.86ss.

³¹ Não nos parece, assim, que o carácter derivado da cidadania resulte apenas ou principalmente da letra do Tratado e, por conseguinte, que seja relevante a alteração introduzida pelo Tratado de Lisboa ao actual artigo 20.º do TFUE, que passou a afirmar que a cidadania europeia “acresce” à nacionalidade, em vez de lhe ser “complementar”. Admitindo, porém, que a alteração seja significativa, MARÍA ESTHER BLASLÓPEZ ET MACIEJ SZPUNAR, « Some Reflections on Member State Nationality: A Prerequisite of EU Citizenship and an Obstacle to Its Enjoyment », in DIMITRY KOCHENOV (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge : Cambridge University Press, 2017, p. 107-124, p. 113.

³² Perfilhando uma perspectiva que nos parece original, Wagner considera que o conceito de “nacionalidade” previsto no artigo 20.º do TFUE é, ele mesmo, um conceito de Direito da União Europeia, que se desliga da ideia de um puro vínculo formal, a determinar livremente por cada Estado, para adquirir um sentido próprio de Direito Europeu, identificado com o estatuto de cidadão de um Estado-Membro, caracterizado por dois critérios: a existência de um vínculo genuíno do indivíduo a esse Estado e o reconhecimento, pelo Estado-Membro, de um direito de residência incondicional desse indivíduo no seu território (LORIN-JOHANNES WAGNER, « Member State nationality under EU law – To be or not to be a Union Citizen? », *op.cit.*).

³³ Embora defenda a existência deste controlo, Poiares Maduro também reconhece que a cidadania deve ser tida como acessória face à nacionalidade (Conclusões do caso Rottmann, C-135/08, §24).

³⁴ VITAL MOREIRA, « Cidadania para além do Estado (Cidadania da União Europeia depois do Tratado de Lisboa) », *"Respublica" Europeia - Estudos de Direito Constitucional da União Europeia* Coimbra : Coimbra Editora, 2014, p. 65-66. Esta posição é assumida já depois do acórdão Rottmann, que o A. cita a outro propósito e embora não o rebata directamente. Apesar de também não apresentar objecções aos acórdãos Rottmann e Tjebbes, A.P. VAN DER MEI afirma também que o Tratado de Maastricht estabeleceu claramente que *"it is not the Union but the Member States who, through their nationality laws, decide on who holds EU citizenship"*. Por outro lado, embora avenge a hipótese de o artigo 20.º do TFUE dever ser interpretado no sentido de que cabe aos Estados-Membros decidir sobre a atribuição, mas não sobre a perda da nacionalidade, entende que tal hipótese não encontra apoio suficiente no texto ou nos trabalhos preparatórios dos Tratados (A. P. VAN DERMEI, « Member State Nationality, EU Citizenship and Associate European Citizenship », *op. cit.*, p. 451; ver também p. 449).

³⁵ MARTIJN VAN DEN BRINK, « A qualified defence of the primacy of nationality over European Union citizenship », *op.cit.*, p. 183

³⁶ Chegando à conclusão de que o critério de ligação ao Estado só pode ser identificado por este, Kochenov (DIMITRY KOCHENOV, « Policing the Genuine Purity of Blood: The EU Commission's Assault on Citizenship and Residence by Investment and the Future of Citizenship in the European Union », *op.cit.*, p 48).

³⁷ A este propósito, deverão tecer-se duas considerações. Em primeiro lugar, que não estamos a discutir a nossa concordância com a solução de Direito nacional aparentemente prevista para cada um dos casos que vieram a ser apresentados ao TJ. Em segundo lugar, que o risco de decisões erróneas existe, também, no quadro das instituições europeias, TJ incluído. Veja-se, a este propósito, a crítica feroz feita por Kochenov ao relatório da Comissão Europeia e, sobretudo, à concepção de cidadania (europeia) a esta subjacente (DIMITRY KOCHENOV, « Policing the Genuine Purity of Blood: The EU Commission's Assault on Citizenship and Residence by Investment and the Future of Citizenship in the European Union », *op.cit.*, p. 46ss)

³⁸ Salientando, com base neste acórdão, que o TJ não dá relevo às condições em que um indivíduo adquiriu a nacionalidade de um Estado-Membro, desde que esse Estado o reconheça como seu nacional, MARIANNE DONY, « La citoyenneté européenne, à la croisée entre les États Membres et l'Union Européenne », in LAURENCE POTVIN-SOLIS (ed.), *Le principe électif dans l'union européenne*, Bruxelas : Bruylant, 2021, p. 46.

³⁹ As Conclusões do Advogado Geral Poiares Maduro no caso Rottmann (C-135/08, §30) aceitam expressamente a relevância deste critério, pelo menos no caso de naturalizações maciças.

⁴⁰ Em sentido inverso, o TJ admitiu, no acórdão Kaur (C-192/99), que certas categorias de nacionais do Reino Unido pudessem não ser considerados, em virtude de declaração desse Estado-Membro sobre as categorias de cidadãos que deviam ser consideradas seus nacionais na aceção do direito comunitário, cidadãos da União Europeia.

⁴¹ Ver, acima, nota de rodapé 5.

⁴² Notando este aprofundamento em cada novo acórdão do Tribunal de Justiça sobre o tema, RUI MANUEL MOURA RAMOS, « Tribunal de Justiça (Grande Secção) - Acórdão de 12-03-2019 (Perda automática da nacionalidade de um Estado-Membro e perda do estatuto de cidadão da União Europeia) », Julho – Agosto 2020 (4023), 2020, p. 412-433, p. 430 e RUI MANUEL MOURA RAMOS, « TJ (Grande Secção) - Acórdão de 5-9-2023 (Condições procedimentais em que deve decorrer a apreciação da proporcionalidade em caso de perda da nacionalidade de um Estado-Membro susceptível de desencadear a perda da cidadania da União) », *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, (4042), 2023, p. 23-42, p. 32.

⁴³ JESSERUN D'OLIVEIRA considera que, em vez de se invocar o princípio da cooperação leal para justificar a intervenção do DUE nesta matéria, devem invocar-se os princípios da identidade nacional e da subsidiariedade para sustentar que, em especial numa matéria como esta, o DUE não deverá interferir sobre esta questão enquanto não houver uma competência explicitamente atribuída à União (HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, «Union Citizenship and Beyond », in DIMITRY KOCHENOV NATHAN CAMBIEN, ELISE MUIR (ed.), *European Citizenship under Stress*, : Brill | Nijhoff, 2020, p. 36). Considerando que a intervenção deve ser excepcional, por reconhecer a primazia à nacionalidade sobre a cidadania europeia, o que considera desejável: MARTIJN VAN DEN BRINK, « A qualified defence of the primacy of nationality over European Union citizenship », *op.cit.*, em especial, p. 179-181. Veja-se, igualmente, a referida posição de VITAL MOREIRA. Em termos que nos parecem ter sido, implicitamente, acolhidos pelo TJ, o Advogado Geral Póiares Maduro, nas conclusões relativas ao caso Rottmann, salienta que a perda da cidadania europeia não pode determinar a impossibilidade da perda da nacionalidade de um Estado-Membro, por tal significar desapossá-lo de uma competência própria e violar o respeito pela identidade nacional (§24-25).

⁴⁴ Kochenov parece invocar, para defender a possibilidade de os Estados-Membros preverem um esquema de passaportes *gold*, o argumento da repartição de competências (DIMITRY KOCHENOV, « Policing the Genuine Purity of Blood: The EU Commission's Assault on Citizenship and Residence by Investment and the Future of Citizenship in the European Union », *op.cit.*, p. 41). O A. aplaude, todavia, a intervenção do TJ sobre a questão da perda da nacionalidade e consequente perda da cidadania europeia (DIMITRY VLADIMIROVICH; DE GROOT KOCHENOV, DAVID, « Curing the Symptoms but not the Disease: CJEU's Myopic Advances in the Field of EU Citizenship in JY ». <https://verfassungsblog.de/> [Online], disponível em: <https://verfassungsblog.de/curing-the-symptoms-but-not-the-disease/>, consultado a 10-01-2024.)

⁴⁵ Conclusões do Advogado Geral Mengozzi no caso Tjebbes (C-211/07), §106-107. Admitindo que uma intervenção deste tipo poderá violar o princípio do respeito pelas identidades nacionais, A.P. VAN DERMEI, « Member State Nationality, EU Citizenship and Associate European Citizenship », *op. cit.*, p. 446-447.

⁴⁶ Embora defenda a intervenção do legislador comunitário na matéria da naturalização dos nacionais de Estados terceiros residentes no território dos Estados-Membros (que admite ser possível no plano do Direito constituído), STRUMIA alerta para dois perigos da intervenção do TJ nesta matéria. Em primeiro lugar, que a intervenção exceda o necessário, levando a uma harmonização

total das leis nacionais sobre a nacionalidade. Em segundo lugar, a inadequação da harmonização operada por via jurisdicional, por a intervenção casuística não permitir aos juízes terem uma visão de conjunto do impacto de cada uma das suas decisões. A este último propósito, não deixa de considerar que há certas especificidades nacionais (como a manutenção de ligações especiais com nacionais de certos países, ou um especial relevo a atribuir a certos factores de ligação como meio de garantir um certo modelo de cidadania nacional) que poderiam ser mais bem acautelados se a intervenção europeia ocorresse por via legislativa, e não jurisprudencial (FRANCESCA STRUMIA, *Supranational Citizenship and the Challenge of Diversity - Immigrants, Citizens and Member States in the EU*, *op. cit.*, p. 298, 299). Chamando a atenção para que a integração europeia implica um novo modelo constitucional, em que a proporcionalidade e justificação ganham importância face à democracia representativa e exigências de igualdade, DIMITRY KOCHENOV, « EU Citizenship: Some Systemic Constitutional Implications », *European Papers*, (3(3)), 2018, p. 1061–1074, p. 1072.

Também as Conclusões do Advogado Geral Mengozzi relativas ao caso Tjebbes (C-221/07, §113) salientam a inadequação da intervenção nesta matéria por via jurisdicional e de análise individualizada, pelo perigo que geram para a segurança jurídica — e, acrescentemo-lo nós, para o respeito pelo princípio da igualdade.

⁴⁷ HANS ULRICH JESSURUN D’OLIVEIRA, « Union Citizenship and Beyond », *op. cit.*, p. 36. O A. propõe que, invertendo a jurisprudência Micheletti e Chen, o DUE não intervenha sobre a nacionalidade dos Estados-Membros (que devem, pelo relevo da questão, poder exercer essa competência livremente), mas sim sobre os efeitos da atribuição ou perda da nacionalidade que poderiam, em certos casos, não ser reconhecidas pelo DUE. Deste modo, mantendo-se como critério de acesso à cidadania europeia a nacionalidade de um Estado-Membro, poderia haver casos, excepcionais, em que a perda ou aquisição dessa nacionalidade pudesse ser desconsiderada. Sustentando que a possibilidade de a atribuição da nacionalidade de um Estado-Membro e correspondente desconsideração por outros seria uma interferência, quer na esfera da competência exclusiva do primeiro, quer nos direitos de cidadania do indivíduo, ÉTIENNE PATAUT, « State nationality challenged by Union law ». *RED* [Online], disponível em: <https://www.cairnint.info/journal--2021-2-page-58.htm>, consultado a 10-01-2024.

⁴⁸ De acordo com o Eurobarómetro 91, de 2019, (o último disponível com o tópico “levels of citizenship”), 55% dos inquiridos definiu-se primeiro pela sua nacionalidade e só depois como europeu, enquanto apenas 8% se compreendeu primeiro como cidadão europeu e apenas depois como cidadão do Estado da sua nacionalidade. Além disso, enquanto 33% dos inquiridos se identifica apenas como nacional (e não como cidadão europeu), apenas 2% se consideraram cidadãos europeus não dando relevo à nacionalidade. O relatório está disponível em: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2253>.

Desafios e Possibilidades para a Garantia dos Direitos Humanos na Era Digital

Eliane Cristina da Silva Nascimento, PhD
Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Brasil
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8050-3219>

Isabel Maria Freitas Valente, PhD
Universidade de Coimbra, Portugal
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6282-3721>

Resumo

Desde o dealbar dos anos 2000 assistimos ao emergir de uma transição digital através da utilização, cada vez mais recorrente, dos recursos digitais que foram amplamente intensificados com a pandemia da Covid-19. Neste contexto, a internet pode constituir uma estratégia para a redução das desigualdades e como fator para o exercício da cidadania e da democracia. Assim, como garantir que os direitos fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos sejam preservados nesta Era Digital? Esta reflexão visa analisar e interpretar a *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital* – Lei nº 27, de 17 de maio de 2021, na perspectiva de que este documento contém alguns avanços manifestados ao englobar o contexto digital em toda a sua complexidade e que, portanto, poderá ter potencial para ser promotor e integrador da dignidade humana.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Era Digital; Portugal; Cultura Democrática; Cidadania.

Abstract

The process of expanding the insertion of digital resources in societies is increasing and in this context the internet can constitute a strategy for reducing inequalities and a factor for the exercise of citizenship and democracy. Given this scenario, how to ensure that the fundamental rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights are preserved in this Digital Age? This reflection aims to analyze the *Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital – Lei nº 27, de 17 de maio de 2021*, in the perspective that this document contains some advances in encompassing the digital in all its complexity and therefore it may have the potential to be a promoter and integrator of human dignity.

Keywords: Human Rights; Digital Age; Portugal; Democratic Culture; Citizenship.

1. Introdução

No início dos anos 2000 (2011 e 2015), a União Europeia começou a refletir e a analisar alguns fenômenos novos de natureza regional e global a partir dos quais foi possível identificar megatendências globais, tendo como horizonte o ano de 2030, nos domínios político, social, económico e da segurança, e os respectivos impactos na democracia. Foi este desiderato que levou a União Europeia a criar, por iniciativa do Parlamento Europeu, o *European Strategy and Policy Analysis System* (ESPAS), uma estrutura interinstitucional que tem como objetivo analisar as megatendências globais e contribuir para uma perspectiva comum da União na resposta aos desafios que as mesmas criam.¹

Entre os cenários traçados foi identificada a tendência de um maior empoderamento dos cidadãos, fruto dos avanços nas áreas da educação, saúde e tecnologia. Tais avanços têm provocado uma alteração no perfil da

população, em geral, para uma população com maior nível de escolaridade, com maior expectativa de vida, com maior demanda por participação política e que, cada vez mais, utiliza-se das redes sociais e da internet, assim como têm maiores expectativas em relação à sua qualidade de vida futura (Ramos et al., 2019).

Em sentido semelhante, a Comissão Europeia, em fevereiro de 2020, considerou o Digital como uma das suas prioridades estratégicas e apresentou um plano para a transformação digital da União Europeia, declarando que este movimento está vinculado aos valores de uma Europa “aberta, justa, diversa, democrática e confiável” (Comissão Europeia, 2020, p. 2). Considerando que esta é uma oportunidade para que os cidadãos, as empresas e os governos possam ter controle sobre a transformação digital, a abordagem europeia se baseia em três pilares principais: uma tecnologia ao serviço dos cidadãos; uma economia digital justa e competitiva; e uma sociedade aberta, democrática e sustentável.

Neste contexto, o acesso à internet pode constituir uma estratégia para a redução das desigualdades e um fator para o exercício da cidadania e da democracia. Na verdade, os efeitos da pandemia da doença de Covid-19 aceleraram esta megatendência na medida em que alguns processos se intensificaram, entre eles destacamos, a educação híbrida, a digitalização de serviços públicos, o teletrabalho, o aumento do uso de ambientes virtuais como meio de participação e de informação. Ou seja, há um processo em curso de ampliação da inserção de recursos digitais nas sociedades e, assim, como garantir que os direitos fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos sejam preservados nesta Era Digital?

Esta reflexão visa analisar e interpretar a *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital* – Lei nº 27, de 17 de maio de 2021, na perspectiva de que este documento contém alguns avanços manifestados ao englobar o contexto digital em toda a sua complexidade e que, portanto, poderá ter potencial para ser promotor e integrador da dignidade humana.

2. Notas Metodológicas

Este estudo parte de uma abordagem de pesquisa qualitativa, cuja metodologia baseia-se na pesquisa documental e bibliográfica. A análise se concentra no texto original da Lei nº 27, de 17 de maio de 2021, a *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, e tem por objetivo, através de uma interpretação hermenêutica, evidenciar temáticas que o documento desenvolve e articula, que teriam potencial para garantir a defesa dos Direitos Humanos na Era Digital.

É importante assinalar que a análise aqui empreendida não tem um caráter jurídico, mas sim, um olhar a partir das Humanidades, em especial, da História e da Educação, tendo como foco o conteúdo da *Carta* e o que dela emerge, fundamentando-nos, principalmente, em dois pressupostos, a partir de Ricoeur (1989): (a) que o texto desta *Carta* instaura um discurso e (b) que este discurso projeta um mundo, com isso podemos inferir que esta *Carta* nos convida à ação.

3. A Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital

A *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, publicada em maio e em vigor desde julho de 2021, tem sido alvo de profundas críticas, entre elas, referimos a título de exemplo, o caso do artigo 6.º, que trata da proteção contra a desinformação e que poderia abrir a possibilidade de censura por parte do Estado; bem como sobre a sua forma, se uma *Carta* pode ser apresentada e aprovada como Lei ou até que ponto os Direitos Humanos podem ser cingidos ao âmbito Estatal, ou ainda, se haveria alguma redundância em relação ao Direito da União Europeia (Alexandrino, 2021).

O nosso objetivo detém-se num olhar a partir das áreas da História e da Educação através da análise do conteúdo da *Carta*. Pretendemos sublinhar que as temáticas evidenciadas no referido documento são questões prementes e devem ser preservadas, mesmo que este Diploma venha a passar por algumas alterações no futuro.

Assim, destacaremos as temáticas articuladas no documento que consideramos terem potencial para a promoção e a defesa dos Direitos Humanos na Era Digital (Quadro 1), seguido do detalhamento da nossa análise e interpretação.

Quadro 1 - Temáticas evidenciadas na *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*

Temática	Artigos de referência
Promoção dos Direitos Fundamentais em Ambiente Digital	Artigo 2.º
Acesso à Internet	Artigo 3.º
Uso Responsável	Artigos 3.º e 4.º
Pluralidade do Ambiente Digital	Artigo 4.º
Relação Internet-Sociedade	Artigos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º e 10.º
Relação Internet-Individualidade	Artigos 13.º e 18.º
Competências Digitais	Artigos 3.º e 11.º
Segurança	Artigos 15.º, 16.º, 17.º e 20.º

Fonte: Elaboração própria.

O primeiro tema é a *Promoção dos Direitos Fundamentais em Ambiente Digital*. No artigo 2.º da *Carta* é feita uma associação sobre a internet como um instrumento de conquista da liberdade, igualdade e promoção de justiça social, considerando-a como um espaço de desenvolvimento, proteção e exercício dos Direitos Humanos. Ao mesmo tempo, admite-se que este é um processo em curso, em nível mundial, que procura a inclusão social no ambiente digital. Há aqui uma dimensão conceptual, que ultrapassa o entendimento do uso da internet para além das questões empresariais, comerciais, económicas e tecnológicas, ou seja, lança-se luz sobre as pessoas e seu pleno desenvolvimento e exercício da cidadania.

No 3.º artigo emerge o tema do *Acesso à Internet* e, nesta questão, o documento proclama este como um direito universal, e para que isto seja possível três questões devem ser consideradas e atendidas:

- (a) Infraestrutura: eliminação das assimetrias regionais em matéria de conectividade; preços acessíveis; pontos de acesso gratuitos em espaços públicos; criação de uma tarifa social para os economicamente vulneráveis.
- (b) Igualdade: livre acesso à internet, independentemente de qualquer característica pessoal ou do grupo de pertença, condição social ou de instrução, assim como, eliminação de barreiras oriundas de deficiências física ou cognitiva, de género e de idade.
- (c) Acessibilidade: promoção de uma utilização mais avisada e proteção dos consumidores digitalmente vulneráveis.

No quesito acesso, a *Carta Portuguesa* avança ao demarcar que o ambiente digital, assim como em outras dimensões da vida em sociedade, é permeado por desigualdades decorrentes de discriminação, da condição social, do local de moradia, da idade e de deficiências, do nível de escolaridade, neste caso, a *Carta* vai ainda mais além ao cunhar a categoria dos digitalmente vulneráveis. Ou seja, reconhece-se que, por diversas razões, pessoas estão à margem dos direitos humanos, da democracia e da cidadania, também, nas questões relativas ao uso da internet e seus recursos.

Ainda que de forma breve, do artigo 3.º também emerge o tema do *Uso Responsável da Internet*, questão importante, principalmente, se considerarmos que um indivíduo “não pode deixar de ser entendido como um ser simultaneamente livre e responsável” (Nabais, 2002, p. 15) e nesse sentido direitos e deveres deveriam caminhar em paralelo, isto significa, conforme afirma José Nabais em relação aos direitos fundamentais, mas que é pertinente, também, ao refletirmos sobre o direitos referentes à internet, “o entendimento dos direitos fundamentais não possa ter-se por completo sem a consideração também dos correspondentes deveres fundamentais” (Nabais, 2002, p. 28).

O artigo 4.º tem como tema central a *Pluralidade do Ambiente Digital*, ou seja, a internet no sentido de ambiente, de espaço de convivência, e pontua que é necessário empenhar esforços para que o ciberespaço permaneça aberto à circulação de ideias, de informação, que seja espaço de liberdade de expressão e de imprensa, entretanto, este direito também se vincula ao dever de um uso responsável do ciberespaço, que não incorra em qualquer forma de discriminação ou crimes, como assédio ou exploração sexual de crianças.

Dos artigos de 6.º a 10.º emerge o tema da *Relação Internet-Sociedade*. Os artigos abordam questões prementes que se configuram como desafios da contemporaneidade e para as quais, os governos e a sociedade carecem de respostas claras, como a desinformação, os direitos de participação, a privacidade, a inteligência artificial, o uso de robôs e a neutralidade da internet. Neste aspecto, muitas questões permanecem em aberto, entre elas, sobre quais seriam os limites da atuação do Estado em face à preservação da democracia; sobre quais são os limites éticos da atuação dos grandes conglomerados aglutinadores de dados; sobre quais são os limites dos próprios cidadãos em relação aos direitos dos outros cidadãos. A *Carta* contém indicativos de que estes direitos fundamentais devem ser preservados, de que nenhum dado pode ser utilizado sem expressa autorização e de que o uso de algoritmos deve ser previamente comunicado aos interessados, entretanto, na prática, conciliar esta dinâmica com a garantia os direitos fundamentais, ainda é um desafio.

O tema das *Competências Digitais* aparece nos artigos 3.º e 11.º, e emerge como direito que todos tenham acesso à educação que promova a aquisição de tais competências, inclusive, facilitando o acesso por parte das várias faixas etárias da população, a denominada educação digital. Inferimos que esta educação digital comporia três dimensões necessárias à constituição de uma Era Digital baseada nos Direitos Humanos: a competência técnica, necessária para o uso dos recursos da internet; a competência ética, necessária para o uso responsável da internet; e a competência individual, necessária para o uso qualificado do volume de

informações disponíveis nas redes, ou seja, saber filtrar e consultar fontes confiáveis.

Com relação à *Segurança*, várias dimensões são contempladas na *Carta*, como a cibersegurança (artigo 15.º), a segurança de autoria de conteúdo (artigo 16.º), a segurança contra geolocalização abusiva (artigo 17.º), mas é o artigo 20.º que destacamos, pois trata dos direitos de proteção às crianças e consideramos que explicitar as especificidades deste público é essencial para garantir o efetivo cumprimento dos preceitos dos Direitos Humanos.

A *Carta* ainda traz o tema da *Relação Internet-Individualidade*, expressa no direito ao testamento digital (artigo 18.º), no qual uma pessoa pode manifestar sua vontade no que concerne à disposição de seus conteúdos e dados pessoais, de forma que após sua morte isto seja respeitado, e o direito ao esquecimento (artigo 13º), que é o apagamento de dados pessoais, que pode ser solicitado pela própria pessoa ou por herdeiros, desde que não viole a vontade do titular, conforme referido.

Estes dois artigos, principalmente, o que faz referência ao direito ao esquecimento, insere-se em um extenso contexto de discussão, pois ao mesmo tempo em que o esquecimento é invocado como uma forma de respeito à dignidade humana, em alguns casos, nos quais fatos relativos à vida de algumas pessoas são considerados de interesse público, poderia configurar-se como afronta ao direito à memória, ou ainda, como forma de controle da história (Bentivoglio, 2014). Esta é uma questão também em aberto e sobre a qual não há consenso.

Fazendo um exercício de síntese das dimensões analisadas, que se interconectam, poderíamos representá-las conforme proposto na Figura 1.



Figura 1 - Internet baseada *nos* e *para* os Direitos Humanos Fonte: Elaboração própria.

Ao analisar a *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital* poderíamos nos perguntar se haveria a necessidade de um Diploma específico que trate do assunto, afinal, os Direitos Humanos devem ser o fundamento da vida em sociedade. Mas, uma pesquisa rápida seja em fontes acadêmicas ou mesmo em fontes jornalísticas nos mostra que a realidade não é esta, a Era Digital por si só não se traduz de forma equânime para todos e se pensarmos na garantia dos direitos fundamentais neste contexto, as desigualdades ampliam-se ainda mais.

Sendo assim, considerando que políticas públicas instauram discursos e que as palavras, além de carregadas de significado também nos interpelam à ação, aproximar em um documento específico, o contexto digital e os direitos humanos, representa um avanço proposto pela sociedade portuguesa, através dos seus representantes na Assembleia da República. Além disso, demarcar que o uso da internet extrapola a dimensão econômica e abrange o social e a cidadania, bem como reconhecer a especificidade de determinados grupos, como crianças e idosos, dá os contornos para a dimensão humana deste ambiente.

Por fim, colocar em paralelo o papel da educação, a mobilização de direitos e deveres, a segurança, a pluralidade, a relação internet-sociedade e

internet-individualidade, tudo isso dito por outras palavras, considerar o contexto digital em toda sua complexidade, ainda que não se tenham respostas para tudo, é essencial para a construção de uma sociedade da era digital, que preserve os preceitos de uma sociedade livre, democrática e de direitos.

4. Considerações Finais

Pela análise efetuada reconhecemos que se pensarmos em democracia e cidadania na Era Digital, o simples acesso à internet não basta. A internet, para representar um espaço de inclusão social em ambiente digital, tem que se traduzir, simultaneamente, como declarado no preâmbulo da *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, num “instrumento de conquista de liberdade, igualdade e justiça social e num espaço de promoção, proteção e livre exercício dos direitos humanos”. Para alcançar tal desiderato é importante, também, chamar à colação outros aspectos como segurança, proteção, educação digital, desenvolvimento de espírito crítico, bem como respeito à diversidade de faixas etárias, de género e das necessidades específicas.

Iniciamos este estudo considerando que dado a avanço da inserção de recursos digitais na sociedade há que se encontrar respostas para garantir os direitos fundamentais, também, neste contexto. Após a análise do documento em tela, consideramos que, apesar de por si só não ser suficiente, a iniciativa é um passo significativo para o estabelecimento de um contexto digital menos desigual, além de abrir perspectivas para a discussão sobre o lugar e o papel dos Direitos Humanos em contexto digital.

Mais do que um regulamento sobre o uso da internet, a *Carta* procura pautar a promoção de uma cultura democrática e cidadã no contexto digital.

Referências

ALEXANDRINO, José Melo *Dez breves apontamentos sobre a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, 2021.

PORTUGAL. Assembleia da República - Lei n.º 27/2021. Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital”. Diário da República 1.ª série, 95 (maio), 2021. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/27/2021/05/17/p/dre>

BENTIVOGLIO, Júlio César - «Os pontos cegos da história: a produção e o direito ao esquecimento no Brasil – breves notas para uma discussão». In OPSIS, V. 14, N.º 2, 2014, pp. 378-395.

COMISSÃO EUROPEIA *Shaping Europe’s Digital Future*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020.

NABAIS, José Casalta - «A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos». In Revista Direito Mackenzie, N.º 2, 2002, pp. 9-30. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>

RAMOS, Paulo Batista; ISFAN, Teodora Monica; SILVA, Sérgio Gomes da - *Megatendências globais – Prospetiva Estratégica: Como focar um mundo em mudança*. Lisboa: SGPCM, 2019.

RICOEUR, Paul *Do Texto a Acção – Ensaio de Hermenêutica II*. Porto: Rés-Editora, 1989.

-

¹ Cf. European Commission. Institute for Security Studies. (2011). *Global trends 2030: citizens in an interconnected and polycentric world*. Paris: Euiss/Espas.

Considerações Sobre a Reparabilidade da Perda de uma Chance

Elton M. C. Leme

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,
Coordenador Adjunto do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do
Judiciário da FGV

Conhecimento, doutorando em Direito Público da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Cristiane de M. B. C. Frota

Advogada, mestre e doutora em Direito Público pela Pontifícia
Universidade Católica da Argentina, Diretora do Instituto de Pesquisa e
Estudos Jurídicos Avançados – IPEJA.

Resumo

A teoria da perda de uma chance enquadra-se como uma nova situação lesiva que tanto pode gerar dano patrimonial quanto dano extrapatrimonial, a depender do caso concreto. A reparabilidade da chance perdida repousa na sua concretude, numa situação real, que deve ser séria, verossímil e idônea e que conduza, pela lógica razoável, ao benefício ou vantagem futura, ou a perda destes, passando muito ao largo do chamado “dano hipotético”. O objetivo desse estudo é analisar, a partir da conceituação da responsabilidade civil, as peculiaridades referentes a este instituto, abordando sua natureza jurídica e a abrangência das hipóteses de sua aplicação, e a que título deve-se conceder eventual reparação. Conforme observado por incontáveis precedentes jurisprudenciais, a teoria da perda de uma chance consolidou-se em vários países e vem sendo empregada com crescente desenvoltura, em situações as mais variadas. Objetiva não permitir, por critérios de genuína justiça, que bens jurídicos tutelados pelas constituições e as leis sejam maculados sem uma resposta reparatória proporcional e razoável.

Abstract

The theory of loss of chance fits as a new harmful situation, which can generate either injury and property-related compensatory damage or non-material damage, depending on the specific case. The reparability of the loss of chance rests on its concreteness, in a real situation, which must be serious, credible, and suitable and which leads, by reasonableness, to future benefit or advantage, or the loss of these, going far beyond the so-called “hypothetical damage”. The objective of this study is to analyze, based on the concept of civil liability, the peculiarities related to this institute, approaching its legal nature and the scope of the hypotheses of its application, and under what circumstances compensation should be granted. As observed by countless jurisprudential precedents, the theory of loss of chance has been consolidated in many countries, and has been used with increasing amplitude, in the most varied situations. The scope is not to allow, based on criteria of genuine justice, that legal assets protected by the constitution and laws are tainted without a proportional and reasonable compensation response.

1. Introdução

A rápida e dinâmica evolução da sociedade e das relações sociais e interpessoais verificada ao longo do século passado e especialmente nas últimas duas décadas tem exigido do Direito e de seus operadores um grande esforço exegetico-dogmático, para além das regras tradicionais da responsabilidade civil, no enfrentamento da variada gama de novas demandas¹. “A multiplicação dos infortúnios” – observa AGUIAR DIAS (1994a) – “derivada da vida moderna, induz, com efeito, o mais egoísta a pensar que amanhã será o seu dia de experimentar a desgraça, razão utilitária, decerto, mas nem por isso menos eficiente, para que aceite e sustente a necessidade de reparação com mais frequência do que antigamente.” Nesse sentido, destaca PINTO MONTEIRO (1985) que “a tormentosa evolução da responsabilidade civil reflecte, nos vários estádios por que tem passado, as transformações económicas e as preocupações de índole social do Estado.”

As sucessivas ondas de industrialização e de serviços, a massificação das relações de consumo, a inteligência artificial e o exponencial avanço científico, o mundo digital, a comunicação em tempo real, a emergência climática, o refinamento e a sofisticação de direitos e obrigações, entre outros fatores, potencializam riscos em todas as suas modalidades e impõem desafios, especialmente no campo da responsabilidade civil e da reparação dos danos daí decorrentes. Nesse universo, TEPEDINO *et al.* (2022) enfatiza o fenómeno da “objetivação gradativa” da responsabilidade civil, diante da tendência do direito contemporâneo de superar a ideia de “culpa subjetiva”, fenómeno impulsionado, especialmente no Brasil, pela Constituição Federal de 1988, a legislação especial e o Código Civil de 2002, e adensado pela construção doutrinária e jurisprudencial (SANSEVERINO 2013). A culpa ganha novos contornos a partir de critérios mais objetivos, com suporte em padrões exigíveis de comportamento e faz surgir uma miríade de novas tipologias de danos.

Na visão de SCHREIBER (2015), “a sociedade contemporânea assiste a uma dupla expansão, que compreende não apenas os meios lesivos, mas

também os interesses lesados.” É o que chama, neste último caso, da “universal ampliação da ressarcibilidade”, como fenômeno não apenas observado no Brasil, mas também em muitos outros países. Bem antes disso, o eminente civilista português MENEZES CORDEIRO (1991) já observara que “a revolução industrial e as consequências econômicas-sociais dela derivadas vieram provocar novas formas de pensar o problema.” E nem poderia ser diferente, pois lembra RUY ROSADO, ao prefaciar obra de SANSEVERINO, que “A sociedade evolui à medida que amplia o conceito de responsabilidade, e o Estado tem ordenamento jurídico melhor quando cria mecanismos suficientes para a reparação do dano injusto. Trata-se de longa caminhada histórica, que se desenvolveu em diferentes ritmos no tempo e de modo diverso em cada país ou região” (SANSEVERINO 2010). Em outras palavras, “(...) a reparação do dano é inspirada, antes de tudo, na preocupação de harmonia e equilíbrio que orienta o direito e lhe constitui o elemento animador” (AGUIAR DIAS 1994a). Sintetiza DINIZ (2018) que restabelecer o equilíbrio desbalanceado pela conduta ilícita e o dano daí decorrente constitui “a fonte geradora da responsabilidade civil”.

Não se deve olvidar o aspecto bidimensional da responsabilidade civil que, de um lado, visa preponderantemente o ressarcimento dos danos – tendo o dano como sua partícula elementar (PEREIRA 2018) – e, de outro, tem função preventiva ou caráter pedagógico-educativo de desestimular a ocorrência de ilícitos semelhantes e dos danos derivados. Assume também aspecto sancionatório e punitivos que, de certo modo, a aproxima da responsabilidade penal, muito embora o aspecto punitivo – *punitive damages* – não seja amplamente aceito. Nesse ponto, lembra MENEZES CORDEIRO (1991) que “a responsabilidade civil visa, por fim, apenas a supressão do prejuízo; não tem escopos punitivos nem sequer, de modo necessário, sancionatórios.”

No âmbito da preponderância da dimensão ressarcitória, tem-se como inafastável o princípio da reparação integral do dano, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais. Observa DINIZ (2018) que “o princípio que domina a

responsabilidade civil na era contemporânea é o da restituo in integrum, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão.” Portanto, deve-se estabelecer exata simetria entre a totalidade do prejuízo ou do gravame imaterial e o montante indenizatório ou compensatório.

Assim, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, a vítima de um dano injusto, que resulta na perda de uma chance real passou a receber especial tratamento no mundo moderno, essencialmente quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um determinado proveito, ou mesmo de evitar uma perda.

2. Aspectos gerais

SANSEVERINO (2010) enumera os pressupostos gerais da responsabilidade civil, sendo eles o ato, ou seja, qualquer fato ou evento da vida; o dano, a saber, a perda, prejuízo ou gravame causado ao lesado, sempre atrelado a um bem juridicamente protegido; o nexo causal, que constitui a relação de causa e efeito entre fato e dano; uma ilicitude, o que exige a contrariedade do fato ao direito, e o nexo de imputação, caracterizado este por um vínculo entre determinado fato e sua atribuição a certa pessoa.

Lembra CAVALIERI FILHO (2021) que a teoria da causalidade adequada foi a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro no que tange à responsabilidade civil, pois nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, como no caso da responsabilidade penal. Apenas aquela que se revelou a causa mais adequada para produzir concretamente o resultado, que interferiu decisivamente para positivar o resultado, importa no campo da responsabilidade civil. O Direito português igualmente consagrou, no art. 563 do Código Civil, a doutrina da causalidade adequada, ao estabelecer que *“a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”*. Na afirmação do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (Relator Juiz Conselheiro Sebastião Póvoas, 1ª Secção, Proc. nº 2226/07 – 7TJVN.F.P1.S1, julgado em 11/01/2011), isso equivale, numa

formulação negativa, que a *“inadequação de uma dada causa para um resultado deriva da sua total indiferença para a produção dele, que, por isso mesmo, só ocorreu por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias.”*

ANTUNES VARELA (1996) reforça a ideia de que *“o fato será causa adequada do dano sempre que se constitua uma consequência normal ou típica daquele, ou seja, sempre que, verificado o fato, se possa prever o dano como uma consequência natural ou como um efeito provável dessa verificação.”* Portanto, para identificar a causa de um dano é preciso fazer um juízo de probabilidade, ou seja, se a ação ou omissão em questão seria meio idôneo e adequado. O art. 403 do Código Civil brasileiro, à mingua de outra disposição que trate expressamente do nexo causal, consagra a teoria da causalidade direta e imediata, aplicável tanto à responsabilidade contratual quanto à extracontratual. Isso significa que somente o evento que se conecta diretamente ao dano, sem o concurso de fatores outros, tem repercussão jurídica.

O dano, por sua vez, deve ser certo, o que para AGUIAR DIAS (1994b) constitui regra essencial, quer se projete no patrimônio atual do lesado (*damnum emergens*) quer produza efeitos em relação ao futuro (*lucrum cessans*), enquanto o dano hipotético não justifica a reparação. Aqui não importa qualquer dano, mas tão somente o “dano jurídico”, ou seja, que decorre de lesão a interesses juridicamente tutelados pelo Direito e suas múltiplas projeções (MENEZES CORDEIRO, 2023). A par das variadas questões suscitadas no âmbito da reparabilidade dos danos, a chamada “perda de uma chance” (*perte d’une chance*) ganha especial destaque não só na doutrina como também, e especialmente, na jurisprudência de tribunais da Europa, Estados Unidos da América e do Brasil. Resulta de um mundo que caminha a passos largos para reconhecer e tutelar o chamado “direito à felicidade”, do qual faz parte o “direito de ter esperança” num futuro melhor, mais promissor e feliz, alicerçado na proteção da dignidade humana. Esse “direito à felicidade” assume certo viés principiológico uma vez que é dirigido a todos, mas especialmente ao julgador (LEAL 2013) na

sua missão de fazer justiça, contemplando seu aspecto objetivo, sem descurar de sua projeção subjetiva (MARTINS 2020)².

3. A chance perdida indenizável

A chance representa, de um lado, uma possibilidade concreta e do outro a concretização dessa possibilidade. Traz implícita, nesse último caso, a ideia de imprevisibilidade e de incerteza (FERREIRA 2014). Na lição do Ministro Paulo Sanseverino, do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Terceira Turma, REsp nº 1.929.450/SP, julgado em 18/10/2022), *“chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível. Fica claro, assim, que ‘o perdido, o frustrado, na realidade é a chance, e não o benefício esperado como tal’*”.

Quando essa possibilidade é frustrada – e consequentemente sua concretização – em decorrência de um ato ilícito atribuído a alguém, em detrimento de outrem, diz-se, portanto, que estamos diante da perda de uma chance. Consiste, assim, na eliminação da possibilidade de se obter um resultado favorável ou impedir um resultado negativo ocasionado por uma conduta ilícita praticada por terceiro. O terceiro, no caso, interrompe ilicitamente um processo aleatório em curso que acarretaria um resultado positivo; ou deixa interrompê-lo de modo a conduzir à concretização do resultado negativo que deveria evitar. Ressalta AMARAL (2015) que *“(…) se esse processo aleatório é interrompido por um ato imputável a determinado indivíduo, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável, sendo que esta pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza e, portanto, reconhecido como dano reparável.*” Importante destacar que, sendo reversível a situação, no sentido de ainda ser possível alcançar o resultado final positivo ou impedir o resultado negativo, não se poderá verificar a ocorrência deste dano.

Portanto, a perda de uma chance apresenta duas modalidades. Na primeira, um processo aleatório positivo em curso, que conduzirá legítima e razoavelmente a uma vantagem projetada, é interrompido por um ato ilícito de terceiro, acarretando a perda da chance de obter essa vantagem esperada (perda da chance de obter resultado positivo). Nesse caso, o provável fim vantajoso foi frustrado pela ação de terceiro que interrompeu o encadeamento de fatos positivos – perda de uma chance “típica” na visão de HIGA (2011), em que “(...) *a perda da chance final é um evento presente e certo em relação à oportunidade perdida.*”. A segunda modalidade envolve um processo aleatório negativo em curso, que chega ao fim sem interrupção por aquele que deveria fazê-lo – perda de uma chance “atípica”, culminando no resultado danoso (perda da chance de impedir resultado negativo). Nesse caso, houve o malogro da chance de interromper a cadeia causal que, ao final e por isso, acarretou o prejuízo: nos dizerem de HIGA (2011), para esses casos, ao contrário da modalidade “típica”, “*a subtração das chances é cronologicamente anterior ao resultado final*”.

FURLAN (2017) utiliza o critério da “localização da álea” para diferenciar a perda de uma chance típica da atípica. Na situação típica, “*a álea está no dano (resultado final), é ontológica (...). Na segunda, a álea está no nexo causal e é circunstancial (no caso, é impossível estabelecer o nexo causal entre o erro de diagnóstico e a morte do paciente).*” Por isso dizer-se, nas lições de TEPEDINO *et al.* (2022)³, que a teoria da perda de uma chance repousa no binômio certeza-probabilidade: certeza de que a conduta atribuída a terceiro fulminou a chance de se obter determinada vantagem ou impedir prejuízo; probabilidade de que, não fosse a conduta ilícita, a vantagem seria obtida e o prejuízo seria evitado.

Muito se discute a relação da perda de uma chance com o dano material – quer como dano emergente quer como lucros cessantes – ou com o dano moral, ou ainda se teria vida autônoma. Como lucro cessante, ressalta AMARAL (2015), “(...) *acarretaria maior incerteza da ocorrência do prejuízo pela chance perdida, o que como consequência levaria a uma não reparação, pela impossibilidade de demonstração de que o resultado final*

seria alcançado ou da certeza da presença das condições para conseguirlo.” Nesse caso, a chance como lucro cessante limita sua abrangência à possibilidade de obter uma vantagem, o que não atende a todas as suas projeções concretas. Conforme leciona a Ministra Fátima Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (Terceira Turma, REsp nº 1.750.233/SP), ao distinguir as duas modalidades de dano, *“nos lucros cessantes há certeza da vantagem perdida, enquanto na perda de uma chance há certeza da probabilidade perdida de se auferir uma vantagem.”*

AMARAL (2015) esclarece ainda que *“pensar no dano pela perda da chance na perspectiva de dano emergente implica reconhecer – e de fato não poderia pensar-se de outra forma – que a chance subtraída do indivíduo por meio do encerramento do processo aleatório no qual estava envolvido reveste-se de valor econômico”*. Significa reconhecer a chance como bem autônomo, cuja existência independe do resultado final, ou seja, sem relação necessária com a ocorrência ou não do resultado final. Como bem autônomo, é suscetível de autonomamente sofrer um dano, seja sob a ótica da responsabilidade contratual, seja sob a perspectiva da responsabilidade extracontratual. O pensamento que reconhece a perda da chance como dano emergente é conhecida como *“vertente ontológica da chance”*.

O enquadramento do dano decorrente da perda de uma chance como de natureza exclusivamente extrapatrimonial – embora animada pela jurisprudência, em que as circunstâncias dos casos concretos apontam para o reconhecimento exclusivo do dano moral – tampouco encontra solidez doutrinária. Mais uma vez, estaremos diante da análise da natureza jurídica dos bens e interesses jurídicos atingidos, o que importa dizer que estaremos circunscritos a perquirir as consequências da lesão sobre a vítima do evento danoso, como, *e.g.*, bem o faz SANTOS (2015) em sua obra específica sobre dano moral indenizável. No mesmo sentido MOTA PINTO (2018), que com clareza pontua que *“quanto à qualificação do dano da perda de chance como damnum emergens ou como lucrum cessans, deve notar-se*

que ela depende da forma como juridicamente se qualifiquem as meras chances de obtenção de ganhos.”

Para DINIZ (2018), *“a teoria da perda da chance poderá ser considerada (...) como uma hipótese sui generis de lucro cessante e de dano emergente, pois sem o evento danoso, a vítima poderia tirar proveito da chance que lhe foi tirada, perdendo a realização de uma esperança almejada ou a possibilidade de evitar um prejuízo.”* No mesmo sentido, MELO (2007) que sustenta que *“(...) o enquadramento desse dano não cabe exatamente no dano emergente nem nos lucros cessantes, ante a probabilidade e não certeza de obtenção do resultado aguardado”,* entendendo o autor que *“se trata de uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante.”* AMARAL (2015) observa que *“reconhece-se a chance como uma parte atual do patrimônio, o que seria considerado dano emergente, mas também se lhe atribui a característica de incerteza, demonstrada pela possibilidade de ocorrência, o que denotaria o lucro cessante. Pela reunião dessas características, não é possível afirmar, para esse pensamento, que o dano se enquadraria em qualquer das duas hipóteses, constituindo, deveras, terceira modalidade de dano patrimonial”.* Lembra, entretanto, que na atualidade a tese não atrai muitos adeptos.

Parece mais realista a noção defendida por TEPEDINO *et al.* (2022) que não vislumbra a perda de uma chance como uma nova modalidade de dano, mas sim como uma *“(...) nova situação lesiva, que tanto pode gerar dano patrimonial, quanto dano extrapatrimonial, a depender do caso.”* É certo que a conduta que fulmina a probabilidade de um evento futuro benéfico ou vantajoso para a vítima pode ter origem tanto na clássica conduta comissiva quanto na conduta omissiva, na hipótese de estar em curso o processo causal que conduzirá à perda do benefício ou vantagem e o agente deixa de atuar para interromper esse processo quando deveria fazê-lo. Qualquer que seja a *“nova situação lesiva”*, o juiz será sempre chamado a enfrentar a desafiadora e complexa tarefa de estabelecer os limites da projeção negativa do fato danoso no *“patrimônio”* da vítima (Menezes

Direito & Cavalieri Filho 2004), bem como a categorização dos respectivos danos. Por isso, AMARAL (2015) entende que o dano pela perda de uma chance, devido às suas características, é sempre mutável e, assim, sem possibilidade de classificação apriorística, a exigir sempre a análise anterior do caso concreto e a natureza do bem jurídico atingido.

A reparabilidade da perda de uma chance repousa na concretude da chance, numa situação real, que deve ser séria, verossímil e idônea e que conduza, pela lógica razoável, ao benefício ou vantagem futura, ou a perda destes, passando muito ao largo do chamado “dano hipotético”. Embora a realização da chance nunca seja certa, lembra DINIZ (2018) que a perda em si da chance deve ser certa. Observa CAIO MÁRIO (2018) que “(...) *se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas será devida se se considerar, dentro da ideia de perda de uma oportunidade (perte d’une chance) e puder situar-se a certeza do dano. Daí dizer Yves Chartier que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.*” Na visão do eminente civilista português MENEZES CORDEIRO (2023), a “perda de chance” surge diante da inobservância de uma obrigação, em geral de gênese contratual, que “*bloqueie uma possibilidade efetiva, por parte do lesado, de conseguir uma vantagem.*” Esclarece que essa vantagem não é de todo segura, à medida que surge como uma mera hipótese. Porém, para ter relevância jurídica, a hipótese se qualifica pela probabilidade concreta. Por isso, considera que “*uma indemnização por ‘perda de chance’ pode ser justa, sempre que, no horizonte, se desenhe uma expectativa razoável de ganho.*”

Repara-se, portanto, a probabilidade, a chance, que precisa ser certa, e não o benefício ou vantagem esperados. Isto porque, conforme acórdão do Juiz Conselheiro Távora Victor do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, “*a chance, quando credível, é portadora de um valor de per si, sendo a respetiva perda passível de indemnização, nomeadamente quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram*” (7ª Secção, proc. n.º 9195/03.0TVLSb.L1.S1, julgado em 10/03/2011). Nos dizeres de

CAVALIERI FILHO (2021), *“a chance da vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. O perdido ou frustrado, na realidade, é a chance e não o benefício esperado como tal.”* Há, concretamente. *“uma lesão a um interesse jurídico relevante da vítima, que provoca dano injusto (patrimonial ou extrapatrimonial), que lhe retira a possibilidade de auferir alguma vantagem ou de impedir um fato danoso, que lhe cause prejuízo, dando azo a uma reparação”* (DINIZ 2018). A perda da chance não significa a perda da coisa, mas sim a perda da esperança da coisa, nos dizeres de AMARAL (2015).

É interessante notar que AGUIAR DIAS (1994b) aplica à teoria da perda de uma chance raciocínio correlato ao lucro cessante. Na visão do eminente civilista, *“para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto. Equipara essas situações à, por ele denomina, “probabilidade perdida”:* *“Assim, a probabilidade de: ganhar uma causa; vencer a corrida de cavalo, vencer um concurso; ganhar na Bolsa; obter o prêmio em uma exposição de pintura, probabilidade perdida, respectivamente, em consequência de fato do advogado; do transportador que não conduziu o animal a tempo ou do espectador que provocou o acidente de que resultou originariamente a sua má colocação; do mandatário que não promoveu a habilitação do candidato, a ele confiada; do banqueiro que não proporcionou em tempo o numerário ao cliente; do indivíduo que destruiu o quadro etc.”* Em consequência, não se concede indenização quando as *“obscuridades, incertezas e contradições da causa”* não permitem atribuir suficiente e razoavelmente a existência do fato apontado como origem eficiente do resultado danoso.

A *“probabilidade”* – eliminada pela conduta ilícita – de que um evento futuro benéfico ou vantajoso para a vítima constitui, como ressalta CARNAÚBA (2013), a *“álea”* necessária e sua condição para a aplicação

do que denominou da “técnica de reparação de chances”, ressaltando que a incerteza também está presente em outras figuras da responsabilidade civil, como a decorrente da “criação de um risco”. Para o autor, *“a natureza aleatória da ambição da vítima constitui o núcleo duro dos casos de perda de uma chance”*, tanto quando envolve, para a vítima, a chance de obter vantagem (álea positiva), quanto implica em um risco (álea negativa)⁴. A perda de uma chance faz pressupor a precedência, no tempo, do interesse aleatório da vítima – até então não exposta a qualquer incerteza – ao fato imputado ao agente causador do dano, que passa a exigir a análise de estimativas e probabilidades, mas torna certa o prejuízo ou a vantagem malograda. A incerteza do resultado futuro tem origem com a conduta ilícita do agente. Quanto ao *“risco criado, o interesse aleatório surge em momento posterior à conduta do agente, na linha direta dos desdobramentos fatuais e futuros dependentes de situações ainda desconhecidas, que podem acontecer ou não, sem embargo das chamadas “consequências marginais da criação dos Riscos”* (PETEFFI DA SILVA 2013)⁵. Nas palavras de MOTA PINTO (2018), *“em face desta incerteza, o demandante invoca, por isso, que perdeu de oportunidades, ou ‘chances’, autonomizando estas do resultado final a que poderiam conduzir, o qual não pode ser determinado. A ideia de perda de chances pressupõe, pois, que se possa distinguir e autonomizar as meras oportunidades, ou chances, dos eventos “finais”. A chance é, justamente (inversamente do risco), a possibilidade ou oportunidade de obtenção de um benefício, em sentido lato, incluindo de evitar um prejuízo, no que, portanto, se distingue deste mesmo prejuízo (ou perda de benefício). E logo se vê, portanto, que a incerteza sobre a sua concretização é um elemento essencial da noção de ‘chance’ ou oportunidade.”*

Haverá, portanto, a perda indenizável de uma chance, enumera Diniz (2018), sempre que ocorrer (a) uma ação omissiva ou comissiva que infrinja um dever legal, contratual ou social, ou ainda praticada com abuso de direito; (b) um dano moral e/ou patrimonial decorrente da ação mencionada anteriormente; (c) nexos causal entre a ação e o dano; (d) ausência de causas excludentes de responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima; (e) a

probabilidade razoável, real e concreta da chance perdida, ou seja, de obtenção de certa vantagem pretendida ou de um dano evitável; (f) a subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; (g) efetividade ou certeza do dano causado pela perda da chance, dano esse que deve ser real e efetivo. *“O dano pode ser atual ou futuro, isto é, potencial, desde que seja consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação.”*

O nexos causal continua a ser um elemento indispensável para a reparabilidade do dano decorrente da perda de uma chance, muito embora – adverte TEPEDINO *et al.* (2022) – que parte da doutrina defenda a flexibilização desse elemento da responsabilidade civil. A prova do liame causal, do vínculo fático e lógico, entre a conduta do agente, a quem se imputa o dano, e a perda definitiva, ou seja, que não pode ser contornada, de uma chance séria, verossímil e real, portanto, não meramente especulativa ou hipotética, deve ser inequivocamente apresentada por quem reclama a indenização.

Não há no vigente Código Civil do Brasil e de Portugal⁶ dispositivos que explicitem a proteção jurídica da chance perdida. Seu fundamento legal decorre das bases gerais que alicerçam a responsabilidade civil. É certo que essa lacuna legislativa não impõe qualquer embaraço concreto e objetivo ao reconhecimento da reparabilidade de danos decorrentes da perda de uma chance, bastando que haja comprovação do liame causal entre o ato considerado ilícito e a perda da chance real e séria e sua repercussão material ou não material.

4. A perda da chance na jurisprudência

A teoria da perda de uma chance, segundo CAVALIERI FILHO (2021), começou a ser acolhida pela doutrina francesa e ganhou impulso na década de 1960, naqueles casos em que o ato ilícito priva o indivíduo de uma condição ou situação futura promissora. No entanto, sua origem seria bem mais antiga. Para alguns, remonta ao final do século XIX, conforme menciona AMARAL (2015), valendo-se do relato de Geneviève Viney & Patrice Jourdain, que citam a aplicação da teoria em 1889, num caso em que houve a condenação de um “servidor da justiça” (“huissier de justice”, hoje denominado “commissaire de justice”) que, por negligência, ocasionou a perda da chance de se obter êxito num processo judicial.⁷ Entretanto, conforme os estudos de CARNAÚBA (2013), somente em 1932 a Corte de Cassação proferiu um acórdão sobre o tema, confirmando a decisão de juízes de primeiro grau que condenaram “*um notário que por sua culpa, privara seu cliente de ‘chance de adquirir a propriedade rural que eles desejavam’*. A alta corte ressaltou que havia, em tal caso, ‘*um prejuízo e um nexa causal entre o ato culposos e o prejuízo*’”.

CARNAÚBA (2013), cita ainda outro caso, de 1934, em que mais uma vez, a Corte de Cassação condenou um advogado por ter deixado prescrever a ação de seu cliente (renovação de contrato de locação comercial de um imóvel), por não notificar a parte contrária dentro do prazo legal. Não obstante a incerteza sobre o resultado do processo em si, aquele tribunal entendeu que, pela conduta negligente do profissional do direito, houve “*uma perda certa apta a gerar o dever de indenizar*”. O mesmo autor indica o civilista francês Henri Lalou como o precursor do instituto na doutrina, pois em 1914 e depois mais claramente em 1920, defendeu a ideia da reparabilidade da perda de uma chance em nota que publicou sobre um julgado que havia rejeitado pedido de indenização, na forma de prestação alimentar, a um pai pela morte acidental de seu filho, por “*tratar-se de um prejuízo puramente eventual*”, conforme decidiu a Corte. Conforme VIEIRA GOMES (2005), a partir de 1962, em virtude de decisão da Cour de Grenoble, a jurisprudência francesa passou a contemplar a teoria da

perda de uma chance na seara médica: *“De acordo com esta concepção, a perda de chance é uma forma de prejuízo cujo objecto consiste no desaparecimento de uma chance preexistente (definida como uma probabilidade não verificada mas também não meramente hipotética, que constitui um elemento do patrimônio)”*.

Se assim for, embora a ideia precursora da perda da chance tenha nascedouro na doutrina francesa, o marco zero do acolhimento jurisprudencial da reparação da oportunidade perdida pode ser reconhecido no sistema da *Common Law*, no julgado de 1911 da Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales, no clássico caso *Chaplin v. Hicks*. O caso envolveu um conhecido ator e empresário de teatro, Edward Seymour Hicks, que publicou num jornal de Londres, em novembro de 1908, um convite em que prometia contratar 12 jovens mulheres, mediante o envio de suas fotografias e ficha de inscrição para a redação do jornal. Uma comissão julgadora escolheria 24 candidatas e suas fotos seriam publicadas no mesmo jornal para que os leitores escolhessem 12 delas. O sucesso foi tão grande que foram recebidas seis mil fotografias, o que fez com que Hicks alterasse as regras do concurso: a comissão julgadora selecionaria então 300 candidatas que seriam divididas por 10 distritos. As fotos das candidatas escolhidas em cada distrito seriam publicadas no jornal e os leitores escolheriam as vencedoras, que seriam antes entrevistadas numa data previamente estabelecida. A senhora Chaplin se inscreveu no concurso e foi a mais votada pelos leitores de sua região. Entretanto, a carta que a convocou chegou à destinatária após a data marcada para a entrevista, frustrando a possibilidade de a mesma continuar a participar do concurso e de ser vencedora. Na demanda judicial que se instalou a partir daí por iniciativa da senhora Chaplin, o júri decidiu que Hicks deveria indenizá-la por não ter dado a ela uma oportunidade razoável para ser entrevistada, eliminando a chance de ser vitoriosa no concurso. A indenização foi fixada em 100 libras. Hicks apelou e a Corte de Apelação desproveu o recurso, considerando razoável – i.e., nem irrisório e nem excessivo, conforme ali pontuado – o valor arbitrado pela perda da chance, considerando

desnecessária a prova do evento futuro e incerto, ou seja, de que a senhora Chaplin seria bem-sucedida na fase de entrevistas.⁸

Tempos mais tarde, em 1987, também na Inglaterra, outro caso, “Hotson v. East Berkshire Area Health Authority”, ganhou grande notoriedade. Um menino de 13 anos lesionou o quadril quando se balançava numa corda amarrada a uma árvore. No hospital, sem exames mais acurados, recebeu um diagnóstico incorreto. Cinco dias mais tarde, em razão das dores incessantes, retornou ao hospital, sendo constatado, após os exames necessários, que a fratura sofrida obstruiu vasos sanguíneos e causou necrose femural que, por sua vez, gerou restrição de mobilidade e invalidez parcial permanente. O juízo de primeiro grau entendeu, com base na perícia, que havia uma probabilidade de 75% de rompimento dos vasos sanguíneos com a queda, de modo a tornar a necrose inevitável, razão pela qual reconheceu a perda de uma chance de 25% de evitar a necrose, caso o diagnóstico tivesse sido feito quando do primeiro atendimento.⁹ Essa decisão, embora mantida pela segunda instância, foi reformada pela “House of Lords”, sob o argumento de que faltou a prova de que o diagnóstico tardio concorreu para o dano final.¹⁰

Ainda na Inglaterra, decisões de 2019 em primeira instância e de 2020 da Corte de Apelação utilizaram a teoria da perda de uma chance no caso *AssetCo PLC v. Grant Thornton* relativamente a uma transação tipicamente comercial, como relatam POOLES & MCMAHON (2021). O caso envolveu a conduta negligente de auditores da reclamada (Grant Thornton), quando da realização de uma auditoria nas contas da sociedade comercial reclamante (AssetCo) nos anos de 2009 e 2010. A auditoria falhou em não desvendar as atividades fraudulentas de dois diretores da AssetCo na gestão dos negócios da empresa e de suas subsidiárias. Alegou-se que se os auditores tivessem realizado seu trabalho com a devida competência e com razoável cuidado, teriam então descoberto que a operação da AssetCo parecia sustentável tão somente em razão da superestimativa fraudulenta de seus ativos, dando a aparência de que a reclamante se encontra em franco crescimento, quando na verdade estava em situação de insolvência. A

verdadeira situação de insolvência da AssetCo foi descoberta somente em 2011, o que a obrigou a tardiamente nomear uma nova diretoria, fazer acordo com credores e realizar uma reestruturação do negócio. Com base nisso, a AssetCo processou a Grant Thornton pela perda de uma chance real e substancial de promover o saneamento e reestruturação de suas atividades anos antes, evitando o desperdício de recursos consideráveis ao longo do tempo perdido.

Em primeira instância o juiz considerou que teria ocorrido o suposto “cenário contrafactual” admitindo que as perdas comerciais sofridas pela AssetCo a partir de 2009 se enquadravam no âmbito das funções próprias da auditoria negligente realizada pela Grant Thornton. A Corte Comercial considerou que os prejuízos da AssetCo deveriam ser medidos com base na chance perdida de reestruturar e refinar o seu negócio mais cedo, ou seja, em 2009 ou 2010, e não com fundamento em questões meramente probabilísticas. Por isso condenou a reclamada a pagar uma indenização totalizando cerca de 23 milhões de libras. Por sua vez, a Corte de Apelação confirmou substancialmente os critérios adotados pela primeira instância, reconhecendo a responsabilidade da reclamada pela auditoria falha e negligente, configurando descumprimento de sua obrigação contratual, porém admitindo que alguns dos prejuízos reclamados não poderiam ser atribuídos à negligência dos auditores, por isso reduzindo o valor da indenização em 7 milhões de libras.

Influenciada pela França, a Corte de Cassação italiana julgou o primeiro caso de perda de uma chance em 1983 (MELO 2007). O litígio envolveu trabalhadores que foram convocados por determinada empresa para participar de um processo seletivo para a função de motorista. Apesar de os trabalhadores terem sido submetidos a vários exames médicos, alguns dos candidatos foram impedidos de participar das etapas seletivas subsequentes, constituídas de provas de direção e de conhecimento geral, indispensáveis à conclusão do processo admissional. O juízo de primeiro grau condenou a empresa a indenizar os autores pelo atraso no processo de admissão. A decisão foi reformada pelo Tribunal de Roma, que entendeu que a perda de

uma chance, por se tratar de dano meramente potencial, não seria indenizável. Entretanto, a Corte de Cassação, reformou o acórdão, reconhecendo que a indenização postulada pelos candidatos ao emprego se referia não à perda de um resultado favorável, ou seja, a obtenção do emprego, mas sim à perda da possibilidade de os candidatos preteridos conseguirem o resultado útil relativo ao direito de participar das etapas finais do processo seletivo necessárias à obtenção do emprego. Essa “possibilidade”, entendeu a Corte de Cassação da Itália, já integrava o patrimônio de tais candidatos quando foi frustrada pelo ato ilícito praticado pela empresa empregadora.

Em 2004, a Corte de Cassação da Itália debruçou-se sobre a perda de uma chance em virtude de conduta médica. Sobre o caso nº 4.400/2004, D’APOLLO (2007) relata que a referida Corte estabeleceu que para obter a indenização em casos tais basta comprovar o descumprimento da obrigação de meio, sem que seja imprescindível a demonstração particularíssima do vínculo causal entre a conduta e o fato danoso. Assim, a necessidade de uma análise causal mais rigorosa apenas surgirá caso a vítima postule indenização pelo dano sofrido em razão do malogro do resultado pretendido, quando este for uma consequência do serviço imperfeito. No entanto, quanto ao serviço defeituoso do profissional da saúde for evidente, poderá a vítima postular autonomamente uma indenização pela perda da possibilidade significativa de alcançar um resultado útil¹¹.

No circuito judicial norte-americano, SPEAKER (2002) observa que naquele país se debateu longamente a questão de adotar ou não a doutrina da perda de uma chance, tal como corretamente o fez a *Supreme Court of Washington* no julgamento do histórico caso “Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound”, em 1983. No referido caso, o demandante, em 1974, procurou os serviços médicos da demandada, sentindo dores e com tosse. Exames de raio X mostraram que seu pulmão esquerdo apresentava infiltrações, sendo tratado com medicamentos para combater os sintomas. Sem melhoras, mudou-se em 1975 para o sul o país, na esperança de que um clima mais quente o ajudasse a combater os sintomas

persistentes. Ainda sem melhoras, procurou mais tarde um outro serviço médico, sendo então diagnosticado com câncer de pulmão, que veio tempos depois a acarretar sua morte. Restou positivado que causar redução, por negligência, da chance de recuperação, de 39% para 25%, (conforme testemunho médico) não exige que a parte causadora da lesão arque com a reparação total de todos os danos causados pela morte da vítima. A indenização deve ser concedida, entretanto, ao lesado ou à sua família com base apenas nos danos diretamente decorrentes da morte prematura, como perda de rendimentos e gastos com despesas médicas adicionais.¹²

Em Portugal, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça revelou-se, num primeiro momento, oscilante quanto à plena adoção da perda de uma chance como evento indenizável, seguindo os passos da doutrina portuguesa, bem sumarizada por MOTA PINTO (2018), ora refratária ora favorável à aplicação concreta do instituto. CARDONA FERREIRA (2013), a propósito da responsabilidade do mandatário forense – uma das hipóteses mais frequentes de incidência da teoria em questão – também reforçou a oscilante jurisprudência portuguesa entre 2010 e 2013. De fato, em 2010, acórdão de relatoria do Juiz Conselheiro Sebastião Póvoas (1ª Secção, Proc. nº 2622/07.0TBPNE.P1.S1, julgado em 29/04/2010) concluiu que “(...) a mera perda de chance irreleva para efeitos indemnizatórios por, só por si, não se enquadrar no princípio da causalidade adequada, e a indemnização não ter, como regra, função punitiva.”

Antes disso, em 2009, acórdão de relatoria do Juiz Conselheiro Helder Roque (1ª Secção, Proc. nº 1623/03.1TCLRS.S1, julgado em 16/06/2009) decidiu hipótese decorrente da frustração ocasionada pela entrega intempestiva, por parte da transportadora contratada, de uma proposta comercial para participação em concurso para fornecimento de equipamentos, com a desclassificação da autora proponente. Embora não tenha sido feita referência expressa à “perda da chance” – mas essa era claramente a hipótese – consagrou-se no julgado a aplicação estrita da causalidade adequada, a saber: “Não se encontrando a possibilidade de a autora ser vencedora do concurso público a que se pretendia submeter,

apenas, dependente da sua vontade, mas, também, do entendimento e querer do júri do concurso de selecção, o que, de todo o modo, era um dado imprevisível, no sentido de coisa fortuita ou acidental, que ocorreria ou poderia deixar de acontecer, mas que não é susceptível de demonstração, não pode imputar-se à ré o facto de aquela não ter ganho o concurso, em virtude da sua exclusão preliminar, como consequência, necessária e directa, do incumprimento contratual da obrigação de entrega atempada da proposta que deveria fazer chegar à entidade destinatária da mesma. (...) Não existe nexó causal entre o acto danoso da entrega intempestiva da proposta pela ré e o facto de a autora ter sido excluída do concurso público a que se pretendia candidatar através da mesma.”

Não tardou, entretanto, o reconhecimento da chance perdida como causa autónoma indenizável, embora em algumas outras decisões posteriores o tema tenha permanecido sem avanço. Assim, em acórdão de 2011, de relatoria do Juiz Conselheiro Távora Victor (7ª Secção, Proc. nº 9195/03.OTVLSB.L1.S1, julgado em 10/03/2011), que condenou advogado pelo descumprimento de seus deveres profissionais, arbitrando indemnização de 12 mil Euros, estatuiu-se que “(...) a chance, quando credível, é portadora de um valor de per si, sendo a respectiva perda passível de indemnização, desde logo quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram para o expectante. A ‘perda de chance’ enquanto perda de uma possibilidade real de êxito que se frustrou, poderá gerar igualmente ‘danos não patrimoniais’ indenizáveis, nos termos do disposto no artigo 496º do Código Civil.” No mesmo sentido o acórdão de relatoria do Juiz Conselheiro Orlindo Geraldês (7ª Secção, Proc. nº 12617/11.3T2SNT.L1.S1.S1, julgado em 30/03/2017): “O dano que emerge da falta de propositura de uma acção judicial corresponde à impossibilidade de apreciação jurisdicional da pretensão. A desvantagem jurídica representa um dano, traduzido na perda de chance ou de oportunidade.”

Finalmente, o acórdão nº 02/2022 uniformizador de jurisprudência, proferido pelo Pleno das Secções Cíveis, de relatoria do Juiz Conselheiro António Barateiro Martins (DR-18/2022, 1ª Série, julgado em 26/01/2022),

definiu-se que “O dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, tem de ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ónus da prova de tal consistência e seriedade.” Restou consignado no referido aresto que “A violação de deveres específicos - voluntária e contratualmente assumidos - dos mandatários forenses, com o argumento da intrínseca incerteza relativa do desfecho dum processo judicial, não pode passar sempre incólume, mas a sua responsabilização tem que respeitar, sem voluntarismos, a segurança jurídica e ser rodeada dos necessários cuidados, não podendo prescindir, como se referiu, da imposição ao lesado do ónus de provar seja fácil ou difícil - a verificação do dano (a consistência e seriedade da concreta chance processual comprometida), a suficiente probabilidade (no referido limiar mínimo) de obtenção de ganho de causa no processo em que foi cometida a falta pelo mandatário forense.”¹³

Outras hipóteses jurídicas passaram a ser igualmente contempladas pelo Supremo Tribunal de Justiça. Constitui exemplo o conflito instaurado em relação comercial bancária, em que foi declarada a insolvência da autora, com aprovação do plano de insolvência que previa o pagamento do crédito da instituição bancária ré em determinadas condições específicas. Entretanto, a ré recusou receber nos termos no plano de insolvência, prejudicando sobremaneira as condições de crédito da autora, impedindo-a de participar de obras públicas. Nesse contexto, restou decidido que pela 2ª Secção (Relator Juiz Conselheiro João Cura Mariano, 4202/17.2T8BRG.G1.S1, julgado em 14/09/2023), que “I. Apesar de a álea dos concursos públicos poder interferir no apuramento da existência de uma oportunidade perdida “consistente e séria”, essa contingência não é absolutamente proibitiva que se atribua uma indemnização por este tipo de prejuízo, sendo apenas necessário que essa oportunidade tenha um grau de previsibilidade de concretização suficiente para que a sua perda justifique uma compensação. II. A seriedade da oportunidade perdida, sendo uma ideia conclusiva, deve resultar da prova de factos que a revelem.”

No Brasil, a teoria da perda de uma chance encontra ampla aceitação pelos tribunais do país, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, destacando-se o julgado paradigmático do Tribunal da Cidadania citado por quase todos os estudiosos do tema, datado de 2005, que ficou conhecido como o caso do “Show do Milhão”, e de fato constitui um marco jurisprudencial. O caso envolveu uma participante do programa de televisão homônimo que desistiu de responder à pergunta final que lhe garantiria o prêmio máximo de um milhão de reais. Na sequência, verificou-se que não havia uma resposta certa para a pergunta formulada e, com isso, teria ocorrido a perda da chance de ganhar o prêmio total. O pleito indenizatório foi acolhido nas instâncias locais, que concederam à postulante indenização correspondente ao valor faltante para completar o prêmio de um milhão de reais. O acórdão da Quarta Turma do STJ, figurando como relator o Ministro Fernando Gonçalves, à unanimidade, afastou os alegados lucros cessantes. Porém reconheceu que o fato, ou seja, a falta de resposta correta à pergunta, causou dano, à medida que impôs concretamente a “perda de uma oportunidade”, ou seja, de uma chance, com inegável expressão econômica. Concluiu-se então em favor da redução dos danos arbitrados em 500 mil reais, que equivaleriam ao acerto da pergunta, para 125 mil reais, correspondentes à probabilidade de acertar uma das quatro respostas (25% de chance). Nesse ponto, fez evidente distinção entre a perda da chance, como evento independente e autônomo, e os lucros cessantes qualificados pela “probabilidade objetiva”, ou seja, o que se deixou de ganhar, de acrescer ao patrimônio.¹⁴

Ainda no Brasil, nos anos seguintes, muitas foram as hipóteses submetidas ao Superior Tribunal de Justiça em que se acolheu a teoria da perda de uma chance, destacando-se adiante alguns dos casos e os relatores dos respectivos acórdãos. Assim, em 2012, o Ministro Luis Felipe Salomão (REsp nº 993.936/RJ, Quarta Turma), concluiu que *“em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da ‘perda de uma chance’ devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais*

possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico.” No mesmo sentido, acórdãos de relatoria dos Ministros Raul Araújo (AgInt no AREsp nº 1.333.056/PR, Quarta Turma, julgado em 17/12/2019), Nancy Andrichi (REsp nº 1.877.375/RS, Terceira Turma, julgado em 08/03/2022), Marco Buzzi (AgInt no AREsp nº 1.717.772/SP, Quarta Turma, julgado em 24/05/2022) e Maria Isabel Galloti (AgInt no AREsp 2.174.003/SP, julgado em 25/09/2023).

Ainda em 2012, a Ministra Nancy Andrichi (REsp nº 1.254.141/PR, Terceira Turma) analisou caso de erro médico decorrente de tratamento inadequado, com redução das possibilidades de cura. Afirmou que *“nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado. Notadamente nas situações em, que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano.”*

Ao apreciar ato ilícito no campo da atividade médico-hospitalar, ou seja, recusa de atendimento em hospital particular, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (REsp nº 1.335.622/DF, Terceira Turma, julgado em 18/12/2012), deixou positivado que *“restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde de menor, não tem respaldo legal ou moral. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco de ocorrência do resultado. A simples chance (de*

cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.”

Também em 2012, a Ministra Maria Isabel Gallotti (EDcl no AgRg no Ag 1.196.957/DF, Quarta Turma), apreciou o malogro em sorteio de 900 vales-compras e de 30 casas promovido por hipermercado, com violação do dever contratual, previsto no regulamento da promoção, de comunicar tempestivamente à cliente que foi contemplada no primeiro sorteio (vales-compras), o que a impediu de participar do segundo sorteio, ou seja, das 30 casas. Conclui a eminente magistrada em favor da responsabilidade civil do hipermercado e que o respectivo dano causado à cliente “(...) *não corresponde ao valor de uma das trinta casas sorteadas, mas à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado.*” No que diz respeito à valoração do dano, o Ministro Moura Ribeiro (AgInt no AREsp 1.737.042/RJ, Terceira Turma, julgado em 09/05/2022) ressalta que “*na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo.*”

Em 2013, o Ministro Mauro Campbell Marques (REsp nº 1.308.719/MG, Segunda Turma), ao apreciar a pertinência da teoria da perda de uma chance no caso de interpretação equivocada da Administração Pública quanto à impossibilidade de acumulação de cargos, afirmou que “*a teoria da perda de uma chance tem sido admitida no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Esta modalidade de reparação do dano tem como fundamento a probabilidade e uma certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. (...) Essencialmente, esta construção teórica implica num novo critério de mensuração do dano causado. Isso porque o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo.*

A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá o montante da indenização. Essa teoria tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas stricto sensu, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado.” Ainda no campo da responsabilidade civil do Estado, o Ministro Mauro Campbell Marques (REsp nº 1.814.217/DF, Segunda Turma, julgado em 09/08/2021), ao analisar acórdão de tribunal local, afirmou que este *“não concluiu que a ocorrência do dano – falecimento de recém-nascido – decorreu somente da conduta omissiva do ente público, mas que ‘acaso a falha na prestação do serviço não tivesse ocorrido, a cadeia causal seria diretamente impactada e os acontecimentos poderiam ter tomado outro curso’, de modo que aplicou a teoria da perda de uma chance ao caso em análise,* sendo o Distrito Federal condenado a indenizar os pais pela morte de seu filho em razão da deficiência do serviço da rede pública de saúde.

Em 2014, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (REsp nº 1.291.247/RJ, Terceira Turma), ao analisar descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical de recém-nascido, bem positivou que *“a teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.”*

Em 2018, o Ministro Luis Felipe Salomão (REsp nº 1.540.153/RS, Quarta Turma) reconheceu a perda da chance na venda ilícita de ações representativas de capital social, sem autorização do titular, que ficou privado da possibilidade concreta de vender essas ações por preço mais vantajoso. Positivou que *“no lugar de reparar aquilo que teria sido (providência impossível), a reparação de chances se volta ao passado, buscando a reposição do que foi, é nesse momento pretérito que se verifica*

se a vítima possuía uma chance. É essa chance, portanto, que lhe será devolvida sob a forma de reparação.” Reconheceu o nexo causal entre o ato ilícito (venda antecipada não autorizada das ações) e o dano (perda da chance de venda valorizada).

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em julgado de 2019 (REsp nº 1.757.936/SP, Terceira Turma) apontou que a reparação da chance perdida tem fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002 e é reforçada pelo princípio da reparação integral dos danos consagrada no art. 944 do mesmo diploma legal. Reconheceu a chance perdida no caso de um “reality show”, em que um erro de contagem de pontos na rodada semifinal eliminou indevidamente um dos participantes, que perdeu a oportunidade, séria e real, de participar da rodada de desempate.

Em 2022, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (AgInt no REsp nº 1.929.450/SP, Terceira Turma), debruçou-se sobre *“polêmica central em torno da responsabilidade civil da empresa demandada por perda de uma chance, especialmente a viabilidade de indenização da chance perdida, em razão da dificuldade de obtenção de elementos probatórios em prazo hábil para impugnação de alegadas doações inoficiosas que teriam diluído a participação social do falecido genitor das recorrentes em favor dos demais filhos”*. Destacou que *“os pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade civil por perda de uma chance foram bem sintetizados no acórdão recorrido”,* quais sejam *“(i) a viabilidade e a probabilidade de sucesso de futura ação declaratória de nulidade de doações inoficiosas; (ii) a viabilidade e a probabilidade de sucesso de futura ação de sonegados; (iii) a existência de nexo de causalidade entre o extravio de dois livros e as chances de vitória nas demandas judiciais.”*

No âmbito do Direito do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho do Brasil (Sexta Turma), em julgado de 2023, de relatoria da Ministra Katia Magalhães Arruda (RRAg-447-17.2021.5.21.0042), manteve decisão da corte regional que acolheu a tese da perda de uma chance decorrente da falha de mandatário (sindicato ou advogado), que perdeu o prazo recursal e frustrou a vitória provável de seu afiliado em recurso à instância superior.

Restou então decidido no acórdão do Tribunal Regional do Trabalho que “a falha no patrocínio da causa pode caracterizar ‘perda de uma chance’, mas não pela simples expectativa de sucesso hipotético do trabalhador, e sim pela frustração de uma chance concreta, certa e real do indivíduo, causada por ato ilícito (doloso ou culposo) do mandatário (sindicato ou advogado). In casu, é fato incontroverso que os advogados do Sindicato réu perderam o prazo para interposição do recurso cabível no processo 0001278-86.2015.5.21.0006, encerrando, assim, a oportunidade de o autor lograr êxito em alcançar o direito almejado (quebra de caixa). A inequívoca falta de diligência e zelo dos advogados do sindicato na defesa dos direitos do seu afiliado, consubstanciada na perda do prazo recursal que lhe asseguraria a possibilidade de sucesso na ação, culminou por macular, de forma reflexa, o patrimônio imaterial do autor, porquanto ceifou-lhe a possibilidade de obtenção de vantagem financeira quase certa, que seria revertida à garantia de subsistência mais digna para o autor e sua família”.

Em situação fática bem diversa, a mesma Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, também em 2023, em acórdão de relatoria do Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, no RR-RR 1000991-07.2016.5.02.0716, chancelou decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região que concedeu indenização pela perda de uma chance a pessoa que foi preterida em contratação para um cargo de direção em determinada empresa, apesar de ter sido bem sucedida num rígido processo seletivo e de ter aceito a proposta de contratação, dispensando outras ofertas de trabalho. O valor indenizatório por dano moral foi majorado pelo regional de 10 mil para 50 mil reais, que ainda reconheceu autonomamente os danos decorrentes da perda de uma chance, fixando-os em 150 mil reais, valor este equivalente a três salários então acertados entre as partes litigantes. O TST manteve o valor total indenizatório, equivalente a quantia ajustada de quatro salários, considerando que o montante arbitrado atendeu aos requisitos da razoabilidade e da proporcionalidade.¹⁵

Embora a teoria da perda de uma chance encontre aplicação numa variada gama de situações, ou seja, no campo privado e público, da

responsabilidade contratual e extracontratual, em condutas comissivas e omissivas (MOTA PINTO, 2018)¹⁶, os casos clássicos da perda de uma chance, como já assinalado anteriormente, tratam em geral de falhas dos serviços de advocacia e médico-hospitalares. Entretanto, ressalta PETEFFI DA SILVA (2013) a relutância da *“posição doutrinária dominante no direito francês”* que *“concorda com a afirmação de René Savatier de que a utilização da perda de uma chance no terreno médico hospitalar é o paraíso do juiz indeciso, devendo ser totalmente rechaçada, pois representa um desvirtuamento da utilização dos princípios da causalidade civil e um risco para a certeza de todo o sistema. Assim, sempre que o juiz não encontrar certeza para condenar o médico ou o hospital por todo o dano ocorrido, ou seja, a morte ou invalidez do paciente, deverá improceder totalmente a demanda indenizatória.”* Não obstante, o mesmo autor observa que a jurisprudência francesa não acompanhou a rigidez do pensamento doutrinário, adotando solução diversa. Vale lembrar que alguns autores, como SOUSA (2022), ainda repercutem o pensamento doutrinário francês e apresentam certas restrições ao amplo emprego da teoria da perda de uma chance aos casos médicos. A referida autora aponta que *“a transposição desta teoria para o domínio da responsabilidade civil médica é particularmente difícil apesar de se demonstrar verdadeiramente útil neste âmbito, atenta a forte aleatoriedade que o caracteriza.”*

Nos últimos anos, vários jovens autores têm sustentado a aplicação da teoria da perda de uma chance às relações no âmbito do direito de família. GUIMARÃES (2018) aponta a utilidade da teoria nos casos de abandono parental, de modo a abrandar os danos ocasionados aos filhos pela perda da chance de convívio familiar, tudo com base no princípio da dignidade humana e do dever de cuidado dos pais com a prole. No mesmo sentido, MONTORSI (2018) sustenta a aplicação da teoria quando verificada a omissão intencional da identidade do genitor pela mãe, privando o pai e o filho de conhecer a relação de paternidade, privando ambos do convívio mútuo. LIMA JR. (2009) debate a aplicação da teoria no campo da adoção. Nesta seara, há na jurisprudência brasileira um acórdão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (apelação 70023729916,

julgada em 10/09/2008), de relatoria do Desembargador Ricardo R. Ruschel, que reconheceu a perda de uma chance e condenou o Estado a compensar danos morais sofridos pelo autor da ação, então com 14 anos, que foi prejudicado pela demora injustificada na instauração de procedimento para sua inserção em família substituta quando contava com apenas 2 anos, idade em que é muito mais fácil concluir positivamente um processo adotivo.

Em geral, a teoria da perda de uma chance tem sido utilizada em ações individuais ou a abranger um número reduzido de postulantes, como no caso acima indicado. Entretanto, SPEAKER (2002), chancelado por PETEFFI DA SILVA (2013), sustenta, em obra específica sobre o tema, que o quadro teórico da perda de uma chance encontra aplicação mais clara nas ações coletivas do que nos casos individuais, especialmente no que diz respeito à quantificação dos danos que atingem determinada coletividade. Cita como exemplo paradigmático o caso *Hameed v. International Ass's of Bridge, Structural & Ornamental Iron Workers, Local Union*, envolvendo danos causados a trabalhadores negros por discriminação racial no processo de contratação de empregados. O caso foi julgado em 1980 pela United States Court of Appeal, for the Eighth Circuit, que reconheceu a ocorrência de discriminação praticada em detrimento de trabalhadores negros que, percentualmente, eram contratados em número significativamente menor e por isso perderam a chance de ser admitidos. Diante da dificuldade de identificar quais dos 45 demandantes teriam recebido treinamento prévio de aprendizagem sem discriminação, concedeu pagamento retroativo *pro rata* a todos eles, que perderam a chance de obter emprego, vítimas que foram de discriminação racial.

5. Conclusão

Parece evidente que a doutrina da perda de uma chance, embora com origem doutrinária na França, ganhou maior repercussão a partir dos precedentes de cortes inglesas, encorajando os demais países sensíveis ao tema a passarem a igualmente reconhecer, em maior ou menor extensão, a reparabilidade do dano daí decorrente. Objetiva não permitir, por critérios de genuína justiça, que bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico sejam maculados sem uma resposta indenizatória proporcional e razoável.

Em alguns países, como Brasil e também Portugal, a teoria passou a ser amplamente aceita em várias situações fáticas, especialmente do campo da responsabilidade civil de profissionais liberais, nomeadamente médicos e advogados. Tudo sempre circunscrito às peculiaridades do caso concreto, contemplando tanto danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais, cujos valores indenizatórios ou compensatórios baseiam-se não no equivalente ao benefício esperado, mas, sim, na própria chance perdida que constitui a lesão autonomamente sofrida pelo ofendido, considerando-se, para este fim, os pressupostos típicos da responsabilidade civil. Em última análise, a doutrina da perda de uma chance ganhou impulso ao aperfeiçoar critérios de justiça e não deixar sem a devida reparação danos derivados de acontecimentos em que, à primeira vista, numa análise superficial, não seria possível vislumbrar algumas das condições indispensáveis à aplicação das regras clássicas inerentes à responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. 1994a. *Da responsabilidade civil*. Vol. I. Forense, Rio de Janeiro. Pp. 372.
- AGUIAR DIAS, José de. 1994b. *Da responsabilidade civil*. Vol. II. Forense, Rio de Janeiro. Pp. 880.
- AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. 2015. *Responsabilidade civil pela perda da chance, natureza jurídica e quantificação do dano*. Editora Juruá, Curitiba. Pp. 329.
- ANTUNES VARELA, João de Matos 1996. *Das obrigações em geral*. Vol. I, Almedina, Coimbra. Pp. 959.
- CAMPOS, Juliana Carolina de Aquino & SILVA, Vinicius Alexandre 2023. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico pátrio civil. *Revista FT* 123.
- CARDONA FERREIRA, Rui. 2013. A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense). *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 73, outubro/dezembro: 1301-1329.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. 2013. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance – a álea e a técnica*. Editora Método, São Paulo. Pp. 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. 2021. *Programa de Responsabilidade Civil*. Atlas. São Paulo. Pp. 628.
- COOPER, Glenn. 1988. Damages for the loss of a chance in contract and tort. *Auckland University Law Review* 4: 39-51
- DINIZ, Maria Helena 2018. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: breve análise. *Revista dos Tribunais* 997: 293-308.
- FERREIRA, Rafael Pereira 2014. *A responsabilidade civil pela perda de chance e sua aplicação no ordenamento jurídico português*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal. Pp. 103.
- FURLAN, Alessandra Cristina. 2017. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 10: 119-149.

GUIMARÃES, Amanda Fernandes. 2018. *Diálogo entre o Direito de Família e a teoria da perda de uma chance: o abandono afetivo parental*. Monografia de Conclusão de Curso, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília. Pp. 56.

HIGA, Flávio da Costa. 2011. *A perda de uma chance no Direito do Trabalho*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Pp. 301.

LEAL, Saul Tourinho 2013. *Direito à felicidade*. Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Pp. 329.

LIMA JR, Valter Gonçalves de. 2009. Diálogo entre o Direito de Família e a teoria da perda de uma Chance: Estado punido por conduta que inviabilizou uma adoção. *Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal* 2 (4): 12-26

MARTINS, Ricardo Marcondes. 2020. Felicidade e ponderação. *Revista Internacional de Direito Público* 5 (8): 9-19.

MELO, Raimundo Simão de. 2007. Indenização pela perda de uma chance. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo* 13: 363-373.

MENEZES CORDEIRO, António. 2023. *Tratado de Direito Civil VIII*. Almedina, Coimbra. Pp. 941.

MENEZES CORDEIRO, António. 1991. *Teoria Geral do Direito Civil*. 1º vol. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, Lisboa. Pp. 734

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto, & CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2004. Comentários ao novo Código Civil, Vol. XIII. Forense, Rio de Janeiro. Pp. 555.

MONTORSI, Beatriz Walcher Silva. 2018. *A aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de omissão intencional da identidade do genitor pela genitora*. Artigo científico de conclusão de curso. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Pp. 18.

MOTA PINTO, Paulo. 2018. Perda de Chance Processual. *Revista de Direito Processual Civil Contemporâneo* 15: 345-386

PEREIRA, Caio Mário da S. 2018. *Responsabilidade civil*. Forense, Rio de Janeiro. Pp. 444.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. 2013. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. Atlas, São Paulo. Pp. 272.

PINTO MONTEIRO, António. 1985. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXVIII, Coimbra. Pp. 483.

POOLES, Michael & MACMAHON, Heather, 2021. Loss of a chance in commercial transaction: where are we now? *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, June: 406-408.

SANSEVERINO, Pauto de Tarso. V. 2010. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. Saraiva. São Paulo. Pp. 405.

SANSEVERINO, Pauto de Tarso. V. 2013. Responsabilidade civil no Código Civil de 2002 e a jurisprudência do STJ. Pp. 75-83 in AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.), *VI Jornada de Direito Civil*. Conselho da Justiça Federal, Brasília. Pp. 180.

SANTOS, Antonio Jeová. 2015. *Dano moral indenizável*. Editora JusPodium, Salvador. Pp. 626.

SCHREIBER, Anderson 2015. *Novos paradigmas da responsabilidade civil – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Atlas. São Paulo. Pp. 280.

SOUSA, Bruna. 2022. *Da perda de chance na responsabilidade civil do médico*. Almedina, Coimbra. Pp. 140.

SPEAKER, Paul J. 2002. The application of the loss of chance doctrine in class actions. *Review of Litigation* 21: 345-373

TEPEDINO, Gustavo, TERRA, Aline de Miranda Valverde & GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz. 2022. *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 4, Responsabilidade Civil. Editora Forense, Rio de Janeiro. Pp. 388.

VIEIRA GOMES, Júlio. 2005. Sobre o Dano da Perda de Chance. *Direito e Justiça* 19 (2): 9-47

-

¹ O “alargamento geral” da responsabilidade civil, inclusive quanto ao dano moral, o risco e outros âmbitos, foi igualmente destacado por MENEZES CORDEIRO (2023), para quem *“a dogmática da responsabilidade civil é, toda ela, infletida pelo fenômeno de sua expansão. (...) Na verdade, o alargamento geral da responsabilidade civil parece facilmente constatável: ela opera, cada vez mais, perante situações que, antes, lhe escapavam, É certo que, há muito, se tornara um lugar-comum referir o crescimento da responsabilidade civil, através de previsões legais de imputação objetiva, Tais previsões vinham, aliás, sofrendo pressões, seja no sentido da generalização, seja no da aplicação, por analogia.”*

² MARTINS (2020) aponta em suas conclusões que “A felicidade a ser assegurada pelo Estado é a felicidade objetiva, e não a subjetiva, apurada não por ficção ou por presunção, mas por abstração, tendo em vista os valores jurídicos consagrados pela humanidade em certo momento histórico, considerados a partir de uma ‘reflexão crítica esclarecida’. A abstração que leva à configuração da felicidade objetiva é influenciada pela felicidade subjetiva, pois não é lícito ao Estado causar tristeza subjetiva quando isso não for de alguma forma necessário para a felicidade objetiva. Deve-se ponderar o grau de infelicidade subjetiva concreto tendo em vista o grau de felicidade objetiva abstrato”.

³ *“(...) a reparação da perda de uma chance repousa, ao mesmo tempo, numa certeza e numa probabilidade: a certeza de que, não fosse o evento danoso, a chance desperdiçada teria sido aproveitada, e a probabilidade de que, neste caso, a vantagem poderia não ter sido perdida ou o prejuízo poderia ter sido evitado. Com base neste binômio – certeza e probabilidade –, construiu-se toda uma teoria para justificar que, também nestes casos, a vítima faz jus a uma indenização.”*

⁴ O autor (op. cit.) destaca que está em jogo uma “incerteza contrafactual, uma incerteza sobre uma situação hipotética, que teria supostamente se concretizado caso um fato – em espécie, o fato imputável ao réu – fosse suprimido do curso causal. Se normalmente é possível aguardar o desfecho de uma chance, visto que toda chance tende a se resolver a favor ou contra seu beneficiário, depois da intervenção do réu essa hipotética conclusão permanecerá, eternamente, relegada ao desconhecido. (...) A incerteza contrafactual é, assim, uma sublimação da álea que inicialmente atingia os interesses da vítima.”

⁵ PETEFFI DA SILVA (2013) adverte quanto às “consequências marginais da criação de riscos” que *“grande parte da confusão doutrinária gerada em torno da criação de riscos deve-se à inexistência de uma distinção entre diversos efeitos que dela podem decorrer. Todo risco criado corresponde ao aumento ou à criação da probabilidade de ocorrência de um dano futuro. Essa probabilidade, criada ou majorada, possibilita a geração de reflexos que, em determinadas situações, podem ser caracterizados como danos reparáveis. Assim, uma pessoa que devido a uma falha médica sofre um considerável aumento na probabilidade de desenvolver câncer no futuro pode ser acometida de grave angústia e sofrimento (dano moral e atual), bem como pode ser obrigada – para tentar evitar o aparecimento efetivo da doença cujo risco de desenvolvimento foi criado ou aumentado – a dispensar consideráveis quantias em tratamento médico (dano material e futuro). É nesse sentido que se utiliza a expressão “consequências marginais da criação de riscos, pois se pretende isolar aquilo que será denominado de ‘criação de riscos propriamente dita’, ou seja, a pura probabilidade*

do acontecimento de um dano futuro, dos outros efeitos, presentes e futuros, que tal probabilidade pode criar.”

⁶ Mesmo para aqueles que nutrem reserva ao acolhimento mais amplo da doutrina da perda de uma chance, ainda assim reconhecem sua pertinência pontual. Extraem-se alguns exemplos da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, a saber: “A doutrina da perda de chance não tem, em geral, apoio na nossa lei civil que exige a certeza dos danos indemnizáveis e a existência de nexo de causalidade entre eles e a conduta do lesante. Apenas quando se prove que o lesado obteria, com forte probabilidade, o direito não fora a chance perdida, se pode fundamentar uma indemnização pelos respectivos danos. (Relator Juiz Conselheiro João Moreira Camilo, 6ª Secção, proc. n.º 8972/06.5TbbRG.G1.S1, julgado em 29/05/2012); “A doutrina da perda de uma chance não tem apoio expresso na nossa lei civil, não tendo, em geral, virtualidade para fundamentar uma pretensão indemnizatória. Pelo que só em situações pontuais poderá ser atendida.” (Relator Juiz Conselheiro Serra Baptista, 2ª. Secção, proc. n.º 5817/09.8TvLSb.L1.S1, julgado em 18/10/2012).

⁷ Sobre esse relato, observa FLÁVIO COSTA HIGA (2011) que, “todavia, a decisão mencionada passou a ser constantemente citada como sendo o exemplo mais antigo de perda de uma chance na jurisprudência, o que não é verdade.”

⁸ https://www.trans-lex.org/382400/_/chaplin-v-hicks-%5B1911%5D-2-kb-786/ Acessado em novembro de 2023.

⁹ “Even had the health authority correctly diagnosed and treated the plaintiff on 26 April there is a high probability, which I assess as a 75 per cent. risk, that the plaintiff's injury would have followed the same course as it in fact has, that is he would have developed avascular necrosis of the whole femoral head with all the same adverse consequences as have already ensued and with all the same adverse future prospects. (2) That 75 per cent. risk was translated by the health authority's admitted breach of duty into an inevitability. Putting it the other way, their delay in diagnosis denied the plaintiff the 25 per cent. chance that, given immediate treatment, avascular necrosis would not have developed. (3) Had avascular necrosis not developed, the plaintiff would have made a very nearly full recovery. (4) The reason why the delay sealed the plaintiff's fate was because it allowed the pressure caused by haemarthrosis — the bleeding of ruptured bloodvessels into the joint — to compress and thus block the intact but distorted remaining vessels with the result that even had the fall left intact sufficient vessels to keep the epiphysis alive (which, as finding (1) makes plain, I think possible but improbable) such vessels would have become occluded and ineffective for this purpose” Acessado em novembro de 2023:

¹⁰ Na análise de Cooper (1988) “The essential issue behind the chance in Hotson (whether the blood vessels were intact) was an issue of past fact and, therefore, susceptible to the Mallett v McMonagle test. By that test, as a matter of certain fact, the blood vessels had not remained intact and, therefore, no chance existed at all. Although in fact there was a chance that the blood vessels were still intact, the rule stated in Mallett v McMonagle means that the factual chance is not recognised by the law as being a chance at all. This is why Lord Ackner says that even before the defendant's negligence the plaintiff's femoral epiphysis was “doomed”. The plaintiff, therefore, was unable to prove causation.”

¹¹ DI LUCA D'APOLLO (op. Cit): *“In sintesi il collegio giudicante nella sentenza n. 4400/2004 afferma che per ottenere il risarcimento è sufficiente provare l'inadempimento dell'obbligazione di mezzi, ‘senza che sia indispensabile fornire la prova particolaristica del nesso esistente tra la condotta e l'evento lesivo’. Secondo il pensiero della Corte di cassazione, la necessità di un rigoroso accertamento causale si avrà solo ‘nel caso in cui il soggetto creditore agisca per il risarcimento del danno costituito dal mancato raggiungimento del risultato sperato, allorché ciò sia conseguenza (...) dell'inadempimento della prestazione del medico’. Quando invece è inequivocabile la ‘risposta errata o comunque inadeguata’ fornita dal sanitario, l'attore potrà agire in via autonoma per ottenere il risarcimento della ‘perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile’.*”

¹² Supreme Court of Washington, May 26, 1983. EDITH E. HERSKOVITS, as Personal Representative, Appellant, v. GROUP HEALTH COOPERATIVE OF PUGET SOUND, Respondent: *“Both counsel have agreed for the purpose of arguing this summary judgment that the defendants were negligent in failing to make a diagnosis of cancer on Herskovits' initial visit in December 1974, and that such negligence was the proximate cause of reducing his chances of survival by 14 percent. It is undisputed that Herskovits had less than a 50 percent chance of survival at that time. Based on this agreement and Dr. Ostrow's deposition and affidavit, a prima facie case is shown. We reject Group Health's argument that plaintiffs must show that Herskovits "probably" would have had a 51 percent chance of survival if the hospital had not been negligent. We hold that medical testimony of a reduction of chance of survival from 39 percent to 25 percent is sufficient evidence to allow the proximate cause issue to go to the jury. Causing reduction of the opportunity to recover (loss of chance) by one's negligence, however, does not necessitate a total recovery against the negligent party for all damages caused by the victim's death. Damages should be awarded to the injured party or his family based only on damages caused directly by premature death, such as lost earnings and additional medical expenses, etc. We reverse the trial court and reinstate the cause of action.”*

¹³ Uniformizado o tema pelo Supremo Tribunal de Justiça, outros decisões se seguiram, como o acórdão de relatoria do Juiz Conselheiro Maria Clara Sottomayor (1.^a Secção, Proc. nº 21963/15.6T8PRT.P1.S1, julgado em 09/03/2022): *“I – O dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, tem de ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ónus da prova de tal consistência e seriedade. II – Considera-se provada a consistência do dano se o mandatário da autora, não entregando o pedido de indemnização cível na ação penal em que estava pendente o julgamento de homicídio do marido, fez precluir, num sistema de adesão obrigatória (artigo 71.º do CPP), o reconhecimento judicial do direito à indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes da morte violenta da vítima. (...) IV – O “julgamento dentro do julgamento” permitiu concluir que era altíssima a probabilidade de as autoras obterem no processo-crime, em que os arguidos foram condenados por homicídio qualificado, a condenação destes ao pagamento de uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados pela morte. V – Provada a consistência do dano da perda de chance com base da probabilidade qualificada de obtenção de um resultado favorável na ação originária, tal não significa que na operação de quantificação do dano da perda de chance as autoras obtenham um resultado igual ao que obteriam no processo-crime.”* No mesmo sentido acórdão da 2.^a Secção (Relator Juiz Conselheiro Catarina Serra, Proc. nº 1118/18.9T8VRL.L1.S1, julgado em 11/01/2024): *“Nos casos de dano por perda de chance processual, é adequado, para apurar a existência e a medida do dano, recorrer à operação*

do “julgamento dentro do julgamento”, que consiste em avaliar se existiria uma probabilidade consistente de, em determinada ação, a pretensão do autor ter sido acolhida no caso de o mandatário forense não ter incumprido.”

¹⁴ Segundo o referido acórdão, “(...) não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida”. (STJ, Quarta Turma, Recurso Especial nº 788.459-BA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves).

¹⁵ "RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E QUANTUM REFERENTE À INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE. TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA. No caso, verifica-se que os valores de R\$ 50.000,00 e R\$ 150.000,00 fixados pelo Regional a título de, respectivamente, indenização por dano moral decorrente da não contratação da autora aprovada em processo seletivo para a função de Diretora Executiva e indenização referente à perda de uma chance, notadamente frente à declaração de falência da ré, são expressivos o suficiente para ensejar o reconhecimento da transcendência econômica, nos termos do art. 896-A, § 1º, I, da CLT. Transcendência econômica reconhecida. VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E QUANTUM REFERENTE À INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE. REQUISITOS DO ART. 896, § 1º-A, DA CLT, ATENDIDOS. In casu, acerca da indenização correspondente ao dano moral decorrente da não contratação da autora aprovada em processo seletivo para a função de Diretora Executiva, colhe-se do acórdão recorrido que: "a reclamante produziu prova no processo de que, após submeter-se a longo e desgastante processo seletivo, participando de inúmeras entrevistas e exames psicológicos, foi comunicada pela Diretora de Recursos Humanos da reclamada de que teria sido aprovada para assumir a função de Diretora Executiva Administrativa e Controladoria, conforme mensagem eletrônica de fls. 35/36, enviada em 21/01/2016, que formalizou a proposta de contratação, cujos termos foram aceitos pela autora que, na expectativa da contratação, refutou diversas outras propostas ". Diante da comprovada

frustração vivenciada pela autora, o Regional concluiu: "a desistência da reclamada na contratação obreira, sem a apresentação de qualquer motivo plausível ou justificável, desconsiderando as tratativas firmadas com a parte obreira, importa em descumprimento do dever de lealdade contratual. Destarte, tem-se que a conduta ilícita resulta no dever de indenizar os prejuízos daí advindos. (...). No caso, observados os critérios doutrinários sugeridos, tenho que o valor arbitrado na origem (R\$ 10.000,00) não se mostra consentâneo com o grau da culpa, o porte do dano e o caráter pedagógico da pena, pelo que comporta, de fato, majoração ao que rearithro o montante da indenização por danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ". Por outro lado, com relação à indenização decorrente da perda de uma chance, a Corte a quo consignou: " No caso, o teor da mensagem eletrônica enviada pela Diretora de Recursos Humanos da reclamada incutiu na reclamante a expectativa de contratação e a crença de que, em pouco tempo, estaria integrando o quadro gerencial da reclamada, o que a motivou a comunicar seu desinteresse em participar de outros processos seletivos, o que se constata da mensagem de fl. 37. (...). Diante disso, com fulcro nos artigos 186, 402, 927 e 949 do Código Civil, aplicados subsidiariamente ao direito do trabalho por força do artigo 8º da CLT, que ampliam o espectro indenizatório e autorizam a reparação pela perda de uma chance, condeno a reclamada ao pagamento de indenização que fixo em valor equivalente a 3 salários pactuados, o que totaliza o montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ". Com base no salário pactuado para o cargo oferecido à autora, no importe de R\$50.000,00 mensais, constatase que o Tribunal Regional, ao majorar para R\$ 50.000,00 o valor de R\$ 10.000,00 arbitrado na sentença a título de indenização por dano moral decorrente da não contratação da autora aprovada em processo seletivo e fixar em R\$ 150.000,00 a indenização referente à perda de uma chance, bem observou os princípios da proporcionalidade e razoabilidade que norteiam a matéria. No caso, não se afiguram excessivos tais valores, porquanto se deve tomar como base de arbitramento justamente o valor do salário pactuado que seria auferido pela trabalhadora e, nesse aspecto, o valor total de ambas as indenizações deferidas, relativo a 4 salários pactuados, não representa enriquecimento sem causa da reclamante, tampouco encargo financeiro desproporcional para a reclamada. Recurso de revista não conhecido (RR-RR-1000991-07.2016.5.02.0716, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 25/08/2023).

¹⁶ "MOTA PINTO (2018) observa que "(...) a experiência prática permitiu distinguir em vários países diversos grupos de casos em que a ressarcibilidade da perda de chance é mais frequentemente questionada: hipóteses da perda de chance de cura ou de sobrevivência ("perte d'une chance de guérison ou survie"), em resultado de um erro médico, não se conseguindo apurar qual teria sido o resultado de uma actuação correcta, e apenas se podendo dizer que o lesado viu diminuídas oportunidades de cura ou de sobrevivência; de perda de chances de ganhar algo em concursos ou ofertas públicas, porque, em violação das regras, alguém é afastado ou prejudicado (por exemplo na sua classificação), excluindo, ou reduzindo, as suas chances de o vencer, e de obter o benefício em causa (por exemplo, uma contratação, uma promoção, etc.), sem que possa determinar-se com rigor qual teria sido o resultado de um procedimento correcto, e apenas se sabendo que o lesado teria maiores oportunidades de vir a obter o benefício resultante do concurso ou procedimento de escolha; casos de perda de oportunidades processuais, por responsabilidade do advogado, em que não se sabe teria sido o resultado do processo caso o advogado tivesse procedido diligentemente, mas pode dizer-se que o lesado perdeu uma hipótese ou possibilidade de conservação ou satisfação dos seus direitos."

Independência ou Morte! Reflexão Sobre a Independência Técnica do Banco Central Europeu e Sua Relação com a Decisão Política na Europa Monetária

João Rafael Fonseca Ramos Aleixo Assunção

Resumo

A reflexão agora apresentada foi escrita no âmbito do curso de Pós-Graduação em Direito da União Europeia 2022/2023, organizado pela Associação de Estudos Europeus de Coimbra, com o propósito de poder contribuir para o já longo rol de considerações sobre o tema da independência do Banco Central Europeu e a consequente restrição do campo da decisão política, procurando, consequentemente, analisar a sua correlação com o fenómeno da ascensão dos movimentos políticos extremistas e populistas no seio das democracias liberais europeias.

Ao longo do projeto que a seguir se revela e que é, pela natureza da sua função inicial, reconhecidamente breve e lacunar, procurou-se problematizar sobre a atual enquadramento jurídico e institucional do Banco Central Europeu e do seu mandato, não desejando discorrer sobre os méritos e deméritos económicos da sua ação - nem dos que, eventualmente, surgiriam com a alteração do atual quadro que a legitima -, mas tão simplesmente focar o que aquela faz significar para o campo da política e para o esboroar da relação de confiança entre representados e representantes.

Palavras-chave: Zona Euro; Independência do Banco Central Europeu; Democracia europeia; Estabilidade dos preços; Regras orçamentais; Democracia parlamentar; política monetária

Abstract

The reflections now presented were written as part of the Post-Graduate course in European Union Law 2022/2023, organised by the Associação de Estudos Europeus de Coimbra, with the aim of contributing to the already extensive body of literature on the subject of the independence of the European Central Bank and the consequent restriction of the field of political decision-making. Consequently, the aim was to analyse the correlation between this phenomenon and the rise of extremist and populist political movements within European liberal democracies.

The following project, which is admittedly brief and lacunar due to the nature of its initial function, attempts to problematise the current legal and institutional framework of the European Central Bank and its mandate. The aim of this project is not to assess the merits or demerits of the ECB's actions, or those that would eventually arise with a change in the current framework that legitimises it. Instead, it focuses on the implications for the field of politics and the breakdown of the relationship of trust between the policy-maker and their representatives.

Keywords: Eurozone; Independence of the European Central Bank; European democracy; Price stability; Budgetary rules; Parliamentary democracy; Monetary policy

1. Introdução¹

A constituição de uma União Monetária Europeia reporta-se ao Tratado de Roma de 1957. Nele consagrava-se um processo faseado de integração entre os países do Velho Continente, iniciando-se com a constituição de uma união aduaneira e avançando-se para o estabelecimento do Mercado Único Europeu, que garantiria a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e de capitais, e que viria a ser consagrado no Tratado de Maastricht de 1992.

O novo bloco regional que surgia tinha, portanto, no seu ADN, a ambição de dar um passo verdadeiramente inovador, juntando Estados-nação sob a alçada de uma moeda única, retirando da esfera de soberania dos governos nacionais uma das políticas que historicamente encabeçava o rol de poderes do Estado soberano. A política monetária, a bem do mercado único e da consolidação da concorrência entre Estados, iria concentrar-se numa Instituição a surgir, que pudesse libertar a importante tarefa de controle da massa monetária e do valor da moeda, das amarras discricionárias do poder político das nações.

O Banco Central Europeu é esta poderosa Instituição que nascerá no seio da União, no fim da década de 90, numa Europa em que as teorias monetaristas tinham reivindicado o seu protagonismo e em que a experiência europeia de instabilidade dos preços, continuamente associada ao fenómeno da inflação, vai indubitavelmente pesar².

A partir do ano de 2022, a Europa voltou a viver uma versão desse passado que a nova geração de europeus nunca havia conhecido. O aumento generalizado dos preços voltou ao interior do bloco regional por força da instabilidade económica que a invasão da Ucrânia por parte da Federação Russa proporcionou, pela recuperação anémica da China da crise de COVID-19, que provocou dificuldades nas cadeias globais de produção e consequente estrangimentos na oferta, e pelo aumento considerável do consumo, fruto dos níveis de aforro que as medidas mitigadoras de combate à COVID-19 proporcionaram, de forma indireta. Juntando a estes fatores, a

manutenção de uma política monetária expansionista, que o Banco Central de Mario Draghi havia iniciado para reativar a economia europeia da contração provocada pela crise das dívidas públicas, são razões para que as economias dos Estados-Membros tenham registado taxas de inflação de dois dígitos, depois de décadas sem conhecerem este fenómeno.

Hoje, os europeus voltam a compreender que a definição e condução da política monetária não têm efeitos neutros. A elas são possíveis associar consequências na produção, no emprego ou na distribuição do rendimento.

Neste desencontro de interesses, as particularidades de cada momento económico, social e político ditam quem beneficia e quem é prejudicado com a inflação. O ponto desta breve reflexão que pretendemos levar a cabo centra-se, precisamente, nesta constatação. A política monetária e o mandato do Banco Central Europeu têm efeitos bem mensuráveis no quotidiano dos cidadãos. Essas decisões e a prossecução do seu mandato podem adensar ou fragilizar determinada situação económica de um Estado-Membro, de um grupo de cidadãos, de um conjunto de setores económicos ou de um cidadão individualizado, que deverá ter os instrumentos políticos necessários para reivindicar, de forma legítima, a defesa e prossecução do seu caderno de interesses egoísticos.

Se assim é, há que levantar uma outra questão. Se a política monetária não é neutra quanto aos seus efeitos, é legítimo que a sua definição e prossecução estejam à margem do processo democrático, com o objetivo de tornar a Instituição politicamente independente e onde impere a insofismável lucidez da técnica?

Procuraremos, numa primeira fase desta breve análise, refletir sobre o desenho do Banco Central Europeu, como o seu mandato foi cristalizado na legislação primária europeia e como a independência da política é uma trave-mestra desta Instituição. De seguida, trataremos de analisar o atual momento de inflação que a União Europeia vive e a resposta que o Banco Central Europeu tem ensaiado para fazer face ao aumento generalizado dos preços, bem como os efeitos e limitações democráticas dessas decisões e recomendações dadas aos governos dos Estados-Membros. Por fim,

traçaremos um breve apanhado de potenciais reformas ao quadro jurídico-institucional da União Europeia, em particular da sua Zona Monetária, de forma a manter um sistema que possibilite um certo grau de independência técnica, mas que não fique absolutamente alheado da decisão política, assegurando que as suas decisões têm como base os ditames próprios de um sistema de democracia representativa, contrariando, pois, a tendência para o erguer de uma democracia procedimental, que parece ocupar um lugar central nesta Europa dos 20.

No fundo, procuraremos refletir se este atual sistema de independência ou morte é assim tão inevitável ou se, num sistema político erguido nas bases históricas dos Estados-Membros e das suas democracias liberais, ainda há lugar para a democracia representativa e para a política *per se*.

2. O Banco Central Europeu e o império da independência técnica

É no artigo 119.º, n.º 2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que se consagra que é objetivo dos Estados-Membros a criação de uma moeda única, o euro, e a definição e condução de uma política monetária e de uma política cambial únicas, cujo objetivo primordial é a manutenção da estabilidade dos preços e, sem prejuízo desse objetivo, o apoio às políticas económicas gerais na união, de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência. Também no artigo 127.º do TFUE, que trata da condução da política monetária por parte do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC), se estabelece como objetivo primordial da ação do Sistema a manutenção da estabilidade dos preços, apoiando, sem prejuízo do objetivo primordial traçado, as demais políticas económicas gerais na União que pretendam contribuir para a realização dos demais objetivos da União, como definidos no artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE). Mesmo no artigo para o qual remete, no seu número 3, estabelece-se que a «a União empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços» para, só depois, designar a meta do pleno emprego e do progresso social, bem como um elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente e o fomento do progresso científico e tecnológico.

Por este percurso normativo é possível concluir um conjunto de pontos. Em primeiro lugar, compreende-se bem a importância basilar que a estabilidade dos preços ocupa no sistema económico e monetário europeu, tendo sido cristalizado como objetivo número um, limitador de todos os outros, que são fixados num plano residual. Em segundo lugar, destaca-se como a consagração deste mandato nos tratados europeus é erodido de quaisquer considerações de ordem política e não está dependente das exigências que a realidade apresente, sendo, portanto, encarado como um objetivo de ordem técnica, que deve ser encarado, não como um instrumento (entre vários que poderão ser escolhidos), mas como fim em si mesmo. E, em terceiro lugar, que a opção que o legislador primário decidiu

inscrever no Tratado, anula a decisão política do legislador ordinário, que se secundariza perante a neutralidade técnica que a política monetária passa a ter.

É neste quadro governativo que surge o Banco Central Europeu, como uma Instituição dotada de poderes diretamente conferidos pelos Tratados³. Fundado em 1998, com o propósito de ser o banco central dos Estados-Membros que adiram à moeda única, é-lhe atribuído a função de coordenação da política monetária, através de um mandato restrito bem definido e permanente interação com os bancos centrais nacionais, como se de um banco federal se tratasse.

O Banco Central Europeu é composto por três órgãos: O Conselho do BCE, a Comissão Executiva e o Conselho Geral do BCE⁴.

O Conselho do BCE é constituído pelos membros da Comissão Executiva e pelos governadores dos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros da Zona Euro⁵ e tem como função a definição da política monetária do BCE. Já a Comissão executiva é constituída por um presidente, um vice-presidente e quatro vogais⁶ nomeados pelo Conselho Europeu, seguindo recomendação do Conselho, após consulta ao Parlamento Europeu e ao Conselho do BCE, para um mandato de 8 anos, não renovável⁷, e estando impedidos de exercer outra atividade, remunerada ou não. Este órgão tem como missão a execução da política monetária de acordo com as orientações e as decisões estabelecidas pelo Conselho do BCE⁸.

São estes os órgãos dirigentes que conduzem a política monetária da Zona Euro. Este mandato atribuído diretamente pelos Tratados é o que confere ao BCE dignidade constitucional⁹, mas também é o que limita o seu poder de definição da política monetária, uma vez que o mesmo tem como objetivo primordial a estabilidade dos preços, nunca podendo este objetivo ser posto em causa para a prossecução de prioridades económicas alternativas¹⁰.

Este desenho jurídico do BCE vai assegurar a política monetária da Zona Euro como algo a ser conduzido pelas autoridades monetárias sem

interferência das instâncias políticas, que inevitavelmente colocariam em causa o objetivo do controlo da inflação¹¹, por motivos eleitoristas ou medidas políticas irresponsáveis. É neste contexto que se entende a consagração da proibição do BCE, dos bancos centrais nacionais ou qualquer membro dos órgãos de decisão poderem solicitar ou receber instruções das instituições, órgãos ou organismos da União, dos Governos dos Estados-Membros ou de qualquer outra entidade no exercício dos seus poderes e no cumprimento das atribuições e deveres que lhes são cometidos pelos Tratados e pelos Estatutos do BCE¹². Entende-se, também, na não ponderação do peso político e económico dos Estados-Membros no Conselho do BCE, atribuindo apenas um voto a cada membro que nele participa, em total independência dos respetivos Estados¹³. Compreende-se, ainda, na consagração de mandatos dos elementos da Comissão Executiva de 8 anos, não renováveis¹⁴, de forma a evitar a coincidência com as legislaturas e a consequente captura da política monetária pelos ciclos políticos¹⁵. No mesmo sentido, encara-se a exigência dos estatutos dos bancos centrais nacionais preverem que o mandato do governador do banco central nacional não possa ser inferior a cinco anos e que este apenas poderá ser demitido das suas funções se deixar de preencher os requisitos necessários ao exercício das mesmas ou se tiver cometido falta grave, atribuindo ao governador em causa ou ao Conselho do BCE o direito de interpor recurso da decisão de demissão para o Tribunal de Justiça¹⁶.

É neste quadro institucional e de atuação que o BCE se nos apresenta como o paradigma das teses monetaristas, «o banco central mais independente do mundo»¹⁷, em que a inflação é o inimigo número um e o único a ser combatido pela política monetária que, caso ambicione algo mais e se deixe levar pela tentação de atuar de forma a influenciar os fatores reais da economia, não alcançará nada mais do que instabilidade económica. É o triunfo da tese de que «o Estado era o problema e tinha de ser circunscrito»¹⁸ sob pena de interferir na atuação perfeita dos mercados.

Aqui reside o império da independência técnica do BCE, enquanto Instituição independente das restantes Instituições europeias¹⁹, mas também

da própria vida política e social da União, uma vez que a prossecução do seu mandato não depende – antes influencia e limita a decisão política –, nem das exigências socioeconómicas que a realidade lhe pode fazer surgir enquanto campo da definição e decisão política, nem do próprio controlo democrático, quer se coloque a tónica da representatividade nos governos dos Estados-Membros, quer se considere a capacidade dos cidadãos ou dos seus parlamentares eleitos em influenciar as decisões técnicas do BCE.

Como dissemos na introdução deste trabalho, a política monetária tem efeitos mensuráveis na economia real, influenciando a produção, a criação de emprego ou a distribuição de riqueza, criando vencedores e vencidos, interessados e desinteressados, o que, na linha de STIGLITZ, faz concluir que «equilibrar a inflação e o desemprego é – ou deveria ser – uma decisão política»²⁰.

Não nos parece, portanto, admissível afirmar a aridez política da decisão de prossecução do objetivo primordial (e, em última instância, único) da estabilidade dos preços, em prejuízo da não prossecução de uma política monetária que tenha como objetivo o crescimento económico ou o aumento do emprego na Zona Euro. Apesar desta sua natureza política, a governança do BCE não é controlável pelos cidadãos europeus, não lhes atribuindo, por contraposição, o poder de exigir, de forma democrática, a alteração das políticas do BCE. Enquanto assim se passar, é possível afirmar com segurança que o BCE é uma estrutura política que não se sujeita à responsabilização democrática dos cidadãos europeus²¹.

A independência técnica do BCE é, portanto, o eixo central de toda a política monetária da Zona Euro, influenciando, como veremos de seguida, toda a decisão de âmbito fiscal, orçamental e económico das restantes Instituições europeias e do que resta aos governos e parlamentos nacionais. A técnica impõe-se à política, fazendo da ideologia um aspeto colateral do debate político-partidário. É com esta mudança de eixo que a democracia representativa perde o seu fôlego, enquanto sistema capaz de juntar numa assembleia representativa os vários entendimentos e interesses que cruzam uma sociedade.

O que resta à política, num tempo em que o sistema já não procura equilibrar os vários entendimentos representados, para, ao invés, passar a encontrar a sua legitimidade fundante no cumprimento procedimental e restrito dos dogmas técnicos estabelecidos? Analisemos, em jeito de caso prático, o atual momento de inflação que a União Europeia regista e o que sobrou à política na hora de fazer face aos seus efeitos.

3. Um caso de inflação: o que sobra à política?

A 26 de junho de 2023, o Banco Central Europeu realizou, em Sintra, o seu encontro anual de governadores dos bancos centrais dos Estados-Membros da Zona Euro, com o tema “Estabilização Macroeconómica num ambiente volátil de inflação”. Na intervenção inaugural deste encontro, a presidente do BCE, Christine Lagarde, citou uma ativista socialista histórica norte-americana, Helen Keller, escolhendo como eixo estruturante da sua intervenção a ideia de que “os nossos piores inimigos não são circunstâncias beligerantes, mas espíritos vacilantes”.

Não deixa de ser curioso a escolha da presidente do BCE e a forma como ressuscitou uma intervenção iminentemente política, de uma ativista política, de um período em que a ideologia era o combustível das sociedades ocidentais, motivando comunidades em contínua divergência e desalinho. A citação de Helen Keller inauguraria um discurso em que a mensagem a passar aos governadores e académicos que se encontravam em Sintra, mas também a todos os governantes, membros eleitos e cidadãos europeus, era que o alvo a abater neste momento de combate à inflação na Europa seriam, precisamente, todos aqueles que reivindicam políticas alternativas à subida contínua das taxas de juro diretoras na Zona Euro, contraindo a procura e aumentando o custo do financiamento das famílias e empresas. Esses “espíritos vacilantes” devem ser contrariados para não permitir que se coloque em causa a prossecução do objetivo central da instituição: a estabilidade dos preços, independentemente das condições económicas ou sociais que o tempo presente manifeste. Os espíritos vacilantes dos políticos, sempre preocupados com as próximas eleições e

com os efeitos das suas medidas no eleitorado, deveriam abster-se de tentar contrariar os efeitos das medidas técnicas do BCE, parando com os apoios sociais de manutenção do rendimento que vários governos mantiveram desde a pandemia, contrariando a tendência de aumento dos salários e contraindo o investimento público nos próximos orçamentos.

Pelo objeto deste trabalho, não cabe avaliar os efeitos económicos das várias medidas enunciadas, nem tecer considerações sobre o mérito das mesmas. O que nos motiva é a análise de que elas, como dissemos atrás, são opções e, como tal, produzem efeitos distintos, não devendo, portanto, ser enquadradas como uma decisão técnica, que cumpriu um procedimento que a legitima, mas sim política, sujeita à fiscalização dos cidadãos e responsabilização política dos governantes que as tomam.

A intervenção de Christine Lagarde mais curiosa se torna se considerarmos o facto da mesma ter sido feita num dos países da Zona Euro em que grande parte da população é particularmente prejudicada com a decisão de manutenção de aumento das taxas de juro do BCE, uma vez que cerca de 90% das famílias portuguesas contraíram crédito à habitação com taxas de juro variáveis²². Nesta lógica, as famílias portuguesas, ao serem contrárias à intenção de manter a rota de aumento das taxas de juro, pela mesma conflitar com o seu próprio interesse, e os partidos com a intenção de representar esse legítimo interesse social, seriam os tais “espíritos vacilantes” em relação à decisão do BCE, encarados como um corpo político que verdadeiramente não sabe o que é melhor para ele, iludido pela ideia de que há alternativa à conclusão racional e objetiva que a independência técnica da Instituição oferece.

No seguimento da intervenção da presidente do BCE, tanto o chefe de Governo, como o chefe de Estado português, vieram pedir contenção ao Banco Central, tendo o Governo rejeitado abandonar a sua política de manutenção de apoios sociais e de aumento dos salários. Poderia esta tomada de posição servir como contra-argumento à ideia que temos vindo a expor neste trabalho: apesar da independência técnica do Banco Central Europeu e do seu mandato restrito na condução da política monetária, os

Estados-Membros têm a plena liberdade política de limitar os seus efeitos, conduzindo a sua política económica, fiscal e orçamental a seu bel-prazer, gozando da discricionariedade própria da decisão política, seguindo as pressões naturais que o conflito de interesses de uma sociedade traz para o quadro de decisão de um representante político que, a fim de sobreviver às próximas eleições, terá inevitavelmente que ter em conta e equilibrar as expectativas dos vários quadrantes políticos que constituem a sociedade. Estaria, pois, rejeitada, a tese de que a independência técnica do BCE influenciava todo o sistema democrático europeu, sendo apenas um dos vários agentes existentes, cujo mandato, apesar de influenciar, não determinava toda a decisão política.

Não é possível, contudo, ignorar que esta intenção que foi enunciada pelo Governo português de manter um orçamento expansionista, com medidas promotoras do aumento dos salários e de mitigação do impacto da subida das taxas de juro na vida dos cidadãos está, também ela, extremamente limitada pelas regras orçamentais europeias, fazendo com que a discricionariedade política, nestas matérias, subsista dentro do colete de forças das regras da UE consagradas no Pacto de Estabilidade e Crescimento e que limitam os Estados-Membros quanto aos níveis de défice orçamental e de dívida pública.

Há que realçar que os limites consagrados na legislação comunitária estão suspensos até 2024, fruto da necessidade que todos os Estados-Membros tiveram de aumentar a sua despesa pública e o seu grau de endividamento para reforçar os seus sistemas de saúde e fazer face à pandemia de COVID-19, assegurando, simultaneamente a mitigação dos efeitos económicos que as medidas restritivas da liberdade de circulação tiveram. Essa cláusula de escape foi estendida pelos efeitos que a guerra na Ucrânia voltou a ter nas economias da UE, mas está previsto que em 2024 esse regime de exceção termine e os Estados-Membros tenham de voltar ao rigor orçamental, sob pena de serem alvo de um procedimento por défices excessivos, verdadeira bomba atómica, na mão da Comissão Europeia, para

qualquer economia já fragilizada com elevados níveis de défice orçamental ou endividamento público.

Neste momento, encontra-se em análise a definição de novas regras orçamentais já a partir de 2024, mas, enquanto a indefinição e incerteza quanto ao futuro impera, a pergunta que se coloca é a seguinte: estará o Governo português (ou qualquer outro que tenha a intenção política de contrariar os efeitos da política monetária levada a cabo pelo BCE) em condições de cumprir com o que prometeu como resposta à política do BCE?

A resposta, à luz do atual regime, só pode ser negativa. Isto porque a manutenção de uma política orçamental expansionista num ambiente de subida substancial das taxas de juro vai levar a um agravamento das condições de endividamento para o Estado-Membro, que condiciona a sua capacidade de cumprir com os limites da dívida pública em relação ao PIB (que, por sua vez também deverá contrair, fruto do aumento das taxas de juro e da contração da procura) e ao aumento da despesa pública com os custos da gestão da dívida, o que influenciará a capacidade de manter saldos orçamentais equilibrados (juntando-se a possibilidade de diminuição da receita fiscal, por força da contração económica).

Assim, e apesar do campo de discricionariedade política que os governos aparentemente mantêm fora da política monetária, a análise do quadro jurídico comunitário por inteiro faz-nos compreender que, a médio/longo-prazo, a política monetária e o BCE ocupam um lugar central na definição do rumo económico da Zona Euro. Esta constatação é a negação cabal da decisão política, uma vez que o campo decisório, pelo desenho jurídico que foi estabelecido na UE, é limitado a apenas uma opção: acompanhar a tendência definida pelo Banco Central Europeu. Caso não o faça, o político terá de lidar duplamente com o insucesso, não tendo sido capaz de contrariar os efeitos da política monetária levada a cabo pelo BCE e sujeitando-se ao incumprimento das regras orçamentais do défice e da dívida pública.

Aqui chegados, ao político e ao cidadão cabe uma de duas opções: assumir que não tem alternativa, cultivando o paradigma TINA²³ e tentando, de forma conjuntural, mitigar os efeitos económicos na vida do cidadão e este reivindicar algumas medidas que aliviem os efeitos socioeconómicos que se fazem sentir por força da política que não tem como fiscalizar ou responsabilizar; ou, por outro lado, tentar contrariar os efeitos com a sua política alternativa e, no final das contas, sujeitar-se à sanção eleitoral por não ter sido capaz de o fazer e, com isso, ainda ter agravado a situação económica e orçamental do país. Mas onde se enquadra o cidadão nesta opção? Será concebível esperar que o eleitor se satisfaça com a utilização, de ciclo eleitoral em ciclo eleitoral, da sua prerrogativa democrática de sancionar os seus eleitos optando por outros que, a prazo, sabe que se confrontarão com o mesmo cruzamento de decisão política viciada?

Da prossecução do mandato de independência técnica do BCE e das suas ramificações para o restante quadro da decisão política na Zona Euro que vimos, surge, portanto, um outro efeito para o sistema democrático. A descrença no sistema ergue-se como resposta ao resultado que remete parte da comunidade para um constante lugar de vencido, sem representação política dentro do sistema que prometia garantir essa mesma representatividade.

A alternativa do cidadão passa a ser encarar a possibilidade de eleger representantes dos extremos do quadro político, eleitos que rejeitem governar à luz das normas jurídico-constitucionais que compõem o sistema e, como tal, baseiem o seu programa de governo na ideia de destruição do atual regime, que dita, constantemente, uma dialética social, oportunisticamente aproveitada por políticos populistas, que simplificam a problemática a uma batalha estrutural entre “eles e nós”, vencedores e vencidos do sistema, que prometem recuperar o poder perdido e não se vergar perante os burocratas de Bruxelas e Frankfurt, voltar a erguer as barreiras nacionais e lutar por aqueles que perderam a voz nos partidos

tradicionais, legitimando, de forma democrática, alternativas que se encontram à margem do sistema.

No início deste ponto perguntávamos qual era o espaço da política, num caso de inflação como o que a Europa vive hoje. No fundo, o que questionávamos era, nos momentos mais críticos da vida socioeconómica das sociedades europeias, o que é que a decisão política dos governantes e representantes eleitos pode influenciar? A conclusão a que se chega na resposta a essa questão é que o âmbito da decisão política legitimada pelo procedimento democrático encontra-se extremamente limitado pelo procedimento técnico, levando a que a única alternativa política esteja à margem do quadro institucional em vigor, o que poderá ditar uma verdadeira escolha entre a independência (encarada como a rejeição *strictu sensu* da política) e a morte do regime, legitimada pelo próprio procedimento democrático.

4. O virar do tabuleiro: Uma independência técnica limitada pela decisão política

Quando a UE inaugurou o seu sistema político multinível, veio também estender, de forma considerável e em particular nos países que constituem a Zona Euro, a cadeia de legitimidade das decisões políticas comunitárias sobre assuntos até então exclusivos das assembleias ou governos nacionais e com efeitos diretos e vinculativos para os cidadãos europeus. Entre Cidadão e decisor final, a UE construiu um imenso fosso que dificultava conceber o sistema como legitimado democraticamente²⁴, sem os cidadãos terem a capacidade de fiscalizar ou de orientar politicamente os decisores comunitários finais.

Esta constatação é particularmente certa quando analisamos a estrutura orgânica do Banco Central Europeu, a sua centralidade na definição da política monetária da Zona Euro e os efeitos no quotidiano dos Estados-Membros e seus cidadãos, não sendo o resultado da sua decisão neutro. Por isso mesmo, afirmámos que, à sua atuação, estão associadas opções políticas.

Desde a sua fundação, a construção do edifício jurídico da União Europeia tem, contudo, sofrido alterações substanciais, podendo-se compreender que, fruto desta crítica que a doutrina e a sociedade foi levantando, o Parlamento Europeu, enquanto câmara de representação dos cidadãos europeus, passou a exercer uma nova centralidade na vida política e jurídica europeia, o que contribui para mitigar este défice de legitimidade democrática que a transferência original de competências proporcionou.

Apesar disso, como temos vindo a analisar ao longo desta reflexão, a centralidade que a independência técnica do BCE assume no processo de definição, implementação, fiscalização e responsabilização da política monetária, bem como as restantes limitações na política orçamental, económica e fiscal, fazem com que se mantenha um défice de legitimidade democrática no seio da Zona Euro.

É, por isso, que tendemos a afirmar, em linha de outros²⁵, a urgência da emergência de um sistema de governo próprio da Zona Euro que possibilite renovar a legitimidade democrática desgastada pela restrição, nas matérias que assinalámos, dos poderes das assembleias e governos nacionais.

Assim, para consolidar o princípio da primazia democrático-parlamentar, legitimando as decisões europeias capazes de impactar a vida dos cidadãos dos Estados-membros da Zona Euro de forma vinculativa, ainda que indireta, a constituição de uma nova assembleia representativa da comunidade política constituída pelos cidadãos dos países desta área monetária é uma proposta que possibilitaria responder às principais preocupações que temos vindo a levantar ao longo deste trabalho.

O surgimento desta nova Instituição permitiria, por um lado, reforçar a integração europeia entre os Estados-membros integrantes da Zona Euro. Por outro lado, esta assembleia restrita permitiria a transferência de competências de natureza económico-financeira da área monetária europeia, atualmente atribuídas ao Conselho ou à Comissão, reforçando a vertente parlamentarista da democracia da União e possibilitando um maior controlo e definição por parte dos cidadãos do mandato e da governança das Instituições Europeias, bem como dos seus líderes políticos.

No caso do BCE, que mantém um mandato restrito cristalizado nos tratados e sendo o seu presidente nomeado pelo Conselho Europeu, a formação desta assembleia representativa dos cidadãos que integram a Zona Euro poderia permitir uma adaptação do mandato do BCE por parte desta Instituição, possibilitando, ainda, uma maior participação na eleição e controlo dos dirigentes do BCE, reconhecendo a sua condição de verdadeiro agente político da Zona Euro, responsável por uma Instituição também ela política, contrariando o atual desenho que pugna pela sua total independência perante o poder político.

Naturalmente, este passo proposto para assegurar um fortalecimento da democracia no seio da Zona Euro exigiria uma reforma de fundo do atual equilíbrio institucional europeu, através da alteração dos Tratados comunitários. Esta alteração possibilitaria, em primeiro lugar, remover da lei primária comunitária a primazia excludente da prossecução da estabilidade dos preços, permitindo compatibilizar esse objetivo com os restantes já consagrados e com as necessidades que o caso concreto exija e, em segundo lugar, a criação de uma nova assembleia representativa com poderes de nomeação e fiscalização da atuação do BCE e de condução da política orçamental, fiscal e económica da Zona Euro.

Esta revisitação dos Tratados que agora propomos fecha a breve reflexão que propusemos fazer neste trabalho. A concretização destes princípios que enunciámos merece, evidentemente, maior densificação no Direito primário e na legislação derivada, de forma a consolidar um novo enquadramento jurídico-político, com novos pesos e contrapesos institucionais e com freios à decisão política.

No fundo, o que se propõe é o virar do atual tabuleiro, permitindo que o jogo volte a ser jogado nas regras instituídas pelo sistema de representatividade democrática. Essa mudança é vital para que os cidadãos europeus possam reforçar o sentimento de integração europeia e, com isso, rejeitar soluções políticas que colocam em causa a sua manutenção, impedindo que os cíclicos períodos de crise económica sejam um combustível para a crispação social, que não encontra representatividade

das suas angústias e frustrações no sistema, o que, por sua vez, leva à perspectiva de superação da crise à custa de uma parte da sociedade que foi vencida sem nada poder fazer para contrariar esse desfecho, resultando, por fim, no descrédito das instituições democráticas nacionais e comunitárias.

Independência ou morte seria o grito que, hoje, definiria a condução da política monetária europeia. Mas será fundamental que o quadro institucional comunitário se centre, também na zona Euro, na decisão política e na representatividade democrática. Caso contrário, num cenário em que a escolha passe pela independência ou morte, é bem possível que, a prazo, os cidadãos europeus acabem por escolher a segunda opção.

5. Bibliografia

– ALEKSIEVITCH, S. *O fim do Homem soviético. Um tempo de desencanto. Porto Editora (2015);*

–AMADOR, J., AZEVEDO, J. V., & BRAZ, C. *O aprofundamento da União Económica e Monetária*. Banco de Portugal. Consultado em: https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/op201801_0.pdf (2018);

–AMARAL, J. F. *Porque devemos sair do Euro – O divórcio necessário para tirar Portugal da crise*, Lua de Papel (2013);

–BENTO, Vitor *Euro Forte, Euro fraco – Duas culturas, uma moeda: um convívio (im)possível?*, bnomics (2013);

–CANFORA, L. *A democracia história de uma ideologia*. Edições 70 (2004). ;

–DOMBROVSKIS, V., & MOSCOVICI, P. *Documento de reflexão sobre o aprofundamento da União Económica e Monetária*. Consultado em: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-emu_pt.pdf (2017);

–EVANS, R. J. *A ascensão do terceiro reich*. Edições 70 (2019);

–FRIEDMAN, M., & SCHWARTZ, A. J. *FRIEDMAN, M., & SCHWARTZ, A. J. 1960*. Princeton University Press (1971);

- GRAUWE, P. *Economics of Monetary Union*, 11ª ed., Oxford University Press (2016);
- HENNETTE, S., PIKETTY, T., SACRISTE, G., & VAUCHEZ, A. *Por um tratado de democratização da europa*. Círculo de Leitores (2017);
- JUNIOR, E. A União Económica e Monetária e a crise. In *Boletim de ciências económicas*. Coimbra, Portugal: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Instituto jurídico (2014);
- JUNKER, J. C., TUSK, D., DIJSSELBLOEM, J., DRAGHI, M., & SCHULZ, M.. *Concluir a União Económica e Monetária Europeia*. Consultado em: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/5presidentsreport.pt.pdf?3351090ca3f9a574fef6735c17ecd7ca>;
- KAUFMANN, P. *O Euro*, Bertrand Editora (1997);
- KUPCHAN, C. A., SAPIR, A., SCHARPF, F. W., WOLFF, G. B., & WRIGHT, T. *A crise do Euro*. Cadernos d. Quixote (2015);
- LARANJEIRO, C. *Lições de integração monetária*. Almedina (2009);
- LAVROFF, D. G. *História das ideias políticas. Da antiguidade ao fim do século XVIII* (1ª ed.). Edições 70 (2006);
- MACHADO, J. E. *Direito da União Europeia* (2ª ed.). Coimbra, Portugal: Coimbra editora (2014);
- MARQUES, A. *Economia da União Europeia*. Almedina (2006);
- MOREIRA, V. "A vontade dos cidadãos da União Europeia": a democracia supranacional na União Europeia. Consultado em https://doi.org/10.14195/1647-8622_17_3 (2017);
- NUNES, A. A. *Economia - a moeda*. Coimbra, Portugal: Serviços de ação social da U.C. (2005);
- NUNES, A. A. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas. Volume 56, Consultado em: http://dx.doi.org/10.14195/0870-4260_56_1 (2013);
- PIKETTY, T. *O capital no Século XXI*. Temas e Debates - Círculo de Leitores (2014);

- PINTO, A. M. *O EURO: Desafios e Reformas. Será Possível e desejável assegurar a sustentabilidade e a integridade da Zona Euro?* Universidade Católica Editora (2019);
- PORTO, M. *Economia: Um texto introdutório* (4ª ed.). Almedina (2014);
- QUINTAL, C. *Banco Central Europeu: independência e responsabilidade política*. Consultado em: <http://hdl.handle.net/10316.2/25091> (1998);
- SCHMIDT, V. *Déficit democrático da União Europeia: a crise da zona euro como factor agravante?* Consultado em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=b5c68cd7ce1fe60a537b9fb6c370ff56&groupId=265553 (2014);
- SILVA, A. C. *União Económica e Monetária – Funcionamento e Implicações*, Editorial Verbo (1999);
- SIMON, S. *Cidadãos*. Civilização Editora (2011);
- STIGLITZ, J. E. *O euro, como uma moeda única ameaça o futuro da Europa*. Bertrand Editora (2016);
- TEIXEIRA, P. B. *O fim do Euro em Portugal? Como chegámos à crise actual* (2ª ed.). Actual (2014);
- VERBEKEN, D., & RAKIĆ, D. *A história da União Económica e Monetária*. Consultado em: <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/79/a-historia-dauniao-economica-e-monetaria> (2018).

-

¹ Trabalho apresentado à Associação de Estudos Europeus de Coimbra, no âmbito da pós-graduação em Direito da União Europeia.

² É relativamente simples encontrar experiências inflacionistas entre os europeus. Podemos destacar, por exemplo, A revolução francesa, a república de Weimar, ou a queda da URSS. Quanto ao primeiro, por exemplo e entre outros: SIMON, S. *Cidadãos*. Civilização Editora (2011); quanto ao segundo, por exemplo e entre outros: EVANS, R. J. *A ascensão do terceiro reich*. Edições 70 (2019); quanto ao terceiro, por exemplo e entre outros: ALEKSIEVITCH, S. *O fim do Homem soviético. Um tempo de desencanto*. Porto Editora (2015).

³ Cfr. Art. 13.º TUE.

⁴ MACHADO, J. E. *Direito da União Europeia* (2ª ed.). Coimbra, Portugal: Coimbra editora (2014), 163 ss.

⁵ Cfr. Art. 283 n.º 1 TFUE.

⁶ Cfr. Art. 283 n.º 2 TFUE e art. 11.º do Protocolo (n.º 4) relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do BCE.

⁷ Cfr. Art. 283.º TFUE.

⁸ MACHADO, J. E. (2014). *Direito da União... ob. cit.*, p. 166.

⁹ *Ibidem*, p. 163.

¹⁰ Cfr. Art. 282.º, n.º 2 TFUE.

¹¹ A compreensão de que para um bom desempenho económico bastaria controlar a inflação, não tendo a quantidade de moeda em circulação outra influência que não esta, é a tese defendida por Milton Friedman. Para o autor não faria sentido encarar a política monetária como um instrumento para alterar os factores reais da economia, pois estes apenas se alteram com modificações estruturais da própria economia. No caso da taxa de desemprego, por exemplo, os monetaristas defendem que a mesma «é insensível à manipulação das grandezas monetárias e só varia em função de modificações estruturais dependentes de factores reais», pelo que, o aumento da quantidade monetária, seguindo esta visão, apenas teria como resultado a inflação e não a diminuição (pelo menos a longo prazo) da taxa de desemprego. Cfr. NUNES, A. A. *Economia - a moeda*. Coimbra, Portugal: Serviços de ação social da U.C. (2005) pp. 312 ss.

¹² Cfr. art. 130.º TFUE e art. 7.º Protocolo (n.º 4) relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu.

¹³ Cfr. art. 10.º n.º 2 Protocolo (n.º 4) relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu.

¹⁴ Cfr. art. 283.º TFUE e art. 11.º n.º 2 Protocolo (n.º 4) relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu.

¹⁵ Esta perspetiva não será isenta de críticas. Assim, STIGLITZ, J. E. *O euro, como uma moeda única ameaça o futuro da Europa*. Bertrand Editora (2016); p. 225 «Temia-se que os governos democráticos tentassem insuflar a economia antes de um processo eleitoral. Uma economia mais forte ajudaria o governo a ser reeleito – com o preço da inflação a ser pago mais tarde. (...) Os eleitorados democráticos são, contudo, mais inteligentes do que se pensa neste cenário. (...) na realidade, os eleitorados democráticos têm punido severamente os governos esbanjadores.».

¹⁶ Cfr. art. 14.º n.º 2 Protocolo (n.º 4) relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu.

¹⁷ Cfr. MACHADO, J. E. (2014). *Direito da União... ob. cit.*, p. 164.

¹⁸ STIGLITZ, J. E. (2016) *O euro... ob. cit.*, p. 207.

¹⁹ STIGLITZ, J. E. (2016) *O euro... ob. cit.*, p. 214

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem* «Há vencedores e vencidos em quase todas as políticas económicas. Ao tomarem as suas decisões, os decisores políticos do BCE têm de emitir juízos *com consequências distributivas*. Não se trata aqui de meros assuntos tecnocráticos, como o melhor desenho para uma ponte. Uma inflação ligeiramente mais elevada poderia conduzir à redução dos preços das obrigações, ainda que levasse, ao mesmo tempo, ao crescimento do emprego e ao aumento dos salários. Os obrigacionistas reclamariam, ainda que o resto da sociedade celebrasse. No entanto, os bancos centrais que não são democraticamente responsabilizáveis prestam, quase sempre, mais atenção às perspetivas dos obrigacionistas do que às dos trabalhadores.»

²² vide Euro area statistics (euro-area-statistics.org)

²³ Acrónimo de “There is no alternative”, um slogan comumente associado à administração de Margaret Thatcher e à política neoliberal que levou a cabo no Reino Unido.

²⁴ Cfr. MOREIRA, V. “*A vontade dos cidadãos da União Europeia*”: *a democracia supranacional na União Europeia*. (2017): «A integração europeia traduziu-se numa compressão da soberania nacional e, por consequência, uma constrição da democracia nacional»

²⁵ HENNETTE, S., PIKETTY, T., SACRISTE, G., & VAUCHEZ, A. *Por um tratado de democratização da europa*. Círculo de Leitores (2017).

A gestão das fronteiras externas da União Europeia: A Agência Europeia da Frontex

José Miguel Cadete Melrinho

Resumo

O aumento dos desafios e da sua complexidade nas fronteiras externas da União Europeia, acarretam um maior número de responsabilidades à agência da Frontex. Neste sentido, a temática apresenta uma relevância bastante acentuada, tanto no que concerne à sua atualidade, como para a política externa dos próprios Estados-Membros da União Europeia. O principal objetivo da presente investigação irá passar por uma abordagem à agência da Frontex, principalmente no que diz respeito ao seu funcionamento e estrutura, à sua operacionalidade, aos seus tramites legais e aos seus mecanismos de transparência e responsabilização. A metodologia utilizada centrou-se em um método qualitativo, através da análise de literatura científica relevante e do regulamento comunitário relativo à Frontex. No âmbito descrito, verificouse que a agência tem aumentado os seus poderes e as suas competências, contribuindo para uma maior eficácia e eficiência nas suas operações, sendo também identificadas algumas problemáticas concernentes ao défice de responsabilização e transparência.

Palavras-chave: Fronteiras Externas; Frontex; Responsabilização; Transparência; União Europeia.

Abstract:

The increase in challenges and complexity at the European Union's external borders, places additional responsibilities on the Frontex agency. In this sense, the theme has a very strong heritage both for its relevance and for the policy of the Member States themselves. The main objective of this investigation will be to approach the Frontex agency, mainly with regard to its functioning and structure, as well as its operability, its legal procedures and the mechanisms of transparency and accountability. The methodology used focused on a qualitative method, through the analysis of scientific literature and the European Union regulation on Frontex. It was found that the agency has increased its powers and competencies confidently for greater effectiveness and efficiency in its operations, as well some problems with regard to the deficit of accountability and transparency.

Keywords: European Union; External Borders; Frontex; Accountability; Transparency.

1. Introdução¹

Com o crescente número de desafios e ameaças a surgirem nas fronteiras externas da União Europeia, a organização tem permanecido, sistematicamente, em estado de alerta. A sua ação esporádica a ameaças que mudam rapidamente a sua forma, encaixam-se confortavelmente em uma narrativa bem desenhada de securitização. Ora, esta narrativa pode ser entendida como uma conexão política da migração com os perigos sociais, ou uma construção política do fenómeno de migração como um problema de segurança. Assim, desde a criação da agência da Frontex em 2004, verificouse que a sua predominância relativamente às demais agências tem sido muito elevada, com uma expansão de poderes e competências, como também albergando o maior orçamento entre todas as agências da União Europeia. Porém, esta evolução não foi acompanhada de uma equivalente melhoria nas salvaguardas de responsabilidade, incluindo salvaguardas de transparência, no qual a agência tem sido amplamente problematizada e alvo de contestação no que concerne à sua ação operacional, nomeadamente, em acusações regulares de violações dos direitos humanos de migrantes.

Neste seguimento, autores como GKLIATI e KILPATRICK (2021) ou FINK (2020), abordam esta temática segundo os princípios de responsabilidade que a agência acarreta, abordando as suas ações práticas no terreno, e defendendo a problematização de uma operacionalidade que não traz consequências para a própria agência, mas sim para os EstadosMembros. Ou seja, estes estudos identificam lacunas na responsabilidade pública concernentes às violações de direitos fundamentais cometidas por órgãos da União Europeia, avaliando as implicações que advém da responsabilidade prática da Frontex. Além disso, reforçam a falta de transparência em processos complexos entre os diversos atores envolvidos, resultando em lacunas de responsabilização e impacto na aplicação dos direitos fundamentais básicos dos cidadãos e migrantes da União Europeia.

Outra literatura alternativa a esta ideia, subsiste em LÉONARD e KAUNERT (2022) ou WOLFF e SCHOUT (2013), que defendem as boas práticas exercidas pela agência desde a sua criação. Ora, estes autores focam-se, essencialmente, nas práticas de gestão de fronteiras em cooperação entre os Estados-Membros que tem desenvolvido um caminho positivo em enfrentar diversos desafios complexos nas fronteiras da União Europeia. Mesmo abordando de forma favorável o trabalho desenvolvido ao longo destes anos pela Frontex, os trâmites legais das operações e o princípio da responsabilidade imputadas à agência, são assuntos bastante comuns entre a literatura científica dos investigadores das temáticas em análise.

Deste modo, o presente estudo terá como principal inovação teórica uma avaliação generalizada da agência, identificando e abordando os diversos princípios de transparência, legalidade e responsabilidade imputados à Frontex, relacionando com as práticas operacionais e com a crescente crítica existente para com a agência. Para melhor entendimento das operações da Frontex, irá também ser abordado as competências específicas que as equipas europeias de guarda de fronteiras dispõem, tal como a sua constituição. Assim, esta conjuntura irá permitir ao leitor conhecer e compreender melhor o contexto e a realização destas operações no terreno, criando bases para abordar a legalidade e a avaliação das práticas da agência.

Relativamente ao objetivo do estudo, terá como principal propósito responder à pergunta de investigação “A Frontex tem exercido um papel eficaz e eficiente em conjunto com os Estados-Membros na resposta aos desafios mais prementes junto as fronteiras externas da União Europeia?”. Ora, tendo em conta a formulação da pergunta de investigação, o objetivo da investigação será analisar a atuação da Frontex, conforme os pressupostos definidos e competências adquiridas, e avaliar a sua atuação consoante as operações efetuadas e aos resultados práticos obtidos. Ademais, realizar-seá também uma abordagem no que diz respeito a

legalidade destas mesmas práticas, aludindo ao crescente criticismo que tem imperado sobre a agência nos tempos mais recentes.

A investigação irá contribuir para a literatura científica da temática no sentido de fornecer um contexto abrangente da Frontex, identificando as suas competências e áreas de atuação, e relacionando com as suas práticas operacionais. Esta relação entre os poderes que a agência possui e as suas operações no terreno, permitirão ao leitor compreender se a agência tem sido particularmente eficaz e eficiente na sua ação, como também relativamente à própria legalidade e princípio de transparência que deve ser estritamente cumprido. Neste sentido, o estudo irá propiciar uma imagem bastante alargada da agência, tanto a nível teórico com a análise dos pressupostos e competências definidas, como também a nível prático com a avaliação da parte operacional da Frontex.

Quanto à estrutura do estudo, primeiramente, irá ser realizado um contexto geral da posição da União Europeia na criação de uma política comum de controlo de fronteiras externas, com o propósito de estabelecer um panorama da organização na área referenciada. De seguida, irá ser abordado de forma mais específica a agência da Frontex, referindo os principais princípios associados, tal como a sua arquitetura institucional para um melhor entendimento do funcionamento da Frontex. Posteriormente, irá ser exposta as principais competências da qual a agência é responsável, seguida de uma análise à operacionalidade da Frontex relativamente à sua atuação prática. Por último, irá realizar-se uma abordagem concernente à legalidade das ações da Frontex, o que irá estar relacionado de forma direta com o capítulo anterior. A conclusão do estudo irá fornecer um reforço das ideias expostas e a tentativa de resposta à pergunta de investigação definida.

2. Conjuntura da posição da União Europeia no desenvolvimento de uma política comum de controlo de fronteiras externas

As fronteiras como uma égide do território e do espaço remontam à própria história da humanidade, tendo o contexto atual de um mundo globalizado, através do surgimento de desafios e problemáticas cada vez mais complexas, aumentado o debate em torno da gestão das fronteiras dos Estados. Destarte, o processo fronteiriço implica algo orgânico e não estático, com diferentes níveis de análises, o que torna a temática das fronteiras através, por exemplo, da integração regional, um assunto bastante delicado entre as nações (LUDWIG, 2019).

Relativamente à integração europeia, pode ser entendida como um processo dinâmico no qual a cooperação intergovernamental e a supranacionalização alternam, ou prevalecem, dependendo da matéria ou da política. No caso da gestão das fronteiras a nível europeu, é historicamente entendido como uma questão que origina conflitualidade entre Estados. A gradual transformação da União Europeia em uma área de liberdade, segurança e justiça, implicou necessariamente uma flexibilização das fronteiras internas e, por isso, uma necessidade crescente de reforçar as fronteiras externas da União Europeia, que serão as fronteiras externas de cada Estado-Membro (MUNGIANU, 2013).

Aliado a essa questão, PERKOWSKI e colaboradores (2023), apontam o surgimento dos sucessivos alargamentos na União Europeia e a eclosão de diversas crises políticas e sociais, designadamente, as crises migratórias, como os grandes impulsionadores do debate da governação das fronteiras dos Estados-Membros pertencentes à organização nas últimas duas décadas.

O debate protagonizado em volta do fortalecimento das fronteiras externas da União Europeia, resultou em um consenso na aproximação das regras nacionais relativas à vigilância e controlo de pessoas que atravessam as fronteiras externas. Assim, criou-se a necessidade de a União Europeia ter competência para legislar em matéria do controlo das fronteiras externas, com poderes reforçados para as instituições da União Europeia, o

que se verificou principalmente após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (MUNGIANU, 2013). Esta aproximação do quadro legislativo da União Europeia tem como principal propósito o garante que as autoridades fronteiriças de cada Estado-Membro da organização, aplicam o mesmo conjunto de regras destinadas a prevenir qualquer tipo de ameaça à segurança interna, como à migração ilegal ou o tráfico humano.

Apesar deste cenário, a supranacionalização do controlo das fronteiras externas pelas instituições da União Europeia, não pode ocorrer sem ter em consideração que os Estados-Membros mantenham a responsabilidade primária pela vigilância e controlo das suas fronteiras externas (MUNGIANU, 2013). Esta responsabilidade primária é expressa no nível do direito primário da União Europeia, através de várias disposições relativas à manutenção da lei e da ordem, à salvaguarda da segurança interna, e à coordenação entre os Estados-Membros na esfera da sua segurança nacional.

Está expresso nos termos do artigo 4.º, n.º2, alínea j), do Tratado de Funcionamento da União Europeia, que o exercício do poder pela União Europeia no estabelecimento de uma política comum de controlo de fronteira é compartilhado com os Estados-Membros. Isto é, os Estados-Membros podem adotar legislação de forma autónoma, desde que a União Europeia não tenha adotado legislação sobre a temática em questão (MUNGIANU, 2013). Quando a União Europeia toma medidas, a competência compartilhada permite que a União Europeia regule o assunto de forma abrangente, excluindo o poder dos Estados-Membros relativamente à adoção de legislação nesse campo.

Assim sendo, a competência partilhada entre os dois atores, funciona de forma que quando a União Europeia legisla sobre uma determinada matéria, limita a atuação do Estado-Membro para regulamentar essa mesma matéria de forma individual (PAUL, 2017). Por outro lado, os Tratados incluem determinadas restrições ao principalmente, em assuntos exercício do poder da União Europeia, de manutenção da lei, da ordem e da salvaguarda da

segurança interna dos Estados-Membros, que impedem uma regulação total da União Europeia nesta política (MUNGIANU, 2013).

No mais recente Tratado de Lisboa foi introduzido, no que concerne ao estabelecimento de uma política comum de controlo das fronteiras externas, o poder de introduzir um “sistema de gestão integrada” pelas instituições da União Europeia (WINKLER, 2022). Além disso, foi conferido ao Conselho instrumentos para facilitar a supranacionalização desta matéria, habilitando a instituição de adotar medidas vinculativas para promover a cooperação administrativa entre os Estados-Membros e a Comissão Europeia (WINKLER, 2022).

Sob outra perspetiva, a União Europeia devido a alguma falta de confiança na qualidade, transparência e aplicação de legislação em matérias como a gestão de fronteiras externas, desencadeou debates sobre a necessidade de agências europeias que atuassem como autoridades reguladoras independentes (WOLFF & SCHOUT, 2013). Neste seguimento, em matéria de política comum de fronteiras externas, foi criada a Frontex, que em conjunto com Estados-Membros, asseguram a proteção e o funcionamento eficaz das fronteiras externas com o principal propósito de garantir segurança.

3. Metodologia

A metodologia utilizada para a realização da investigação baseou-se em um método qualitativo, através de revisão bibliográfica primária e secundária, onde foram analisados artigos científicos, como também legislação, sobre a temática da agência e da securitização das fronteiras externas da União Europeia. A técnica de recolha destes dados foi realizada através de plataformas que contém literatura científica da temática, optando, sempre que possível, pela utilização de documentos recentes. Ademais, foi também utilizado o site oficial da União Europeia e da Frontex. Esta pesquisa teve como principal propósito de fornecer ao leitor as principais ilações da comunidade académica sobre a Frontex e sobre a gestão das fronteiras externas, assim como fornecer dados sobre a legislação vigente relativamente à agência e à sua própria operacionalidade.

4. A Frontex como ator

A Frontex foi criada no ano de 2004, através do Regulamento do Conselho 2007/2004, com o principal propósito de coordenar a cooperação operacional entre os Estados-Membros para reforçar a segurança nas fronteiras externas dos Estados-Membros da União Europeia (LÉONARD, 2010). Segundo LÉONARD (2010), a Frontex foi criada por três fatores principais: o aumento da controvérsia no domínio dos fluxos de migrantes; a incapacidade de determinados membros oriundos do alargamento de 2004 de controlarem eficazmente novas fronteiras e, por último, um contributo importante na luta contra o terrorismo na sequência dos ataques terroristas do 11 de setembro de 2001. O estabelecimento da Frontex para aumentar a cooperação na gestão de fronteiras externas entre os Estados-Membros da União Europeia, ocorreu após alguns anos de debate constante nos quais também se consideraram outras formas institucionais de cooperação que pudessem ser aplicadas.

Ora, é relevante destacar que a Frontex tem conferido um papel-chave pelos Estados-Membros da União Europeia na implementação do conceito de “gestão integrada de fronteiras”. Este conceito, segundo LÉONARD

(2010), tem sustentado o desenvolvimento da cooperação da União Europeia em controlos fronteiriços, consistindo na ideia de agregar todas as atividades das autoridades públicas dos EstadosMembros relativas ao controlo e vigilância das fronteiras. Isto, inclui, por exemplo, análises de risco nas fronteiras ou planeamento de pessoal e de infraestruturas. Por outro lado, esta cooperação operacional, através da Frontex, está excluída de desempenhar quaisquer funções para além da gestão das fronteiras externas, como é o caso da cooperação aduaneira ou do direito penal (MUNGIANU, 2013). Desta forma, o regulamento referente à Frontex afirma que a agência europeia é um instrumento para contribuir para a supranacionalização do domínio político no controlo das fronteiras externas.

4.1. Arquitetura institucional

Esta agência europeia é um órgão da União Europeia com personalidade jurídica, que atua com total autonomia e independência, e dispendo de um orçamento autónomo proveniente da União Europeia (Artigo 15.º, Frontex). Seguindo uma ideia distinta, estão autores como PERKOWSKI e colaboradores (2023) ou WOLFF e SCHOUT (2013), que definem a agência como semi-independente, referindo que a mesma é amplamente autónoma, mas também parcialmente controlada pelos Estados através dos seus representantes. Esta divergência na forma de definir a agência, demonstra que diversos autores analisam a arquitetura institucional e apresentam uma visão distinta relativamente ao que está regulamentado pela própria agência.

Tendo em conta o mencionado, a Frontex é composta por um Conselho de Administração e por um corpo permanente. Relativamente ao Conselho de Administração, este órgão tem a responsabilidade de aprovar o orçamento e verificar a execução do mesmo, nomeia o Diretor Executivo e Diretor Executivo adjunto, e certifica-se da transparência dos procedimentos na tomada de decisão da agência (Frontex, 2023). O Diretor Executivo apresenta-se como o representante legal da Frontex e, assim sendo, as suas atividades e ações são diretamente responsáveis diante do

Conselho de Administração. N e s t e s e n t i d o, esta figura deve ser completamente independente no desempenho das suas funções, sem prejuízo das respetivas competências da Comissão (MUNGIANU, 2013). Ademais, não está permitido a solicitar ou a aceitar instruções de qualquer governo ou de qualquer outro órgão (MUNGIANU, 2013).

Este órgão de administração reúne-se cinco vezes por ano, sendo composto por representantes dos chefes das autoridades fronteiriças dos 27 Estados-Membros que estão vinculados nas disposições pertencentes ao Espaço Schengen, como também dois membros da Comissão Europeia (Frontex, 2023). Estes representantes constituem-se como especialistas no campo da cooperação operacional em gestão de fronteiras. Países como a Islândia, o Liechtenstein, a Noruega e a Suíça, que não são efetivamente Estados-Membros da União Europeia, mas pertencem ao Espaço Schengen, também enviam um representante ao Conselho de Administração, contudo, têm o seu direito de voto limitado (Frontex, 2023). Os representantes do Reino Unido e da República da Irlanda são igualmente convidados a comparecer nas reuniões do órgão, sendo que não possuem direito de voto devido à decisão tomada por estes de participar apenas parcialmente na cooperação Schengen (Frontex, 2023).

No que concerne aos controlos administrativos, a decisão estratégica sobre os planos de trabalho e o orçamento é elaborado pelo Diretor Executivo e decidida pelo Conselho. A adoção do programa de trabalho anual é adotada todo o mês de setembro, por uma maioria de três quartos no Conselho de Administração, após parecer da Comissão Europeia (WOLFF & SCHOUT, 2013).

Este programa de trabalho da Frontex, segundo MUNGIANU (2013), revela uma certa dependência face à Comissão, mesmo não pertencendo a nenhuma Direção-Geral da Comissão. Os assuntos internos acabam por ser remetidos para a Direção-Geral, que é a responsável pelas atividades da Frontex. Destarte, é possível constatar que a Comissão apresenta uma influência considerável no funcionamento da estrutura da Frontex, tendo WOLFF e SCHOUT (2013) acrescentado a esta ideia, que a Comissão

exerce um controlo contínuo e uma influência informal aquando das decisões tomadas no seio do Conselho de Administração da Frontex.

Tendo em conta o mencionado, a Frontex tem apresentado muitas dificuldades no ganho de independência das próprias autoridades políticas. (WOLFF & SCHOUT, 2013). O exemplo da integração dos chefes das autoridades fronteiriças, que incluem alguns membros de ministérios nacionais, significa que as discussões do Conselho de Administração centram-se diversas vezes em questões políticas (WOLFF & SCHOUT, 2013). Assim, ainda é possível verificar que o interesse nacional tem interferência na eficácia da agência. Da mesma forma, o Diretor Executivo mesmo sendo formalmente independente, a sua nomeação é fortemente influenciada por compromissos intergovernamentais (WOLFF & SCHOUT, 2013).

Relativamente à parte operacional da agência, é exercida pelo seu corpo permanente da Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira. Este corpo permanente é composto por operacionais devidamente treinados que estão prontos para garantir a segurança no Espaço Schengen da Europa (PAUL, 2017). Ora, isto inclui o apoio à gestão da migração, ao combate à criminalidade transfronteiriça e às atividades de regresso, dando auxílio às autoridades nacionais para que a passagem nas diversas fronteiras sejam seguras e ocorram sem perigo para os viajantes (Frontex, 2023).

O referido corpo permanente, exerce as suas funções sob o comando das autoridades nacionais do país onde estão presentes ou destacados, sendo que podem ser destacados em fronteiras externas dos Estados-Membros da União Europeia ou para países terceiros, com a condição de existir um acordo relativamente ao estatuto com a União Europeia (PAUL, 2017). Os operacionais podem estar presentes nas fronteiras externas terrestres e marítimas, bem como em aeroportos internacionais, ou na sede da agência em Varsóvia (Frontex, 2023). As suas funções principais e efeitos operacionais irão ser aprofundadas mais adiante no estudo.

4.2. Principais características associadas: legitimidade, responsabilidade e transparência

A agência sendo relativamente recente, tendo diversas vezes assumido uma abordagem mais experimental e se tornado, de forma indiscutível, uma agência fechada, os investigadores desta temática identificaram três características em particular que são indispensáveis de serem analisadas. As três características identificadas foram a legitimidade, a responsabilidade e a transparência.

A legitimidade da Frontex é considerada problemática por múltiplas razões. Segundo BUCKEL e WISSEL (2010), o conjunto legal base da agência e do seu envolvimento nas operações é pouco regulamentado. Ora, estes autores defendem que a responsabilidade do pessoal que é destacado não está claramente definida para que a Frontex possa evitar, de certo modo, acusações de violação do Direito Internacional ou da União Europeia, transferindo assim a responsabilidade legal para os Estados-Membros. Neste sentido, o Estado-Membro permanece sempre responsável pela legalidade das operações executadas independentemente da crescente influência da Frontex na tomada de decisões operacionais (HORII, 2018). Acrescido a isto, é muito difícil para uma pessoa que foi prejudicada por uma ação ou operação da Frontex responsabilizar a própria agência (CARRERA et al., 2013). Assim, este conceito é visado no sentido negativo, albergando mecanismos de responsabilização que são vistos como insuficientes (KALKMAN, 2021).

Relativamente à responsabilização, a agência é estudada a partir da avaliação da responsabilidade política através do controlo e supervisão da mesma. Deste modo, e relacionando com o que já foi referido, o controlo hierárquico está nas mãos do Conselho de Administração, composto por funcionários públicos nacionais. Ora, esta configuração sujeita a agência à interferência política nacional, descredibilizando a prestação de contas às instituições da União Europeia. (KALKMAN, 2021). O Parlamento Europeu funcionando potencialmente como um mecanismo de controlo

democrático tem um papel muito limitado no supervisionamento das operações da Frontex, pois a informação que contém é insuficiente e incapaz de responsabilizar a liderança da agência (PAUL, 2017).

Quando a Frontex opera no âmbito de uma operação militar, como é o exemplo da Operação Triton, os requisitos de relatórios padrão da Frontex e a sua responsabilidade perante o Parlamento Europeu não se aplicam, reduzindo a sua responsabilidade ao mínimo possível (KALKMAN, 2021). Os parlamentos nacionais podem questionar o Diretor Executivo da Frontex sobre as operações em que a Frontex está envolvida, no entanto, este tipo de procedimento garante apenas uma responsabilidade limitada (HORII, 2018). É possível, assim constatar que a responsabilidade política da Frontex perante os parlamentos é substancialmente fraca (KALKMAN, 2021).

Aludindo à responsabilidade por meio da supervisão administrativa, a mesma é dificultada pela postura mais secreta da própria agência (WOLFF & SCHOUT, 2013). Contudo, tem existido uma tendência para maior capacidade de prestação de contas administrativas com o estabelecimento de um Fórum de direitos consultivos, a nomeação de um funcionário dedicado para proteger os direitos fundamentais, e a possibilidade de auditorias e investigações de denúncias por outras instituições da União Europeia (WOLFF & SCHOUT, 2013). Por outro lado, a capacidade de contabilidade administrativa permanece limitada a mecanismos de responsabilização *post hoc*. Por último, a denominada responsabilidade social é comprometida pela falta de detalhes no relatório anual da Frontex, enquanto as informações operacionais também não são compartilhadas. No cômputo geral, a literatura existente, no que diz respeito à responsabilidade da agência, convergem na ideia que está mal definida e pouco clara, existindo alguns primeiros passos na direção certa.

A transparência está diretamente relacionada com a responsabilidade, no sentido em que a disponibilidade de informações credíveis e relevantes, é uma condição crucial para uma prestação de contas efetiva. Cumpre, deste

modo, referir que a transparência torna-se um desafio extremamente delicado para a agência.

Esta questão é evidenciada na informações, tendo tendência para documentação e reduzir as próprias informações nos relatórios anuais (KALKMAN, 2021). Ademais, é difícil aceder aos documentos da Frontex, com exceção do relatório anual geral e do relatório de análise de risco (WOLFF & SCHOUT, 2013). Os únicos mecanismos de transparência existentes, e que são semelhantes a outras instituições da União Europeia, é que a Frontex, sendo sujeita ao Regulamento n.º1049/2001, um particular pode apresentar uma reclamação ao Provedor de Justiça ou ao Tribunal de Justiça no caso de a agência não respeitar o prazo de quinze dias para responder a um pedido de informação (WOLFF & SCHOUT, 2013). Esta tendência demonstra uma inibição da responsabilidade legal da agência e um défice de supervisão democrática.

5. Competências basilares da Frontex

A criação de uma agência é, à partida, defensável no sentido em que existe necessidade de um conhecimento mais próximo sobre a política visada, como também um trabalho operacional mais eficaz e eficiente (WOLFF & SCHOUT, 2013). Ainda assim, a agência remeteu-se desde a sua criação a um papel de coordenador de políticas, não tendo adquirido competências na formulação de políticas (WOLFF & SCHOUT, 2013).

Tendo em conta o referido, a agência submete-se unicamente a auxiliar os Estados-Membros na aplicação de legislação comunitária. A agência conta assim somente com *soft* instrumentos da lei, como orientações ou formações. Existiram países, como é o caso da Alemanha, que defendia uma ideia mais centralizada, argumentando que deveria de haver um órgão acima das autoridades nacionais de fronteira, com o propósito de supervisionar, avaliar e coordenar o seu trabalho (WOLFF & SCHOUT, 2013). Sob outra perspetiva, países como a Dinamarca ou o Reino Unido (quando ainda era Estado-Membro), defendiam a ideia de um simples

melhoramento dos mecanismos existentes de troca de informações, treino e uso de agentes (WOLFF & SCHOUT, 2013).

As principais competências pertencentes à agência, estão principalmente associadas ao desenvolvimento de expertise nas políticas de gestão de fronteiras, na coordenação da cooperação operacional, dando auxílio aos Estados-Membros na formação de guardas de fronteira, e à realização de avaliações de risco gerais e personalizadas (Wolff & SCHOUT, 2013). Além disso, é responsável por acompanhar pesquisas relacionadas ao controlo e vigilância, bem como coordenar as operações conjuntas de regresso dos Estados- Membros. Nas alterações de 2011 relativas ao Regulamento da Frontex, constatou-se um reforço do papel do Diretor Executivo e a criação de uma estratégia de direitos fundamentais (WOLFF & SCHOUT, 2013).

Ainda no Regulamento referido, reforçou-se de forma considerável o planeamento operacional, embora, não se tenha verificado uma solidificação da conceção da Frontex enquanto agência independente. Como já foi mencionado de forma breve anteriormente, a Frontex também contém um mecanismo de controlo hierárquico através do Conselho de Administração. No entanto, este controlo hierárquico continuou a ser baseado nos funcionários públicos nacionais. A Comissão, perante este cenário, apresentou uma solução altamente centralizada que os Estados-Membros diluíram para preservar o seu controlo sobre a própria agência, mantendo-se tudo conforme estava. (WOLFF, 2008).

No que concerne às decisões operacionais, a agência tem o poder de aprovar e coordenar operações conjuntas através de propostas realizadas pelos Estados-Membros (WOLFF & SCHOUT, 2013). A Frontex pode também iniciar e realizar operações conjuntas de acordo com os EstadosMembros anfitriões da operação. Neste processo, o Diretor Executivo da agência elabora o plano operacional, negociando-o com o Estado-Membro anfitrião e os restantes países participantes (WOLFF & SCHOUT, 2013). Por outro lado, se o Estado-Membro anfitrião ou os Estados-Membros discordarem, as operações poderão ser bloqueadas. Estas

operações conjuntas, por norma, seguem um procedimento padrão (MUNGIANUU, 2013). A análise de risco é realizada pela unidade de análise de risco da própria agência, seguindo-se uma proposta de projeto ao Diretor Executivo. A proposta em questão é aprovada após avaliação da Comissão de Tarefas e do Grupo de Coordenação (WOLFF & SCHOUT, 2013).

De seguida, é realizada uma reunião de planeamento com os potenciais países apoiantes, e o responsável pelo projeto finaliza o plano operacional com a sua entrada (respeitando um papel predominante para o país anfitrião). Por fim, a unidade relevante da Frontex (marítima, terrestre ou aérea) coordena o planeamento da Operação Conjunta e segue-se um período de recolha de informação (WOLFF & SCHOUT, 2013). Neste processo, considera-se que a pressão política é muito relevante, porque depende da vontade dos Estados-Membros o fornecimento de equipamentos através do Registo Centralizado de Equipamentos Técnicos Disponíveis.

É também competência pertencente à agência realizar as devidas avaliações *ex-post* (WOLFF & SCHOUT, 2013). Estas avaliações são obrigatórias e detalhadas, devendo incluir: análise de respostas a questionários; número de migrantes, incluindo requerentes de asilo; rotas adotadas; no caso de aeroportos, entradas recusadas; tendências relativas à migração; diversas irregularidades, como implicações para o tráfico de seres humanos e drogas; redes criminosas estatísticas de operações anteriores; destacados (WOLFF & SCHOUT, 2013). As análises de risco são publicadas anualmente, e a agência tem um total de 60 dias para emitir as operações conjuntas e os projetos-piloto. Entre as diferentes operações conjuntas, a agência tem a competência de realizar análises comparativas, com o propósito de melhorar a qualidade, coerência e eficiência das operações futuras e projetos (Wolff & SCHOUT, 2013). Por fim, em qualquer operação conjunta, o plano deve incluir um relatório e uma avaliação detalhada. Estes relatórios não serão partilhados com o Parlamento Europeu ou com os parlamentos nacionais (LÉONARD, 2010).

Quanto ao seu controlo funcional, a Frontex é o centro de diversas redes de especialistas nacionais, incluindo a rede de análise, a rede de coordenadores de formação, os coordenadores nacionais de formação e a rede de cooperação Eurosur (LÉONARD, 2010). Neste seguimento, a agência mantém contactos com organizações relevantes, como é o caso do ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados), dispondo de um representante de ligação entre as duas entidades.

Em suma, a criação desta agência não conseguiu resolver a questão da responsabilidade legal no que diz respeito à gestão de fronteiras. Ou seja, os Estados-Membros continuam a ser os principais responsáveis pelo que acontece na sua fronteira externa (WOLFF & SCHOUT, 2013).

6. Operacionalidade da atuação da Frontex

Entre todas as competências e as tarefas realizadas pela agência, as operações realizadas nas fronteiras externas dos Estados-Membros destacam-se como a competência que mais tem chamado a atenção nos últimos anos, tanto pelos meios de comunicação social, quanto pelos académicos que estudam a temática (LÉONARD, 2010; MUNGIANUU, 2013). São também as atividades operacionais onde a Frontex gasta mais dinheiro pertencente ao seu orçamento (LÉONARD, 2010).

Para o propósito de criar um contexto das operações, segundo MUNGIANUU (2013), são imprescindíveis quatro aspetos: o lançamento da iniciativa da operação; a adoção do plano operacional; o papel do oficial coordenador; e, por último, a suspensão ou encerramento das operações. Em primeiro lugar, o estabelecimento das operações começa por uma proposta pelos Estados-Membros que é analisada pela Frontex. Ou seja, a agência deve avaliar, aprovar e coordenar as propostas de operações conjuntas e projetos apresentados pelos Estados-Membros. Refere-se, adicionalmente, que a agência também pode ter iniciativa quanto ao início das operações (MUNGIANUU, 2013). Antes do início de uma operação, a Frontex realiza uma análise de risco que leva em consideração a capacidade

dos EstadosMembros para enfrentar os desafios que se avizinham, onde se incluem ameaças e pressões presentes e futuras nas fronteiras externas.

Em segundo lugar, os aspetos organizativos das operações são abrangidos por um plano operacional que é elaborado pelo Diretor Executivo da Frontex e pelo Estado-Membro de acolhimento da operação. Durante as negociações destas disposições, países como a França, Países Baixos, Suécia, Hungria e Luxemburgo, sugeriram a inclusão de disposições mais detalhadas sobre a participação dos Estados-Membros presentes na operação no plano operacional. Relativamente a esta questão, a Comissão declarou que a decisão final deveria ser tomada apenas pela Frontex e pelo Estado-Membro de acolhimento. O texto final atribuiu aos EstadosMembros, que participam numa operação, apenas um papel consultivo sobre a elaboração do plano operacional. Este plano operacional acaba por ser uma descrição detalhada de uma única operação. O Diretor Executivo elabora o plano operacional de acordo com o programa de trabalho anual da Frontex (MUNGIANUU, 2013). Neste âmbito, considera-se relevante frisar que este programa de trabalho inclui um anexo chamado portfólio operacional que fornece detalhes de operações futuras.

A Comissão, neste processo, embora não tenha participação na execução detalhada do plano operacional, pode referir-se que, segundo MUNGIANUU (2013), está de alguma forma envolvida no planeamento das operações. Sob outra perspetiva, há quem defenda que a Comissão tendo unicamente dois votos no Conselho de Administração da Frontex, a sua influência acaba por ser bastante limitada. O consenso que existe em relação a esta matéria é que a Comissão pode exercer sobre algumas agências da União Europeia, em particular sobre a Frontex, uma influência informal.

Em terceiro lugar, durante uma operação, as Equipas Europeias de Guarda de Fronteira compostas por oficiais convidados são destacadas. O EstadoMembro de acolhimento é obrigado a instruir as Equipas Europeias de Guarda de Fronteiras de acordo com o plano operacional delineado. De acordo com o artigo 3.ºc, nº 2, do Regulamento da Frontex, a agência

comunica os seus pontos de vista sobre as instruções dadas pelo Estado-Membro de acolhimento em conformidade com o plano operacional, e o Estado-Membro é obrigado a ter em consideração o parecer da agência. A relação entre a Frontex e o Estado-Membro de acolhimento, e entre a Frontex e os membros das Equipas Europeias de Guardas de Fronteiras, são conduzidas por um coordenador oficial, perito dos recursos humanos da Frontex, que atua em nome da Frontex durante as operações. Nesta coordenação, a tarefa do oficial é monitorar a correta implementação do plano operacional (MUNGIANUU, 2013).

Em quarto lugar, o artigo 3.º, alínea a), do Regulamento Frontex, estabelece os casos em que uma operação pode/deve ser encerrada ou suspensa. A agência pode rescindir a uma operação caso deixem de estar reunidas condições para a sua realização, após comunicação dos Estados-Membros em causa. Além do mencionado, o artigo 3.º do Regulamento da Frontex, também revela que os Estados-Membros podem solicitar à Frontex que encerre uma operação (MUNGIANUU, 2013).

Adicionalmente, o mesmo documento estabelece que nos casos em que o Diretor Executivo determine a ocorrência de violações de direitos fundamentais ou de obrigações de proteção internacional de natureza grave, é obrigado a suspender ou a encerrar a operação. O artigo 3.º, alínea a), do Regulamento da Frontex, não especifica as circunstâncias em que as operações podem ser encerradas ou suspensas. Neste domínio, o Provedor de Justiça Europeu considerou que no artigo 3.º, as possibilidades de suspender ou encerrar operações envolvem um grau considerável de discricionariedade e se baseiam em uma avaliação de ordem legal, o que na maioria dos casos, resultará em circunstâncias factuais bastante complexas. Por isso, foi recomendado que a Frontex fornecesse orientações concretas identificando as circunstâncias específicas em que as operações podem ser encerradas ou suspensas, estabelecendo garantias processuais com referência à Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (MUNGIANUU, 2013).

Não obstante a participação dos Estados-Membros nestas fases de planeamento das operações, as bases jurídicas da União Europeia, que regem as operações, conferem à Frontex uma posição de liderança: a Frontex está habilitada pelo Regulamento a iniciar uma operação e proceder a uma avaliação dos riscos, da qual depende o lançamento da operação; o plano operacional é elaborado e alterado pelo Diretor Executivo da Frontex em conjunto com os Estados-Membros; a Frontex contribui para a operação comunicando as suas opiniões e por meio de seu coordenador; e o Diretor Executivo da Frontex pode suspender ou encerrar a operação (MUNGIANUU, 2013). Estes quatro aspetos - o lançamento da iniciativa da operação, a adoção do plano operacional, o papel do oficial coordenador, e a suspensão e rescisão da própria operação - demonstram que o papel da Frontex em termos operativos não é apenas de coordenação. A coordenação das operações consiste apenas em assistir e apoiar os Estados-Membros nos casos em que a assistência técnica e operacional seja solicitada por estes últimos (MUNGIANUU, 2013).

As Equipas Europeias de Guardas de Fronteiras são agrupamentos de guardas destacados durante operações conjuntas, projetos-piloto e intervenções rápidas. As intervenções rápidas são desencadeadas por uma situação de pressão urgente e excecional, especialmente pela chegada a pontos nas fronteiras externas de um grande número de nacionais de países terceiros que tentem entrar no território desse Estado-Membro ilegalmente. As tarefas destas equipas são bastante abrangentes, uma vez que não atuam só durante intervenções rápidas, mas também durante operações conjuntas e projetos (LÉONARD, 2010).

O artigo 33.º, n.º2-A, do Regulamento da Frontex, estabelece que a próxima avaliação externa da implementação do mencionado Regulamento deve também analisar as necessidades de uma maior coordenação da gestão das fronteiras externas dos Estados-Membros, incluindo a viabilidade da criação de um sistema europeu de guardas de fronteira (MUNGIANUU, 2013). Ademais, o Programa de Estocolmo, olhando para o desenvolvimento a longo prazo da Frontex, reiterou a importância de

estudar a viabilidade da criação de um sistema europeu de guardas de fronteira. Neste domínio, a criação destas equipas, pode ser entendida como uma antecipação e preparação para o estabelecimento de um sistema europeu de guardas de fronteira, criando mais um passo em direção à supranacionalização e a uma maior implementação de uma política comum de controlo das fronteiras externas.

É de referir, que tal movimento, também teria de levar em conta o facto que não pode ser estabelecido um sistema europeu de guardas de fronteiras para assumir as prerrogativas dos guardas de fronteira dos Estados-Membros, pois isso seria uma violação do artigo 72.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, relativo à repartição de competências entre a União Europeia e os seus Estados-Membros (LÉONARD, 2010).

6.1. A composição e a implementação das Equipas Europeias de Guardas e Fronteiras

Nesta secção, irá ser analisada a composição e a implementação destas equipas no terreno, abordando as tarefas e as competências atribuídas ao guardas de fronteira que integram as Equipas Europeias de Guardas e Fronteiras.

O artigo 3.º b do Regulamento da Frontex, estabelece que os Estados-Membros são obrigados a contribuir para as Equipas Europeias de Guardas e Fronteiras. Esta contribuição dos Estados-Membros é planeada com base em negociações bilaterais anuais, bem como através de acordos entre a Frontex e os Estados-Membros (MUNGIANUU, 2013). O destacamento de guardas de fronteiras decidido com base nesses acordos é obrigatório para os Estados-Membros, a menos que estes últimos enfrentem uma situação excecional que afete de forma substancial o cumprimento das tarefas. Um pedido de diversos países, levou a Comissão Europeia a explicar que o Regulamento da Frontex prescreve a obrigação de implementação para os Estados-Membros, e que os perfis e o número total de guardas de fronteira a ser implementado por cada Estado-Membro, é decidido pela administração da Frontex. A avaliação da capacidade de

destacamento de guardas de fronteira é deixada aos Estados-Membros, que acabam por ser autónomos na seleção do pessoal e na decisão sobre a duração da implementação.

Outra contribuição para estas equipas vem da Frontex, que é exigida pelo Regulamento da agência, relativa à nomeação dos guardas de fronteira destacados temporariamente pelos Estados-Membros como peritos nacionais. Assim, as Equipas Europeias de Guardas de Fronteiras, são compostas por guardas de fronteiras destacados pelos Estados-Membros, por guardas de fronteira do Estado-Membro que acolhe uma operação, e por guardas de fronteira destacados pelos Estados-Membros colocados temporariamente à disposição da Frontex. A agência acaba por não ser obrigada a contribuir para estas equipas com os seus próprios recursos humanos, mas sim com pessoas destacadas pelos Estados-Membros.

O Estado-Membro que destaca os guardas de fronteira é o Estado-Membro de origem (LÉONARD, 2010). Ou seja, o Estado-Membro que acolhe uma operação é quem tem de destacar os guardas de fronteira para a realização dessa mesma operação. Segundo MUNGIANUU (2013), os mecanismos de implementação destas equipas podem ser definidos como *on call*, uma vez que o Regulamento da Frontex prevê que os Estados-Membros são obrigados a destacar os guardas de fronteira a pedido da Frontex e não de forma permanente.

De seguida, irá ser analisada as disposições que estabelecem as atribuições e as competências dos oficiais convidados, com o intuito de abordar quais são as prerrogativas dos mesmos. O artigo 12.º do Regulamento da Frontex relativo as funções e competências dos funcionários convidados, estabelece que os agentes convidados têm a capacidade para realizar todas as tarefas e exercer todos os poderes de controlos fronteiriços e de vigilância das fronteiras (União Europeia, 2019). É possível, assim, afirmar que as tarefas e os poderes dos oficiais convidados são baseados na legislação da União Europeia e não na legislação nacional. Estes agentes recebem poderes executivos com certas limitações, com o objetivo de cumprirem as tarefas de gestão de fronteiras.

Estas disposições podem apontar para uma maior supranacionalização do controlo das fronteiras externas, no entanto, é necessário ter cautela no que concerne às limitações impostas ao exercício dos poderes executivos pelos agentes (PAUL, 2017).

Primeiramente, a execução operacional das disposições do regulamento comum de todos os Estados-Membros que regem a circulação de pessoas em fronteiras, ainda é uma prerrogativa das autoridades dos Estados-Membros, de acordo com o seu direito nacional que está em conformidade com o artigo 72.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Desta forma, quando os agentes convidados desempenham as suas funções e exercem os seus poderes de execução, operam no território de um Estado-Membro que não o seu próprio. Ao fazê-lo, são obrigados a cumprir o direito da União Europeia, o Direito Internacional, em conformidade com os direitos fundamentais e a legislação nacional do Estado-Membro que acolhe a operação (MUNGIANU, 2013).

Seguidamente, os oficiais convidados só podem executar tarefas e exercer poderes sob instruções, em regra geral, na presença dos guardas de fronteira do Estado-Membro de acolhimento (MUNGIANU, 2013).

Em terceiro lugar, aplica-se a lei nacional do Estado-Membro de origem quando os agentes convidados estão autorizados a portar armas, munições e equipamentos. Por outro lado, o Estado-Membro que acolhe a operação pode proibir o porte de armas, munições e equipamentos se a mesma proibição se aplicar aos seus próprios guardas de fronteiras.

Em quarto lugar, os oficiais convidados estão autorizados a usar a força. Ora, isto inclui armas de serviço, munições e consentimento do Estado-Membro de origem e acolhimento, bem na presença dos guardas de fronteira do Estado-Membro de acolhimento e de acordo com as leis nacionais do mesmo. Neste domínio, WOLFF (2008), refere que a utilização de armas, munições e equipamentos pode ser utilizada para fins legítimos, como a legítima defesa dos oficiais convidados.

Adicionalmente, outra limitação ao uso do poder executivo por um oficial convidado em território dos Estados-Membros de acolhimento, está

expressamente prevista no artigo 10.º, n.º1, do Regulamento da Frontex, que refere que a recusa de entrada é uma competência exclusiva dos guardas de fronteira do Estado-Membro de acolhimento.

Do exposto, podem-se retirar três conclusões. Primeiramente, as Equipas Europeias de Guardas e Fronteiras são implementadas a pedido da Frontex, os Estados-Membros disponibilizam os guardas de fronteira quando solicitados e a agência não dispõe de pessoal para implementar de forma permanente. Além disso, a implementação de guardas de fronteira é obrigatória para os Estados-Membros.

De seguida, as tarefas e os poderes dos oficiais convidados são estabelecidos pelo artigo 10.º do Regulamento da Frontex. Estes exercícios de poderes executivos dos oficiais convidados são restringidos por várias limitações do Direito Internacional, do Direito da União Europeia e do direito nacional. As limitações, mesmo não sendo significativas, não excluem que o exercício do poder executivo por oficiais convidados seja, pelo menos, parcialmente estabelecido através da legislação da União Europeia (WINKLER, 2023).

Por último, os oficiais convidados apoiam os guardas de fronteira nacionais do Estado-Membro anfitrião, mas os primeiros não assumem as prerrogativas dos últimos. Esta foi uma das conquistas da União Europeia na implementação de uma política comum de controlo de fronteiras, em virtude do estabelecimento das Equipas, sendo o nível de supranacionalização que foi até ao momento alcançado (WINKLER, 2023).

7. Legalidade das práticas recentes da Frontex

Como foi possível verificar ao longo da investigação, a agência europeia tem-se tornado um dos maiores atores na gestão das fronteiras externas europeias. Regista-se que a Frontex tem acesso a mais competências, melhores recursos técnicos e humanos, como também a meios financeiros mais significativos. Com o aumento da força e dos recursos da agência, também os desafios relativamente ao cumprimento dos direitos obtiveram uma responsabilidade e uma importância cada vez mais acrescida (FINK, 2020). Assim, é relevante abordar quais serão os efeitos colaterais do rígido regime nas fronteiras do Espaço Schengen e da União Europeia.

7.1. Aspetos legais

Primeiramente, os requerentes de asilo apresentam, segundo VÍT & KEMÉNY (2020), uma perspetiva bastante limitada de chegar ao seu destino de forma legal, aliado a um interesse limitado em aplicar as políticas de asilo e migração coordenadas pela União Europeia. Ora, isto resulta na criação de tensão em toda as fronteiras externas da União Europeia. Desta forma, os representantes de agências de aplicação da lei de Estados-Membros individuais, não experienciam uma abordagem coordenada pelas autoridades da União Europeia, pois são praticantes de uma política disfuncional.

Tendo em conta o mencionado, o principal problema que se coloca é uma cooperação que está definida de forma bastante vaga entre as autoridades da União Europeia e as autoridades nacionais no que concerne à proteção das fronteiras externas (VÍT & KEMÉNY, 2020). É o resultado da não existência de uma proteção integrada das fronteiras da União Europeia, que permitiria um reforço da proteção e uma abordagem mais abrangente no que diz respeito às políticas de asilo e migração (FINK, 2015).

Não existindo a possibilidade de reforçar e fazer cumprir a regulamentação da União Europeia, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, a jurisdição continua a ser da inteira responsabilidade dos Estados-Membros. O quadro legal da União Europeia e o Código das

Fronteiras Schengen, fazem parte da legislação de todos os Estados-Membros da União Europeia como uma legislação harmonizada sem controlo supranacional do Tribunal de Justiça da União Europeia (VÍT & KEMÉNY, 2020). Ora, isto implica que os Estados-Membros da União Europeia seguirão o mesmo caminho na abordagem ao aplicar regulamentos internacionais relativamente à proteção de refugiados e pessoas que solicitam proteção internacional (HORII, 2016).

Nesta vertente, abre espaço para uma ampla politização de questões de gestão de fronteiras. O caso “M.H contra Croácia” relativo ao incidente na fronteira servo-croata em novembro de 2017 pode ser um exemplo desta ampla politização (VÍT & KEMÉNY, 2020). A turbulência de inúmeras situações ocorridas é o resultado da falta de uma estrutura legal reforçada e uma política transparente no que diz respeito a comunicação das prioridades da União Europeia (HORII, 2016). É, por isso, também relevante mencionar que estes países que pretendem aderir a União Europeia, gera consequências ao nível da gerência das suas fronteiras e, nomeadamente, do próprio Estado de direito na região (VÍT & KEMÉNY, 2020). Algumas das práticas incorretas que em alguns países se verifica de forma sistemática, são consideradas por estes como pertencentes a sua política nacional e não a ações acidentais. O maior risco associado a estes retrocessos é o risco de devolução, ou seja, uma pessoa é enviada de volta para um lugar onde pode sofrer perseguição (VÍT & KEMÉNY, 2020). Aliado a isto, ainda existe o risco de tratamento desumano que está referenciado na Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Conforme o exposto, é possível identificar estes desafios quando se trata de falta de consistência e equilíbrio entre a prática operacional e o quadro jurídico da União Europeia. Existe uma significativa falta de estratégia da União Europeia no que concerne à harmonização das práticas operacionais com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (VÍT & KEMÉNY, 2020). Não obstante isto, de acordo com o Tratado de Lisboa, nem a Comissão Europeia nem o Tribunal de Justiça da União Europeia têm competência para aplicar a Carta dos Direitos Fundamentais. Dada a

natureza do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, a União Europeia carece de mecanismos de aplicação da lei nesta área política (Fink, 2020). Ora, isto significa que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estando fora da estrutura permanente da União Europeia, não tem jurisdição legal e política (VÍT & KEMÉNY, 2020). Apenas os Estados-Membros estão incluídos na jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Regressando ao caso específico da Frontex, no caso de violações de direitos humanos ou obrigações de proteção internacional que sejam consideradas graves ou suscetíveis de persistir, o Diretor Executivo da agência deve suspender ou pôr fim as operações onde ocorram estas questões, em conformidade com o artigo 46.º do regulamento da Frontex (VÍT & KEMÉNY, 2020). No entanto, isto contrasta fortemente com a prática das fronteiras externas da União Europeia, bem como com as lições legais e políticas aprendidas em 2015 e 2016, quando os fluxos migratórios atingiram o seu pico (VÍT & KEMÉNY, 2020). Como já foi referido ao longo do presente estudo, são notórias as inúmeras evidências de retrocessos que resultam na dificuldade de fazer cumprir os regulamentos internacionais de direitos humanos, mesmo que as instituições da União Europeia atendam de forma aberta ao *modus operandi* solicitado. É, por isso, uma evidência clara da forte influência política sobre a aplicação da lei que é, ao mesmo tempo, sem jurisdição clara sobre o nível da União Europeia (no que diz respeito aos direitos fundamentais).

7.2. Implicações para a Frontex

Os eventos recentes e o reforço do papel da Frontex, levantam sérias preocupações sobre como o atual sistema de gestão de fronteiras está preparado para lidar com questões legais fundamentais. Tendo em conta a rigidez do processo político relativo à reforma do direito primário da União Europeia, é importante esclarecer se a intensificação da proteção das fronteiras dá mais poder aos Estados-Membros e, por conseguinte, enfraquece a posição das instituições da União Europeia (VÍT & KEMÉNY, 2020). Se a resposta for sim a esta questão, o atual quadro jurídico dificilmente é sustentável. Os operacionais responsáveis pela tomada de decisão no terreno, devem prestar uma atenção muito especial ao mandato da Frontex, como também às suas responsabilidades em missão.

Ou seja, isto implica que as operações da Frontex devem estar em harmonia com os direitos fundamentais, tal como é interpretado pelas instituições e agências da União Europeia. Portanto, a Frontex encontra-se numa posição bastante complexa em defender dois interesses da União Europeia: a necessidade emergente de fornecer segurança e o de respeitar o estado de direito (VÍT & KEMÉNY, 2020). Existe uma lacuna significativa entre o que os funcionários devem fazer e como devem ser implementados no terreno. Os comunicados oficiais da agência e o Regulamento da Frontex, enfatizam a importância de respeitar os direitos fundamentais, mas no terreno acaba por ter uma influência bastante abstrata e diminuta nos seus funcionários (VÍT & KEMÉNY, 2020).

Além das dimensões políticas e jurídicas já mencionadas, a gestão de fronteiras tem também uma dimensão operacional, que decorre do facto de a Frontex ser entendida como uma organização intergovernamental, uma vez que opera principalmente com os recursos dos Estados. Com base nisto, a Frontex tem apenas capacidade e recursos limitados para implementar medidas de segurança em conformidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (VÍT & KEMÉNY, 2020). Enquanto isso, os operacionais que estão envolvidos sob o comando limitado e controlo da Frontex, são fortemente influenciados pela cultura organizacional e valores

do seu país de origem, o que resulta em um impacto na sua atitude perante o respeito pelos direitos fundamentais (WOLFF & SCHOUT, 2013).

Como exemplo, existe um caso dinamarquês em que as medidas que as autoridades dinamarquesas consideraram uma clara violação dos direitos fundamentais, foram executadas por oficiais provenientes de outros Estados-Membros. Assim, mesmo com a criação de um corpo permanente, os autores VÍT & KEMÉNY (2020), defendem que este fenómeno não irá desaparecer pois ainda apenas um pequeno número de pessoal destacado serão os únicos responsáveis perante a Frontex, enquanto os outros funcionários irão agir e atuar sob uma estrutura de dupla responsabilidade e prestação de contas.

7.3. Mecanismos de Responsabilização

Existe um consenso generalizado na literatura académica e científica de que a responsabilização da Frontex é insuficiente. Com o decorrer do tempo o conceito de *accountability* sofreu algumas alterações, influenciando a obrigação de prestação de contas da Frontex perante os diferentes fóruns (LOSCHI & SLOMINSKI, 2022). Neste sentido, a criação de um Fórum institucionalizou diálogos sobre os direitos fundamentais com as diversas partes interessadas, tanto internas como externas, criando uma base sólida e regular de diálogo (LOSCHI & SLOMINSKI, 2022).

Não obstante o referido, as atividades operacionais da Frontex não são revistas por um tribunal, em vez disso, as autoridades fronteiriças nacionais podem ser mantidas responsáveis pela violação dos direitos fundamentais perante os tribunais nacionais. Além disso, a responsabilidade é muitas das vezes partilhada entre os vários Estados-Membros, tornando bastante difícil aos indivíduos apresentar uma queixa perante o tribunal respetivo (LOSCHI & SLOMINSKI, 2022). Neste seguimento, os casos que foram tratados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia não lidam com operações da Frontex, mas sim com recusas a acesso a determinados documentos ou ações de licitação e serviços públicos (LOSCHI & SLOMINSKI, 2022).

A criação do Fórum Consultivo como órgão de consulta no domínio dos direitos fundamentais, não corrige a falta de responsabilidade jurídica da Frontex, como também não tem competências nem capacidade para monitorizar ou avaliar o cumprimento dos direitos fundamentais das atividades da Frontex. Este Fórum lida, essencialmente, com questões menos sensíveis e que não desafiam diretamente as atividades e operações conjuntas da Frontex, mas que envolvem funcionários da Frontex em questões de direitos fundamentais (LOSCHI & SLOMINSKI, 2022).

Toda a produção escrita do Fórum, nomeadamente os relatórios anuais e as recomendações, são juridicamente não vinculativos, e, portanto, a Frontex não é obrigada a cumprir estas recomendações (GIGLI, 2022). Segundo os autores LOSCHI e SLOMINSKI (2022), a verificação de falta de diálogo entre o Fórum Consultivo e Administração, é altamente responsabilidade, da mesma forma que alguns membros do Fórum se encontram preocupados com a dificuldade existente em identificar determinado funcionário responsável em contexto de operação (LOSCHI & SLOMINSKI, 2022).

Para além deste Fórum, a Frontex conta com um espaço onde qualquer cidadão pode apresentar queixa relativamente à violação de direitos fundamentais por algum operacional envolvido numa atividade da agência. A queixa pode ser realizada por apenas um indivíduo, ou de forma coletiva se a mesma situação afetar várias pessoas (Frontex, 2019). Este procedimento começará com o responsável pelos direitos fundamentais da agência a estudar a reclamação, decidindo se pode dar início a um processo (Frontex, 2019). Tendo a reclamação sido totalmente processada, será enviada para o Diretor Executivo da agência. Se algum operacional de um Estado-Membro da União Europeia estiver envolvido na queixa, a reclamação também será enviada para as autoridades oficiais desse Estado-Membro (União Europeia, 2019).

Assim, as autoridades desse Estado-Membro serão as responsáveis pelo fornecimento de conclusões e por reportarem ao responsável pelos direitos fundamentais, que posteriormente irão informar quem realizou a queixa

sobre os resultados da reclamação (Frontex, 2019). O tempo entre o seu processamento e a chegada de uma conclusão, pode variar dependendo do caso, sendo que a reclamação pode ser encaminhada pelo indivíduo responsável a outras instâncias, como é o caso dos próprios tribunais nacionais (Frontex, 2019).

Como é possível verificar, a agência com o decorrer do tempo e com o aumento da sua influência em operações nas fronteiras externas da União Europeia, tem tentado aumentar os seus mecanismos de responsabilização legais para identificar eventuais situações de violação dos direitos fundamentais, sendo um dos principais problemas referenciados e debatidos entre a comunidade académica e científica.

8. Conclusão

O principal propósito deste estudo prendeu-se, principalmente, com a análise da agência da Frontex, nomeadamente em relação à sua composição e às suas competências, como também relativamente à operacionalidade no terreno e os seus procedimentos legais. Nessa continuidade, e tendo em conta a pergunta de investigação formulada na introdução, concluiu-se que a agência tem aumentado os seus poderes e a sua influência nas operações de gestão de fronteiras, contribuindo para uma maior eficácia e eficiência no combate às problemáticas existentes nesta conjuntura.

Não obstante o mencionado, a agência tem enfrentado diversas críticas, tanto dos cidadãos, como de uma grande parte dos académicos da temática, no que concerne ao respeito pelos direitos fundamentais em determinadas situações e também à legalidade de diversas ações que foram preconizadas nos últimos anos. Assim, concluiu-se que, embora a Frontex esteja a dar passos na direção certa para assegurar uma gestão segura e fiável das fronteiras externas da União Europeia, é necessário reforçar os mecanismos de responsabilização da agência com o propósito de evitar situações de desrespeito pelos direitos humanos e diminuir os casos de reclamações existentes (GLOUFTSIOS, 2023). As várias interpretações dos direitos fundamentais e da legislação, as diferenças de cultura, bem como de valores

organizacionais, podem resultar em medidas policiais diferentes e contraditórias numa determinada zona fronteiriça.

Deste modo, segundo VÍT e KEMÉNY (2020), uma maior nacionalização da estrutura institucional da Frontex irá resultar num maior número de incidentes. Este fator aliado aos desafios cada vez mais complexos, tanto a nível interno como externo da União Europeia, a Frontex irá sentir mais tensões a nível institucional e operacional, principalmente resultado de uma cultura organizacional distinta. Este cenário pode comprometer significativamente a funcionalidade, o êxito das operações, bem como a segurança da União Europeia e dos seus Estados-Membros. Assim, leva-se a questionar a necessidade de mais apoio da União Europeia ao país requerente. Como foi mencionado ao longo do estudo, a cooperação entre os Estados-Membros é crucial para a proteção das fronteiras, sendo que o papel da agência pode ser questionado ao nível da sua responsabilização, como também nos poderes dados aos Estados-Membros.

Na linha do que tem sido desenvolvido ao longo da investigação, considera-se relevante mencionar que a mesma pode ter um impacto prático positivo. Sendo a defesa dos direitos fundamentais fulcral, é impreterível um reforço dos mecanismos de responsabilização da Frontex, e através desta conceção, poderem promover alterações que vão ao encontro do referido. Em termos teóricos a contribuição é igualmente importante, designadamente, porque se trata de uma temática bastante atual e que nos últimos anos tem originado um debate bastante aceso não só entre a comunidade académica, como também entre a comunidade política. O leitor pode então depreender que a Frontex é um instrumento concebido para contribuir no desenvolvimento político do controlo das fronteiras externas.

Apesar do objetivo de o estudo ter sido realizado com sucesso, verificam-se algumas limitações ao mesmo. Desde logo, a escassez de literatura existente na comunidade científica referente a casos práticos, o que poderia oferecer uma abordagem ao estudo ainda mais próxima da realidade e um maior enquadramento com os procedimentos legais.

Ademais, proveniente de um debate acadêmico muito marcado, acaba por existir ideias e pontos de vista distintos como também contraditórios, o que contribui para um enviesamento das conclusões retiradas consoante a literatura analisada.

Os futuros artigos, neste âmbito, podem incluir diversos casos práticos, oferecendo uma visão mais centrada na operacionalidade da Frontex. Adicionalmente, pode promover-se análises mais detalhadas aos mecanismos de responsabilização e de transparência, com o intuito de analisar o impacto e os efeitos reais que a sua implementação tiveram. Os novos mecanismos de responsabilização e transparência chegarão para combater as falhas existentes nas operações da Frontex? Ou verificam-se, todavia, insuficientes? Estas são questões de extrema relevância, contudo, mencionase que a temática em estudo é de extrema sensibilidade, tanto para os EstadosMembros como para a União Europeia, levando a um debate que se irá manter e estender no futuro.

9. Referências Bibliográficas

- Carrera, S., Hertog, L. D., & Parkin, J. (2013). The peculiar nature of EU home affairs agencies in migration control: Beyond accountability versus autonomy? *European Journal of Migration and Law*, 15 (4), 337-358. https://brill.com/view/journals/emil/15/4/article-p337_1.xml?language=en
- Buckel, S., & Wissel, J. (2010). State Project Europe: The Transformation of the European Border Regime and the Production of Bare Life. *International Political Sociology*, 4 (1), 33-49. <https://doi.org/10.1111/j.1749-5687.2009.00089.x>
- Fink, M. (2020). The Action for Damages as a Fundamental Rights Remedy: Holding Frontex Liable. *German Law Journal*, 21, 532-548. <https://doi.org/10.1017/glj.2020.20>
- Fink, M. (2015). A “Blind Spot” in the framework of international responsibility? Third Party Responsibility for Human Rights Violations: The Case of Frontex. In T. Gammeltoft-Hansen & J. Vedsted-Hansen

(Eds.), *Dark Side of Globalisation: Transnational Law Enforcement*. Routledge. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591126

Frontex. (2023). *O que é a Frontex?* <https://frontex.europa.eu/language/pt/>

Frontex. (2019). *Complaints Mechanism*. https://frontex.europa.eu/assets/Complaint_mechanism/2020/Complain_Mechanism_English.pdf

Gigli, M. (2022). Financial Scrutiny of Frontex as a Political Accountability Tool. *VerfBlog*. DOI: [10.17176/20220908-230438-0](https://doi.org/10.17176/20220908-230438-0)

Gkliati, M., & Kilpatrick, J. (2021). Crying wolf too many times: The Impact of the Emergency Narrative on Transparency in Frontex Joint Operations. *Utrecht law review*, *17* (4), 57-72. DOI: [10.36633/ulr.770](https://doi.org/10.36633/ulr.770)

Glouftsiou, G. (2023). Performing secrecy: hiding and obfuscation in Frontex's pushbacks scandal. *Journal of Ethnic and Migration Studies*,

Horii, S. (2018). Accountability, dependency, and EU agencies: The hotspot approach in the refugee crisis. *Refugee Survey Quarterly*, *37* (2), 204-230. <https://doi.org/10.1093/rsq/hdy005>

Horii, S. (2016). The Effect of Frontex's risk on the European border controls. *European Politics and Society*, *17* (2), 242-258. <http://dx.doi.org/10.1080/23745118.2016.1121002>

Kalkman, J. P. (2021). Frontex: A Literature Review. *International Migration*, *59* (1), 165-181. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/imig.12729>

Léonard, S., & Kaunert, C. (2022). The securitisation of migration in the European Union: Frontex and its evolving security practices. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, *48* (6), 1417-1429. DOI: [10.1080/1369183X.2020.1851469](https://doi.org/10.1080/1369183X.2020.1851469)

Léonard, S. (2010). EU border security and migration into the European Union: Frontex and securitisation through practices. *European Security*, *19* (2), 231-254. <https://doi.org/10.1080/09662839.2010.526937>

Loschi, C., & Slominski, P. (2022). Frontex's Consultative Forum and Fundamental Rights Protection: Enhancing Accountability Through

Dialogue? *European Papers*, 7 (1), 195-214. DOI: 10.15166/2499-8249/554

Ludwig, F.J. (2019). As Políticas de Fronteiras da União Europeia: O Espaço Schengen e a Frontex. *Revista Videre*, 11 (21), 171-191. doi: 10.30612/videre.v11i21.8979

Mungianu, R. (2013). Frontex: Towards a Common Policy on External Border Control. *European Journal of Migration and Law*, 15 (4), 359-385. https://brill.com/view/journals/emil/15/4/article-p359_2.xml?language=en

Paul, R. (2017). Harmonisation by risk analysis? Frontex and the risk-based governance of European border control. *Journal of European Integration*, 39 (6), 689-706. <https://doi.org/10.1080/07036337.2017.1320553>

Perkowski, N., Stierl, M., & Burrige, A. (2023). The evolution of European border governance through crisis: Frontex and the interplay of protracted and acute crisis narratives. *Society and Space*, 41 (1), 110-129. DOI: 10.1177/02637758231152478 Regulamento n.º 2019/1896 da União Europeia. (2019). Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1896&from=EN>

Vít, M., & Kemény, G. (2020). Contradictions in Frontex Operations: the Push-back. *Magyar Rendszet*, 20 (4), 85-92. DOI: 10.32577/mr.2020.4.5

Winkler, D. (2023). The political economy of bordering and the reproduction of borders in the case of Frontex. *Human Geography*, 16 (2), 162-174. DOI: 10.1177/19427786221135577

Wolff, S., & Schout, A. (2013). Frontex as Agency: More of the Same? *Perspectives on European Politics and Society*, 14 (3), 305-324. <https://doi.org/10.1080/15705854.2013.817809>

Wolff, S. (2008). Border management in the Mediterranean: Internal, external and ethical challenges. *Cambridge Review of International Affairs*, 21 (2), 253-271. <https://doi.org/10.1080/09557570802021030>

-

¹ O presente trabalho foi realizado no âmbito do Mestrado em Administração Público-Privada, na disciplina de Administração da União Europeia.

O Acesso à Justiça por parte das ONG no Âmbito do Regulamento Aarhus: Um Acesso em Conformidade com o Artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus?

Alexandra Tavares Noronha

Resumo

Em 2005, através da Decisão do Conselho 2005/370/CE, a União Europeia aprovou a Convenção de Aarhus, vinculando-se e vinculando os seus Estados-Membros às obrigações provenientes da mesma. De modo a adequar as suas práticas ao conteúdo da referida Convenção, a União Europeia adotou alguns instrumentos normativos. No âmbito dos seus órgãos e instituições, a União Europeia adotou, em 2006, o Regulamento (CE) n.º 1365/2006, mais conhecido por Regulamento Aarhus, que foi, mais tarde, em 2021, sujeito a alterações (Regulamento (UE) n.º 2021/1767). Nesse sentido, o Regulamento Aarhus é o instrumento responsável por garantir o acesso à justiça nos termos estipulados pelo artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus às organizações não governamentais (ONG) no contexto dos órgãos e instituições da União. No presente artigo, pretende-se perceber se o acesso à justiça previsto para estas organizações no âmbito do Regulamento Aarhus se encontra em conformidade com o disposto no artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus, pelo que estarão em foco as duas versões, versão original e versão atual, do referido regulamento.

Palavras-Chave: ONG; Proteção do Ambiente; Convenção de Aarhus; Acesso à justiça; União Europeia; Regulamento Aarhus.

Abstract

In 2005, through Council Decision 2005/370/EC, the European Union approved the Aarhus Convention, binding itself and its member states to the obligations arising from it. In order to adapt its practices to the content of this Convention, the European Union has adopted a number of normative instruments. Within the framework of its bodies and institutions, in 2006 the European Union adopted Regulation (EC) No 1365/2006, better known as the Aarhus Regulation, which was later amended in 2021 (Regulation (EU) No 2021/1767). In this sense, the Aarhus Regulation is the instrument that guarantees access to justice under the terms of Article 9(3) of the Aarhus Convention for non-governmental organisations (NGOs) in the context of the Union's bodies and institutions. The aim of this article is to find out whether the access to justice provided for these organisations under the Aarhus Regulation complies with the provisions of Article 9(3) of the Aarhus Convention, and will therefore focus on the two versions of the regulation, the original version and the current version.

Keywords: NGO, Environmental Protection; Aarhus Convention; Access to Justice; European Union; Aarhus Regulation

1. Enquadramento¹

No âmbito da Comunidade Europeia (CE) – e, posteriormente, no âmbito da União Europeia –, a relevância da proteção do ambiente evoluiu significativamente ao longo dos anos, convertendo-se de uma preocupação inexistente² numa das suas atividades mais preponderantes³⁻⁴.

No domínio do ambiente, a União Europeia adere a instrumentos desenvolvidos internacionalmente, seja a nível global ou a nível regional, com alguma frequência. No momento presente, a UE é parte/signatária em

mais de 40 acordos ambientais multilaterais, entre os quais se encontra a Convenção de Aarhus⁵.

A Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente⁶, mais conhecida por Convenção de Aarhus, foi assinada a 25 de junho de 1998, na cidade dinamarquesa de Aarhus, no âmbito da Comissão Económica das Nações Unidas para a Europa (UNECE) e entrou em vigor a 30 de outubro de 2001⁷.

Aspirando “assegurar um desenvolvimento sustentável e ambientalmente sã” e “contribuir para a proteção do direito que qualquer indivíduo, das gerações atuais ou futuras, tem de viver num ambiente adequado à sua saúde e bem-estar”, a Convenção de Aarhus determina, no seu artigo 1.º, que cada Parte contratante garantirá o reconhecimento de três direitos em matéria de ambiente, tradicionalmente designados como pilares, ao público: o acesso à informação (artigos 4.º e 5.º), a participação do público no processo de tomada de decisão (artigos 6.º, 7.º e 8.º) e o acesso à justiça em matéria ambiental (artigo 9º)⁸.

O acesso à justiça previsto no artigo 9.º, denominado por P ETER OLIVER como a *pièce de résistance* da Convenção de Aarhus, está dividido em três regimes distintos: a) acesso à justiça para revisão de decisões relacionadas com o acesso à informação (n.º 1); b) acesso à justiça para revisão relacionadas com a participação do público nos processos de tomada de decisão (n.º 2); e c) acesso à justiça para impugnação de atos e omissões em desconformidade com a lei ambiental (n.º 3)⁹. Assim, este acesso para além de contribuir para consolidar os dois primeiros pilares (n.ºs 1 e 2), ainda possibilita a contestação de decisões ou omissões relacionadas com o ambiente, sejam estas realizadas por particulares ou por autoridades públicas (n.º 3)¹⁰.

No n.º 3 do artigo 9.º encontramos, concretamente, que “...sem prejuízo dos processos de revisão acima mencionados nos parágrafos 1 e 2, cada Parte assegurará que quando definirem os critérios, quaisquer que sejam, previstos na sua legislação nacional, os membros do público terão acesso

aos processos administrativos ou judiciais para questionar actos ou omissões de privados ou de autoridades públicas que infrinjam o disposto na legislação nacional aplicável em matéria de ambiente”.

Ao longo dos anos foram surgindo algumas questões relativamente ao que, em concreto, este n.º 3 significa, isto é, o que este exige dos Estados contratantes e, por conseguinte, aquilo que este pretende que seja concedido aos cidadãos dos mesmos. Nesse contexto, os trabalhos desenvolvidos pelo Comité de Avaliação do Cumprimento da Convenção de Aarhus¹¹ providenciaram esclarecimentos absolutamente essenciais.

Deste modo, recorrendo aos trabalhos do Comité, conclui-se que o acesso à justiça presente neste número:

- i. pode ser concretizado, como o próprio texto indica, através de processos administrativos ou judiciais;
- ii. tem a intenção de munir os membros do público com a possibilidade de impugnar atos ou omissões que se encontrem em desconformidade com as leis nacionais relativas ao ambiente, de forma a contribuir para um cumprimento efetivo das mesmas¹²;
- iii. permite a impugnação de atos e omissões tanto de natureza procedimental, como de natureza substantiva¹³.
- iv. não se encontra circunscrito às leis ambientais – isto é, aquelas que incluem, expressamente, no seu título ou no seu corpo o termo ambiente –, abrangendo também qualquer lei relacionada com o ambiente. Sendo, deste modo, aplicável a qualquer tema relacionado com o ambiente, nomeadamente, a energia e a agricultura¹⁴;
- v. e é concedido aos membros do público que preencham os requisitos, se existentes, exigidos no direito interno dos Estados Parte. Não sendo, assim, exigida a criação de uma ação popular (*actio popularis*), que permita a qualquer pessoa impugnar uma ação ou omissão relacionada com o ambiente¹⁵.

É revelante, ainda, mencionar que embora não seja exigida a criação de uma ação popular, também não devem ser mantidos ou incluídos, no direito interno das Partes, requisitos que impeçam o acesso à justiça, nos moldes determinados pelo artigo 9.º, n.º 3, à maior parte dos membros do público, especialmente às ONG¹⁶. Portanto, a ideia que fica é que o acesso à justiça deve ser a regra, não a exceção¹⁷.

Ora, a União Europeia aprovou a Convenção de Aarhus, que já tinha assinado em 1998, através da Decisão do Conselho 2005/370/CE, de 17 de Fevereiro de 2005¹⁸, vinculando-se e vinculando os Estados-Membros às obrigações provenientes da mesma¹⁹.

Ratificada também pelos Estados Membros²⁰, a Convenção de Aarhus constitui um acordo misto – isto é, um acordo internacional multilateral em que participam conjuntamente a União Europeia e os seus Estados-Membros²¹ –, ao qual estes últimos se encontram vinculados não só pela via do Direito da União Europeia, mas também pela via do Direito Internacional²².

Com o intuito de adequar as práticas europeias às disposições presentes na Convenção – e, por conseguinte, tentar transitar para uma democracia ambiental –, a União Europeia adotou, quer antes quer após a ratificação, alguns instrumentos normativos, direcionados aos Estados-Membros e à própria União²³.

Ao nível dos Estados-Membros, a UE optou por realizar a implementação através de diretivas. Assim, em relação ao primeiro e ao segundo pilar da Convenção foram adotadas, entre outras, a Diretiva 2003/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003, relativa ao acesso do público às informações sobre ambiente²⁴ e a Diretiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003, que estabelece a participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente²⁵⁻²⁶.

O mesmo não aconteceu, contrariamente ao que era de esperar, com o terceiro pilar da Convenção, pois a proposta de diretiva sobre o acesso à

justiça nunca chegou a ser aprovada²⁷⁻²⁸. Perante isto, em 2017, a Comissão emitiu a “Comunicação sobre o acesso à justiça em matéria de ambiente”²⁹, na qual reuniu toda a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) complementada com conclusões interpretativas, de modo a clarificar os meios de acesso disponíveis e servir como fonte de referência para os Estados-Membros³⁰⁻³¹.

Já ao seu próprio nível, a União adotou, em 2006, o Regulamento (CE) n.º 1367/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Setembro de 2006, relativo à aplicação das disposições da Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente às instituições e órgãos comunitários, mais conhecido como Regulamento Aarhus³².

2. REGULAMENTO AARHUS

A definição de “autoridades públicas” presente no artigo 2.º, n.º 2 da Convenção de Aarhus implica, como sublinha VERA RODENHOFF, a sujeição dos próprios órgãos e instituições da União Europeia às disposições da respetiva Convenção (alínea d))³³. Em face do exposto, surge o Regulamento Aarhus, cujo intuito reside em adequar a prática dos órgãos e instituições da UE aos três pilares consagrados pela Convenção³⁴.

Se relativamente aos dois primeiros pilares, a prática dos órgãos e instituições da União Europeia já se encontrava, de certo modo, encaminhada, o mesmo não se pode dizer relativamente ao terceiro, dedicado ao acesso à justiça. Nesse sentido, a concretização do terceiro pilar revelou-se, sem qualquer sombra de dúvida, como a mais difícil e desafiante³⁵.

No período que antecedeu a adoção do Regulamento Aarhus, o acesso à justiça em matéria ambiental era extremamente precário. Assente, inicialmente, no artigo 173.º, n.º 4 do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (TCEE) e, posteriormente, no artigo 230.º, n.º 4 TCE – muito semelhantes ao atual artigo 263.º, n.º 4 TFUE³⁶ –, este era um acesso que se encontrava, por força da interpretação tradicional (e restritiva)

do TJUE relativa à legitimidade processual ativa, circunscrito a um reduzido número de pessoas³⁷. De tal modo, que nem mesmo as ONGA, consideradas, por muitos, como verdadeiras interessadas na matéria, conseguiam usufruir do mesmo³⁸.

Neste âmbito, o caso *Greenpeace*, ocorrido na década de 90, apresenta-se como uma ilustração fiel da realidade vivida por estas organizações durante este período³⁹. Neste célebre caso, o Tribunal de Primeira Instância concluiu pela ilegitimidade processual da Greenpeace em razão da ausência de um interesse individualizado, requisito interpretado em consonância com a restritiva jurisprudência Plaumann de 1963⁴⁰, na decisão impugnada⁴¹⁻⁴². Relativamente a este assunto, afirmou, ainda, que, segundo jurisprudência constante, uma associação constituída para promover os interesses coletivos de uma categoria de cidadãos não pode ser considerada direta e individualmente atingida por um ato que afeta os interesses gerais dessa categoria⁴³. Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça (TJ) limitou-se a confirmar o julgado⁴⁴.

Segundo CARLAAMADO GOMES, o caso *Greenpeace* “tem o mérito de alertar para um vazio de protecção jurídica no âmbito comunitário no que toca a interesses colectivos, insusceptíveis de acolhimento, quer na letra, quer no espírito, do n.º 4 do artigo 230.º do Tratado de Roma”⁴⁵.

Na teoria, a implementação do artigo 9.º, n.º 3 pelo Regulamento Aarhus seria perfeitamente capaz de alterar o panorama descrito. Mas e na prática? Qual é a situação após a entrada em vigor do Regulamento Aarhus?

2.1. VERSÃO ORIGINAL (2008-2021)⁴⁶

Na versão inicial do Regulamento Aarhus, encontramos três artigos (10.º, 11.º e 12.º) dedicados à regulação do acesso a processos administrativos e judiciais por parte das ONG. Estes artigos constam do penúltimo título (IV) da versão, intitulado de “Reexame Interno e Acesso à Justiça”.

Neste título, o acesso à justiça está estruturado em duas etapas que funcionam em modo sequencial. Isto é, nas situações em que as ONG não ficam satisfeitas com o resultado provindo do procedimento do artigo 10.º,

podem socorrer-se do recurso previsto no artigo 12.^o⁴⁷. Vejamos, de forma clara, o que nestes se encontrava disposto e a sua aplicação prática.

2.1.1. ARTIGO 10.^o – REEXAME INTERNO

O artigo 10.^o consagra um procedimento administrativo, denominado reexame interno, que permite pedir a reapreciação de atos ou omissões administrativas praticadas ao abrigo da legislação ambiental por órgãos e instituições da UE.

Os pedidos devem ser apresentados por escrito num prazo de seis semanas a contar do ato ou, em caso de alegada omissão, a contar da data em que o ato era devido e devem conter os fundamentos do reexame. As instituições e órgãos da UE aos quais é requerido reexame interno devem analisar e responder, de forma fundamentada, aos pedidos.

A possibilidade de requerer reexame interno é concedida somente às ONG que satisfaçam os critérios enunciados no artigo 11.^o do Regulamento⁴⁸.

Criado com o intuito de colmatar o restrito *locus standi* das ONG em matéria de ambiente e, por conseguinte, cumprir o disposto no n.º 3 do artigo 9.^o da Convenção, este procedimento foi, desde cedo, alvo de duras críticas por parte da doutrina. Estas críticas incidiram, sobretudo, sobre o âmbito do procedimento – ou seja, sobre a extensão de atos e omissões submissíveis ao mesmo –, apontado, de forma unânime, como extremamente limitado⁴⁹.

O âmbito do reexame interno está circunscrito a atos e omissões administrativos, entendidos, respetivamente, enquanto “qualquer medida de carácter individual tomada por uma instituição ou órgão comunitário ao abrigo da legislação ambiental e com efeitos externos juridicamente vinculativos” (alínea g) do n.º 1 do artigo 2 do Regulamento) e enquanto “a falta de aprovação, por parte de uma instituição ou órgão comunitário, de um acto administrativo definido na alínea g)” (alínea h) do n.º 1 do artigo 2 do Regulamento), excecionados os casos estipulados no n.º 2 do artigo 2 do Regulamento⁵⁰.

Assim sendo, para estarmos perante um ato ou omissão abrangido por este procedimento, além de ser necessário preencher, cumulativamente, os requisitos de possuir carácter individual, ser adotado ao abrigo da legislação ambiental e deter efeitos externos juridicamente vinculativos, é, ainda, necessário que o mesmo não se enquadre nas exceções estabelecidas no n.º 2 do artigo 2 do Regulamento⁵¹.

Esta “exigente” definição de ato administrativo foi, desde o primeiro momento, considerada um possível obstáculo à utilidade do reexame interno, com vários autores a expressarem apreensão em relação à eventual restrição imposta, em especial, pela exigência de carácter individual e de efeitos externos juridicamente vinculativos⁵². No que diz respeito ao carácter individual, a maior preocupação residia na possibilidade de este vir a ser interpretado na mesma linha do interesse individual estipulado no artigo 263.º, n.º 4 TFUE, uma vez que tal significaria a exclusão da maior parte das decisões ambientais de serem submetidas a este procedimento⁵³.

As críticas tecidas ao âmbito do procedimento acabaram por se revelar justificadas.

A análise aos pedidos enviados a reexame interno expôs uma realidade nada animadora: a maior parte dos pedidos não prossegue pelo facto do ato ou alegada omissão submetido não preencher um ou mais do que um dos requisitos exigidos para ser tido como administrativo e, por conseguinte, objeto de reexame interno.

De forma a demonstrar isto, observemos alguns pedidos, escolhidos de forma aleatória, e respetivas respostas⁵⁴:

- a) Pedido (*European Environmental Bureau* – 2007): decisão de nomeação de dois candidatos para o cargo de Diretor Executivo da Agência Europeia de Produtos Químicos. Resposta: o ato não possui efeitos externos. Em consequência disto, não constitui ato administrativo -> pedido inadmissível;
- b) Pedido (*Stichting Natuur en Milieu* – 2009): Diretiva 2008/116/EC. Resposta: o ato é de alcance geral e não de carácter individual. Em

consequência disto, não constitui ato administrativo -> pedido inadmissível;

c) Pedido (*Justice & Environment* – 2010): decisão 2010/135/UE e decisão 2010/136/UE. Resposta: os atos estão em conformidade com as normas ambientais -> pedido infundado;

d) Pedido (*PAN Europe* e *Greenpeace* – 2011): regulamento de execução (UE) n.º 1143/2011. Resposta: o ato é de alcance geral e não de carácter individual. Em consequência disto, não constitui ato administrativo -> pedido inadmissível;

e) Pedido (*PAN Europe* – 2013): regulamento de execução (UE) n.º 365/2013. Resposta : ato de alcance geral e não de carácter individual. Em consequência disto, não constitui ato administrativo -> pedido inadmissível;

f) Pedido (*Transport & Environment, Friends of the Earth* e *Greenpeace* – 2014): omissão pela não submissão da proposta necessária, de acordo com o n.º 4 do artigo 5 da Decisão 1999/468/CE, para a adoção das medidas do artigo 7a da Diretiva 2009/30/CE. Resposta: ato de alcance geral e sem efeitos externos e juridicamente vinculativos. Em consequência disto, não constitui omissão administrativa -> pedido inadmissível;

g) Pedido (*Frank Bold Society* e *European Environmental Bureau* – 2015): decisão da Comissão Europeia à notificação da República Checa sobre o plano nacional de transição referido no artigo 32.º da Diretiva 2010/75/UE. Resposta: ato de alcance geral e não de carácter individual. Em consequência disto, não constitui ato administrativo -> pedido inadmissível;

h) Pedido (*ClientEarth* – 2016): decisão C(2016)3549. Resposta: o ato não infringe qualquer das normas referidas -> pedido infundado;

i) Pedido (*Food and Water Watch* – 2019): relativo ao Regulamento Delegado (UE) 2020/389 da Comissão de 31 de outubro de 2019 que altera o Regulamento (UE) n.º 347/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito à lista da União de projetos de interesse

comum. Resposta: ato de alcance geral e não adotado ao abrigo de legislação ambiental. Em consequência disto, não constitui ato administrativo -> pedido inadmissível;

j) Pedido (*Test Biotech e.V* – 2021): decisão de execução (UE) 2021/66, decisão de execução (UE) 2021/61 e decisão de execução (UE) 2021/65. Resposta: os atos estão em conformidade com a legislação da UE -> pedido infundado.

Embora constituam uma pequena amostra, os pedidos declarados inadmissíveis – sete dos mencionados anteriormente – permitem-nos compreender os principais motivos conducentes à conclusão da não existência de um ato ou omissão administrativo e, consequentemente, à inadmissibilidade dos pedidos de reexame interno.

No conjunto dos pedidos declarados inadmissíveis, a Comissão Europeia alegou, essencialmente, dois motivos para que os atos ou omissões submetidos a reexame não constituíssem atos ou omissões administrativos: ausência de carácter individual e ausência de efeitos externos juridicamente vinculativos. A verificação de um ou mais do que um destes motivos acarretava, por razões óbvias, a inadmissibilidade do pedido⁵⁵.

Dos dois motivos referidos, a exigência de carácter individual aparenta ser o mais recorrente obstáculo à admissibilidade da maior parte dos pedidos. Neste âmbito, a interpretação restritiva de carácter individual adotada pela Comissão Europeia é indicada como a principal razão para tal desfecho⁵⁶. Isto é, os atos adotados em matéria de ambiental possuem, por via de regra, carácter geral, pelo que a interpretação restritiva adotada pela Comissão tem implicado a inadmissibilidade da maioria dos pedidos⁵⁷. Nos exemplos expostos supra, seis dos sete pedidos declarados inadmissíveis não possuíam, de acordo com a Comissão Europeia, carácter individual.

A exigência de efeitos externos juridicamente vinculativos é o segundo motivo que muitas vezes conduz à inadmissibilidade do pedido. Ainda que não atinja a dimensão do impacto provocado pela exigência de carácter individual, também importantes decisões relacionadas com o ambiente são

excluídas do procedimento de reexame interno por sua causa. Entre os atos excluídos estão, nomeadamente, propostas de alteração a diretivas e regulamentos, decisões no contexto dos programas de ação em matéria de ambiente e decisões relacionadas com financiamento de projetos⁵⁸.

Relativamente a esta questão, revela-se pertinente mencionar que a exigência de adoção do ato ao abrigo de legislação ambiental também já constituiu motivo para a inadmissibilidade de pedidos. Um exemplo disto é o pedido submetido pela *Food and Water Watch* em 2019, aludido anteriormente, relativo a um ato adotado no domínio da energia que foi encarado enquanto não adotado ao abrigo da legislação ambiental.

Esta situação despertou para o possível não cumprimento do princípio da integração no âmbito do reexame interno. Este importante princípio do Direito do Ambiente está estipulado quer no artigo 37.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia quer no artigo 11.º TFUE e defende que o ambiente constitui “um elemento de ponderação a ter em consideração não só em decisões imediatamente relacionadas com o ambiente, mas também em decisões sobre matérias mais ou menos remotamente relacionadas com o ambiente”⁵⁹.

Bem, após o estudo realizado, podemos concluir que o reexame interno, na formulação e interpretação agora analisada, se apresenta como um procedimento extremamente limitado *ratione materiae*, que tem dificultado, em grande medida, as pretensões das ONG no que concerne a contestação de decisões ambientais.

Perante isto, as ONG exploraram a única opção que lhes restava, a interposição de recurso para o TJUE estipulada no artigo 12.º do Regulamento.

2.1.2. ARTIGO 12.º – RECURSO PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O artigo 12.º do Regulamento, na linha do disposto no considerando 21, estabelece que as ONG que tenham requerido reexame interno à luz do artigo 10.º podem interpor recurso para o TJUE ao abrigo das disposições aplicáveis do Tratado (artigo 263.º, n.º 4 e artigo 265.º, n.º 3 do TFUE⁶⁰)⁶¹. Este recurso pode ter por base situações em que as ONG não estão satisfeitas com o resultado do reexame interno (n.º 1) ou situações em que a instituição ou órgão da UE não agiu em conformidade com o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 10.º (n.º 2)⁶².

Aqui, o objeto do recurso é a decisão do órgão ou instituição da UE (ou a omissão da mesma) ao requerimento de reexame interno e não o ato originalmente submetido ao procedimento⁶³. Esta é uma decisão direta e individualmente dirigida à ONG que requereu o reexame interno, pelo que se encontra assegurada a legitimidade ativa da respetiva ONG no âmbito das disposições aplicáveis do Tratado⁶⁴.

Durante a vigência desta versão do Regulamento, o Tribunal Geral (TG) analisou vários processos, interportos ao abrigo do artigo 263.º, n.º 4 TFUE, direcionados à anulação da decisão do órgão ou instituição da UE ao requerimento de reexame interno. Em sede de recurso, alguns destes foram também analisados pelo TJ.

Nestes processos, as ONG invocaram, essencialmente, dois/três motivos para a inadmissibilidade e consequente anulação da referida decisão: a violação da alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento – em alguns casos, conjuntamente com a violação do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento – e a violação da alínea f) do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento. Estas fundamentaram a violação da alínea g) na interpretação errada do ato enquanto medida de carácter geral e/ou na interpretação errónea do ato enquanto medida sem efeitos externos juridicamente vinculativos e a violação da alínea f) na interpretação errada do conceito “legislação ambiental”.

Posto isto, importa partir para a análise de alguns destes acórdãos, de modo a perceber o que decidiu o TG perante as violações invocadas e a fundamentação subjacente a tais decisões. Neste âmbito, será dado particular ênfase à exceção de ilegalidade suscitada, a título incidental, do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento, conjugado com a alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º, à luz da Convenção de Aarhus, uma vez que esta originou diferentes posições por parte do TG e do TJ.

No processo *TestBiotech eV c. Comissão Europeia*⁶⁵, a ONG alemã invocou a violação da alínea f), pelo que o tema central do mesmo residuiu na amplitude do conceito “legislação ambiental”, isto é, no que é ou não por este abrangido, no contexto do Regulamento Aarhus. Sobre este assunto, o TG afirmou “que, ao remeter para os objectivos enumerados no artigo 191.º, n.º 1, TFUE, o legislador da União quis dar ao conceito de “legislação ambiental”, previsto no Regulamento n.º 1367/2006, um significado amplo, que não se limita a questões ligadas à proteção do ambiental natural em sentido estrito”, afirmação que fundamentou, também, no artigo 192.º, n.º 2 TFUE⁶⁶. Na mesma linha, o TG declarou, ainda, que o Regulamento Aarhus “não prevê que os pedidos de reexame interno devam ter como eixo essencial questões de direito do ambiente”, o que significa que a Comissão é obrigada a analisar qualquer argumento através do qual se alegue que o ato administrativo em questão é contrário à legislação ambiental na aceção do referido Regulamento, “sem que seja necessário que o objetivo jurídico principal do argumento analisado seja constituído por uma questão de direito do ambiente”. Assim sendo, no caso em apreço, o TG concluiu pela anulação da decisão impugnada, uma vez que ao alegar que “uma grande parte das acusações deduzidas pela recorrente no âmbito do seu pedido de reexame interno não se inscreve no direito do ambiente, a Comissão cometeu um erro de direito”⁶⁷.

No processo *ClientEarth c. Banco Europeu de Investimento*⁶⁸, a *ClientEarth* invocou quer a violação da alínea g) quer a violação da alínea f), fundamentando a primeira na interpretação errada do ato enquanto medida sem efeitos externos juridicamente vinculativos. Relativamente ao

conceito “legislação ambiental”, o TG reafirmou as ideias supracitadas, reforçando que “não há que limitar o acesso à justiça em matéria de ambiente apenas aos atos de autoridades públicas que tenham formalmente como base jurídica uma disposição da legislação ambiental”⁶⁹. Já no que concerne o conceito de “ato que produz efeitos externos juridicamente vinculativos”, o TG começou por dizer que, por uma questão de coerência geral, este deve ser interpretado em harmonia com o conceito de “efeitos jurídicos em relação a terceiros” estipulado no artigo 263.º, n.º 1 TFUE. Nesse sentido, recorrendo a jurisprudência constante, o TG declarou que para determinar se os atos ou decisões produzem os referidos efeitos “há que atender à substância desses atos ou decisões mais do que à sua forma”, de modo a perceber se estes produzem “efeitos jurídicos vinculativos que possam afetar os interesses de um terceiro, alterando de forma caracterizada a situação jurídica deste”. Com base neste raciocínio, o TG excluiu algumas medidas do conceito em questão, nomeadamente, medidas de ordem interna sem qualquer efeito fora da esfera interna do órgão/instituição autor das mesmas e atos ou decisões puramente preparatórios⁷⁰. No caso em apreço, o TG determinou a anulação da decisão na qual o Banco Europeu de Investimento indefere por inadmissibilidade o pedido de reexame interno, pois concluiu que o ato em questão correspondia a uma decisão definitiva que produzia efeitos jurídicos definitivos em relação a terceiros⁷¹. O Banco Europeu de Investimento interpôs recurso deste acórdão, recurso que ainda se encontra por decidir⁷².

Portanto, perante as alegações acima identificadas, o TG deu razão às ONG interessadas e determinou a anulação da decisão impugnada, o que significa que, pelo menos, nestes dois casos o órgão/instituição responsável por rececionar o pedido de reexame interno o rejeitou de forma infundada.

Nos processos em que se deparou com a alegação da violação do artigo 10.º, n.º 1, conjugado com o artigo 2.º, n.º 1, alínea g), sustentada na interpretação errada do ato enquanto medida de carácter geral, o TG começou por afirmar que “para determinar o alcance de um ato, o juiz da União não se pode limitar à denominação oficial do ato, mas deve ter em

conta, antes de mais, o seu objeto e o seu conteúdo”. Nesse sentido, o TG realizou, em cada caso concreto, uma análise profunda e detalhada do ato alvo de requerimento de reexame interno. Para infelicidade das ONG, a conclusão do TG e respetiva fundamentação foi, nos três casos, idêntica: o TG afirmou que, por força de jurisprudência constante⁷³, a medida submetida a reexame interno não podia ser considerada uma medida de carácter individual, uma vez que era aplicável a situações determinadas objetivamente e produzia efeitos jurídicos em relação a categorias de pessoas consideradas de forma geral e abstrata, pelo que também não podia “ser qualificada de ato administrativo, na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alínea g, do Regulamento”, e, por conseguinte, “não podia ser objeto de um pedido de reexame interno ao abrigo do artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento”. Face a isto, o TG julgou o argumento apresentado improcedente e declarou, nos três processos, que a decisão ao requerimento de reexame interno se encontrava em conformidade com o Regulamento⁷⁴.

Assim, contrariamente ao que aconteceu nos casos relativos aos conceitos de “legislação ambiental” e de “efeitos jurídicos externos juridicamente vinculativos”, nos processos relacionados com o carácter do ato o TG não deu razão às ONG. Destarte, a exigência de carácter individual presente no conceito de “ato administrativo” estipulado na alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento, fundamental para a aplicação do artigo 10.º, n.º 1, surge aqui, mais uma vez, como o principal entrave à concretização do procedimento de reexame interno.

No seguimento disto, quatro ONG, em dois processos distintos – *Stichting Natuur en Milieu e PAN Europe c. Comissão Europeia* e *Vereniging Milieudefensie e Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht c. Comissão Europeia* – suscitarão, a título incidental, a exceção de ilegalidade⁷⁵ do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento, conjugado com a alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do mesmo instrumento, à luz da Convenção de Aarhus⁷⁶.

Em ambos os processos, as ONG fundamentaram a exceção de ilegalidade na ideia de que o artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento ao limitar o

conceito de “atos” do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus apenas aos “atos administrativos”, definidos na alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do mesmo regulamento enquanto “medidas de carácter individual”, era incompatível com a referida disposição da Convenção de Aarhus⁷⁷.

O TG pronunciou-se sobre estas exceções a 14 de junho de 2012. Já, mais tarde, a 13 de janeiro de 2015, em sede de recurso da decisão do TG, o TJ analisou a posição adotada pelo TG e também se pronunciou sobre esta questão. Atentemos, agora, às posições de ambos.

2.1.2.1. POSIÇÃO VANGUARDISTA DO TRIBUNAL GERAL

O TG começou por salientar que a Convenção de Aarhus foi assinada pela UE, o que significa que vincula as instituições da mesma e prima sobre os atos comunitários derivados (artigo 216.º, n.º 2 TFUE), pelo que a validade do Regulamento Aarhus pode ser afetada em virtude da sua incompatibilidade com esta Convenção.

Alicerçado nos acórdãos *Nakajima*⁷⁸ e *Fediol*⁷⁹, o TG afirmou que o facto das recorrentes terem suscitado a título incidental, em conformidade com o artigo 277.º TFUE, a validade da citada disposição do Regulamento Aarhus e o mesmo ter sido adotado para dar cumprimento às obrigações provenientes da Convenção de Aarhus, incluindo as obrigações oriundas do seu artigo 9.º, n.º 3 – como, aliás, se encontra expressamente previsto no considerando 18 e na alínea d) do artigo 1.º, n.º 1 do Regulamento e em jurisprudência do TJUE⁸⁰ –, faz com que a sua validade possa ser fiscalizada pelo juiz da União à luz da respetiva Convenção, sem ser necessário estarem verificados outros requisitos⁸¹.

Deste modo, o TG procedeu à aferição da validade do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento, cuja ilegalidade foi suscitada à luz do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus, pelo que se revelou necessário determinar se “o conceito de «atos» que figura no artigo 9.º, n.º 3, da Convenção de Aarhus pode ser interpretado no sentido de que se limita às «medida(s) de carácter individual»”.

O conceito de “atos” presente no artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus não se encontra definido no referido instrumento. Ainda assim, recorrendo ao artigo 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, isto é, com base nos objetivos e no objeto da Convenção de Aarhus, o TG acabou por concluir que este conceito “não pode ser interpretado no sentido de que se refere unicamente às medidas de carácter individual”⁸².

Na ótica do TG, “um procedimento de reexame interno que apenas dissesse respeito a medidas de carácter individual teria um alcance muito limitado na medida em que os atos adotados no domínio do ambiente são frequentemente atos de carácter geral” e corresponderia a uma limitação que, tendo em consideração os objetivos da Convenção de Aarhus, não se justificava⁸³.

Por último, face a um argumento referente à possibilidade da transposição das obrigações resultantes do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção ser realizada através de procedimentos nacionais conjugados com questões prejudiciais, o TG sublinhou que nem todas as medidas de carácter geral adotadas pela União em matéria de ambiente são objeto de transposição nacional e, consequentemente, suscetíveis de serem impugnadas diante um órgão nacional⁸⁴.

Após tudo isto, o TG declarou que o artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento Aarhus, pelo facto de limitar o conceito de “atos” que figura no artigo 9.º, n.º 3 da Convenção somente a “atos administrativos”, definidos na alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do mesmo instrumento como “medidas de carácter individual”, não é compatível como o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus. Logo, o âmbito material do reexame interno não está em conformidade com o disposto no artigo 9.º, n.º 3 da Convenção.

Assim sendo, em ambos os casos, a exceção de ilegalidade suscitada contra o artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento foi acolhida e as respetivas decisões recorridas anuladas.

Esta posição do TG foi denominada de “progressista” e encarada, por

muitos, como um importante passo para a existência de um verdadeiro acesso à justiça em matéria de ambiente ao nível das instituições da UE⁸⁵.

2.1.2.2. POSIÇÃO CLÁSSICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Insatisfeitas com a posição adotada pelo TG, a Comissão e o Conselho interpuseram, nos dois processos, recurso para o TJ⁸⁶. Por despachos do Presidente do Tribunal de Justiça de 21 de novembro de 2012, estes recursos foram, em ambos os processos, apensados.

Nestes recursos, a Comissão e o Conselho (e, num dos processos, também o Parlamento) apresentaram mais do que um fundamento para a anulação da decisão recorrida. O TJ acabou, no entanto, por apreciar e se debruçar apenas sobre um: em concreto, sobre o argumento do TG “ter cometido um erro de direito ao considerar que o artigo 9.º, n.º 3, da Convenção de Aarhus pode ser invocado para apreciar a conformidade do artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1367/2006 com esta disposição”⁸⁷.

O TJ começou por reforçar a vinculação das instituições da UE à Convenção de Aarhus e o primado deste instrumento sobre os atos comunitários derivados. Ainda assim, o TJ também afirmou que, de acordo com jurisprudência constante do TJUE, a disposição de um acordo internacional em que a UE é parte só pode ser invocada no contexto de uma exceção relativa à ilegalidade de um ato de direito derivado da União quando se encontram preenchidos, cumulativamente, dois requisitos: a natureza e a economia do acordo internacional a isso não se opõem e o conteúdo da disposição em questão é incondicional e suficientemente preciso.

No seguimento disso, o TJ declarou que o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus, na medida em que deixa alguma margem de manobra às partes para a sua execução, não contém uma obrigação incondicional e suficientemente precisa que consiga orientar, de forma direta, a situação jurídica dos particulares.

Todavia, como observado anteriormente, não foi no efeito direto do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus que o TG fundamentou a sua

decisão de verificar a validade do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento Aarhus à luz da referida disposição da Convenção. Esta decisão do TG foi fundamentada em dois acórdãos (*Fediol* e *Nakajima*), nos quais estão expostas exceções à regra da jurisprudência constante citada supra.

Segundo o TJ, as exceções que figuram nos acórdãos invocados pelo TG justificaram-se, naqueles duas situações, pelas características particulares dos casos em questão, características não existentes quer no Regulamento Aarhus quer na Convenção de Aarhus. Por esta razão, o TJ afirmou que a linha de raciocínio dos aludidos acórdãos não se aplicava aos processos em apreço.

Assim sendo, e contrariamente ao TG, o TJ decidiu que o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus não pode ser invocado para efeitos de apreciação da legalidade do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento Aarhus e que, por conseguinte, o “Tribunal Geral feriu o acórdão recorrido de um erro de direito”. Esta decisão do TJ culminou, como era de esperar, na anulação dos acórdãos recorridos⁸⁸.

Por fim, em conformidade com o artigo 61.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, o TJ optou por decidir, de forma definitiva, o litígio inicialmente submetido ao TG: o mérito da decisão de recusa ao requerimento de reexame interno.

Nesse âmbito, na mesma senda do acórdão do TG, o TJ afirmou que, por força de jurisprudência constante, o ato objeto de requerimento de reexame interno não constituía um “ato administrativo”, na aceção da alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento Aarhus, uma vez que não correspondia a uma medida de carácter individual. E, ainda, que, pelos motivos enunciados no presente acórdão, a exceção de ilegalidade invocada incidentalmente não foi acolhida. Assim, pela não procedência de nenhum dos dois fundamentos, o TJ julgou o recurso improcedente.

Esta decisão do TJ deitou por terra, de certa forma, qualquer réstia de esperança, despertada pela posição adotada pelo TG, de uma mais fiel aplicação do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus no âmbito do Regulamento Aarhus⁸⁹.

2.1.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELEVÂNCIA PRÁTICA DOS ARTIGOS 10.º E 12.º

Aqui chegados, podemos, finalmente, tecer algumas considerações sobre o impacto do Regulamento Aarhus, mais concretamente, dos seus artigos 10.º e 12.º, no acesso à justiça por parte das ONG.

No período anterior à entrada em vigor do Regulamento Aarhus, o acesso à justiça por partes das ONG ao nível da UE era praticamente inexistente, como observado anteriormente. Durante essa época, o teste *Plaumann*, tradicionalmente utilizado para determinar a legitimidade processual ativa dos autores “não privilegiados” no contexto de um recurso de anulação, apresentou-se, indiscutivelmente, como o principal entrave a este acesso. Devido ao carácter tipicamente genérico dos atos ambientais, as ONG nunca conseguiam demonstrar interesse processual nos termos exigidos pelo referido teste, pelo que nunca lhes era reconhecida legitimidade ativa para a impugnação de atos diretamente ao TJUE. Um panorama perfeitamente retratado no caso Greenpeace da década de 90, mencionado supra.

Esta foi a realidade das ONG durante um longo período e nem mesmo a assinatura, em 1998, e posterior aprovação, em 2005, da Convenção de Aarhus por parte da UE conduziu a uma flexibilização da dita jurisprudência *Plaumann* nos casos ambientais. Deste modo, todas as esperanças de viabilização de um efetivo acesso à justiça para estas organizações foram depositadas no Regulamento Aarhus.

O Regulamento Aarhus dedica, como já estudamos, o seu penúltimo título à temática do acesso à justiça. Neste instrumento, o acesso à justiça está estruturado em duas etapas, que funcionam em modo sequencial: o artigo 10.º do Regulamento estabelece um procedimento administrativo, designado reexame interno, que permite requerer a reapreciação de atos ou omissões administrativas praticadas ao abrigo da legislação ambiental por instituições e órgãos da UE; e o artigo 12.º do Regulamento estipula que as ONG que tenham requerido reexame interno podem interpor recurso da

decisão (ou omissão da mesma) para o TJUE ao abrigo das disposições aplicáveis do Tratado.

Debrucemo-nos, portanto, sobre o impacto da entrada em vigor destas normas.

Desde cedo, o âmbito material do procedimento de reexame interno indiciou, por força da definição de “ato administrativo” presente na alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do mesmo Regulamento, poder vir a revelar-se um enorme obstáculo à concretização de um acesso à justiça em conformidade com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus. Indícios que, infelizmente, acabaram por se confirmar, pois, conforme constatamos supra, a maior parte dos requerimentos de reexame interno são dados como inadmissíveis com o fundamento do ato, objeto do requerimento, não constituir um ato administrativo na medida da referida definição da alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento, com especial ênfase para a ausência/exigência de carácter individual.

Assim sendo, podemos afirmar, de forma inequívoca, que o reexame interno que figura no artigo 10.º do Regulamento Aarhus não foi capaz de proporcionar uma verdadeira melhoria no acesso à justiça por parte das ONG.

Lamentavelmente, também a possibilidade de recurso para o TJUE prevista no artigo 12.º do Regulamento não representa uma genuína novidade no que ao acesso ao TJUE por parte destas organizações diz respeito, uma vez que, conforme se encontra expresso na própria disposição, o mesmo é interposto ao abrigo das disposições aplicáveis do Tratado, (e, portanto, em moldes já existentes). Além do mais, o objeto deste recurso é a decisão do órgão ou instituição ao pedido de reexame e não o pedido em si mesmo, o que aparenta significar que o TJUE só se pronuncia sobre a conformidade da referida resposta com as regras do reexame interno, não se pronunciando sobre a questão central submetida a reexame, isto é, sobre a ilegalidade do ato base⁹⁰.

Logo, quer o artigo 10.º quer o artigo 12.º do Regulamento Aarhus, pelo menos, nos termos enunciados, não impactaram, contrariamente ao

necessário e até desejado, de forma robustamente positiva, o acesso à justiça por parte das ONG.

Em 2014, quatro ONG, em dois processos distintos, suscitaram incidentalmente a exceção de ilegalidade do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento, conjugado com a alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do mesmo instrumento, à luz da Convenção de Aarhus, mas, como estudamos previamente, o TJ decidiu pelo seu não acolhimento. Se, por um lado, o acolhimento da exceção de ilegalidade por parte do TG fez sonhar com uma reformulação dos termos do procedimento de reexame interno, que o convertesse numa efetiva via de impugnação dos atos ambientais para as ONG, por outro, a decisão do TJ pôs fim a este sonho.

Esta decisão do TJ parece ter contribuído, em grande medida, para a impactante conclusão proferida em 2017 pelo Comité de Avaliação do Cumprimento da Convenção de Aarhus.

2.1.4. CONCLUSÕES DO COMITÉ DE AVALIAÇÃO

A Convenção de Aarhus possui um Comité responsável por monitorizar o seu cumprimento nos Estados signatários, que tem a particularidade de aceitar comunicações do público sobre possíveis situações de incumprimento⁹¹.

Até hoje, já foram comunicadas mais de dez situações de possível incumprimento relativamente à União Europeia. O artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus está entre as disposições cujo cumprimento foi colocado em causa pelo público.

A primeira comunicação a alertar para um possível não cumprimento do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção por parte da UE aconteceu em 2008 e foi realizada pela *ClientEarth*⁹². Nesta comunicação, a *ClientEarth*⁹³ alertou para a inexistência de meios adequados para um efetivo acesso à justiça em matéria de ambiente por parte das ONG (e de particulares). De forma a demonstrar isto, a ONG recorreu a dois pontos: à jurisprudência do TJUE e ao Regulamento Aarhus.

Na parte dedicada à jurisprudência do TJUE, a *ClientEarth* centrou as suas atenções na interpretação adotada pelo TJUE em relação ao requisito de “afetação individual” estipulado no artigo 230.º, n.º 4 TCE (semelhante ao atual artigo 263.º, n.º 4 TFUE). Nesse âmbito, a ONG recorreu a diferentes acórdãos do TJUE nos quais foi aplicado o restritivo teste *Plaumann*, de forma a demonstrar que o mesmo impede o acesso à justiça em matéria de ambiente e que, por isso, viola o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus.

Na parte relativa ao Regulamento Aarhus, a *ClientEarth* afirmou, de forma explícita, a incompatibilidade do reexame interno presente no artigo 10.º do Regulamento com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção, incompatibilidade que fundamentou no âmbito material (e pessoal) extremamente restrito do mencionado procedimento. De acordo com a ONG, a limitação das medidas abrangidas pelo reexame interno apenas aos atos (ou omissões) administrativos de carácter individual, não se coaduna com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus⁹⁴.

A resposta do Comité de Avaliação chegou, sob a forma de um relatório, em 2011⁹⁵. Nesta fase, o Comité de Avaliação optou por não se pronunciar quanto à conformidade do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento com a Convenção de Aarhus e adiar a mesma para um momento posterior mais oportuno, uma vez que, aquando da publicação do relatório, estava a decorrer um importante processo no TJUE – *Stichting Natuur en Milieu e PAN Europe c. Comissão Europeia* – diretamente relacionado com este assunto.

Depois de finalizados os referidos processos e, especialmente, tendo em consideração o seu desfecho, em 2017, o Comité de Avaliação decidiu analisar os vários elementos ao seu dispor e pronunciar-se, finalmente, sobre a conformidade ou não conformidade do Regulamento Aarhus face à Convenção de Aarhus⁹⁶.

Nas conclusões publicadas em 2017, o Comité de Avaliação decidiu pela não conformidade do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento Aarhus com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus, por razões relacionadas quer com o

âmbito pessoal quer com o âmbito material do procedimento de reexame interno. Para o presente estudo, interessa precisar as razões relativas ao âmbito material do reexame interno.

Neste âmbito, o Comité referiu que embora exista alguma margem de discricionariedade na implementação do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus, nomeadamente, quanto à determinação das pessoas habilitadas a desencadear os processos administrativos ou judiciais previstos, esta margem de discricionariedade não se estende ao tipo de atos ou omissões passíveis de exclusão por parte das leis implementadoras. Nesse seguimento, após analisar os atos ou omissões excluídos do reexame interno em função da alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento Aarhus, o Comité concluiu que, à luz do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção, não existe justificação plausível para limitar o âmbito material do reexame interno a medidas: 1) de carácter individual; 2) adotadas ao abrigo da legislação ambiental; e 3) com efeitos externos juridicamente vinculativos. Por esta razão, o Comité de Avaliação decidiu pela não conformidade das citadas limitações com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção.

Após concluir que, na linha do antecessor artigo 230.º, n.º 4 TCE, também a interpretação do artigo 263.º, n.º 4 TFUE por parte do TJUE não se revela compatível com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção, o Comité decidiu pela não conformidade da jurisprudência do TJUE com a referida disposição da Convenção de Aarhus.

Perante tudo isto, o Comité declarou o não cumprimento do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus por parte da União Europeia e recomendou, entre outras coisas, a alteração do Regulamento Aarhus⁹⁷.

Esta direta e explícita afirmação de não cumprimento da Convenção de Aarhus abalou fortemente as estruturas da União Europeia e acabou por dar o mote para o início de um processo de alteração ao Regulamento Aarhus.

Em 2021, em resposta a uma comunicação relacionada com o acesso à justiça para a contestação de decisões sobre auxílios estatais, o Comité voltou a declarar o não cumprimento do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus por parte da UE. Nesse contexto, relativamente ao Regulamento

Aarhus, o Comité afirmou que a exclusão, prevista no n.º 2 do artigo 2.º do Regulamento, das medidas (ou omissões) relacionadas com auxílios estatais adotadas por um órgão ou instituição da União na qualidade de instância de recurso administrativo do âmbito material deste instrumento, inclusive do procedimento de reexame interno estipulado no artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento, não está em conformidade com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção⁹⁸.

2.2. VERSÃO ATUAL (2021-PRESENTE)⁹⁹

Em 2018, em resposta à declaração de não cumprimento publicada em 2017 pelo Comité, o Conselho adotou uma decisão na qual solicitou à Comissão “um estudo sobre as opções da União para dar resposta às conclusões do Comité de Avaliação do Cumprimento da Convenção de Aarhus no processo ACCC/C/2008/32 («estudo»)”. Nesta decisão, o Conselho solicitou, ainda, à Comissão a apresentação de uma proposta de alteração do Regulamento Aarhus, se tal fosse adequado à luz dos resultados do estudo¹⁰⁰.

Em outubro de 2020, a Comissão adotou, formalmente, uma proposta legislativa de alteração do Regulamento Aarhus¹⁰¹. Adotada com o claro intuito de adequar as práticas da UE ao acesso à justiça estipulado no artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus, esta proposta apresentou, essencialmente, três alterações ao procedimento de reexame interno previsto no artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento: a) eliminação da exigência de carácter individual, de forma a abranger também atos de carácter geral; b) alargamento aos atos que infringem a legislação ambiental (e não só aos adotados ao abrigo da legislação ambiental); c) exclusão dos atos que exijam explicitamente medidas de execução ao nível da UE ou dos Estados-Membros; e d) prorrogação dos prazos do procedimento.

Esta proposta gerou reações distintas entre os órgãos e instituições da UE. Isto é, enquanto alguns se pronunciaram a seu favor, outros endereçaram-lhe algumas críticas. Já entre as ONG, a reação aparenta ter sido unânime. Este setor viu a iniciativa de alteração do Regulamento

Aarhus e a apresentação desta proposta com bons olhos, porém fez questão de chamar a atenção para importantes pontos que, na sua perspetiva, ainda estariam por abordar. A impossibilidade de requerer reexame interno relativamente a decisões sobre auxílios estatais foi um dos pontos abordados pelas ONG¹⁰²⁻¹⁰³.

Durante esta fase, a pedido do Parlamento Europeu, também o Comité de Avaliação se pronunciou sobre o conteúdo desta proposta. Na recomendação publicada em fevereiro de 2021, o Comité de Avaliação encarou a proposta como um passo na direção certa no que à conformidade com a Convenção de Aarhus diz respeito, mas afirmou que esta ainda não abordava todas as questões de incumprimento mencionadas na sua comunicação de 2017 e indicou, sob forma de recomendação, os aspetos a melhorar¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

Após várias rondas de negociações, a 6 de outubro de 2021, foi formalmente adotado o Regulamento 2021/176 (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho, que alterou o Regulamento (CE) n.º 1367/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho. Esta nova versão do Regulamento Aarhus entrou em vigor a 28 de outubro de 2021 e corresponde à versão atualmente aplicável.

2.2.1. ALTERAÇÕES

O Regulamento 2021/176 foi adotado, tal como se encontra exposto nos seus considerandos iniciais, com o intuito de conformar o acesso à justiça no domínio do ambiente ao nível da UE com as disposições da Convenção de Aarhus, em particular com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção.

Nesse sentido, as alterações efetuadas no Regulamento Aarhus – ou seja, as diferenças entre as duas versões – centraram-se, sobretudo, no procedimento de reexame interno e naquilo que o rodeia e incidiram, fundamentalmente, sobre os âmbitos pessoal e material do referido procedimento.

Assim, da versão original para a versão atual, o Regulamento Aarhus sofreu, essencialmente, as seguintes alterações:

- introdução de novos conceitos de “ato administrativo” e “omissão administrativa” (alíneas g) e h) do artigo 2.º, n.º 1, respetivamente);
- substituição da menção “ao abrigo da legislação ambiental” pela menção “infringir legislação ambiental, na aceção do artigo 2, n.º 1, alínea f)” no âmbito da delimitação dos atos e omissões abrangidos pelo reexame interno (artigo 10.º, n.º 1);
- prorrogação dos prazos relacionados com o procedimento de reexame interno (artigo 10.º, n.º 2 e 3);
- abertura do reexame interno a outros membros do público, quando preenchida uma das duas condições alternativas apresentadas¹⁰⁶ (aditamento do artigo 11.º, n.º 1-A) – aplicável desde 29 de abril de 2023;
- determinação das regras relativas à publicação dos pedidos e das decisões finais (aditamento do artigo 11.º-A);
- e a abertura da interposição de recurso para o TJ a outros membros do público, nos casos em que a instituição ou órgão não age em conformidade com o artigo 10.º, n.ºs 1 e 2 (artigo 12.º, n.º 2).

Posto isto, e tendo em consideração o objeto do presente estudo e as conclusões tecidas supra, interessa, agora, estudar com especial atenção o novo conceito de “ato administrativo” (e, por conseguinte, o conceito de “omissão administrativa”), de modo a se perceber quais as alterações efetuadas e as implicações práticas de tais alterações para o acesso à justiça por parte das ONG.

2.2.1.1. CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

Durante a vigência da versão original do Regulamento Aarhus, o conceito de “ato administrativo” previsto na alínea g) do artigo 2.º, n.º 1 constituiu, tal como observamos anteriormente, a principal razão para a recusa da grande maioria dos pedidos de reexame interno realizados pelas ONG.

Aliás, os termos em que este conceito se encontrava redigido excluía, conforme exposto supra, uma parte significativa dos atos ambientais do âmbito material do reexame interno, o que, em certa medida, esvaziou de utilidade o referido procedimento. Este cenário não passou despercebido ao Comité de Avaliação e constituiu uma das principais questões abordadas pelo mesmo nas conclusões publicadas em 2017.

Desta forma, não é de admirar que as mais impactantes alterações efetuadas no Regulamento Aarhus tenham versado sobre este mesmo conceito.

Na versão atual, o conceito de “ato administrativo” está formulado enquanto “qualquer ato não legislativo adotado por uma instituição ou órgão da União que tenha efeitos jurídicos e externos e contenha disposições que possam infringir a legislação ambiental na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alínea f)”¹⁰⁷.

Assim sendo, da primeira para a segunda versão, o conceito sofreu as seguintes alterações: a substituição da expressão “qualquer medida de carácter individual” pela expressão “qualquer ato não legislativo”; a eliminação da exigência expressa de efeitos vinculativos; e a substituição da menção “ao abrigo da legislação ambiental” pela menção “que possam infringir a legislação ambiental”.

Estas alterações incidiram sobre pontos “críticos”, intrinsecamente ligados à amplitude do conceito, frisados quer no presente estudo quer nas conclusões publicadas pelo Comité de Avaliação em 2017.

No seu conjunto, as alterações mencionadas tiveram o mérito de expandir, de forma significativa, o âmbito material do procedimento de

reexame interno. Ora, vejamos:

- “...qualquer ato não legislativo adotado por uma instituição ou órgão da União...”: por força desta menção, o reexame interno abrange, agora, a maioria dos atos não legislativos, independentemente do seu carácter, isto é, independentemente do carácter ser geral ou individual. Foi, portanto, removida a limitação do reexame interno a medidas de carácter individual que existia na versão original e que restringia, de forma substancial, a quantidade de atos submissíveis ao referido procedimento, uma vez que, em função da sua natureza tipicamente difusa, a maior parte dos atos ambientais não constituem medidas de carácter individual. Esta alteração contribuiu para uma vasta ampliação do núcleo de atos abrangidos pelo reexame interno¹⁰⁸.

- “...que tenha efeitos jurídicos e externos...”: de acordo com o considerando 12 da versão atual do Regulamento, esta exigência deve ser interpretada em consonância com o artigo 263.º TFUE, pelo que deve ser interpretada no sentido de “destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros”. Assim sendo, encontram-se excluídos do seu âmbito de atuação os atos que não produzem efeitos jurídicos em relação a terceiros, como, por ex., as recomendações e os atos meramente preparatórios. Esta era já, aliás, a interpretação adotada pelo TG em relação à exigência de possuir “efeitos externos juridicamente vinculativos” presente na versão anterior do Regulamento Aarhus, conforme exposto no caso *ClientEarth c. Banco Europeu de Investimento*, analisado anteriormente.

Logo, ainda que tenha sido eliminada a exigência expressa de efeitos vinculativos, seguindo a interpretação recomendada pelo considerando 12, os atos continuam a ter de possuir efeitos vinculativos para integrarem o conceito de ato administrativo.

- “...contenha disposições que possam infringir a legislação ambiental na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alínea f)...”: em linha com o princípio da integração, este excerto possibilita o reexame interno de medidas adotadas ao abrigo de qualquer política ou legislação da União, desde

que contenham disposições que infrinjam a legislação ambiental, e não só de medidas adotadas ao abrigo da legislação ambiental, como acontecia anteriormente¹⁰⁹. Deste modo, situações como a do pedido efetuado pela *Food and Water Watch* em 2019, mencionado anteriormente, não voltarão, em princípio, a acontecer.

Em teoria, as alterações efetuadas ao conceito de ato administrativo possuem a capacidade de resolver alguns dos problemas enunciados supra que afetavam, de forma substancial, o acesso à justiça por parte das ONG. Mas e na prática? Será que estas alterações conseguiram colocar o reexame interno em conformidade com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus?

2.2.2. PONTO DA SITUAÇÃO

Desde a entrada em vigor da versão “atualizada” do Regulamento Aarhus até meados de maio de 2023, foram efetuados vinte e seis pedidos de reexame interno por parte das ONG, segundo informação disponibilizada pela Comissão Europeia¹¹⁰.

No final do mês de maio do mesmo ano, a Comissão já tinha dado resposta a, pelo menos, vinte e dois dos vinte e seis pedidos efetuados e procedido à publicação das mesmas, nos termos previstos no artigo 11.º-A do Regulamento.

No contexto destes pedidos, a Comissão utilizou três vezes a faculdade de juntar os pedidos relativos ao mesmo ato administrativo ou à mesma omissão administrativa e tratá-los como um pedido único, estipulada no artigo 10.º, n.º 2 do Regulamento, chegando mesmo a juntar, num dos casos, dez pedidos num só. Por esta razão, os vinte e dois pedidos mencionados supra passaram a ser onze.

Através do estudo destes onze pedidos e das respostas aos mesmos será possível perceber o panorama atual do reexame interno. Assim, seguindo os moldes utilizados na análise dos pedidos da versão original, vejamos:

- a) Pedido (unificação de dez pedidos – entre 10 e 15 de dezembro de 2021): relativo a uma alegada omissão administrativa relacionada com a Decisão VII/8f da Reunião de Partes da Convenção de Aarhus, adotada em 21 de outubro de 2021. Resposta: a alegada omissão não constitui uma omissão administrativa e algumas das ONG não cumprem os requisitos de legitimidade exigidos no artigo 11.º, n.º 1 do Regulamento Aarhus -> pedido inadmissível;
- b) Pedido (*PAN Europe* – 20 de janeiro de 2022): relativo ao Regulamento de execução (UE) 2021/2049 da Comissão de 24 de novembro de 2021 que renova a aprovação da substância ativa cipermetrina como candidata a substituição. Resposta: o ato está em conformidade com a legislação ambiental aplicável -> pedido infundado;
- c) Pedido (*PAN Europe* – 14 de janeiro de 2022): relativo ao Regulamento de execução (UE) 2021/2068 da Comissão de 25 de novembro de 2021 que altera o Regulamento de Execução (UE) n.º 540/2011 no que se refere à prorrogação dos períodos de aprovação das substâncias ativas benfluralina, dimoxistrobina, fluaziname, flutolanil, mecoprope-P, mepiquato, metirame, oxamil e piraclostrobina. Resposta: o ato está em conformidade com a legislação ambiental aplicável -> pedido infundado;
- d) Pedido (*PAN Europe* – 25 de janeiro de 2022): relativo a uma alegada omissão administrativa relacionada com a aprovação da substância ativa *lambda-cialotrina*. Resposta: não pode ser considerada uma omissão administrativa -> pedido inadmissível;
- e) Pedido (unificação de três pedidos – 2 de fevereiro de 2022): relativo ao Regulamento Delegado (UE) 2021/2139 da Comissão, de 4 de junho de 2021, que completa o Regulamento (UE) 2020/852 do Parlamento Europeu e do Conselho mediante o estabelecimento de critérios técnicos de avaliação para determinar em que condições uma atividade económica é qualificada como contribuindo substancialmente para a mitigação das alterações climáticas ou para a adaptação às alterações

climáticas e estabelecer se essa atividade económica não prejudica significativamente o cumprimento de nenhum dos outros objetivos ambientais. Resposta: o ato está em conformidade com a legislação ambiental aplicável -> pedido infundado;

f) Pedido (oito ONG – 14 de abril de 2022): relativo à Comunicação da Comissão – Orientações relativas a auxílios estatais à proteção do clima e do ambiente e à energia 2022 (2022/C 80/01). Resposta: as medidas adotadas ao abrigo do artigo 107 TFUE estão excluídas do conceito de ato administrativo por força do artigo 2.º, n.º 2, alínea a) do Regulamento Aarhus. -> pedido inadmissível;

g) Pedido (*ClientEarth* – 8 de junho de 2022): relativo ao Regulamento Delegado (UE) 2022/564 da Comissão de 19 de novembro de 2021 que altera o Regulamento (UE) n.º 347/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante à lista de projetos de interesse comum da União. Resposta: o ato está em conformidade com a legislação ambiental aplicável -> pedido infundado;

h) Pedido (*POLLINIS* – 4 de julho de 2022): relativo ao Regulamento de Execução (UE) 2022/708 da Comissão de 5 de maio de 2022 que altera o Regulamento de Execução (UE) n.º 540/2011 no que se refere à prorrogação dos períodos de aprovação das substâncias ativas éster metílico do ácido 2,5-diclorobenzoico, ácido acético, aclonifena, sulfato de alumínio e amónio, fosforeto de alumínio, silicato de alumínio, beflubutamida, bentiavalicarbe, boscalide, carboneto de cálcio, captana, cimoxanil, dimetomorfe, dodemorfe, etefão, etileno, extrato de *Melaleuca alternifolia*, resíduos de destilação de gorduras, ácidos gordos C7 a C20, fluoxastrobina, flurocloridona, folpete, formetanato, ácido giberélico, giberelinas, proteínas hidrolisadas, sulfato de ferro, fosforeto de magnésio, metame, metamitrão, metazacloro, metribuzina, milbemectina, fenemedifame, pirimifos-metilo, óleos vegetais/óleo de cravo-da-índia, óleos vegetais/óleo de colza, óleos vegetais/óleo de hortelã, propamocarbe, proquinazide, protioconazol, piretrinas, areia de quartzo, óleo de peixe, repulsivos olfativos de origem animal ou vegetal/gordura de ovino, S-metolacloro, feromonas lepidópteras de

cadeia linear, sulcotriona, tebuconazol e ureia. Resposta: o ato está em conformidade com a legislação ambiental aplicável -> pedido infundado;

i) Pedido (oito ONG – 19 de julho de 2022): relativo à Recomendação (UE) 2022/822 da Comissão de 18 de maio de 2022 relativa à aceleração dos procedimentos de concessão de licenças para projetos no domínio da energia renovável e à facilitação dos contratos de aquisição de energia. Resposta: o ato não tem efeitos jurídicos e externos. Em consequência disto, não constitui ato administrativo -> pedido inadmissível;

j) Pedido (unificação de dois pedidos – 8 de setembro de 2022): relativo ao Regulamento Delegado (UE) 2022/1214 da Comissão de 9 de março de 2022 que altera o Regulamento Delegado (UE) 2021/2139 no respeitante às atividades económicas em determinados setores energéticos e o Regulamento Delegado (UE) 2021/2178 no respeitante à divulgação pública específica relativa a essas atividades económicas. Resposta: o ato está em conformidade com a legislação ambiental aplicável -> pedido infundado;

k) Pedido (*ClientEarth* – 3 de novembro de 2022): relativo à decisão de execução da comissão de 31.8.2022 que aprova o plano estratégico da PAC de França para 2023-2027 para o apoio da União financiado pelo Fundo Europeu Agrícola de Garantia e pelo Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural. Resposta: o ato está em conformidade com a legislação ambiental aplicável -> pedido infundado.

Este cenário contrasta fortemente com aquele com que nos deparamos supra, isto é, aquando do estudo da versão original.

A maior diferença entre os dois cenários reside, sem qualquer sombra de dúvida, na quantidade de pedidos declarados inadmissíveis. Isto é, o estudo dos pedidos referidos anteriormente permitiu perceber que, sob alçada da versão atual do Regulamento Aarhus, a generalidade dos pedidos não é declarada inadmissível, contrariamente ao que acontecia durante a vigência

da versão original do Regulamento. Aliás, dos onze pedidos analisados, somente quatro foram declarados inadmissíveis [alíneas a), d), f) e i)]¹¹¹.

Assim sendo, as alterações efetuadas ao conceito de ato administrativo aparentam ter surtido o efeito desejado. A resposta ao pedido da alínea g) comprova, de forma significativa, esta ideia. Este pedido teve por objeto, à imagem e semelhança de um pedido realizado pela *Food and Water Watch* em 2019 – alínea i) do ponto 2.1.1 –, um regulamento da Comissão relacionado com a lista de projetos de interesse comum da União, que desta vez, em oposição ao que aconteceu em 2019, foi considerado um ato administrativo pela Comissão.

Relativamente aos pedidos declarados inadmissíveis, importa, ainda, referir que o pedido exposto na alínea f) foi considerado inadmissível por força da exceção prevista no artigo 2.º, n.º 2, alínea a) do Regulamento, isto é, por incidir sobre um ato relacionado com auxílios estatais adotado ao abrigo do artigo 107.º TFUE.

Portanto, na versão atual do Regulamento Aarhus, as decisões em matéria de auxílios estatais continuam fora do seu âmbito de aplicação, mesmo após o Comité de Avaliação ter afirmado que esta exclusão não está em conformidade com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus¹¹².

Finalizado o percurso a que nos propusemos inicialmente, podemos, por fim, tecer algumas considerações.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos dias de hoje, a presença das ONG no panorama jurídico internacional é uma realidade absolutamente incontornável. No âmbito do Direito Internacional do Ambiente, as ONG – mais especificamente, as ONGA – têm desempenhado diferentes funções, entre as quais se encontra incluída a importantíssima fiscalização do efetivo cumprimento das normas ambientais.

Assim sendo, não é de admirar que a Convenção de Aarhus, que constitui uma referência da democracia ambiental, tenha atribuído às ONG

um papel de destaque na prossecução dos seus objetivos, determinando, nomeadamente, no seu artigo 9.º, n.º 3, um acesso generalizado à justiça em matéria de ambiente, concretizável através de meios administrativos ou judiciais e que deve ser assegurado pelas Partes, pelo menos, a estas organizações.

Ora, em 2005, a União Europeia aprovou a Convenção de Aarhus, vinculando, para além dos seus Estados-Membros, também os seus próprios órgãos e instituições às obrigações provenientes da mesma. Destarte, de forma a adequar as práticas dos seus órgãos e instituições ao que se encontra disposto na Convenção, a UE adotou, em 2006, o Regulamento Aarhus, instrumento que foi, entretanto, objeto de alterações.

Nas duas versões do Regulamento Aarhus, o acesso à justiça previsto no artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus está concretizado, conforme analisamos, nos artigos 10.º ao 12.º e estruturado do mesmo modo, isto é, em duas etapas que funcionam em modo sequencial.

Durante o nosso estudo, percebemos que, na versão original do Regulamento, o reexame interno, consagrado no artigo 10.º, n.º 1, se revelou completamente incapaz de constituir um meio viável para a impugnação de decisões ou omissões praticadas ao abrigo da legislação ambiental. Isto porque, por força dos moldes em que se encontrava formulado o conceito de “ato administrativo”, a maioria dos pedidos de reexame interno eram, conforme exposto anteriormente, considerados inadmissíveis. Perante isto, algumas ONG decidiram socorrer-se da segunda etapa prevista no artigo 12.º do Regulamento Aarhus e interpor recurso da decisão do pedido para o TJUE.

Neste âmbito, em dois casos distintos, quatro ONG suscitaram, incidentalmente, a exceção de ilegalidade do artigo 10.º, n.º 1, conjugado com a alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º do mesmo instrumento, à luz da Convenção de Aarhus, que fundamentaram, essencialmente, na circunscrição do conceito de “atos” previsto no artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus unicamente a “atos administrativos” definidos enquanto “medidas de carácter individual”. Esta gerou posições contrárias

por parte do TG e do TJ, pois, se, por um lado, o TG decidiu pelo seu acolhimento, por outro, o TJ decidiu pelo seu não acolhimento e afirmou que o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus não pode ser invocado para efeitos de apreciação da legalidade do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento Aarhus.

Face a tudo isto, em 2017, o Comité de Avaliação decidiu, por fim, pela não conformidade do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento Aarhus com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus e declarou o não cumprimento do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus por parte da União Europeia. Já, em 2021, no contexto de uma comunicação relativa ao acesso à justiça para a contestação de decisões sobre auxílios estatais, o Comité voltou a decidir pela não conformidade do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento Aarhus com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção e, por conseguinte, a declarar o não cumprimento do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus por parte da UE.

De forma a responder a estas conclusões do Comité de Avaliação, a Comissão adotou, em outubro de 2020, uma proposta legislativa de alteração do Regulamento Aarhus. Um ano depois, em outubro de 2021, foi formalmente adotado o Regulamento 2021/176 (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho, que alterou o Regulamento (CE) n.º 1367/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho.

As alterações efetuadas no Regulamento Aarhus, ou seja, as diferenças entre as duas versões, incidiram, sobretudo, sobre o procedimento de reexame interno e aquilo que o rodeia, atingindo, fundamentalmente, o âmbito pessoal e material do dito procedimento. Entre as alterações efetuadas, encontramos a reformulação dos conceitos de “ato administrativo” e de “omissão administrativa”, que acabou por corresponder, de certa forma, à introdução de novos conceitos.

Na nova versão do Regulamento Aarhus, o conceito de “ato administrativo” foi alvo de duas alterações significativas, que corresponderam à eliminação da exigência de carácter individual e à substituição da menção “ao abrigo da legislação ambiental” pela menção “que possam infringir a legislação ambiental”, como exposto anteriormente.

Em teoria, estas alterações aparentavam ter a capacidade de modificar, de forma significativa, a realidade até então existente. Mas e na prática?

Na prática, a teoria acabou por ser confirmada. Através do estudo de alguns pedidos, e respetivas respostas, realizados após a entrada em vigor da nova versão do Regulamento Aarhus, foi possível perceber que, por exemplo, na amostra dos onze pedidos analisada supra, apenas quatro foram declarados inadmissíveis. Este cenário contrasta fortemente com o que observamos aquando do estudo da versão original, pelo que as alterações efetuadas no conceito de “ato administrativo” aparentam ter surtido o efeito desejado.

Por intermédio do estudo desta amostra foi, ainda, possível perceber que as decisões em matéria de auxílios estatais continuam, na versão atual do Regulamento Aarhus, fora do âmbito de aplicação do Regulamento e, consequentemente, fora do âmbito material do reexame interno, situação que pode vir a desencadear uma nova alteração a este instrumento.

Assim sendo, podemos, por fim, concluir que a versão atual do Regulamento Aarhus teve o mérito de eliminar dois dos principais obstáculos à “utilidade” do reexame interno existentes na sua versão original, conforme observado. Nesse sentido, foram também eliminadas duas grandes barreiras a um acesso à justiça por parte das ONG em conformidade com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus.

Ainda assim, esta versão não conseguiu colocar o acesso à justiça por parte das ONG previsto no Regulamento Aarhus em plena conformidade com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus, nomeadamente, pelo facto da exceção relativa a decisões sobre auxílios estatais continuar a existir no artigo 2.º, n.º 2, alínea a) da nova versão do Regulamento.

Não obstante o referido, é importante congratular as melhorias significativas provocadas pela alteração do Regulamento Aarhus, melhorias que constituem um enorme passo na direção certa, isto é, em direção à conformidade com o artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus.

-

¹ Excerto da tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com o mesmo título.

² O Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (TCE), datado de 1957, não possuía qualquer menção direta ao ambiente ou à sua proteção. Algo não surpreendente, tendo em conta que durante os anos

50 a “questão ambiental” ainda não se encontrava entre os principais temas e/ou preocupações políticas. In KRÄMER, LUDWIG – *EU Environmental Law*. 7.ª Edição. Sweet & Maxwell, 2012, p. 4; e MORGERA, ELISA – “European environmental law”. In *Routledge Handbook of International Environmental Law*. New York, London: Routledge, 2015, p. 430

³ A atuação da CE em matéria de proteção do ambiente teve início na primeira metade da década de 70. Ainda assim, só em 1987, com a entrada em vigor do Ato Único Europeu, é que a proteção do ambiente foi formalmente reconhecida como objetivo comunitário. Desde então, a proteção do ambiente constitui um elemento central nas políticas da União Europeia. In GOMES, CARLA AMADO – “A protecção do ambiente na jurisprudência comunitária: uma amostragem”. *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território*. 1:14/15 (2009) 33-87, p. 35

⁴ MOLINA, ÁNGEL MANUEL MORENO – *Derecho comunitário del medio ambiente: Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 23; Esta evolução não aconteceu da noite para o dia, mas sim de forma faseada. Para algum desenvolvimento sobre as diferentes fases desta evolução, ver MORGERA, ELISA – “European environmental...”, p. 429-435

⁵ Morgera, Elisa – “European environmental...”, p. 427; Acordos ambientais multilaterais em que a União Europeia é parte/signatária, disponíveis em: <https://ec.europa.eu/environment/international_issues/agreements_en.htm>

⁶ Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à justiça em Matéria de Ambiente. Disponível em: <<https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-sobre-acesso-informacao-participacao-dopublico-no-processo-de-tomada-de-0>>

⁷ FASOLI, ELENA – “The UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in DecisionMaking and Access to Justice in Environmental Matters” . In FITZMAURICE, Malgosia; TANZI, Attila; PAPATONIOU, Angeliki (eds.) – *Multilateral Environmental Treaties*. Edward Elgar Publishing, 2017, 422-435, p. 423

⁸ Na ótica de MALCOM SHAW, estes direitos, embora em matéria de ambiente, são expressamente incluídos pela própria Convenção na área dos direitos humanos. In SHAW, MALCOM – *International Law*. 8.ª Edição. Cambridge, UK, New York, USA: Cambridge University Press, 2017, p. 643; Já JEREMYWATES limita-se a destacar a *rights-based approach* subjacente a esta Convenção, observável ao longo de toda a sua estrutura. In WATES, JEREMY – “The Aarhus Convention: a Driving Force for Environmental Democracy”. *Journal for European Environmental & Planning Law*. 2:1 (2005) 2-11, p. 2;

⁹ OLIVER, PETER – “Access to information and to justice in EU environmental law: the Aarhus Convention”. *Fordham International Law Journal*. 36:5 (2013), p. 1423-1470, disponível em <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2638&context=ilj>>, p. 1442; UNITED NATIONS – *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*. E.C.F Europe, 2000, disponível em: <<https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/acig.pdf>>, p. 19

¹⁰ WATES, JEREMY – “The Aarhus Convention...”, p. 6

¹¹ O artigo 15.º da Convenção incumbiu às Partes a missão de criar um mecanismo de salvaguarda do cumprimento da Convenção, missão concretizada logo na primeira Conferência das Partes, realizada em 2002, com a criação do Comité de Avaliação do Cumprimento da Convenção de Aarhus. Este Comité investiga situações de incumprimento pelas Partes Contratantes, proferindo decisões de conformidade ou não conformidade, decisões que ajudam a esclarecer os “pontos” mais controversos no que ao conteúdo da Convenção diz respeito. In GOMES, CARLA AMADO; LANCEIRO, RUI TAVARES – “O acesso à informação ambiental no Direito Internacional e no Direito da União Europeia”. *Revista Argumentum*, 19:2 (2018) 583-613, disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/629>>, p. 596

¹² ACCC/C/2006/18 (Denmark), ECE/MP.PP/2008/5/Add.4, §28

¹³ ACCC/C/2008/33 (United Kingdom), ECE/MP.PP/C.1/2010/6/Add.3, §124-125

¹⁴ ACCC/C/2011/63 (Austria), ECE/MP.PP/C.1/2014/3, §52.

¹⁵ ACCC/C/2008/31 (Germany), ECE/MP.PP/C.1/2014/8, §92. >

¹⁶ Nesse sentido, afirma o Comité “any such criteria should be consistent with the objectives of the Convention to ensure wide access to justice”. In ACCC/C/2010/48 (Austria), ECE/MP.PP/C.1/2012/4, §68. Ainda a este respeito, também JONAS EBBESSON afirma “While it essentially remains a matter for national law to determine what constitutes a sufficient interest and na impairment of a right, this must be defined in consistency with the objective of the Convention, to give the public concerned ‘wide access to justice’” In EBBESSON, JONAS – *Access to Justice in Environmental Matters in the EU*, p. 14

¹⁷ ACCC/C/2008/31 (Germany), ECE/MP.PP/C.1/2014/8, §92; Permitindo, de um modo generalizado, o acesso à justiça em matéria de ambiente, o artigo 9.º, n.º 3 pode levar a função altruísta que caracteriza este acesso, – traduzida, de acordo com CARLA AMADO GOMES, no efeito direto ou paralelo, benéfico para a comunidade, resultante de uma ação nesta matéria –, a atingir um novo expoente. In GOMES, Carla Amado; OLIVEIRA, Heloísa – *Tratado de Direito do Ambiente*, p. 166.

¹⁸ Decisão do Conselho de 17 de Fevereiro de 2005 relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia, da Convenção sobre o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32005D0370>>

¹⁹ Nesta situação, a vinculação dos Estados-Membros resulta não só de deveres gerais de respeito pelo direito derivado da União Europeia, direito que a Convenção de Aarhus passou a integrar, como também das funções a estes atribuídas na execução do Direito da União Europeia (artigo 291.º, n.º 1 TFUE). In LANCEIRO, RUI TAVARES – “O direito de acesso à informação ambiental em Portugal: alguns problemas”. In GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (coord.) – *A Trilogia de Aarhus*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, 29-60, p. 35

²⁰ Por exemplo, Portugal ratificou a Convenção de Aarhus a 25 de fevereiro de 2003 por intermédio do Decreto do Presidente da República n.º 9/2003.

²¹ A fórmula dos acordos mistos tem sido utilizada pela União Europeia em múltiplas situações, sendo possível encontrar acordos deste género nas mais variadas áreas em que a UE se vincula internacionalmente. No domínio do ambiente em particular, a utilização desta fórmula transformou-se numa prática habitual, à qual a Convenção de Aarhus não constitui exceção. In BASTOS, Fernando Loureiro – Os acordos mistos em Direito Comunitário. Contributo para a compreensão do seu fundamento jurídico. Lisboa: SPB – Editores e Livreiros, 1997, p. 112 e 130

²² LANCEIRO, RUI TAVARES – O direito de acesso à informação ambiental em Portugal: alguns problemas..., p. 35 e 36

²³ *Ibidem*, p. 37; e RODENHOFF, VERA – “The Aarhus Convention and its Implications for the ‘Institutions’ of the European Community”. RECIEL. 11:3 (2002) 343-357, p. 343

²⁴ Diretiva 2003/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003, relativa ao acesso do público às informações sobre ambiente. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=celex%3A32003L0004>>

²⁵ Diretiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003, que estabelece a participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32003L0035>>

²⁶ LANCEIRO, RUI TAVARES – “O direito de acesso...”, p. 38.

²⁷ “A Comissão adoptou a proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao acesso a justiça no domínio do ambiente (COM/2003/0624 final – COD 2003/0246) a 24 de Outubro de 2003 (foi enviada ao Parlamento Europeu e ao Conselho no dia 27 do mesmo mês). O Parlamento Europeu, em primeira leitura, apresentou diversas propostas de alteração. As principais críticas formuladas dizem respeito ao facto de a proposta ir mais longe do que o exigido pela Convenção de Aarhus e de não atentar suficientemente no princípio da subsidiariedade, por ser excessivamente detalhada. A proposta foi oficialmente retirada pela Comissão a 21 de Maio de 2014 (Jornal Oficial da União Europeia 2014/C, n.º 153, p. 3)” In GOMES, CARLA AMADO; LANCEIRO, RUI TAVARES – “Sobre o direito de acesso à justiça eurocomunitária em matéria ambiental: *Wie lange... Plaumann?*”. Cadernos de Justiça Administrativa. 117 (Maia/Junho 2016) 22-36, p. 30.

²⁸ Ora, isto significa que embora existam em outras diretivas, incluindo as duas mencionadas supra, disposições alusivas ao acesso à justiça nas respetivas matérias, o arrojado “universal” acesso à

justiça consagrado no artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus, não está, até aos dias de hoje, presente em qualquer diretiva. Deste modo, em virtude de o domínio do ambiente ser uma competência partilhada entre os Estados-Membros e a União (artigo 4.º, n.º 2, alínea e)) do TFUE), a sua aplicação fica totalmente ao encargo dos primeiros, pelo menos enquanto a UE não legislar sobre o assunto. Algo, aliás, que a própria UE fez questão de esclarecer na declaração anexa à assinatura da Convenção (disponível em: https://treaties.un.org/PAGES/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII13&chapter=27&clang=_en). In PONCELET, CHARLES – “Access to Justice in Environmental Matters – – “Access to Justice in Environmental Matters – 309, p. 290 e 291; e MALJEAN-DUBOIS, SANDRINE – “Regional Organizations: The European Union”. In RAJAMANI, Lavanya; PEEL, Jacqueline (eds.) – *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. 2.ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2021, 650-655, p. 653.

²⁹ Comunicação da Comissão sobre o acesso à justiça em matéria de ambiente (2017/C 275/01). Disponível Comunicação da Comissão sobre o acesso à justiça em matéria de ambiente (2017/C 275/01). Disponível <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/eaba4c50-83e0-11e7-b5c6-01aa75ed71a1/language-pt>

³⁰ Neste âmbito, importar referir que não obstante a publicação da referida comunicação, os requisitos exigidos para a posse de legitimidade ativa em matéria ambiental continuaram a divergir substancialmente entre os Estados-Membros, especialmente em relação à legitimidade das ONG. Pois, se em Portugal, após a entrada em vigor da Lei n.º 83/95 – uma lei de ação popular –, o acesso à justiça é particularmente facilitado a estas organizações (e ao público em geral), o mesmo não se pode dizer de alguns dos outros Estados-Membros.

³¹ DARPÖ, JAN – “Pulling the trigger: ENGO Standing Rights and the Enforcement of Environmental Obligations”, in EU Law. 1-23, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2991591, p. 2

³² LANCEIRO, RUI TAVARES – “O direito de acesso...”, p. 37.

³³ Na esteira de VERA RODENHOFF, consideramos abrangidos pela definição de autoridades públicas, empregando uma aceção funcional, todos os órgãos e instituições da UE que desempenham funções administrativas. E, portanto, não só as que se encontram estipuladas enquanto instituições no artigo 13.º TUE. Deste conjunto, devem ser excecionados aqueles que desempenham funções judiciais e legislativas. Uma exceção que implica, na ótica da autora, a necessidade de uma abordagem caso a caso no âmbito dos órgãos e instituições que não desempenham exclusivamente funções legislativas, pois se o TJUE é automaticamente excluído por desempenhar funções exclusivamente judiciais, o mesmo não se pode dizer do Conselho, que, para além de funções legislativas, também desempenha, por exemplo, funções de coordenação. In RODENHOFF, VERA – “The Aarhus Convention...”, p. 350 e 351.

³⁴ LANCEIRO, RUI – “The Review of Compliance with the Aarhus Convention of the European Union”. In CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (eds.) – *Global Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlim: Springer, 2011, 359-382, p. 366

- ³⁵ MOLINA, ÁNGEL MANUEL MORENO – *Derecho comunitário del medio ambiente...*, p. 261.
- ³⁶ Procedimento jurisdicional interposto perante o TJUE, que permite sujeitar a um controlo de legalidade os atos emanados pelas instituições da União. In GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL – *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 9.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 413-414
- ³⁷ SCHOUKENS, HENDRICK – “Access to Justice before EU Courts in Environmental Cases against the Backdrop of the Aarhus Convention: Balancing Pathological Stubbornness and Cognitive Dissonance?”. In VOIGT, Christina (ed.) – *International Judicial Practice on the Environment: Questions of Legitimacy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 74-118, p. 83-85.
- ³⁸ SCHOUKENS, HENDRICK – Access to Justice on Environmental Matters on the EU Level after the Judgments of the General Court of 14 June 2012: Between Hope and Denial?. In *Nordic Environmental Journal*. 2 (2014) 7-42, p. 13, disponível em <https://nordiskmiljoratt.se/onewebmedia/NMT%20Schoukens.pdf>
- ³⁹ SCHOUKENS, HENDRICK – “Access to Justice before EU Courts...”, p. 83.
- ⁴⁰ De acordo com a qual “uma disposição de alcance geral só pode dizer individualmente respeito a uma pessoa singular ou coletiva se a atingir em razão de certas qualidades que lhe são específicas ou em razão de uma situação de facto que a caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e, por isso, a individualiza de modo análogo ao do destinatário”. In MESQUITA, MARIA JOSÉRANGELDE – *Introdução ao Contencioso da União Europeia* – Lições. 3.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 166-167.
- ⁴¹ Este caso teve início quando, em 1993, a Greenpeace, em conjunto ONGA locais e alguns particulares, solicitou a anulação de uma contribuição financeira concedida pela Comissão Europeia para a construção de duas centrais elétricas nas Ilhas Canárias.
- ⁴² Despacho do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) 09.08.1995, *Greenpeace e outros c. Comissão*, proc. T-585/93, disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=103417&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=217744>
- ⁴³ *Greenpeace e outros c. Comissão* (Primeira Instância) §43
- ⁴⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 02.04.1998, *Greenpeace e outros c. Comissão*, proc. C-321/95 P, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43515&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=217863>
- ⁴⁵ GOMES, CARLA AMADO – “A Protecção do Ambiente...”, p. 55.
- ⁴⁶ Regulamento (CE) n.º 1365/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Setembro de 2006, relativo à aplicação das disposições da Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente

às instituições e órgãos comunitários. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32006R1367>

⁴⁷ PIRKER, Benedikt – Access to Justice in Environmental Matters and the Aarhus Convention's Effects in the EU Legal Order: No Room for Nuanced Self-executing Effect?. Review of European Community & International Law. 25:1 (2016) 81-89, p. 86, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/reel.12124>

⁴⁸ Segundo o artigo 11.º, n.º 1, “As organizações não governamentais têm o direito de requerer o reexame interno nos termos do artigo 10.º, se: a) Nos termos do direito interno ou da prática nacional de um Estado-Membro, forem pessoas colectivas independentes sem fins lucrativos; b) Tiverem como fim primário declarado a promoção da protecção do ambiente no contexto da legislação ambiental; c) Existirem há mais de dois anos e estiverem activamente empenhadas na realização do objectivo referido na alínea b); d) O objecto do pedido de reexame interno se inserir no âmbito do seu fim e actividades.”

⁴⁹ HARRYVAN, GERTJAN J.; HANS, JAN H. – “Internal Review of EU Environmental Measures: It's True: Baron van Munchausen Doesn't Exist! Some Remarks on the Application of the So-Called Aarhus Regulation”. Review of European Administrative Law. 3:2 (2010) 53-65, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1718325, p. 55

⁵⁰ No n.º 2 do artigo 2.º está estipulado que “Os actos e omissões administrativos não incluem as medidas tomadas por uma instituição ou órgãos comunitários na qualidade de instância de recurso administrativo, ou a sua omissão, por força das seguintes disposições do Tratado: a) Artigos 81.º, 82.º, 86.º e 87.º (regras de concorrência); b) Artigos 226.º e 228.º (acções por incumprimento); c) Artigo 195.º (procedimentos relativos ao Provedor de Justiça Europeu); d) Artigo 280.º (procedimentos relativos ao OLAF)”. Desde a adoção do Tratado de Lisboa, estes correspondem aos artigos 101.º, 102.º, 106.º, 107.º, 258.º, 260.º, 228.º e 325.º TFUE, respetivamente.

⁵¹ PONCELET, CHARLES – “Access to Justice in Environmental Matters – Does the European Union Comply with its Obligations”. Journal of Environmental Law. 24:2 287-309 (2012), disponível em: https://www.jstor.org/stable/26168429?seq=1#metadata_info_tab_contents, p. 305 e 306

⁵² HARRYVAN, GERTJAN J.; HANS, JAN H. – “Internal Review of Environmental Measures...”, p. 55.

⁵³ PONCELET, CHARLES – “Access to Justice in Environmental Matters...”, p. 305; HARRYVAN, GERTJAN J.; HANS, JAN H. – “Internal Review of Environmental Measures...”, p. 62.

⁵⁴ Toda a informação – como enviar; a quem endereçar; regras a cumprir; e pedidos e respostas existentes até à data – relativa aos pedidos de reexame interno está disponível em: https://environment.ec.europa.eu/law-and-governance/aarhus/requests-internal-review_en

⁵⁵ HARRYVAN, GERTJAN J.; HANS, JAN H. – “Internal Review of Environmental Measures...”, p. 55.

⁵⁶ *Ibidem*

⁵⁷ WENNERÅS, PÅL – *The Enforcement of EC Environmental Law*. 1.^a Edição. New York: Oxford University Press, 2007, p. 234-236; HEDEMANN-ROBINSON, MARTIN – “Access to Environmental Justice and European Union Institutional Compliance With the Aarhus Convention: A Rather Longer and More Winding Road than Anticipated”. *European Energy and Environmental Law Review*. 31:3 (2022) 175-188, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Energy+and+Environmental+Law+Review/31.2/EELR2022012>, p. 463

⁵⁸ SCHOUKENS, HENDRIK – “Articles 9(3) and 9(4) of the Aarhus Convention and Access to Justice before EU Courts in Environmental Cases: Balancing On or Over the Edge of Non-Compliance”. In *European Energy and Environmental Law Review*. 25:6 (2016), 178-195, disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8522902>, p. 182 e 183; PONCELET, CHARLES – “Access to Justice in Environmental Matters...”, p. 305 e 306;

⁵⁹ HEDEMANN-ROBINSON, MARTIN – *Enforcement of European Union Environmental Law: Legal Issues and Challenges*. 2.^a Edição. New York: Routledge, 2015, p. 13; MORGERA, ELISA – “European environmental...”, p. 440

⁶⁰ O primeiro permite, como já mencionado, contestar a legalidade dos atos dos órgãos e instituições da União (recurso de anulação) e o segundo permite contestar a legalidade das omissões dos órgãos e instituições da União (ação por omissão). Desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o recurso de anulação está ao dispor de pessoas singulares ou coletivas que sejam destinatárias de um ato da UE, que sejam direta e individualmente afetadas por um ato da UE ou que sejam diretamente afetadas por um ato regulamentar da UE que não necessite de medidas de execução. In GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL – *Direito da União - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina, 2019, p. 413, 419 e 448-449.

⁶¹ HEDEMANN-ROBINSON, MARTIN – *Enforcement of European Union Environmental Law...*, p. 466

⁶² Relativamente a isto, o TJ afirmou que “O recorrente pode depois recorrer da decisão que indefira o pedido de reexame interno para os tribunais da União, em conformidade com o artigo 12.º do Regulamento n.º 1367/2006, lido em conjugação com o artigo 10.º desse regulamento, invocando incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou desvio de poder.” In acórdão do Tribunal de Justiça (terceira secção) de 12.09.2019, *TestBioTech eV c. Comissão Europeia*, proc. C-82/17 P, para. 38

⁶³ WENNERÅS, PÅL – *The Enforcement of EC...*, p. 239

⁶⁴ *Ibidem*, p. 239 e 240; Advogada-Geral Juliane Kokott, conclusões de 15 de dezembro de 2022, Processos apensos C-212/21 P e C-223/21 P, ECLI:EU:C:2022:1003, para. 50-52, disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CC0212&qid=1675765512646&from=EN>

⁶⁵ Acórdão do Tribunal Geral (sétima secção) de 14.03.2018, *TestBioTech Ev, c. Comissão Europeia*, proc. T-33/16

⁶⁶ *Ibidem*, n.^{os} 44 e 45

⁶⁷ *Ibidem*, n.^{os} 78 e 89

⁶⁸ Acórdão do Tribunal Geral (segunda secção alargada) de 27.01.2021, *ClientEarth c. Banco Europeu de Investimento*, proc. T-9/19

⁶⁹ *Ibidem*, n.^{os} 117-119 e 125

⁷⁰ *Ibidem*, n.^{os} 149, 152 e 153

⁷¹ *Ibidem*, n.^o 167-173

⁷² A Advogada-Geral Juliane Kokott, em conclusões apresentadas a 15 de dezembro de 2022, afirmou que o recurso interposto pelo Banco é infundado e que, por isso, lhe deve ser negado provimento.

⁷³ Alguma da jurisprudência mencionada: acórdão do Tribunal de Justiça (primeira secção) de 21.11.1989, *Usines coopératives de déshydratation du Vexin e outros c. Comissão*, proc. C-244/88, n.º 13 ; acórdão do Tribunal de Justiça (quinta secção) de 15.01.2002, *Libéros c. Comissão*, proc. C-171/00 P, n.º 28; despacho do Tribunal de Justiça (sexta secção) de 8.04.2008, *Saint-Gobain Glass Deutschland c. Comissão*, proc. C-503/07, n.º 71

⁷⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral (quinta secção) de 27.09.2018, *Mellifera eV, Vereinigung für wesensgemäße Bienenhaltung c. Comissão Europeia*, proc. T-12/17; acórdão do Tribunal Geral (sétima secção) de 14.06.2012, *Vereniging Milieudefensie c. Comissão Europeia*, proc. T-396-09; acórdão do Tribunal Geral (sétima secção) de 14.06.2012, *Stichting Natuur en Milieu c. Comissão Europeia*, proc. T338/08

⁷⁵ Prevista no artigo 277.º TFUE, a exceção de ilegalidade constitui “um meio processual que permite aos interessados suscitar a título incidental a ilegalidade de um ato de alcance geral (um regulamento ou um acto equiparável), arguindo-a em apoio de um pedido que como demandantes deduzem perante o Tribunal de Justiça, ou alegando-a como simples meio de defesa num processo em que sejam demandados”. In CAMPOS, JOÃO MOTA DE; CAMPOS, JOÃO LUÍS MOTA DE; PEREIRA, ANTÓNIO PINTO – *Manual de Direito Europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*. 7.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 482 e 483

⁷⁶ Acórdão do Tribunal Geral (sétima secção) de 14.06.2012, *Stichting Natuur en Milieu c. Comissão Europeia*, proc. T-338/08, n.º 50; e acórdão do Tribunal Geral (sétima secção) de 14.06.2012, *Vereniging Milieudefensie c. Comissão Europeia*, proc. T-396-09, n.^{os} 43 e 44

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 07.05.1991, *Nakajima c. Conselho*, proc. C-69/89;

⁷⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.06.1989, *Fediol c. Comissão*, proc. C-70/87

⁸⁰ No que diz respeito à jurisprudência, o TG remete para o acórdão do Tribunal de Justiça (grande secção) de 8.03.2011, *Lesoochránárske zoskupenie c. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, proc. C-240/09, n.^{os} 39 e 41

⁸¹ Isto é, sem ser necessário verificar, como é, habitualmente, exigido na jurisprudência do TJUE, que a natureza e a economia do tratado internacional não se opõem a esta fiscalização e que as suas disposições são incondicionais e suficientemente precisas.

⁸² Acórdão do Tribunal Geral (sétima secção) de 14.06.2012, *Vereniging Milieudefensie c. Comissão Europeia*, proc. T-396/09, n.^{os} 59-68; e acórdão do Tribunal Geral (sétima secção) de 14.06.2012, *Stichting Natuur en Milieu c. Comissão Europeia*, proc. T-338/08, n.^{os} 59-79

⁸³ *Ibidem*, respetivamente, n.^{os} 65 e 76.

⁸⁴ Acórdão do Tribunal Geral (sétima secção) de 14.06.2012, *Vereniging Milieudefensie c. Comissão Europeia*, proc. T-396/09, n.^{os} 74 e 75.

⁸⁵ SCHOUKENS, HENDRICK – “Access to Justice on Environmental Matters...”, p. 22.

⁸⁶ Também as ONG envolvidas nestes processos interpuseram recurso da(s) decisão(ões) do TG, alegando que o TG cometeu um erro de direito ao não reconhecer o efeito direto do artigo 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus, “na medida em que, pelo menos, prevê que os «atos» que infrinjam o direito interno do domínio do ambiente devem poder ser objeto de recurso e, por conseguinte, por ter recusado apreciar a legalidade do artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1367/2006 à luz desta disposição da referida Convenção”. No entanto, por estes recursos não se encontrarem em conformidade com o disposto nos artigos 169.º, n.º 1 e 178.º, n.º 1 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, foi-lhes negado provimento.

⁸⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça (grande secção) de 13.01.2015, *Comissão Europeia c. Stichting Natuur en Milieu*, proc. apensos C-404/12 P e C-405/12 P, n.^{os} 44-46 ; e acórdão do Tribunal de Justiça (grande secção) de 13.01.2015, *Comissão Europeia c. Vereniging Milieudefensie*, proc. apensos C-401/12 P e C403/12 P

⁸⁸ *Ibidem*, respetivamente, n.^{os} 53-54 e 61-62.

⁸⁹ GOMES, CARLA AMADO; LANCEIRO, RUI TAVARES – “Sobre o direito de acesso...”, p. 33 e 34.

⁹⁰ De acordo com o TG “...o artigo 12.o do Regulamento n.º 1367/2006 abrange apenas a decisão que a Comissão adotou em resposta ao pedido de reexame interno” e “...embora seja inerente a um pedido de reexame interno de um ato administrativo que o requerente conteste a legalidade ou a legitimidade do ato referido, tal não significa que a recorrente está habilitada a apresentar, no âmbito

do seu recurso de anulação interposto contra a recusa de reexame, argumentos que contestam diretamente a legalidade ou a legitimidade do ato referido.” In acórdão do Tribunal Geral (quinta secção) de 27.09.2018, *Mellifera eV, Vereinigung für wesensgemäße Bienenhaltung c. Comissão Europeia*, proc. T-12/17, n.º 56

⁹¹ Por exemplo, em 2019, a Associação de Defesa do Património Cultural e Ambiental do Algarve, membro da Plataforma Algarve Livre de Petróleo (PALP), submeteu uma comunicação onde alegou incumprimento por parte de Portugal. Disponível em: <https://unece.org/env/pp/cc/accc.c.2019.166_portugal>

⁹² Communication ACCC/C/2008/30, disponível em: <<https://unece.org/DAM/env/pp/compliance/C200832/communication/Communication.pdf>>

⁹³ ONGA criada, em 2007, por James Thornton. Para mais informações sobre esta organização e as suas atividades, cfr. THORNTON, JAMES; GOODMAN, MARTINS – *Client Earth*. Scribe, 2017

⁹⁴ Nesta época, embora o Regulamento Aarhus já se encontrasse em vigor, ainda não existiam decisões aos requerimentos de reexame interno nem recursos interpostos ao abrigo do artigo 12.º suscetíveis de análise, pelo que as afirmações da *ClientEarth* tiveram por base a letra do Regulamento.

⁹⁵ Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2008/32 (Part I) concerning compliance by the European Union, ECE/MP.PP/C.1/2011/4/Add.1 Disponível em: <<https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/CC-32/ece.mp.pp.c.1.2011.4.Add.1.e.pdf>>

⁹⁶ Findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 (part II) concerning compliance by the European Union, ECE/MP.PP/C.1/2017/7. Disponível em: <<https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/CC57/ece.mp.pp.c.1.2017.7.e.pdf>>

⁹⁷ “(b) If and to the extent that the Party concerned intends to rely on the Aarhus Regulation or other European Union legislation to implement article 9, paragraphs 3 and 4, of the Convention:
(i) The Aarhus Regulation be amended, or any new European Union legislation be drafted, so that it is clear to the CJEU that that legislation is intended to implement article 9, paragraph 3, of the Convention;
(ii) New or amended legislation implementing the Aarhus Convention use wording that clearly and fully transposes the relevant part of the Convention; in particular it is important to correct failures in implementation caused by the use of words or terms that do not fully correspond to the terms of the Convention.”

⁹⁸ Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2015/128 concerning compliance by the European Union, ECE/MP.PP/C.1/2021/21. Disponível em: <https://unece.org/sites/default/files/2021-10/ECE_MP.PP_C.1_2021_21_E.pdf>

⁹⁹ Regulamento (UE) 2021/1767 do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de outubro de 2021 que altera o Regulamento (CE) n.º 1367/2006 relativo à aplicação das disposições da Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e

acesso à justiça em matéria de ambiente às instituições e órgãos comunitários. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX:32021R1767>>

¹⁰⁰ Decisão (UE) 2018/881 do Conselho de 18 de junho de 2018. Disponível em: <<https://eurlex.europa.eu/eli/dec/2018/881/oj>>

¹⁰¹ Proposta de alteração do Regulamento Aarhus, COM(2020) 642 final. Disponível em: <<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2020:0642:FIN:PT:PDF>>

¹⁰² Cfr. Carta conjunta de três ONG (*European Environmental Bureau, ClientEarth e Justice&Environment*) dirigida aos ministros do ambiente da UE. Disponível em: <<https://eeb.org/library/letter-to-environmental-ministers-regarding-the-commissions-proposal-on-theaarhus-convention/>>

¹⁰³ HEDEMANN-ROBINSON, MARTIN – “Access to Environmental Justice and European Union Institutional Compliance With the Aarhus Convention: A Rather Longer and More Winding Road than Anticipated”, p. 183.

¹⁰⁴ Advice by the Aarhus Convention Compliance Committee to the European Union concerning the implementation of request ACCC/M/2017/3. Disponível em: <https://unece.org/sites/default/files/2021-02/M3_EU_advice_12.02.2021.pdf>

¹⁰⁵ LUCIA, LUCA DE – The New Aarhus Regulation and the Defensive Behaviour of the European Legislator. *Review European Administrative Law*. 15:2 (2022) 7-43, disponível em: <<https://eds.p.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=0&sid=b5011282-671a-4f37-8a1e45a3f31e9429%40redis&bdata=JkF1dGhUeXB1PWlwLHN0aWIsdWlkJmxhbmc9cHQtcHQmc2l0ZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=158416581&db=a9hfgttttttttttg>>, p. 12.

¹⁰⁶ “a) deverão demonstrar que houve uma ofensa dos seus direitos causada pela alegada infração da legislação da União e que são diretamente afetados por tal ofensa em comparação com o público em geral; ou b) deverão demonstrar que existe um interesse público suficiente e que o pedido é apoiado por, pelo menos, 4000 membros do público residentes ou estabelecidos em, pelo menos, cinco Estados-Membros, com pelo menos 250 membros do público provenientes de cada um desses Estados-Membros”

¹⁰⁷ Pelas mesmas razões, também o conceito de “omissão administrativa” foi objeto de reformulação: “h) «Omissão administrativa», a falta de adoção de um ato não legislativo por uma instituição ou órgão da União que tenha efeitos jurídicos e externos, sempre que tal falta possa infringir a legislação ambiental na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alínea f);”

¹⁰⁸ BECHTEL, SEBASTIAN D. – “Access to Justice on EU level: the long road to implement the Aarhus Convention”. *The Opole Studies in Administration and Law*. 19:2 (2021) 19-42, disponível em: <<https://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap/article/view/4266>>, p. 29

¹⁰⁹ HEDEMANN-ROBINSON, MARTIN – “Access to Environmental Justice and European...”, p. 186

¹¹⁰ A informação relacionada com os pedidos de reexame interno continua, tal como acontecia durante a vigência da versão original, a ser disponibilizada em: <https://environment.ec.europa.eu/law-andgovernance/aarhus/requests-internal-review_en>

¹¹¹ Entre o final de maio de 2023 e o final de janeiro de 2024, a Comissão respondeu a sete pedidos de reexame interno. Na mesma linha dos pedidos acabados de analisar, de sete apenas um foi considerado inadmissível, pelo facto do ato submetido a reexame não constituir um ato administrativo nos termos do Regulamento.

¹¹² Atualmente, a Comissão coordena uma iniciativa cujo objetivo é, precisamente, perceber a melhor forma de resolver as questões levantadas pela Comité de Avaliação na sua comunicação sobre o acesso à justiça para a contestação de decisões sobre auxílios estatais, sendo uma das opções apresentadas a “alteração do Regulamento Aarhus para incluir as decisões em matéria de auxílios estatais no seu âmbito de aplicação”. Deste modo, esta iniciativa pode vir a desencadear uma nova alteração do Regulamento Aarhus. Informação disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13462-Processodo-comite-de-avaliacao-do-cumprimento-da-Convencao-de-Aarhus-sobre-auxilios-estatais-implicacoesopcoes_pt>

O princípio da solidariedade energética no ordenamento jurídico comunitário: algumas considerações

Ana Pereira de Sousa

Resumo

O princípio da solidariedade energética é uma realidade que, estando na base de toda a União que desde o início inspira e reforçada que foi com a recente jurisprudência emanada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, serve de relevante *fio condutor* às decisões energéticas com impacto além-fronteiras.

Palavras-chave: solidariedade – energia – TJUE – princípio da solidariedade energética

Abstract

The principle of energy solidarity is a reality that, being at the basis of the entire Union that has been inspiring since the beginning and reinforced by the recent jurisprudence issued by the Court of Justice of the European Union, serves as a relevant guideline for energy decisions with an impact beyond-borders.

Keywords: solidarity – energy – CJEU – principle of energy solidarity

I. Contexto

1. A energia como instrumento estratégico

Com raízes etimológicas no termo grego “*ergos*”, que significa “*trabalho*”, a energia está longe de se reduzir a um mero recurso^{1/2}, tendo provado já, e há muito, consubstanciar uma variável decisiva nos processos de concentração e de distribuição de poder, também a longo prazo, por parte dos Estados na arena internacional³.

Isto, não fora dar-se o caso de, sendo força motriz de qualquer sector económico, ela ter impacto directo na competitividade, na capacidade de defesa contra putativas agressões⁴ e no bem-estar social de um País, vectores, todos eles, a pontificar numa consequente (ou almejada) estabilidade⁵.

Peça-chave no xadrez geopolítico, não surpreenderá, por isso, que a energia seja um factor de tensão e sirva mesmo de pretexto para conflitos entre os Estados⁶, sejam eles dela fornecedores ou consumidores⁷, num mundo em que uma fatia considerável da Humanidade vive num regime de exclusão ou de *apartheid* energéticos^{8/9}.

De facto, ninguém nega, ou sequer pode negar, que as decisões energéticas de um Estado-Membro podem ter consequências sérias para a segurança energética dos seus vizinhos, podendo mesmo criar divisões entre alguns deles que podem ser exploradas por actores externos para propósitos geopolíticos¹⁰.

2. A realidade energética comunitária

Desenhar e efectivar a sua política energética não é, por certo, tarefa que a União Europeia (UE) encare como estando isenta de escolhos. Afinal, são vinte e sete os Estados-Membros que a integram e, assim mesmo, palmarmente distintas as geometrias e necessidades energéticas de cada um deles, num quadro em que a dependência e a vulnerabilidade energéticas perante fontes externas são características comuns a quase todos eles^{11/12}.

Resultado: os sistemas de energia na UE são inegavelmente interdependentes e a negociação tão concertada quanto possível sobre todo um naipe de medidas, que vão desde a diversificação geográfica das fontes de energia à garantia da segurança do abastecimento e sua implementação, é a palavra de ordem¹³, numa mesa em que se sentam diferentes parceiros energéticos, para quem ademais a energia é, como se abordou, se reitera e efectivamente sucede, uma arma económica e diplomática - ou, dito de outro modo, uma afirmação de soberania.

É neste enquadramento – interesses *Estado-Estado* e *UE-Estado* no sector da energia - que o denominado princípio da solidariedade energética assoma, sendo sobre ele, e tal como a epígrafe do escrito ora *in fieri* de antemão o desvelou, que a nossa atenção irá essencialmente recair, se bem que não sem antes se abordar (telegraficamente, é certo) a concepção de solidariedade em geral.

3. O princípio da solidariedade em geral

§1.º Âmago

Muito em voga no discurso político especialmente em tempos de crise¹⁴, o termo “solidariedade” encontra raiz no artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE), que a ela desde logo se reporta como corporizando um valor do ordenamento jurídico europeu; contudo, em disposições mais específicas, como exemplificativamente sucede com o artigo 21.º deste Tratado ou com o artigo 80.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), a referência que é levada a efeito é ao “princípio da solidariedade”¹⁵.

Só que o legislador não providenciou nem uma definição do conceito nem esclareceu se há diferença entre “valor” ou “princípio” e, havendo, qual é ela e em que medida é que releva. Por isso, depurar a sua específica natureza ou os concretos contornos que ele encerra¹⁶ é justamente um dos debates que, face ao apontado silêncio do legislador, agita a dogmática, a qual desde logo (e atalhando) propende para a considerar como um

princípio jurídico ademais e possivelmente inerente à estrutura constitucional da UE, se bem que de dificultada aplicação, atento o seu conteúdo ambíguo¹⁷.

Seja como for¹⁸, um dado é avançado sem quês de incerteza e esse é que a solidariedade (do latim *solidus*, significando *solo firme*) possui múltiplos sentidos, dependendo das *policy areas* em que estiver a ser aplicada¹⁹. E daí que ela surja frequentemente *dissecada* sob a perspectiva das condições sociais que conceptualmente lhe subjazem: como o oposto do interesse próprio, portanto, que assim floresce do altruísmo e da ética²⁰.

Ora, não obstante as plúrimas noções aventadas tendo em conta as diferentes dimensões em que a solidariedade se pode espraiair²¹, parece que se poderá reter como marca de água do conceito de solidariedade a sua natureza mútua ou recíproca, assente na não prossecução dos interesses próprios de curto prazo se tal redundar na postergação do bem comum e concomitante repartição equitativa de encargos^{22/23}.

Sendo que a atestá-lo está, efectivamente, a jurisprudência, conforme de imediato se passa a demonstrar.

§2.º Mobilização jurisprudencial

A solidariedade foi preliminarmente invocada nos ilustrativos Acórdãos n.ºs 6/69 e 11/69 (Comissão vs. França) e 39/72 (Comissão vs. Itália) do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), bem como nas suas decisões judiciais de 07.02.1973 (Comissão vs. República Italiana) e de 07.02.1979 (Comissão vs. Irlanda do Norte e Reino Unido, processo n.º 128/78), onde se *alertou* os Estados-Membros que as vantagens para ele decorrentes do Tratado os obriga, em contrapartida, a respeitar as suas regras. Neles, a solidariedade surge identificada essencialmente como um dever²⁴ e é dado palco à ideia de reciprocidade, no sentido de que a solidariedade se reconduz à ideia de objectivos e de interesses comuns prevalecendo sobre os demais²⁵.

A tais arestos, e no tempo, juntaram-se outros – não muitos –, tendo por pano de fundo matérias bem distintas²⁶, mas em que a solidariedade (esta é

outra constatação palpável), apesar de comumente invocada para arvorar as pretensões submetidas a pleito, e mesmo quando arguida pelos próprios Advogados-Gerais, ficou por ver os seus contornos debastados e o seu conteúdo por clarificar, pois que nela o Tribunal evitou repousar o seu arrazoado²⁷.

Deste retrato, pode então dizer-se, entre o mais e com a dogmática que sobre ele se pronunciou, que a jurisprudência confirma que não existe um significado unívoco do princípio de solidariedade, detentor que é de um carácter multifacetado e evolutivo, dependendo a sua importância do domínio em que se move e das concretas circunstâncias do caso²⁸.

4. Ponto de ordem

Chegados a este momento, é hora de verificar se o princípio da solidariedade marca *presença forte* no complexo “*mare magnum*” da energia²⁹ e inerente dinâmica interestadual, sendo, pois, especificamente sobre tais vestes que a nossa atenção vai incidir, âmbito em que, ocorrendo tal, se procurará aquilatar se ele configura uma realidade prático-concreta, que não puramente literal ou retórica, sabido que é que um “*um conceito sem uso não tem sentido útil, porque, não sendo usado, queda pouco claro saber-se quando e como o aplicar*”³⁰. Destarte:

II. Entrada no tema

1. Alicerces normativos

§1.º Direito primário

A primeira expressão da noção de solidariedade no específico domínio da energia foi cunhada por Robert Schumann na “*sala do relógio*” do Quai d’Orsey, em Paris, quando corria o ano de 1950³¹.

Seguiu-se, em 1961 e no preâmbulo do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a consagração desta união de esforços visando substituir o conflito pela cooperação e pela prosperidade. “*A Europa*”, proclamou-se para a posteridade, “*só será construída através de conquistas concretas que criem primeiro uma solidariedade de facto e através do estabelecimento de bases comuns para o desenvolvimento económico*”³². A energia foi uma das duas áreas assinaladas³³.

Quarenta e seis anos volvidos sobre este marco, é assinado o Tratado de Lisboa³⁴ e, com ele, é consagrada a competência partilhada da União na área da energia, estipulando-se no artigo 194.º do TFUE que dele decorre que a política energética da União visa, “*num espírito de solidariedade entre os Estados-Membros*”, atingir os objectivos nele inscritos, dedicados que são a garantir o funcionamento do mercado da energia e a segurança do aprovisionamento energético na União e a promover quer a eficiência energética e o desenvolvimento de energias novas, quer a interligação das redes energéticas.

Trata-se de uma evocação, esta – *espírito de solidariedade entre os Estados-Membros* –, que, para além de não estar formalmente definida, não é necessariamente evidente: bem pelo contrário, visto tratar-se, à partida, de uma área bastante relutante a esse espírito³⁵. Na verdade, é facto pertencente ao domínio público que o sector energético permanece marcado pela *voluntas* dos Estados-Membros em manter o controlo sobre um sem número de aspectos considerados estratégicos, sendo caracterizado por

fortes disparidades nacionais, em particular no que às fontes de abastecimento concerne³⁶. Pelo que, sustenta-se, será, por certo, a especificidade do sector energético e as fortes diferenças que existem entre os Estados-membros (o que implica “manter-se unido”) que justificarão a consagração de que cuidamos³⁷.

O que, acentue-se, está em linha com a previsão do próprio número 2 deste artigo 194.º do TFUE, quando consagra que o exercício das competências atribuídas à União no domínio da energia não bule com a soberana escolha dos Estados-Membros no que às diferentes fontes de energia e à estrutura geral do seu fornecimento concerne^{38/39} – e as razões subjacentes são conhecidas⁴⁰.

Numa frase, temos, portanto, e como resposta às exigências de certos Estados (sobretudo da Polónia)⁴¹, que é o artigo 194.º do TFUE que corporiza a primeira base jurídica específica para a solidariedade energética europeia – aquele, portanto, que a dogmática refere que contrabalança o carácter acentuadamente unilateral, quando não egocêntrico, das políticas energéticas nacionais⁴².

§2.º Refracções ao nível do direito derivado

A esmagadora maioria das referências expressas ao termo “solidariedade” no direito secundário atinente com o sector da energia, e que assim foram adoptadas com base no citado artigo 194.º do TFUE, se a um passo se centram essencialmente na questão da segurança do abastecimento^{43/44}, a outro dizem sobretudo respeito a tempos de crise e tendo principalmente como pano de fundo o sector do gás- constatação que se alastra a distintos actos atípicos prolatados⁴⁵ –, que foi a realidade que efectivamente se pretendeu regular e que igualmente terá presidido à posterior inclusão da solidariedade entre os cinco pilares da “União da Energia”⁴⁶.

E a comprová-lo estão, primacialmente, o Regulamento (UE) 2017/1938, de 25 de Outubro de 2017, que visa garantir o fornecimento contínuo de gás na UE, e o Regulamento (UE) 2019/941 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Junho de 2019, relativo à preparação para

riscos no sector da eletricidade⁴⁷. O primeiro⁴⁸, aliás polvilhado por múltiplas referências ao termo “solidariedade”, fixando pela primeira vez um denominado “mecanismo de solidariedade” entre Estados-Membros, assim a accionar em *ultima ratio* em caso de uma crise de abastecimento que afecte de forma séria um deles e que implica que os Estados vizinhos o assistam, actuação que é naturalmente objecto de compensação⁴⁹; o segundo, afirmando a solidariedade entre os Estados-Membros em, e novamente, contexto de crise, mas agora no abastecimento de electricidade e por diferentes factores de risco⁵⁰.

Estes textos legais apelando à solidariedade no campo da energia convergem, pois, no sentido de que a segurança do seu fornecimento deve ser liminarmente assegurada pelo próprio mercado – o que serve de pretexto para que alguns autores afirmem que a solidariedade tem uma função correctiva das falhas do mercado energético europeu, com o qual mantém uma relação circular, nele intervindo numa lógica subsidiária⁵¹.

De resto, o funcionamento do mercado sem fronteiras é, precisamente, o principal objectivo no domínio energético comunitário, assim a ditar uma maior interdependência entre os Estados-Membros e os seus *interligados* sistemas energéticos, arvorada que está, esta interdependência, quer na interconexão com os sistemas vizinhos, quer na dependência das mesmas fontes de energia⁵², e que ilumina a solidariedade primariamente evocada, a ela retornando.

3. O olhar da jurisprudência

§1.º Transversalmente

Uma peregrinação pelas decisões judiciais proferidas pelo TJUE no sector da energia conduziu-nos a três liminares constatações.

Primo : foi apenas em 2012 que teve lugar a interpretação primitivamente levada a efeito do artigo 194.º pelo TJUE – concretamente, através do seu Acórdão de 6 de Setembro, proferido que foi no âmbito do processo n.º C-490/10 (Parlamento Europeu vs. Comissão da UE)⁵³.

Secundo : as decisões judiciais proferidas nesta área prendem-se essencialmente com a segurança do aprovisionamento em caso de crise e com infraestruturas energéticas⁵⁴.

Tertio : pese embora o reforço introduzido pelo artigo 194.º do TFUE e a crescente referência à solidariedade na panóplia legislativa europeia, são palmarmente minguados os casos em que ela é abordada pelo Tribunal neste específico domínio, surgindo pouco mais (ressalva feita ao que *infra* se dirá), e mesmo contabilizada a simultânea referência ao designado *princípio da cooperação leal*, a sua singela alusão^{55/56/57}.

Não surpreenderá, por isso, que eventualmente se possa considerar encontrar um núcleo de verdade nas considerações outrora tecidas, no sentido de que o papel da solidariedade instituído pelo artigo 194.º do TFUE porventura se cingiria então a servir maioritariamente de directriz não ao julgador, mas ao legislador⁵⁸.

Mas novos horizontes foram abertos. Vale a pena analisá-los:

§2.º Em particular, o processo C-848/19-P

Uma análise da solidariedade no domínio energético sob a lupa jurisprudencial não pode prescindir do caso aludido em epígrafe, relativo que é ao sector do gás^{59/60}. Trata-se de um aresto que, travado no complexo assunto de acesso aos gasodutos de gás e de segurança no seu fornecimento e no sensível contexto geopolítico das relações de gás UE-Rússia⁶¹, se serve expressamente do “espírito de solidariedade” de que se ocupa o artigo 194.º do TFUE, falando expressamente em “princípio da solidariedade energética” e em cujo escopo, alcance e conteúdo se centra, procurando-os moldar.

E a simples enunciação do esboço que se acabou de redigir demonstra já a importância que esta decisão assume para a definição do dito princípio no sector da energia – um sector, portanto, em que a crescente interdependência entre Estados-Membros, como resultado dos desafios geopolíticos, requer uma clarificação dos princípios-chave da lei energética europeia⁶².

É por isso - por constituir um precioso auxiliar na hora de se analisar o princípio em equação - que o referido acórdão, sublinhando que a solidariedade energética é a específica expressão do princípio da solidariedade entre Estados-Membros, estando na base de todo o sistema da UE, nos servirá de trave-mestra nas considerações que passamos a expender. Nestas e, sobretudo, nos futuros procedimentos decisórios das instituições europeias em matéria de energia⁶³.

III. O princípio da solidariedade energética

1. Natureza

O “espírito de solidariedade” ou o princípio da solidariedade^{64/65} no sector energético não se reduz a um puro conceito político ou ideológico⁶⁶. Ao invés, a solidariedade energética, com guarida própria no artigo 194.º do TFUE, é um princípio geral do Direito da União, estando subjacente a todo o seu sistema jurídico.

Por isso, a ele se acoplam efeitos jurídicos vinculativos, devendo a legalidade de qualquer acto das instituições da União e dos Estados-Membros que façam parte da política em matéria de energia ser apreciada à sua luz.

Pouco importando, pois, se ele encontra concretizado ao nível da legislação secundária ou não, uma vez que pode ser invocado por si só⁶⁷: como se disse, ele produz efeitos jurídicos vinculativos e é assim *justiciável*, no sobredito sentido de que origina direitos e obrigações na esfera dos órgãos executivos e constitui um parâmetro de fiscalização da legalidade das medidas adoptadas⁶⁸. Natureza que, aliás e acrescidamente, é reforçada pela categórica redacção do artigo 194.º, n.º 1, do TFUE (“tem de”).

Donde cabe assentar que a afirmação do princípio da solidariedade energética no ordenamento jurídico comunitário é incontornável, constituindo um dos alicerces do processo de integração europeia, bem como a base da política energética da União Europeia. Como incontornável é o acórdão em exame, que decisivamente contribui para se definirem os pouco claros contornos do princípio da solidariedade⁶⁹.

2. Âmbito Subjectivo

Como estatui o artigo 194.º do TFUE, o princípio da solidariedade energética é aplicável aos Estados-Membros. A eles, mas não só, se dirige, estando, pois e assim, as instituições da UE também elas sujeitas ao seu crivo.

Esta conclusão alimenta-se de uma invocada (mas não explicada) interligação com o princípio da cooperação leal⁷⁰, que impõe, entre o mais, às instituições da UE que colaborem em boa fé com os Estados-Membros⁷¹.

3. Pressupostos de aplicação

O princípio da solidariedade energética não se limita à exigência de garantir a segurança do aprovisionamento - ele é mais amplo, sendo esta última vertente somente uma das suas manifestações.

Na realidade, conforme preceitua o artigo 194.º, n.º 1, do TFUE, seguindo o TJUE de perto e repetindo-nos, o princípio da solidariedade energética rege toda a política energética europeia. Assim sendo, como é, então ele aplica-se, à partida e integralmente, aos quatro objectivos nele enumerados: assegurar (rememore-se) o funcionamento do mercado da energia, garantir a segurança do aprovisionamento energético da União, promover a eficiência energética e as economias de energia, bem como o desenvolvimento de energias novas e renováveis, e promover a interconexão das redes de energia⁷².

4. Escopo

A ideia central nesta sede é a de que o princípio da solidariedade energética não se cinge a um dever de assistência em caso de emergência. Pelo contrário, e sob a credencial do artigo 194.º do TFUE, ele entra em campo em qualquer acção relacionada com a política da UE no domínio da energia, por conseguinte (e assim se rejeitando uma visão restritiva do princípio em investigação) não restrito que é a crises de fornecimento de produtos energéticos.

Com o que se distingue, e claramente, das hipóteses que o distinto (e já familiar) mecanismo que o artigo 222.º deste Tratado encerra, pensado que está para actuar somente em casos de emergência⁷³. Sendo que tanto assim é que princípio da solidariedade energética vertido neste artigo 194.º impõe adicionalmente a obrigação de os Estados-Membros agirem de forma preventiva, de molde a, precisamente, evitar situações de crise⁷⁴.

O que levou já a defender-se que o TJUE criou, com esta sua decisão, dois tipos de solidariedade. Uma, baseada num domínio de intervenção específico, como o artigo 194.º do TFUE, que será uma solidariedade *ex ante* e que exige um acto de equilíbrio entre os interesses dos Estados-Membros e os da União Europeia. Outra, com assento no artigo 222.º do TFUE, que será uma solidariedade *ex post*, que exige uma lealdade incondicional em situações de emergência^{75/76}.

5. Conteúdo

Na leva das considerações imediatamente antecedentes, e em ordem a alcançar o efeito preventivo pretendido, sublinha o TJUE que é necessário proceder-se a uma avaliação da existência de riscos para os interesses energéticos dos Estados-Membros e da União, nomeadamente para a segurança do abastecimento energético⁷⁷.

Vale este considerando por dizer que o princípio da solidariedade energética institui, pois, uma obrigação geral que implica que os interesses de todas as partes interessadas que possam ser afectadas por uma decisão devem ser tidos em conta. Por diferentes palavras, os impactos negativos de tais políticas ou medidas específicas relacionadas com a energia noutros Estados-Membros têm, portanto, de ser considerados, mesmo na ausência de uma disposição legal específica para este efeito⁷⁸. Percebe-se: considerando a interdependência dos Estados-Membros no sector do gás, as políticas energéticas nacionais e europeias inevitavelmente se impactam mutuamente⁷⁹.

O princípio exige, portanto, um exercício de equilíbrio em que a salvaguarda do interesse pretendido pela medida e o impacto negativo que

esta pode ter num Estado-Membro específico devem ser avaliados e equilibrados entre si no procedimento de tomada de decisão, sob pena de a mesma ser anulada⁸⁰.

Mas repare-se: esta obrigação exigindo que os Estados-Membros, em todas as suas decisões no mercado energético com potencial impacto transfronteiriço, tenham em conta não só os seus próprios interesses, mas também os de outros Estados-Membros e também os da União Europeia como um no seu conjunto, não detém um carácter absoluto. Com efeito, este princípio não proíbe a UE e os Estados-Membros de implementar medidas de polícia energética que impactam negativamente os interesses dos seus congéneres. Ele somente requer, isso sim, é que eles “se esforcem”, se empenhem em não lesar os interesses particulares desse Estado-Membro⁸¹.

6. Principais funções

Como decorre já das observações precedentes, duas são as funções que, na nossa visão e entre outras, ressaltam com clareza ser prosseguidas pelo princípio da solidariedade energética, ambas se podendo configurar como o reverso uma da outra.

Referimo-nos, por um lado, à função de padrão orientador das actuações das instituições europeias e dos Estados-Membros em todo o sector da energia e, por outro lado, à função de controlo que, como critério de fiscalização jurisdicional que é, também nitidamente desempenha.

7. Distinção com o princípio da cooperação leal

O princípio aludido em epígrafe⁸² tem consagração no artigo 4.º, n.º 3, do TUE e coloca sobre os ombros dos Estados-Membros o dever de colaborarem entre si e com a União, e de forma lúdima (as suas responsabilidades ao abrigo do direito da UE tomando medidas adequadas à, ou abstendo-se de adoptar medidas que possa comprometer a, realização dos objectivos da União), de molde a atingir-se os objectivos comuns que a densificam⁸³.

Quadrando, segundo a doutrina, com a solidariedade nos casos em que os Estados-Membros devem cumprir as suas obrigações decorrentes do direito da UE, apesar de ser contra os seus interesses nacionais, permitindo a prevalência do interesse colectivo sobre os seus interesses individuais⁸⁴.

Alguns Autores encaram, pois, o princípio da cooperação leal ou sincera como uma expressão do princípio da solidariedade⁸⁵. Outros definem a solidariedade por intermédio da obrigação geral de cooperação leal⁸⁶. Outros, ainda, desenham distinções entre eles, defendendo que em causa estão realidades diferentes e que uma conexão entre eles não é forçosa, não significando uma realidade idêntica ou equiparada ou sequer que a lealdade corporiza uma subcategoria da solidariedade⁸⁷.

Ora, o TJUE, no acórdão que nos serve de fio-de-prumo, interliga-os ou deles faz uma interpretação conjunta, definindo, como se viu, o princípio da solidariedade através da referência ao princípio da cooperação sincera⁸⁸. Mas não fornece quaisquer explicações⁸⁹. Para mais, e se bem raciocinamos, quando o princípio da solidariedade energética tem uma específica vocação (subordinada aos já mencionados objectivos energéticos), por contraposição ao carácter “expansivo” ou transversal que pauta a cooperação sincera⁹⁰.

Nesta conformidade, sendo o princípio da solidariedade energética um princípio jurídico que prescinde de *um atalho* – o princípio da cooperação leal – para ser feito valer, parece que se trata de duas figuras próximas, sim, mas autónomas: ele é aplicável *per si* e a *título principal*, que não meramente instrumental ou complementar, ainda que com ele (cooperação), como com outros, se possa articular e, até, reforçar.

IV. Conclusão

Fruto do papel do TJUE, que o resgatou da abstracção e contribuiu decisivamente para o definir, num contexto em que a lei e a geopolítica se entrecruzam, o princípio da solidariedade energética é uma realidade que, estando na base de toda a União que desde o início inspira, serve de relevante *fio condutor* às decisões energéticas com impacto além-fronteiras, detendo franco potencial para, sempre tendo em vista o interesse colectivo, as influenciar.

Deve, por isso – que não é pouco -, continuar a ser aprofundado.

Bibliografia

Andoura, Sami, *Energy Solidarity: Cohesive Force or Structural Weakness?*, Executive Education, Training & Projects - Issue 1, College of Europe, 2014, <https://www.coleurope.eu/training-projects/newsletter/archive/2014-issue-1/energysolidarity-cohesive-force-or-structural>

_____, *Energy Solidarity in Europe: from Independence to Interdependence Project “A Test for European Solidarity”*, Notre Europe-Jacques Delors Institute, 2013, <https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2020/08/energysolidarity-andoura-ne-ijdjuly13-1.pdf>

Assenova, Margarita, *What Next for Nord Stream Two? The Legal Battle in Europe Begins*, Eurasia Daily Monitor, 2021, <https://jamestown.org/program/what-nextfor-nord-stream-two-the-legal-battle-in-europe-begins/>

Beutler, Bengt, *Solidarity in the EU: a Critique of Solidarity and of the EU in Solidarity in the European Union - A Fundamental Value in Crisis*, Andreas Grimm/Susanne My Giang, Hamburg, 2017, pp. 21-35.

Boas Filho, Orlando Villas, *Emile Durkheim and the Sociological Analysis of Law: The Actuality and the Limits of a Classic*, *Revista Eletronica Direito e Sociedade (REDES)*, vol. 5, n.º 2, 2017, pp. 229-250.

Boute, Anatole, *The Principle of Solidarity and the Geopolitics of Energy: Poland v. Commission (OPAL pipeline)*, *Common Market Law Review*, Vol. 57, Kluwer Law International, 2020, pp. 889 – 1005.

Brosset, Estelle, *Sur les Traces du Principe de Solidarité en Droit de l'Union Européenne de l'Environnement, Solidarité et Droit de l'Union Européenne: un Principe à l'Épreuve*, Estelle Brosset/Rostane Mehdi/Nathalie Rubio, *Confluence des droits* | 15, DICE Éditions, 2022, pp. 99-110.

Buchan, David, *Europe's Energy Security - Caught between Short-term Needs and Long-term Goals*, The Institute for Energy Studies, 2014, pp. 1-11, <https://www.oxfordenergy.org/publications/europes-energy-security-caught-between-short-term-needs-and-long-term-goals/>

Campos, João Mota de, *Direito Comunitário, I Vol.: O Direito Institucional*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983

Chiarella, Paola, *Social Rights and Europe: A Fragmented Solidarity*, *Rechtstheorie*, vol. 48, n.º 2, 2017, pp. 161-174.

Cusack, Kathleen M., *A Sparking Debate in Europe: Looking to the Future of the Internal Energy Market of the EU*, *North Carolina Journal of International Law*, vol. 42, n.º 3, 2017, pp. 853-[vi].

Denninger, Erhard, *Segurança, Diversidade e Solidariedade ao Invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade*, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 88, 2003, pp. 21-46.

Escribano, Gonzalo, *Geopolítica de la Seguridad Energética: Concepto, Escenarios e Implicaciones para España y la UE*, *Escenarios e Implicaciones para España y la UE*, 40, <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/geopolitica-de-la-seguridadenergetica-concepto-escenarios-e-implicaciones-para-espana>

Fontana, Eliane, *The Beginning of the Solidarity in a Value Perspective of the Fundamental Rights: Some Pressupposed*, *Revista Justiça do Direito*, 21, 2007, pp., 2007, pp. 121.

Gil, Luís, *Política Energética no Contexto da União Europeia*, DGEG, Lisboa,

2021, <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/38046/1/Politica%20energ%C3%A9tica%20no%20contexto%20da%20Uni%C3%A3o%20Europeia.pdf>

Gorjão-Henriques, Miguel, *Direito Comunitário*, Coimbra, Almedina, 2008.

Gutierrez Ferreyra, Pedro Pablo, *Rectitud, Responsabilidad, Solidaridad, Derecho PUCP*, 19, 1960, pp. 154-163.

Grimmel, Andreas, *Solidarity in the European Union: Fundamental Value or “Empty Signifier”*, *Solidarity in the European Union - A Fundamental Value in Crisis*, Andreas Grimmel/Susanne My Giang, Hamburg, 2017, 161-179.

Hilpold, Peter, *Understanding Solidarity within EU Law: An Analysis of the “Islands of Solidarity” with Particular Regard to Monetary Union*, *Yearbook of European Law*, 2015, pp. 257-285, <https://ssrn.com/abstract=2599725> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2599725>

Iakovenko, Mykola, *Case C-848/19 P: Germany v Poland and its Outcomes for EU Energy Sector: an Extended Case Note on the European Court of Justice Judgment in the OPAL case*, *Journal of World Energy Law and Business*, 2021, 14, 436–446, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwab037>

Joppe, Anne, *European Union Solidarity, Illustrated by the Covid-19 Crisis*, *Utrecht Law Review*, 17, 2021, pp.130-142, <https://doi.org/10.36633/ulr.683>

Kehoe, Anne-Marie/Nouicer, Athir/Nysten, Jana/Fouquet, DÖrte/Hancher, Leigh/ Meeus, Leonard, *The EU Clean Energy Package*, *European University Institute, Florence School of Regulation*, 2020, <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/7fa59d21-c7ff-11eb-a925-01aa75ed71a1/language-en>

Klamert, Marcus, *Loyalty and Solidarity in the Euro-Crisis*, *Zeitschrift für Öffentliches Recht (ZoR): Journal of Public Law*, vol. 72, n.º 4, 2017, pp. 699-716.

_____, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, 2014.

Knodt, Michele/ Tews, Anne, *European Solidarity and Its Limits: Insights from Current Political Challenges, Solidarity in the European Union - A Fundamental Value in Crisis*, Andreas Grimmel/Susanne My Giang, Hamburg, 2017, pp. 47-64.

Küçük, Esin, *Solidarity in EU law: an Elusive Political Statement or a Legal Principle with Substance?*, *Solidarity in EU Law - Legal Principle in the Making*, Andrea Biondi/Eglė Dagilytė/Esin Küçük, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 38-60.

Koutrakos, Panos, *Institutional Balance and Sincere Cooperation in Treaty Making under EU Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, n.º 1, 2019, pp. 1-33.

Kotzur, Markus, *Solidarity as a Legal Concept in Solidarity in the European Union - A Fundamental Value in Crisis*, Andreas Grimmel/Susanne My Giang, Hamburg, 2017, pp. 37- 45.

Kotzur, Markus Tobias/Schmalenbach, Kirsten, *Solidarity among Nations*, *Archiv des Völkerrechts*, 52, Bd, N.º 1, *Special Focus of this Issue: Transnational Solidarity – An Interdisciplinary Approach*, 2014, pp. 68-91.

Lamoureux, Marie, *La Politique de L'Énergie: L'Esprit de Solidarité a-t-il été Incarné?*, *Solidarité et Droit de L'Union Européenne: un Principe à L'Épreuve*, Estelle Brosset, Rostane Mehdi, Nathalie Rubio, *Confluence des droits* | 15, DICE Éditions, 2022, p. 111-119, <https://books.openedition.org/dice/2897>

Lopes, Dulce Margarida de Jesus, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma Perspectiva de Controlo)*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003.

Loureiro, João Carlos, *Cidadania, Protecção Social e Pobreza Humana*, Coimbra, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 90, n.º 1, 2014, pp. 71-138.

Machado, Nataly Carvalho, *O Princípio da Solidariedade no Pacto Ecológico Europeu: Implicações na Integração Europeia*, Universidade do Minho, Escola de Direito,

2022, <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/86098/1/Nataly%20Carvalho%20Machado.pdf>

Mengozzi, Pieralberto, *Common Rules for the Internal Market in Natural Gas and the Principle of Energy Solidarity*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n.º 1, 2022, pp. 405-421.

Münchmeyer, Max, *Supercharging Energy Solidarity? The Advocate General's Opinion in Case C-848/19 P Germany v Poland*, 2021, <https://europeanlawblog.eu/2021/04/09/supercharging-energy-solidarity-the-advocategenerals-opinion-in-case-c-848-19-p-germany-v-poland/>

_____, *Worth the Wait? Energy Solidarity before the Court of Justice in Case C-848/19 P – Germany v Poland*, *Florence School of Regulation*, 2021, <https://fsr.eui.eu/worth-the-wait-energy-solidarity-before-the-court-of-justice-in-case-c848-19-p-germany-v-poland/>

_____, *Box-Ticking or Pandora's Box? The Future of Energy Solidarity Following the Advocate General's Opinion in Case C-848/19 P Germany v Poland*, *Florence School of Regulation*, 2021, <https://fsr.eui.eu/the-future-of-energy-solidarity/>

Nabais, José Casalta, *Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 75, Coimbra, 1999, pp. 145-174.

Oliveira, Lucas Kerr de, *Energia como Recurso de Poder na Política Internacional: Geopolítica, Estratégia e o Papel do Centro de Decisão Energética*, Porto Alegre, 2012, <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/76222>

Quintas, Avelino Manuel, *Principios y Niveles de la Solidaridad Comunitaria*, *Prudentia Iuris*, 14, 1984, pp. 40-46.

Rabanal, Nuria G., *Seguridad Energética en Clave de la Unión Europea: el Papel de Rusia*, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 4, No. 2, 2018, pp. 67-80, <http://dx.doi.org/10.18847/1.8.5>

Riley, Alan, *The 'Principle of Solidarity': OPAL, Nord Stream, and the Shadow over Gazprom, EnergySource*, 2019, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/energysource/the-principle-of-solidarity-opalnord-stream-and-the-shadow-over-gazprom/>

Ross, Malcom, *Solidarity – A New Constitutional Paradigm for the EU?, Promoting Solidarity in the European Union*, Malcom Ross/Yuri Borgmann-Prebil, Oxford University Press, 2010, pp. 23- 45.

Ryś, Mateusz, *The Principle of Energy Solidarity Clarified: a Certain Way to Uncertainty*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 71, pp. 149-167, <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.71.06>

Stein, Daniel D., *Impact of the European Court of Justice's Opal decisions*, *EnergySource*, 2019, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/energysource/impact-of-the-european-court-of-justices-opal-decision/>

Souza, Matilde de/ Ferreira, Leandro Gomes, *A Formação do Complexo Regional de Segurança Energética pela Energiewende na União Europeia*, *Meridiano 47 – Journal of Global Studies*, 2020, pp. 1-14.

Talus, Kim, *The interpretation of the principle of energy solidarity – A critical comment on The Opinion of the Advocate General in Opal*, The Oxford Institute for Energy Studies, 2021, <https://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2021/04/Insight-89-Theinterpretation-of-the-principle-of-energy-solidarity-.pdf>

Tomaszewski, Krzysztof, *Energy solidarity in the European Union in the context of the particular interests of the Member States*, *Polityka Energetyka – Energy Policy Journal*, Vol. 21-2, 2018, pp. 5-18, DOI: 10.24425/122773, <https://epj.minpan.krakow.pl/pdf-96205-28982?filename=Energy%20solidarity%20in%20the.pdf>

Witte, Floris de, *Transnational Solidarity and the Mediation of Conflicts of Justice in Europe*, *European Law Journal*, vol. 18, n.º 5, 2012, pp. 694-710.

Wróbel, Izabela, *The Principle of Solidarity among Member States in European Union law. Twilight or renaissance?*, *Przegląd Zachodni*, 2020, pp. 243-266

Yafimava, Katja, *The OPAL Exemption Decision: a comment on the Advocate General's Opinion on its annulment and its implications for the*

Court of Justice judgement and OPAL regulatory treatment, The Oxford Institute for Energy Studies, Energy Insight 87, 2021, pp. 1-10.

-

¹ Trabalho de Investigação da Unidade Curricular de "Crise, Administração Pública e Cidadania" apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 3.º Ciclo de Estudos em Direito Público.

² Entendida, numa possível acepção, como o conjunto dos recursos energéticos, dos meios e mecanismos de transformação e de consumo de forças físicas que em algum momento podem substituir a força ou o trabalho humano e que essencialmente envolve os aspectos relativos (i) aos recursos energéticos naturais (como combustíveis ou outras forças da natureza), (ii) à matriz energética *lato sensu* (com os respectivos sistemas de produção, de transmissão e de consumo de energia, bem como dos transportes e dos sistemas produtivos industriais) e (iii) ao leque de conhecimentos técnicos e tecnológicos acumulados ou a capacidade de desenvolvimento de novas tecnologias, cf. LUCAS KERR DE OLIVEIRA, *Energia como Recurso de Poder na Política Internacional: Geopolítica, Estratégia e o Papel do Centro de Decisão Energética*, Porto Alegre, 2012, p. 22-26.

³ Basta pensar que as grandes potências são, de facto e todas elas, países altamente industrializados e com ampla capacidade para decidir de forma soberana questões referentes ao seu próprio sistema energético, cf. *Idem, ibidem*, p. 28. Em termos similares, consignando que a detenção de abundantes recursos energéticos tem constituído um elemento fundamental no posicionamento económico dos países, sendo condicionador das suas possibilidades de desenvolvimento económico, v. NURIA G. RABANAL, "Seguridad Energética en Clave de la Unión Europea: el Papel de Rusia", *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 4, n.º 2, 2018, p. 67.

⁴ Como o século XX demonstrou e a realidade actual redobradamente prova, a logística militar é um dos vectores em que a energia (*id est*, as tecnologias energéticas modernas, que dependem de combustíveis ou de electricidade para o seu funcionamento) inegavelmente assume especial preponderância - assim, LUCAS KERR DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 19.

⁵ As palavras que tomamos por empréstimo são de Lucas Kerr de Oliveira, *op. cit.*, p. 19-20. "*Poder assegurar uma capacidade de autoabastecimento e independência energéticas*", escreve consonantemente NURIA G. RABANAL, "*é assegurar um crescimento estável*", cf. *A. e op. cit.*, p. 67.

⁶ Neste sentido, GONZALO ESCRIBANO, *Geopolítica de la Seguridad Energética: Concepto, Escenarios e Implicaciones para España y la UE*, Madrid, 2007, p. 17.

⁷ Ditados por aqueles (os mais ricos) que não raras vezes comprometem a industrialização e o desenvolvimento dos mais pobres, inclusivamente daqueles que até detêm excedente de energia para exportar, mas que, fruto das políticas assumidas pelos primeiros, a transaccionam a preços deveras reduzidos - assim se mantendo, ou agravadamente se ampliando, as desigualdades existentes, cf. LUCAS KERR DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 64 e ss.

⁸ Problema semelhante se põe em relação a Portugal, que, segundo dados recentemente divulgados, tem a quarta maior taxa de população que não consegue aquecer a casa,

<https://www.publico.pt/2023/09/11/economia/noticia/ue-portugal-quarta-maior-taxa-populacao-naoconsegue-aquecer-casa-2062968> Falandu, a propósito, na protecção do consumidor vulnerável em situação de pobreza energética como um dos vectores que tem por base a solidariedade de toda a comunidade, JOÃO LOUREIRO, “Cidadania, Protecção Social e Pobreza Humana”, Coimbra, *BFDUC*, Vol. 90, n.º 1, 2014, p. 110-111.

⁹ LUCAS KERR DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 64 e ss. Nesta exacta conformidade, referindo que a História está repleta de exemplos que demonstram o valor estratégico da energia como motor interno e alicerce das relações internacionais a nível global, cf. NURIA G. RABANAL, *ibidem*.

¹⁰ Cf. ANATOLE BOUTE, “The principle of Solidarity and the Geopolitics of Energy: Poland v. Commission (OPAL pipeline)”, *Common Market Law Review*, Vol. 57, Kluwer Law International, 2020, p. 1004.

¹¹ Os recursos em combustíveis fósseis são parcos, sendo, por conseguinte, a dependência para com eles elevadíssima – ao ponto e limite de as estimativas preconizadas para o cenário económico em 2050 (insistimos: 2050) anteciparem os maiores níveis de dependência energética; passando-se pela circunstância de a sua capacidade de auto-suficiência em fontes de energia convencionais (e a UE é a terceira consumidora mundial de energia final) ser francamente reduzida, nesta exacta medida a redundar numa elevada dependência energética das importações, e a acabar, mas sempre entre o mais, nos não desprezíveis custos inerentes à procura e ao estabelecimento de alternativas às referidas energias convencionais (petróleo, gás e carvão) como adicional forma de alcançar altos níveis de poupança e de eficiência energéticos – assim, GONZALO ESCRIBANO, *op. cit.*, p. 2, e NURIA G. RABANAL, *op. cit.*, p. 68-69.

¹² 15% dos Estados-Membros produzem pelo menos metade da sua energia a partir de um tipo de combustível e mais de cinco dependem de uma única fonte para mais de 40% da sua energia, fontes essas que são diferentes. Ilustrativamente, toda a energia de Malta e do Chipre é produzida a partir do petróleo; a maior parte da energia na República Checa, na Estónia, na Grécia e na Polónia é produzida através do carvão, sendo que na Lituânia e no Luxemburgo é produzida a partir de gás, ao passo que a maioria da energia produzida em França e na Eslováquia é nuclear, ascendendo a 47% na Bélgica, 48% na Bulgária e 45% na Alemanha a energia proveniente do carvão e, finalmente, em que 49% da energia dos Países Baixos é gás e 42% da energia sueca é hídrica – cf. KATHLEEN M. CUSACK, “A Sparking Debate in Europe: Looking to the Future of the Internal Energy Market of the EU”, *North Carolina Journal of International Law*, Vol. 42, n.º 3, 2017, p. 858-859; também em linha com o descrito, DAVID BUCHAN, “Europe’s Energy Security - Caught between Short-term Needs and Long-term Goals”, *The Institute for Energy Studies*, 2014, pp. 5-6.

¹³ A este respeito, e em pragmáticos moldes, v. também LUÍS GIL, *Política Energética no Contexto da União Europeia*, DGEG, Lisboa, 2021.

¹⁴ De que as crises de refugiados ou do euro, bem como as dos movimentos separatistas ou o *Brexit* são exemplo, cf. PETER HILPOLD, “Understanding Solidarity within EU Law: An Analysis of the “Islands of Solidarity” with Particular Regard to Monetary Union”, *Yearbook of European Law*,

2015, p. 1 e 18 e ss.; cf., também, BENGT BEUTLER, “Solidarity in the EU: a critique of solidarity and of the EU”, *Solidarity in the European Union - A Fundamental Value in Crisis*, Andreas GRIMMEL/Susanne MY GIANG, Hamburg, 2017.

¹⁵ Como observa, entre tantos, ANNE JOPPE, “European Union Solidarity, Illustrated by the Covid-19 Crisis”, *Utrecht Law Review*, 17, 2021, p. 132-133. E são várias as referências feitas pelo legislador europeu à solidariedade, estando a mesma igualmente listada no preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da UE como um dos “valores indivisíveis e universais” em que se funda a União.

¹⁶ Sustentando que a sua evocação não basta para tornar o conceito dotado de significância, dando sugestões concretas tendentes à sua concretização, nomeadamente através do recurso a clarificações assentes em exemplos, v. ANDREAS GRIMMEL, “Solidarity in the European Union: Fundamental Value or ‘Empty Signifier’ ” in *Solidarity ...*, cit., p. 172.

¹⁷ É a perspectiva, também, de ANNE JOPPE, *ibidem*, ou de IZABELA WRÓBEL, *The Principle of Solidarity among Member States in European Union Law. Twilight or Renaissance*, Przegląd Zachodni, 2020, p. 244. Não negando esta realidade, que comunga, e depois de mostrar que a ideia de solidariedade com valor jurídico pode ser rastreada para lá de mais de dois séculos, sendo um termo associado à noção de *fraternité* do tempo da Revolução Francesa, Malcom Ross remata afirmando, com o que tudo elucida, que “a solidariedade é, portanto, um conceito com pernas - embora ainda não se saiba se corre, tropeça ou cai”, cf. A. cit., “Solidarity – A New Constitutional Paradigm for the EU?”, *Promoting Solidarity in the European Union*, Malcom ROSS/Yuri Borgmann-Prebil, Oxford University Press, 2010 pp. 24 e ss. e 45.

¹⁸ Acompanhando a feliz síntese de Esin Küçük, dir-se-á que a solidariedade não é um aspecto controverso só no discurso político: vindo a adquirir um lugar progressivamente proeminente no sistema constitucional da ordem legal europeia, a sua relevância como conceito legal permanece uma questão ainda em aberto – há quem a encare como um princípio legal e lhe atribua um efeito normativo, outros são bastante cépticos sobre as suas implicações legais, controversia que será o resultado, em alguma medida, dos seus distintos usos em diferentes contextos, cf. A. cit., “Solidarity in EU law: an elusive political statement or a legal principle with substance?” in *Solidarity ...*, cit., p. 39.

¹⁹ A solidariedade é igualmente reconhecida em relação à política externa e de segurança, assim como em matéria de asilo, de imigração e de controlo das fronteiras externas, respondendo, do mesmo modo, a ataques terroristas e a desastres naturais ou de mão humana, cf., respectivamente, os arts. 24.º, n.ºs 2 e 3 do TUE e 67.º, 80.º e 222.º do TFUE.

²⁰ V. Esin Küçük, *op. cit.*, p. 40.

²¹ Sobre os vários significados que a solidariedade pode assumir, v., entre nós, CASALTANABAIS, “Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania”, Coimbra, *BFDUC*, 75, 1999, p. 147 e ss. e PETER HILPOLD, *op. cit.*, p. 5-9. Para ERHARDT DENNINGER, a solidariedade pode ser definida como a crescente capacidade de ver que diferenças tradicionais (entre países de origem, religiões, raças e costumes) são insignificantes em comparação com as semelhanças relacionadas a

nossas experiências de dor e de humilhação – é a capacidade de contar pessoas que são profundamente diferentes de nós como um de 'nós' ("Segurança, Diversidade e Solidariedade ao Invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 88, 2003, p. 36). No mesmo sentido, com reporte à década de 80, MANUEL AVELINO QUINTAS, *Principios y Niveles de la Solidaridad Comunitaria, Prudentia Iuris*, 14, 1984, em especial a sua p. 42. Também v.g., cf. PEDRO G. FERREYRA, "Rectitud, Responsabilidad, Solidaridad", *Derecho PUCP*, 19, 1960, p. 154 e ss. Para PAOLA CHIARELLA, ela designa um vínculo de ajuda mútua entre pessoas, baseando-se no reconhecimento do outro, na consideração das suas não negligenciáveis necessidades, e visa concretizar o ideal de uma sociedade inclusiva, coenvolvendo a energia como um dos aspectos mais importantes da não exaustiva lista de serviços quotidianos básicos para a existência humana, cf. A. cit., "Social Rights and Europe: A Fragmented Solidarity", *Rechtstheorie*, vol. 48, n.º 2, 2017, p. 161 e 171. V., igualmente noutras dimensões e sempre a título ilustrativo, FLORIS WITTE, "Transnational Solidarity and the Mediation of Conflicts of Justice in Europe", *European Law Journal*, vol. 18, n.º 5, 2012, p. 696 e ss. e ELIANEFONTANA, "The Beginning of the Solidarity in a Value Perspective of the Fundamental Rights: Some Pressupposed", *Revista Justiça do Direito*, 21, 2007, p. 112 e ss. Sobre os contributos de Durkheim na denominada sociologia jurídica, figura incontornável quando se fala de solidariedade, v. ORLANDO VILLASBOASFILHO, "Emile Durkheim and the Sociological Analysis of Law: The Actuality and the Limits of a Classic", *Revista Eletronica Direito e Sociedade (REDES)*, vol. 5, n.º 2, 2017, p. 229 e ss.

²² MALCOM ROSS, *ibidem*, que, devido a estas características centrais e comuns do princípio, atribui à solidariedade um valor transnacional europeu, alinhando MARKUS KOTZUR pelo mesmo diapasão: economias mais fortes suportam as mais fracas em ordem a permitir que elas integrem o mercado comum, que, em troca, beneficiam com as primeiras de várias maneiras, todos assim se comprometendo e todos, por conseguinte, beneficiando, cf. A. cit., "Solidarity as a Legal Concept" in *Solidarity ...*, cit. Realçando também a natureza da reciprocidade como traço marcante da solidariedade, PETER HILPOLD, *op. cit.*, p. 3, 7 e 18 e ss.

²³ Ou, por diferentes palavras e ao abrigo da proposta formulada por NATALY C. MACHADO (*O princípio da solidariedade no Pacto Ecológico Europeu: implicações na integração europeia*, Universidade do Minho, 2022, p. 33) no comportamento que, pela acção colectiva, espera a mesma resposta futura em troca dos custos e riscos assumidos entre os Estados Membros que escolheram pertencer a uma comunidade baseada em princípios democráticos aquando das suas adesões ao projecto europeu. Falta referir que este é tópico igualmente sufragado por ESIN KÜÇÜK (*op. cit.*, p. 40), para quem a solidariedade (apesar das suas diferentes dimensões terem encontrado expressões, através do enquadramento legislativo gizado, como uma obrigação normativa) é um instrumento para a criação do bem comum, do qual todos os contribuidores beneficiam – se não imediatamente, então num distante futuro, o que – conclui – contribuirá para atenuar o carácter amorfo e equívoco de que dito princípio se reveste.

²⁴ O estudo de JOÃO MOTA DECAMPOS regista este por si qualificado indeclinável dever de agir no interesse comum, impondo aos Estados a obrigação de nada empreender que seja contrário a esse interesse, mas antes dar, em todas as circunstâncias, as necessárias cooperação e assistência para que tal interesse comum seja realizado - cf. A. cit., "Direito Comunitário", *I Vol.: O Direito Institucional*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 517.

²⁵ V. ANNE JOPPE, *op. cit.*, p. 134, e ESIN KÜÇÜK, *op. cit.*, p. 56.

²⁶ Dois exemplos: o caso *Rottmann* (C-135/08), relativo a matéria de nacionalidade e em que a solidariedade é conjugada com a boa fé e a reciprocidade, e o caso da República Eslovaca vs. Hungria (proc. n.º 643/15 e C-647/15), em que o Advogado-Geral defende a solidariedade como a quinta essência da razão de ser, e propósito, do projecto europeu, cf., respectivamente, *Idem, ibidem*, e NURIA G. RABANAL, *op. cit.*, p. 22. Para um périplo jurisprudencial transversal v., com subido interesse, ESIN KÜÇÜK, *op. cit.*, p. 54-60, e NATALY MACHADO, p. 31 e ss.

²⁷ Comprovando o que antecede, assim referindo que as cautelas crescentes em empregar a solidariedade como instrumento legal são visíveis nos casos em que é possível enfrentar a matéria através de uma argumentação convencional ou técnica, cf. ANATOLE BOUTE, *op. cit.*, p. 966 e 981. Concordantemente, ANNE JOPPE, para quem o caso *Pringle*, relativo ao Mecanismo de Estabilidade Europeu, constitui prova viva desta constatação, cf. *ibidem*, sendo que também na óptica de MARKUS TOBIAS KOTZUR/KIRSTEN SCHMALENBACH (“Solidarity among Nations, *Archiv des Volkerrechts*”, 52, N.º 1, Special Focus of this Issue: Transnational Solidarity – An Interdisciplinary Approach, 2014, p. 89), a relutância da jurisprudência em responder a questões directamente relacionadas com a solidariedade e em moldar o seu conteúdo poderá dever-se ao facto de a solidariedade ser perpassada por conotações políticas ou de significar diferentes realidades para diferentes pessoas e governos.

²⁸ Os pontos são frisados por ANNE JOPPE, *op. cit.*, p. 135, ESIN KÜÇÜK, *op. cit.*, p. 39-40, e PETER HILPOLD, *op. cit.*, p. 22.

²⁹ Tenha-se, pois, presente que a solidariedade, apesar de omnipresente, não é necessariamente prevalecente em todos os domínios de influência da UE.

³⁰ Cf., novamente em tradução livre, ANDREAS GRIMMEL, *op. cit.*, p. 171-172.

³¹ JOÃO MOTA DE CAMPOS, *op. cit.*, p. 778-780.

³² Cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT>

³³ V. SAMI ANDOURA, *Energy Solidarity in Europe: from Independence to Interdependence Project “A Test for European Solidarity”*, Notre Europe- Jacques Delors Institute, 2013, p. 22.

³⁴ Para o estudo da história da Europa, v. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 36 e ss., em especial p. 105 e ss.

³⁵ Partilhando este ponto de vista, MARIE LAMOUREUX, *La Politique de L’Énergie: L’Esprit de Solidarité a-t-il été Incarné?, Solidarité et Droit de l’Union Européenne: un Principe à l’Épreuve*, Estelle, Brosset et. al., Dice Éditions, 2021, p. 112.

³⁶ E em que avultam, por exemplo, refere SAMI ANDOURA, diferentes abordagens que encaram a solidariedade energética como um vínculo de caridade ou um conjunto de transferências financeiras dos “ricos” para os “pobres” – cf. A. cit., “Energy solidarity: cohesive force or structural weakness?”, College of Europe, 2014 e, desenvolvidamente, “Energy Solidarity in Europe ...”, cit., p. 24 e ss.

³⁷ V. ESTELLE BROSSET, “Sur les Traces du Principe de Solidarité en Droit de l’Union Européenne de L’Environnement”, *Solidarité...*, *cit.*, p. 101; também perfilhando esta visão, MICHELE KNODT/ANNETEWES, “European Solidarity and Its Limits: Insights from Current Political Challenges”, *Solidarity...*, *cit.*, p. 55.

³⁸ Naturalmente desde que essa decisão esteja em conformidade com os *standards* energéticos europeus.

³⁹ Tenha-se presente, com KATHLEEN CUSACK (*op. cit.*, p. 858-859), que os Estados-Membros não só aplicam as directrizes energéticas à sua maneira, como ao seu próprio ritmo, sendo, pois, livres de determinar a forma de as cumprir e de determinar que tipos de energia vão produzir, cf., também, DAVID BUCHAN, *op. cit.*, p. 5-6.

⁴⁰ Quais sejam a primazia da soberania nacional sobre uma abordagem colectiva, a diversidade nacional de culturas e de perfis energéticos, as disparidades na distribuição de recursos dentro da UE, a preferência pela cooperação internacional fora das estruturas da UE em questões de segurança do abastecimento e a falta de uma abordagem colectiva no âmbito da política externa e de segurança comum, cf. SAMI ANDOURA, “Energy Solidarity in Europe ...”, *cit.*, p. 23..

⁴¹ Cf. Anatole Boute, *op. cit.*, p. 1003, SAMI ANDOURA, “La solidarité énergétique en Europe ...”, *cit.*, p. 34, e Kim Talus, *op. cit.*, p. 1, Autor que dá nota que, ao que parece, a Polónia, os Países Bálticos e alguns outros países da Europa Central e Oriental terão então ameaçado usar os seus direitos de veto se a referência à solidariedade energética no artigo 194.º do TFUE não tivesse lugar.

⁴² Desta forma, servindo de contrapeso num sector em que as diferenças e os interesses nacionais tendem a ser expressos de forma muito forte, defende MARIE LAMOUREUX, *op. cit.*, p. 112. Segundo a pena de KRZYSZTOFTOMASZEWSKI, os Estados-Membros têm diferentes visões do futuro e da importância do sector da energia nas suas economias domésticas, possuindo as suas próprias estratégias de política energética e em linha com os objectivos da UE, mas cuja implementação depende das condições nacionais. Este dado, aliado à dificuldade de definir uma *comunidade de interesses-interesse comunitário*, implica, na perspectiva do Autor, que os Estados-Membros sejam, na prática, guiados primariamente por interesses nacionais, cf. A. *cit.*, “Energy solidarity in the European Union in the context of the particular interests of the Member States”, *Polityka Energetyka – Energy Policy Journal*, Vol. 21-2, 2018, p. 9.

⁴³ Observando isto mesmo, MARIE LAMOUREUX, *op. cit.*, p. 113, e MAX MÜNCHMEYER, “Supercharging Energy Solidarity? The Advocate General’s Opinion in Case C-848/19 P Germany v Poland”, 2021.

⁴⁴ Diz-nos a doutrina espanhola que o óculo pelo qual se procura definir o conceito de segurança energética é muito vago e pouco operativo (“disponibilidade de uma rede adequada de energia a preços acessíveis” será a mais comum), sendo amiúde identificado com a dependência, que, por seu turno, tende a privilegiar uma visão de curto prazo em detrimento de uma a longo prazo, baseada na redução da vulnerabilidade e no aumento das interconexões das redes energéticas, cf. GONZALO ESCRIBANO, “Geopolítica..”, *cit.*, p.1-2, Autor que assinala a este respeito que a literatura tende a

identificar a segurança no fornecimento como a principal dimensão da segurança energética, à qual se tende atribuir um significado basicamente geopolítico.

⁴⁵ A este respeito, e com detalhe, NATALY C. MACHADO, *op. cit.*, p. 30 e ss.

⁴⁶ Criada não com o intuito de constituir uma nova organização supranacional ou de substituir o actual sistema energético europeu, mas visando, ao invés, que os Estados possuam um entendimento comum sobre as alterações sofridas no cenário energético internacional e as medidas a adoptar para garantir um melhor acesso aos recursos energéticos, inserindo a temática nas discussões políticas, cf. MATILDE DE SOUZA, LEANDRO GOMES FERREIRA, “A formação do complexo regional de segurança energética pela Energiewende na União Europeia”, *Meridiano 47 – Journal of Global Studies*, 2020, p. 10. Para uma compreensão geral deste projecto, pode consultar-se Luís Gil, *op. cit.*, bem como <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/energy-union> e <https://www.dgeg.gov.pt/pt/areastransversais/relacoes-internacionais/uniao-europeia/uniao-da-energia>

⁴⁷ O mercado interno europeu do gás e da electricidade é o principal veículo para a segurança do abastecimento e a solidariedade energética na Europa, escreve SAMI ANDOURA, “Energy Solidarity in Europe ...”, *cit.*, p. 40.

⁴⁸ Sobre as directivas precedendo este diploma, por conseguinte versando sobre a abertura do mercado do gás e sua organização europeia, v. PIERALBERTO MENGOLZI, “Common Rules for the Internal Market in Natural Gas and the Principle of Energy Solidarity”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n. 1, 2022, p. 405-406 e, bem assim, MICHELE KNODT *et al.*, *op. cit.*, p. 55 e ss.

⁴⁹ V. o sobredito Regulamento, em especial os seus considerandos 40-45, e, na doutrina, MARIE LAMOUREUX, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁰ Cf. MARIE LAMOUREUX, *ibidem*, que, à semelhança de KRZYSZTOF TOMASZEWSKI (*op. cit.*, p. 7), dá conta da relação próxima entre o aprovisionamento energético e a solidariedade mobilizada pelo distinto artigo 122.º do TFUE, gizado, este último, para que a UE possa adoptar mecanismos de solidariedade quando um Estado-Membro enfrenta graves dificuldades no fornecimento de determinados produtos energéticos em situações de emergência, previsão que, na esteira de MARKUS TOBIAS KOTZUR *et al.* (*op. cit.*, p. 48), liberta uma intenção supranacional de uma cláusula de solidariedade que vai para além das meras obrigações intergovernamentais.

⁵¹ Continuamos a acompanhar de perto MARIE LAMOUREUX, *op. cit.*, p. 116; no mesmo sentido, v. Sami Andoura, “Energy Solidarity in Europe ...”, *cit.*, p. 39.

⁵² ANATOLE BOUTE, *op. cit.* Que as decisões unilaterais tomadas neste domínio afectam os Estados-Membros é *dado adquirido* para a União Europeia, que experienciou já o que pode acontecer quando os sistemas de energia deixam de funcionar adequadamente seja porque razão for, como sucedeu, por exemplo, com o corte de energia em Malta, em Agosto de 2015, motivado por uma interrupção de energia ocorrida na Sicília, em Itália, ou na Alemanha em Novembro de 2006 e que se repercutiu na Áustria, Bélgica, França, Eslovénia e Espanha, com inúmeros apagões e centenas de comboios atrasados ou cancelados – cf. KATHLEEN CUSACK, *op. cit.*, p. 879.

⁵³ Como nos diz, aliás, PIERALBERTO MENGOZZI, *Common ...*, cit., p. 405. Trata-se de um Acórdão que julgou que a base jurídica na base de adopção de um regulamento atinente com infraestruturas energéticas deveria ter tido por base a norma constante do número 2 do artigo 194.º do TFUE, aspecto sobre o qual, entre outros, discorre nos parágrafos 64 a 67.

⁵⁴ Pensamos aqui, a título meramente ilustrativo, nos casos C-65/97, de 25.02.1999 (*Comissão vs. Cascina Laura Sas di arch. Aldo Delbó e C.*), C-156/97, de 23.11.1999 (*Comissão vs. Van Balkom Non-Ferro Scheiding BV*), C-59/99, de 13.11.2001 (*Comissão vs. Manuel Pereira Roldão & Filhos, Ld.ª e Outro*), C-490/10, de 06.09.2012 (*Parlamento Europeu vs. Conselho da União Europeia*), C-226/16, de 20.12.2017 (*Uprigaz*) v. *Premier ministre, Ministre de l'Environnement, de l'Énergie et de la Mer, interveners: Storengy, Total Infrastructures Gaz France (TIGF)* e C-523/18, de 19.12.2019 (*Engie Cartagena SL contra Ministerio para la Transición Ecológica*).

⁵⁵ Falamos, também por exemplo, do parágrafo 68 do Acórdão do TJUE proferido em 28.11.2006 no âmbito do processo n.º C-413/04, então movido pelo Parlamento Europeu contra o Conselho da União Europeia atinente com o âmbito do mercado interno da electricidade. Cf., do mesmo modo, as conclusões dos Advogados-Gerais lavradas nos processos C-395/22 e C-428/22 em 19.10.2023, bem como no caso C-580/21, de 17.11.2022 (*EEW Energy from Waste Großräschen GmbH vs. MNG Mitteldeutsche Netzgesellschaft Strom GmbH*), em que a solidariedade energética foi invocada *en passant*. No recente caso T-616/18, de 02.02.2022 e apreciado pelo Tribunal Geral (*Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. vs. Comissão Europeia*), uma oportunidade para se esmiúçar o princípio não ocorreu por incumprimento do ónus probatório a cargo da recorrente, apontou-se.

⁵⁶ O princípio da solidariedade energética tem desde então continuado a ser invocado, como o provam os processos n.ºs T-704/19 (*Földgázaszállító Zártkörűen Működő Részvénytársaság vs. Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia*) e C-675/22 República da Polónia/Conselho da União Europeia).

⁵⁷ Como referem MARKUS TOBIAS KOTZUR *et al.* em discurso directo, a solidariedade entre nações é um princípio frequentemente invocado, mas raramente aplicado, que parece esquivar-se a uma clara definição, o que não é propriamente uma surpresa, atenta a forte tensão entre soberania e solidariedade: a soberania conduz o desejo dos Estados a manter o controlo numa determinada área e a agir não constrangido pelas preocupações de terceiros; a solidariedade, em contraste, promove a necessidade de se trabalhar em colaboração, de molde a lidar com assuntos complexos que são uma preocupação comum, cf. AA. e *op. cit.*, p. 89.

⁵⁸ Cf. ESIN KÜÇÜK, *op. cit.*, p. 47, e KATYA YAFIMAVA, “The OPAL Exemption Decision: a comment on the Advocate General’s Opinion on its annulment and its implications for the Court of Justice judgement and OPAL regulatory treatment”, *Energy Insight* 87, 2021, p. 6.

⁵⁹ E, mais especificamente, à possibilidade de derrogação ao direito de acesso de terceiros às redes de transporte que está previsto, sob certas condições, na directiva relativa ao mercado interno do gás natural para novas infraestruturas de gás, isenção que pode ser decidida pela autoridade reguladora nacional sob o controlo da Comissão Europeia e que teve lugar, neste caso, relativamente a um gasoduto transfronteiriço que liga a Alemanha à República Checa (o gasoduto OPAL).

⁶⁰ Em termos sintéticos, versa o mesmo sobre uma decisão da Comissão que a Polónia impugnou, em virtude de considerar que a mesma redundava na ameaça à segurança do abastecimento de gás no seu território (e, de um modo mais geral, na Europa Central), que estribou em diversas razões técnicas, argumentando, em seu abono e concretamente, que dita decisão fora tomada em violação do princípio da solidariedade energética estabelecido no artigo 194.º do TFUE, que obriga tanto os Estados-Membros como as instituições da União a implementarem uma política energética da União num espírito de solidariedade: em particular, as medidas tomadas pelas instituições da União que comprometam a segurança energética de certas regiões ou de certos Estados-Membros, incluindo a segurança do aprovisionamento de gás, seriam contrárias a este princípio, arguiu. Com sucesso: o Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 10 de Setembro de 2019 - Polónia/Comissão (processo n.º T-883/16) - julgou-o procedente e este, na sequência do recurso interposto pela República Federal da Alemanha contra ele deduzido, foi mantido pelo Acórdão proferido pelo TJUE em 15 de Julho de 2021 – v. MARIE LAMOUREUX, *op. cit.*, p. 116-118, e, em pormenor, ANATOLE BOUTE, “The principle...”, *cit.*, p. 819-914, e MATEUSZ RÝS, “The Principle of Energy Solidarity Clarified: a Certain Way to Uncertainty”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 71, p. 152-156.

⁶¹ Como nota ANATOLE BOUTE, *op. cit.*, p. 889.

⁶² ANATOLE BOUTE, *op. cit.*, p. 996.

⁶³ MARGARITA ASSENOVA, “What Next for Nord Stream Two? The Legal Battle in Europe Begins”, *Eurasia Daily Monitor*, 2021. Sobre as consequências práticas desta decisão v., *v.g.*, ALAN RILEY, “The ‘Principle of Solidarity’: OPAL, Nord Stream, and the shadow over Gazprom”, *EnergySource*, 2019, e DANIEL STEIN, “Impact of the European Court of Justice’s Opal decisions”, *EnergySource*, 2019.

⁶⁴ De acordo com a Opinião, lavrada em 18.02.2021, do Advogado-Geral Campos Sánchez-Bordona, é irrelevante se é chamado de “princípio” ou de “espírito” de solidariedade. Também para MATEUSZ RÝS (*op. cit.*, p. 158) esta coincidência consubstancia a abordagem correcta, uma vez que – justifica – separar a natureza da solidariedade em função da redação do TFUE sobreleva a semântica em detrimento da lógica.

⁶⁵ Erigida em precedente na área da imigração, do asilo e do controlo de fronteiras (estabelecido no artigo 80.º do TFUE) pelo TJUE no acórdão que nos serve de bússola (cf. o seu parágrafo 40) como suficiente para contrariar o argumento da Alemanha de que a natureza abstracta da solidariedade não permite a sua aplicabilidade directa como princípio do direito primário da UE.

⁶⁶ Acentuando que a argumentação ensaiada neste sentido pela Alemanha deriva da já referida ideia do papel limitado da legislação primária na sua aplicação prática, cf. MYKOLA IAKOVENKO, “Case C-848/19 P: Germany v Poland and its outcomes for EU energy sector: an extended case note on the European Court of Justice judgment in the OPAL case”, *Journal of World Energy Law and Business*, 2021, 14, p. 440.

⁶⁷ Cf. os considerandos constantes dos parágrafos 38 a 45 do aresto em pauta.

⁶⁸ Apesar de conter um certo grau de abstracção, que poderá dificultar a sua aplicação, ele tem densidade suficiente para poder criar efeitos legais e poder servir de critério decisório judicial, defendeu então o Advogado-Geral na Opinião que lavrou (parág. 111), cujos considerandos por si tecidos foram acolhidos: o princípio da solidariedade energética produz efeitos legais, auxiliando na interpretação das normas de direito secundário adoptadas para implementar os poderes da UE em matérias de energia, servindo de critério interpretativo e preenchendo lacunas identificadas nessas previsões e de parâmetro de fiscalização jurisdicional. Segundo MAX MÜNCHMEYER (*Worth the Wait? Energy Solidarity before the Court of Justice in Case C-848/19 P – Germany v Poland*, Florence School of Regulation, 2021 e como já então frisara in *Box-Ticking or Pandora's Box? The Future of Energy Solidarity Following the Advocate General's Opinion in Case C-848/19 P Germany v Poland*, Florence School of Regulation, 2021), seria útil que se aprofundasse este raciocínio, que, na sua óptica, implica estar-se perante a presunção de que a solidariedade aludida nos Tratados é detentora de efeitos jurídicos potenciais, só assim não sucedendo quando ela é expressamente qualificada como “solidariedade política”.

⁶⁹ Como nota ANATOLE BOUTE, *op. cit.*, p. 889.

⁷⁰ Neste sentido, v. Mateusz Rýs, *ibidem*. Sobre o princípio aludido, v. o que aventará *infra*.

⁷¹ Cf. o Acórdão de 8 de outubro de 2020 prolatado no processo C-514/19 (*Union des industries de la protection des plantes*) mencionado no parágrafo 41 do aresto em análise, que assim reconheceu as dimensões horizontal e vertical do princípio da solidariedade energética sublinhado na decisão do Tribunal Geral.

⁷² MAX MÜNCHMEYER, “Worth the Wait? ...”, *cit.*, sublinha que fica em aberto saber-se como é que a solidariedade energética se manifestará nestes outros aspectos da política energética e, particularmente, como seria uma avaliação da solidariedade se houvesse trade-offs entre estes objectivos.

⁷³ Estando-se efectivamente perante dois distintos preceitos gizados para regular situações diferentes e com objectivos diferentes, cf. MATEUSZ RÝS, *op. cit.*, p. 161. Sobre este mecanismo, desenvolvidamente, MARKUS TOBIAS KOTZUR *et al.*, *op. cit.*, p. 75-80.

⁷⁴ Cfr. o parágrafo 69 do Acórdão em análise.

⁷⁵ MATEUSZ RÝS, *op. cit.*, p. 161.

⁷⁶ Chamando a atenção para o facto de o julgamento do TJUE ter prestado outro importante esclarecimento ao afirmar que as medidas de segurança do abastecimento - as medidas de prevenção e as medidas emergenciais, unificadas pela ideia de combater as limitações do mercado que colocam em risco a segurança dos consumidores - podem ter pelo menos duas dimensões diferentes em termos do prazo necessário para a sua implementação, o que pode permitir uma estruturação mais clara para a compreensão da noção de segurança do aprovisionamento, conhecida por ser extremamente ampla e ambígua, cf. MYKOLA IAKOVENKO, *op. cit.*, p. 442.

⁷⁷ Criticando o facto de se prever a avaliação de uma esfera extremamente ambígua – a segurança do abastecimento – onde nenhum critério claro e mensurável pode ser apontado a longo prazo,

permanecendo os aspectos materiais da avaliação do impacto de tais decisões sobre os sectores energéticos nacionais de outros Estados-Membros bastante confusos, o que redundaria numa maior ambiguidade na compreensão da aplicação do princípio da solidariedade no futuro, cf. Mykola Iakovenko, *op. cit.*, p. 443. Em sentido convergente, KATJA YAFIMAVA, *op. cit.*, p. 3-6. Do mesmo modo, assinalando que o TJUE não determinou como é que interesses energéticos em conflito têm que ser sopesados ao abrigo do princípio da solidariedade energética, *e.g.*, se é necessário fazer reentrar a proporcionalidade para as decisões que impactam nos interesses dos outros ANATOLE BOUTE, *op. cit.*, p. 998. A propósito, sobre o princípio da proporcionalidade no direito comunitário, v., entre nós, DULCE LOPES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma Perspectiva de Controlo)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003.

⁷⁸ Uma clara obrigação de solidariedade decorre deste princípio, que constringe, portanto, o poder regulador da UE e seus Estados-Membros, assim se pondo igualmente termo à ideia de que o mesmo só teria um papel de mero guia - assim, ANATOLE BOUTE, *op. cit.*, p. 996.

⁷⁹ Realçando que a interdependência justifica não só a exigência de solidariedade, mas também um certo grau de tolerância por parte dos Estados-Membros que são afectados, ANATOLE BOUTE, *op. cit.*, p. 1005.

⁸⁰ Cf. KIM TALUS, “The Interpretation of the Principle of Energy Solidarity – A Critical Comment on The Opinion of the Advocate General in *Opal*”, The Oxford Institute for Energy Studies, 2021. Com este aresto fica, portanto, claro que as decisões que, no sector da energia, impactarem nos interesses de segurança energética nacionais ou europeus podem ser anuladas se não demonstrarem claramente como é que os conflitos de interesses foram tomados em linha de conta e em que medida no procedimento decisório (ANATOLE BOUTE, *op. cit.*, p. 1001), pelo que aos Estados-Membros não será mais possível desenvolver infraestruturas energéticas ignorando os interesses vitais de outros Estados-Membros, reflecte ALAN RILEY, *op. cit.* Receando as consequências de uma interpretação lata do alcance do princípio, interpretação que refere pôr em cheque os direitos dos Estados-Membros de determinarem o seu próprio cabaz energético, como no art. 194.º, n.º 2, do TFUE, se assegura, caso os seus próprios interesses entrem em conflito com os dos outros Estados-Membros e da União Europeia no seu conjunto, v. ANNE-MARIE KEHOE (*The EU Clean Energy Package*, *European University Institute*, Athir Nouicer/Jana Nysten/DÖrte Fouquet/ Leigh Hancher/Leonard Meeus, Florence School of Regulation, 2020, p. 24).

⁸¹ Admitir o inverso – políticas energéticas sem impacto negativo sobre os interesses particulares de cada Estado - minaria o exercício, pela UE e pelos Estados-Membros, dos seus poderes regulatórios no sector da energia e comprometeria a soberania energética nacional, sustenta ANATOLE BOUTE, *op. cit.*, p. 1005.

⁸² Desenhado inicialmente para assegurar o compromisso entre os Estados-Membros em assegurar as obrigações emergentes dos Tratados e facilitar a aquisição das tarefas da EU, cf. ESIN KÜÇÜK, *op. cit.*, p. 48. No mesmo sentido, PANOS KOUTRAKOS, “Institutional Balance and Sincere Cooperation in Treaty Making under EU Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, n.º 1, 2019, p. 6.

⁸³ Prestando as informações que forem requeridas, transpondo as directivas emanadas, abstendo-se de impedir a sua concretização, auscultando a União sobre matérias “sensíveis”, ... Sobre este princípio na jurisprudência, ver o Acórdão do TJUE de 07.12.2023 (*Latvijas valsts meži*” AS vs Dabas aizsardzības pārvalde, *Vides pārraudzības valsts birojs*, parágrafos 81 a 83, com indicação de profusa jurisprudência a seu respeito), assim como os arestos proferidos nos processos C-265/95 (*Spanish Strawberries*) e C-112/00 (*Schmidberger*).

⁸⁴ MARKUS KLAMERT, “The Principle ...”, *cit.*, p. 49, e ANNE JOPPE, *op. cit.*, p. 135. Ao longo dos anos, o TJUE deixou claro que o dever de cooperação também se aplica às instituições da UE, cf. PANOS KOUTRAKOS, *ibidem*, que ilustra esta asserção com os acórdãos proferidos nos processos C-65/93 (Parlamento v. Conselho, parág. 23); 204/86 (Grécia v Conselho, parág. 16) e C-65/93 (Parlamento v. Conselho, parág. 23 e 27), sendo os casos 230/81 (*Luxemburgo vs. Parlamento Europeu*) e C-105/03 (*Pupino*) adicionais exemplos.

⁸⁵ ESIN KÜÇÜK, *ibidem*, e MALCOM ROSS, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁶ ANNE JOPPE, *op. cit.*, p. 136. Dando nota disto, MATEUSZ RYŚ, *op. cit.*, p. 158, e, relacionando este princípio com o princípio do equilíbrio institucional, PANOS KOUTRAKOS, *op. cit.*, pp. 6 e ss.

⁸⁷ MARKUS KLAMERT, “The Principle ...”, *cit.*, pp. 45 e ss. e “Loyalty and Solidarity in the Euro-Crisis in Zeitschrift für Öffentliches Recht (ZoR)”: Journal of Public Law, vol. 72, n.º 4, 2017, p. 701 e ss. Perfilhando o mesmo entendimento, v. ANATOLE BOUTE (*op. cit.*, p. 995), que nos diz que o princípio da s reforça outros princípios, como é o caso do princípio da cooperação sincera; NATALY MACHADO, *op. cit.*, p. 33 e ss.; MARKUS TOBIAS KOTZUR (*et al.*, *op. cit.*, p. 74), vincando que a lealdade deve ser claramente distinguida da solidariedade, mas que a lealdade sem o mínimo grau de solidariedade será teoricamente inconcebível e praticamente impossível. Também a Advogada-Geral Sharpston considera a solidariedade e a cooperação leal como duas vertentes distintas e importantes da ordem jurídica da UE, tal como descreve nas suas conclusões sobre os casos relativos à recolocação de requerentes de asilo - Cases C-715/17, 718/17 and C-719/17 *Commission v Poland, Hungary & Czech Republic*, conforme nos dá nota ANNE JOPPE, *op. cit.*, p. 136.

⁸⁸ V. especialmente o seu parágrafo 52. Em razão de se ter formulado esta expressa alusão, uma passagem – breve, é certo – pelo princípio em questão parece-nos que se justifica.

⁸⁹ KIM TALUS apresenta sérias reservas à definição desenhada pelo TJUE, ao ponto de afirmar que o acórdão tem o claro potencial de abrir uma caixa de Pandora em situações em que o princípio da solidariedade energética pode subitamente entrar em jogo e reclamar uma nova interpretação das regras e práticas existentes, exigindo-se uma sua maior concretização, conforme desde logo o princípio da segurança jurídica o ditará - cf. A. e *op. cit.*, p. 5.

⁹⁰ Esta podendo convergir com a solidariedade nos casos em que os Estados-Membros têm que cumprir com as suas obrigações emergentes da panóplia legislativa europeia, sobrelevando os interesses colectivos ainda que contra os seus interesses nacionais e assim mostrando solidariedade para com os outros Estados-Membros), cf. ESIN KÜÇÜK, *ibidem*.