

A — Evolução e actividade do Tribunal de Justiça em 2008

Pelo presidente Vassilios Skouris

A estrutura do Relatório Anual retoma a dos anos precedentes. A primeira parte apresenta de modo sintético as actividades do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ao longo do ano de 2008. Fornece, em primeiro lugar, uma ideia da evolução da instituição ao longo desse ano, colocando a tónica nas mudanças institucionais que se repercutiram no Tribunal de Justiça e nos desenvolvimentos relativos à sua organização interna e aos seus métodos de trabalho (secção 1). Contém, em segundo lugar, uma análise das estatísticas da evolução do volume de trabalho da instituição e da duração média dos processos (secção 2). Para terminar, apresenta, como todos os anos, os principais desenvolvimentos jurisprudenciais classificados por assunto (secção 3).

1. O facto mais marcante do ano de 2008, para o Tribunal de Justiça, foi a inauguração do seu novo Palácio, que consolida e alarga os edifícios existentes. De concepção arquitectónica inovadora, o novo Palácio foi realizado respeitando e dando continuidade à estrutura do Palácio original. O novo Palácio compreende o Antigo Palácio, reestruturado para abrigar as salas de audiência, o Anel, edifício de dois andares, assim denominado visto que, apesar da sua forma rectangular, envolve completamente o Palácio e acolhe os gabinetes dos membros do Tribunal de Justiça e dos seus colaboradores directos, duas Torres destinadas aos serviços de tradução e a Galeria, longa passagem luminosa que, como traço de união arquitectural, liga entre si não só os antigos e os novos edifícios, mas também as diferentes actividades da instituição.

Por ocasião da audiência solene de inauguração do novo Palácio, em 4 de Dezembro de 2008, na presença de Suas Altezas Reais o Grão-Duque e a Grã-Duquesa do Luxemburgo, discursaram, nomeadamente, Diana Wallis, vice-presidente do Parlamento Europeu, Rachida Dati, Garde des Sceaux, ministra da Justiça da República Francesa, José Manuel Barroso, presidente da Comissão Europeia, e Jean-Claude Juncker, primeiro-ministro do Grão-Ducado do Luxemburgo.

Ao nível dos textos que regem o funcionamento institucional, a modificação do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, em 8 de Julho de 2008, introduziu um título IV A, que contém disposições que se destinam a dar execução ao processo de reapreciação das decisões do Tribunal de Primeira Instância proferidas em sede de recurso de decisões das câmaras jurisdicionais, previsto no artigo 62.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. A inovação mais marcante destas novas disposições (artigos 123.º-A a 123.º-E) consiste na criação de uma secção especial encarregada de decidir, sob proposta do primeiro advogado-geral, se deve proceder-se à reapreciação de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância. Essa secção é composta pelo presidente do Tribunal de Justiça e pelos quatro presidentes das secções de cinco juízes.

2. As estatísticas judiciais do Tribunal de Justiça de 2008 revelam, por um lado, uma diminuição muito significativa da duração dos processos prejudiciais em relação aos anos precedentes e, por outro, uma tendência contínua para o aumento do volume do contencioso.

Assim, o Tribunal de Justiça deu por findos 495 processos em 2008 (número líquido, que leva em conta as apensações). Destes processos, 333 foram decididos por acórdão e 161 por despacho. O número de acórdãos e despachos proferidos é menos elevado do que no ano anterior (379 acórdãos e 172 despachos). Todavia, há que salientar que o número de processos prejudiciais dados por findos em 2008 (238 processos em número líquido, 301 processos em número bruto) é claramente mais elevado do que em 2007 (218 processos em número líquido, 235 processos em número bruto).

Foram submetidos à apreciação do Tribunal de Justiça 592 novos processos, valor que ultrapassa o número de 2007, que tinha sido o mais elevado na história do Tribunal ⁽¹⁾. O número de processos pendentes no final de 2008, porém, não aumentou significativamente (767 processos, número bruto) em relação ao passivo do final de 2007 (741 processos, número bruto).

Por outro lado, no que respeita à duração dos processos em 2008, a evolução foi considerável. Assim, no que respeita aos reenvios prejudiciais, a duração foi em média de 16,8 meses, ao passo que se situava em 19,3 meses em 2007 e em 19,8 meses em 2006. Uma análise comparativa demonstra que, relativamente a todo o período para o qual o Tribunal de Justiça dispõe de dados fiáveis, a duração média dos processos prejudiciais atingiu o seu nível mais baixo em 2008. Quanto às acções e recursos directos e aos recursos de decisões do Tribunal de Primeira Instância, a duração média foi, respectivamente, de 16,9 meses e de 18,4 meses (18,2 meses e 17,8 meses em 2007).

Para além das reformas dos seus métodos de trabalho lançadas nos últimos anos, a melhoria da eficácia da nossa instituição no tratamento dos processos explica-se igualmente pela utilização mais ampla dos diversos instrumentos processuais de que o Tribunal dispõe a fim de acelerar o tratamento de certos processos, designadamente a tramitação prejudicial urgente, o julgamento com prioridade, a tramitação acelerada, o processo simplificado e a possibilidade de decidir sem conclusões do advogado-geral.

Em 2008, a tramitação prejudicial urgente foi requerida em 6 processos, tendo a secção designada considerado que os requisitos exigidos pelo artigo 104.º-B do Regulamento de Processo estavam reunidos em 3 deles. As novas disposições relativas à tramitação prejudicial urgente proporcionaram ao Tribunal de Justiça a possibilidade de dar por findos esses processos em 2008 num prazo médio de 2,1 meses.

A tramitação acelerada foi requerida em 8 processos, mas os requisitos exigidos pelo Regulamento de Processo só estavam reunidos em 2 deles, que foram dados por findos num prazo médio de 4,5 meses. Segundo uma prática estabelecida em 2004, os pedidos de tramitação acelerada são deferidos ou indeferidos por despacho fundamentado do presidente do Tribunal de Justiça. Por outro lado, um processo foi julgado com prioridade.

Além disso, o Tribunal continuou a utilizar a tramitação simplificada prevista no artigo 104.º, n.º 3, do Regulamento de Processo para responder a certas questões colocadas a título

(¹) Com excepção dos 1 324 processos entrados em 1979. Este número, excepcionalmente elevado, explica-se pela apresentação de um enorme fluxo de recursos de anulação com o mesmo objecto.

prejudicial. Na verdade, com base nessa disposição, foram dados por findos no total 39 processos mediante despacho, o que representa o dobro em relação a 2007.

Por último, o Tribunal de Justiça usou frequentemente a possibilidade que lhe é dada pelo artigo 20.º do seu Estatuto de julgar sem conclusões do advogado-geral quando o processo não suscite questão de direito nova. Refira-se que, em 2008, cerca de 41% dos acórdãos foram proferidos sem conclusões (43% em 2007).

No que toca à distribuição dos processos entre as diferentes formações de julgamento do Tribunal de Justiça, assinala-se que a Grande Secção decidiu cerca de 14%, as secções de cinco juízes cerca de 58% e as secções de três juízes um pouco mais de 26% dos processos findos em 2008. Em relação ao ano precedente, verifica-se um ligeiro aumento da proporção de processos tratados pela Grande Secção (11% em 2007) e pelas secções de cinco juízes (55% em 2007) em detrimento dos processos decididos pelas secções de três juízes (33% em 2007).

Para informações mais detalhadas sobre os dados estatísticos do ano judicial de 2008, remete-se para o ponto C do presente capítulo.

Questões constitucionais ou institucionais

No que respeita aos princípios essenciais em torno dos quais se articula a construção comunitária, o princípio da igualdade esteve, mais uma vez, muito presente na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Salientam-se três acórdãos que analisam as implicações desse princípio em três domínios diferentes.

No processo *Feryn* (acórdão de 10 de Julho de 2008, C-54/07), colocava-se a questão de saber se o facto de uma entidade patronal declarar, publicamente, que não contratará trabalhadores assalariados de certa origem étnica ou racial constitui uma discriminação directa a nível da contratação, na acepção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2000/43 (2).

O Tribunal de Justiça considerou que era uma discriminação, dado que tais declarações podem dissuadir seriamente certos candidatos de apresentarem a sua candidatura e, portanto, dificultar o seu acesso ao mercado de trabalho. A existência de tal discriminação directa não pressupõe que seja identificável um queixoso que alegue ter sido vítima dessa discriminação.

O Tribunal pronunciou-se seguidamente sobre a questão da prova da discriminação. Concluiu que as declarações públicas em causa são suficientes para presumir, na acepção do artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 2000/43, a existência de uma política de contratação directamente discriminatória. Cabe, assim, a esta entidade patronal provar que não foi violado o princípio da igualdade de tratamento, o que pode fazer demonstrando que a prática real de contratação da empresa não corresponde a essas declarações. Compete,

(2) Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica (JO L 180, p. 22).

pois, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se estão provados os factos imputados à referida entidade patronal e apreciar se são suficientes os elementos fornecidos em apoio das afirmações desta última, segundo as quais não violou o princípio da igualdade de tratamento.

Por último, o Tribunal declarou que, no que respeita às sanções adequadas à discriminação a nível da contratação em causa nesse processo, o artigo 15.º da Directiva 2000/43 exige que, mesmo quando não exista uma vítima identificável, o regime das sanções aplicáveis às violações de disposições nacionais adoptadas para transpor esta directiva seja eficaz, proporcional e dissuasivo.

A igualdade de tratamento, sob o ângulo da proibição de discriminação em razão da idade, foi objecto do processo *Bartsch* (acórdão de 23 de Setembro de 2008, C-427/06). O Tribunal declarou que o direito comunitário não contém uma proibição de toda e qualquer discriminação em razão da idade, cuja aplicação deve ser garantida pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros quando o comportamento eventualmente discriminatório não tenha qualquer ligação com o direito comunitário. Tal ligação não é criada pelo artigo 13.º CE nem, no caso de um regime de pensão profissional que exclui do direito à pensão de reforma o cônjuge sobrevivente que seja mais de quinze anos mais novo do que o trabalhador falecido, pela Directiva 2000/78 ⁽³⁾ antes do termo do prazo fixado ao Estado-Membro em causa para a sua transposição.

No processo *Wood* (acórdão de 5 de Junho de 2008, C-164/07), foi submetida à apreciação do Tribunal uma questão prejudicial sobre a compatibilidade, tendo em conta o princípio geral da não discriminação em razão da nacionalidade, de uma regulamentação francesa que priva do benefício da indemnização paga pelo *Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions*, apenas com base na sua nacionalidade, um cidadão da Comunidade Europeia, residente em França, pai de um filho de nacionalidade francesa falecido na sequência de uma infracção que não foi cometida no território desse Estado. O Tribunal considerou que o direito comunitário se opõe a tal legislação.

Ao nível dos princípios gerais do direito comunitário e do seu respeito pelas autoridades nacionais quando aplicam este direito, há a assinalar o processo *Heemskerk e Schaap* (acórdão de 25 de Novembro de 2008, C-455/06), relativo às restituições à exportação e à protecção dos bovinos durante o transporte, que permitiu ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a norma nacional da *reformatio in pejus*. Decidiu que o direito comunitário não obriga o tribunal nacional a aplicar oficiosamente uma disposição de direito comunitário, quando essa aplicação o conduza a afastar o princípio, consagrado pelo direito nacional pertinente, da proibição da *reformatio in pejus*. Com efeito, tal obrigação colidiria não só com os princípios do respeito dos direitos da defesa, da segurança jurídica e da protecção da confiança legítima, subjacentes à referida proibição, como também colocaria o particular que tivesse recorrido de um acto que lhe causou prejuízo perante o risco de esse recurso o deixar numa posição mais desfavorável do que aquela em que se encontraria se não tivesse recorrido.

⁽³⁾ Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional (JO L 303, p. 16).

No domínio do contencioso nas jurisdições comunitárias, vários acórdãos apresentam um interesse particular. Um deles diz respeito à própria competência do juiz comunitário.

Com efeito, nos processos apensos *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão* (acórdão de 3 de Setembro de 2008, C-402/05 P e C- 415/05 P), apesar de o Tribunal de Justiça ter confirmado os acórdãos recorridos do Tribunal de Primeira Instância (acórdãos de 21 de Setembro de 2005, T-315/01, Colect., p. II-3649, e T-306/01, Colect., p. II-3533) quanto à competência do Conselho para adoptar o regulamento que ordena o congelamento de fundos e outros haveres económicos das pessoas e entidades cujo nome figura numa lista anexa a esse regulamento ⁽⁴⁾, adoptado para implementar, na Comunidade, as resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, o Tribunal de Justiça considerou que o Tribunal de Primeira Instância tinha cometido um erro de direito ao declarar que as jurisdições comunitárias não têm, em princípio, qualquer competência para fiscalizar a legalidade interna desse regulamento. Segundo o Tribunal de Justiça, a fiscalização da validade dos actos comunitários à luz dos direitos fundamentais deve ser considerada a expressão, numa comunidade de direito, de uma garantia constitucional decorrente do Tratado CE enquanto sistema jurídico autónomo que um acordo internacional não pode pôr em causa. A fiscalização da legalidade assegurada pelo juiz comunitário tem por objecto o acto comunitário destinado a implementar o acordo internacional em causa, e não este último enquanto tal. As jurisdições comunitárias devem assegurar a fiscalização, em princípio integral, da legalidade de todos os actos comunitários à luz dos direitos fundamentais, os quais fazem parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário, incluindo dos actos comunitários que, como o regulamento em causa, se destinam a implementar resoluções adoptadas pelo Conselho de Segurança.

Além disso, o Tribunal de Justiça considerou que, tendo em conta as circunstâncias concretas que envolveram a inclusão dos nomes de Y. A. Kadi e da Al Barakaat International Foundation na lista das pessoas e entidades visadas pelo congelamento de fundos, devia considerar-se que os direitos de defesa, em particular o direito de audição bem como o direito a uma fiscalização jurisdicional efectiva, não foram, manifestamente, respeitados. Em relação a este ponto, o Tribunal de Justiça recordou que a eficácia da fiscalização jurisdicional implica a obrigação de a autoridade comunitária comunicar à pessoa ou à entidade em questão os motivos em que a medida em causa se baseia, na medida do possível, no momento em que essa medida é tomada ou, pelo menos, tão rapidamente quanto possível depois dessa decisão, a fim de permitir a esses destinatários exercer, dentro do prazo, o direito de recurso que lhes assiste.

Apesar de o Tribunal de Justiça ter anulado o referido regulamento do Conselho na medida em que congela os fundos de Y. A. Kadi e da Al Barakaat International Foundation, reconheceu que a anulação desse regulamento com efeitos imediatos poderia afectar de forma grave e irreversível a eficácia das medidas restritivas, uma vez que, no período de tempo que precede a sua eventual substituição, a pessoa e a entidade visadas poderiam tomar medidas para evitar que ainda lhes pudessem ser aplicadas medidas de congelamento de fundos, posto que não se podia excluir que, no fundo, a imposição dessas medidas a Y. A. Kadi e à Al Barakaat International Foundation pudesse, ainda assim, ser justificada. Tendo em conta estes elementos, o Tribunal de Justiça manteve os efeitos

⁽⁴⁾ Regulamento (CE) n.º 881/2002 do Conselho, de 27 de Maio de 2002, que institui certas medidas restritivas específicas contra determinadas pessoas e entidades associadas a Osama Bin Laden, à rede Al-Qaida e aos talibã, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 467/2001 (JO L 139, p. 9).

do referido regulamento durante um período que não poderá exceder três meses a contar do julgamento, de modo a permitir ao Conselho sanar as violações verificadas.

Outro acórdão, no processo *Masdar (UK)/Comissão* (acórdão de 16 de Dezembro de 2008, C-47/07 P), tem por objecto as vias processuais a seguir para aceder ao juiz comunitário.

Esse processo dizia respeito ao enriquecimento sem causa. O Tribunal de Justiça decidiu que, segundo os princípios comuns aos direitos dos Estados-Membros, a pessoa que tenha sofrido uma perda que beneficie o património de outrem sem que exista qualquer fundamento jurídico para esse enriquecimento tem, regra geral, direito à restituição, até ao montante da perda, por parte da pessoa enriquecida. A acção baseada no enriquecimento sem causa, tal como prevista na maior parte dos sistemas jurídicos nacionais, não contém qualquer condição relativa à ilegalidade ou culpa no comportamento do demandado. Em contrapartida, é essencial que o enriquecimento esteja desprovido de toda e qualquer base legal válida. Uma vez que o enriquecimento sem causa constitui uma fonte de obrigações extracontratuais comum às ordens jurídicas dos Estados-Membros, a Comunidade não pode escapar à aplicação dos mesmos princípios quando uma pessoa singular ou colectiva a acusa de ter enriquecido, injustamente, em seu detrimento.

O Tribunal de Justiça acrescentou que a acção baseada no enriquecimento sem causa não faz parte do regime da responsabilidade extracontratual em sentido estrito, a sua propositura está subordinada à verificação de um conjunto de condições relativas à ilegalidade do comportamento censurado à Comunidade, à efectividade do dano e à existência denexo de causalidade entre este comportamento e o prejuízo invocado. Distingue-se das acções intentadas nos termos do referido regime, na medida em que não exige a prova de um comportamento ilegal do demandado, nem sequer a existência de um simples comportamento, mas apenas a prova de um enriquecimento do demandado sem base legal válida e de um empobrecimento do demandante ligado ao referido enriquecimento. No entanto, apesar destas características, a possibilidade de intentar uma acção baseada no enriquecimento sem causa contra a Comunidade não pode ser recusada ao particular pela simples razão de o Tratado CE não prever expressamente uma via de recurso destinada a este tipo de acção. Uma interpretação dos artigos 235.º e 288.º, segundo parágrafo, CE, que excluísse essa possibilidade conduziria a um resultado contrário ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, consagrado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e reafirmado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Precisamente no domínio da acção de responsabilidade extracontratual, merecem uma atenção particular os processos apensos *FIAMM e FIAMM Technologies/Conselho e Comissão* (acórdão de 9 de Setembro de 2008, C-120/06 P e C-121/06 P) que dizem respeito ao problema da responsabilidade comunitária resultante de um acto normativo. O Órgão de Resolução de Litígios da OMC (ORL) decidiu que o regime de importação comunitário de bananas era incompatível com os acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC) e autorizou os Estados Unidos da América a aplicar um direito aduaneiro extraordinário sobre certas importações comunitárias. Seis sociedades estabelecidas na União Europeia pediram a condenação da Comissão e do Conselho na reparação do prejuízo por elas sofrido após a aplicação de medidas de retaliação americanas às suas exportações destinadas aos Estados Unidos.

O Tribunal de Justiça recorda que só há responsabilidade da Comunidade resultante de um acto normativo que implique opções de política económica em presença de uma violação suficientemente caracterizada de uma regra superior de direito destinada a proteger os particulares e que lhes confira direitos. Do mesmo modo, salienta que, embora o princípio da responsabilidade comunitária em presença de um acto ilegal das instituições constitua uma expressão do princípio geral de direito reconhecido pelas ordens jurídicas dos Estados-Membros, segundo o qual um acto ilegal dá origem à obrigação de reparar o prejuízo causado, tal convergência destas ordens jurídicas não está demonstrada no que respeita à existência de um princípio de responsabilidade devido a um acto lícito da autoridade pública, em particular quando tal acto seja de natureza normativa. O Tribunal de Justiça concluiu que, no seu estado actual, o direito comunitário não prevê um regime que permita pôr em causa a responsabilidade da Comunidade por um comportamento normativo desta última numa situação em que a eventual desconformidade desse comportamento com os acordos da OMC não pode ser invocada perante o juiz comunitário. Especificou, além disso, que um acto normativo comunitário cuja aplicação conduz a restrições ao direito de propriedade e ao livre exercício de uma actividade profissional, pode envolver a responsabilidade extracontratual da Comunidade quando implica uma infracção desmesurada e intolerável à própria substância desses direitos, eventualmente por não ter previsto uma indemnização adequada para evitar ou corrigir o referido prejuízo.

Outros acórdãos, mais classicamente, vieram enriquecer a abundante jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a admissibilidade do recurso de anulação.

Foi assim que, no processo *Comissão/Infront WM* (acórdão de 13 de Março de 2008, C-125/06 P), o Tribunal de Justiça considerou que uma decisão da Comissão que aprova medidas destinadas a regulamentar o exercício de direitos de exclusividade para a cobertura televisiva de acontecimentos de grande importância para a sociedade, tomadas por um Estado-Membro ao abrigo do artigo 3.º-A da Directiva 89/552 ⁽⁵⁾, tem efeitos directos, na aceção das condições de admissibilidade do recurso de anulação, na situação jurídica do titular desses direitos. Com efeito, na medida em que os limites impostos por essas medidas estão relacionados com as condições em que esses organismos adquirem os direitos de transmissão televisiva dos acontecimentos designados ao detentor de direitos exclusivos de difusão televisiva, as medidas adoptadas por esse Estado-Membro e a decisão que as aprova têm por efeito associar aos direitos detidos por uma sociedade que adquiriu direitos de retransmissão televisiva, novas restrições que não existiam quando esta adquiriu os referidos direitos e que tornam mais difícil o seu exercício. Além disso, o Tribunal declarou que as violações à situação do referido titular se devem à exigência de atingir o resultado determinado por essas medidas e pela decisão da Comissão, não gozando as autoridades nacionais de margem de apreciação na aplicação dessa exigência que pode afectar essa situação.

No que respeita à condição relativa à afectação individual da recorrente, o Tribunal de Justiça considerou que, quando o acto impugnado afecta um grupo de pessoas que

⁽⁵⁾ Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (JO L 298, p. 23), na redacção dada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (JO L 202, p. 60).

estavam identificadas ou eram identificáveis no momento em que o acto foi adoptado, em função de critérios próprios aos membros do grupo, esse acto podia dizer individualmente respeito a essas pessoas na medida em que fazem parte de um círculo restrito de operadores económicos. Pode ser esse o caso, nomeadamente, quando a decisão modifica os direitos adquiridos pelo particular antes da sua adopção.

No processo *Athinaiiki Techniki/Comissão* (acórdão de 17 de Julho de 2008, C-521/06 P), foi o conceito de «acto impugnável» para efeitos do artigo 230.º CE que teve de ser precisado.

Tendo sido submetido à sua apreciação um recurso de um despacho do Tribunal de Primeira Instância que declarou inadmissível um recurso de anulação de uma decisão da Comissão de arquivar uma denúncia relativa a um alegado auxílio de Estado concedido no âmbito de um concurso público e de que a recorrente teve conhecimento por carta, o Tribunal de Justiça decidiu que, para determinar se um acto em matéria de auxílios de Estado constitui uma decisão na acepção do artigo 4.º do Regulamento n.º 659/1999 ⁽⁶⁾, há que verificar se, tendo em conta a substância do mesmo e a intenção da Comissão, essa instituição fixou definitivamente mediante o acto examinado, no termo da fase de análise preliminar, a sua posição sobre a medida denunciada, e portanto, se concluiu que a mesma constituía ou não um auxílio e suscitava ou não dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum ou que suscitava tais dúvidas.

Uma carta mediante a qual a Comissão informa o denunciante que pretende obter a declaração de uma violação dos artigos 87.º CE e 88.º CE de que, «dada a falta de informações suplementares que justifiquem o prosseguimento da investigação, a Comissão arquivou administrativamente o procedimento [...]», indica que, efectivamente, a Comissão adoptou um acto de arquivamento administrativo do procedimento. Decorre da substância desse acto e da intenção da Comissão que esta decidiu, desse modo, pôr termo ao procedimento de análise preliminar desencadeado pelo denunciante. Mediante esse acto, a Comissão declarou que a investigação iniciada não tinha permitido concluir pela existência de um auxílio na acepção do artigo 87.º CE e recusou-se implicitamente a dar início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE. Numa situação desse tipo, os beneficiários das garantias processuais previstas nessa disposição só podem conseguir que elas sejam respeitadas se tiverem a possibilidade de impugnar essa decisão perante o órgão jurisdicional comunitário em conformidade com o artigo 230.º, quarto parágrafo, CE. Esse princípio aplica-se tanto no caso de a Comissão adoptar uma decisão em que considera que o auxílio é compatível com o mercado comum como quando considera que se deve descartar a própria existência de um auxílio.

A este respeito, tal acto impugnado não pode ser qualificado como preliminar ou preparatório, visto que, no âmbito do procedimento administrativo, não é seguido de qualquer outro acto susceptível de dar lugar a um recurso de anulação. Não é pertinente que a parte interessada ainda possa fornecer à Comissão informações suplementares que possam obrigar esta última a rever a sua posição sobre a medida estatal em causa, dado que a legalidade de uma decisão tomada na sequência da fase de análise preliminar é apreciada apenas em função dos elementos de informação de que a Comissão podia dispor no momento em que a adoptou, isto é, neste caso, no momento do arquivamento administrativo do procedimento. Se uma parte interessada fornecer informações

⁽⁶⁾ Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [88.º] do Tratado CE (JO L 83, p. 1).

suplementares após o arquivamento do procedimento, a Comissão pode ver-se obrigada a dar início, se for o caso, a um novo procedimento administrativo. Em contrapartida, essas informações não se repercutem no facto de o primeiro procedimento de análise preliminar já estar encerrado. Daí resulta que, mediante esse acto, a Comissão adoptou uma posição definitiva sobre o pedido do denunciante. O Tribunal de Justiça concluiu que tal acto, ao impedir o denunciante de apresentar as suas observações no âmbito de um procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, produziu efeitos jurídicos obrigatórios susceptíveis de afectar os seus interesses, constituindo, como tal, um acto impugnável na acepção do artigo 230.º CE.

A jurisprudência, menos clássica, porque mais recente, relativa às consequências para um Estado-Membro decorrentes da sua inacção após um acórdão que declara um incumprimento, também foi enriquecida.

Foi assim que, no processo *Comissão/França* (acórdão de 9 de Dezembro de 2008, C-121/07), o Tribunal de Justiça, após recordar que o interesse na aplicação imediata e uniforme do direito comunitário impõe que a execução de um acórdão que declara o incumprimento de um Estado-Membro seja iniciada imediatamente e concluída no mais breve prazo possível, concluiu que se, no âmbito do processo previsto no artigo 228.º, n.º 2, CE, a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória se afigura especialmente adaptada para incitar um Estado-Membro a pôr termo, o mais rapidamente possível, a um incumprimento que, na falta de tal medida, teria tendência para persistir, a aplicação de uma quantia fixa resulta sobretudo da apreciação das consequências da não execução das obrigações do Estado-Membro em causa para os interesses privados e públicos, designadamente quando o incumprimento tiver persistido por um longo período desde o acórdão que inicialmente o declarou.

A este respeito, prossegue o Tribunal de Justiça, incumbe-lhe, em cada processo e em função das circunstâncias do caso que deve apreciar, bem como do nível de persuasão e de dissuasão que o mesmo lhe pareça exigir, adoptar as sanções pecuniárias adequadas para assegurar a execução mais rápida possível do acórdão que precedentemente tenha declarado um incumprimento e prevenir a repetição de análogas infracções ao direito comunitário.

O Tribunal de Justiça salientou igualmente que a circunstância de o pagamento de uma quantia fixa não ter, até à data, sido imposto em situações em que a execução completa do acórdão inicial foi assegurada antes do termo do processo do artigo 228.º CE, não pode constituir um obstáculo a que tal imposição seja decidida no âmbito de outro processo, se tal for necessário atendendo às características do caso e ao grau de persuasão e de dissuasão requerido.

Por último, o Tribunal considerou que, embora as orientações contidas nas comunicações da Comissão possam efectivamente contribuir para garantir a transparência, a previsibilidade e a segurança jurídica da acção desenvolvida por esta última, não é menos verdade que essas regras não podem vinculá-lo no exercício do amplo poder de apreciação que lhe confere o artigo 228.º, n.º 2, CE.

Ainda em matéria de contencioso, há que recordar que 2008 foi a ocasião para o Tribunal de Justiça inaugurar a nova tramitação prejudicial urgente, com efeitos a partir de 1 de Março de 2008. Três processos deram lugar a este tipo de tramitação: o processo *Santesteban Goicoechea* (acórdão de 12 de Agosto de 2008, C-296/08 PPU), o processo *Leymann e*

Pustovarov (acórdão de 1 de Dezembro de 2008, C-388/08 PPU), respeitante à interpretação da Decisão-Quadro 2002/584, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros ⁽⁷⁾, e o processo *Rinau* (acórdão de 11 de Julho de 2008, C-195/08 PPU), em matéria de normas comunitárias relativas ao regresso de um menor ilicitamente retido noutro Estado-Membro.

O processo *Rinau*, acima referido, permitiu ao Tribunal de Justiça precisar os requisitos exigidos para se poder beneficiar da tramitação prejudicial urgente. O Tribunal de Justiça decidiu, assim, que o pedido de um órgão jurisdicional de reenvio destinado a sujeitar à tramitação urgente prevista no artigo 104.º-B do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça um reenvio prejudicial tendo por objecto a interpretação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 ⁽⁸⁾, se justifica desde que seja necessário agir com urgência. É este o caso quando qualquer demora seria muito desfavorável às relações entre a menor e o progenitor com o qual não reside, podendo a degradação dessas relações ser irreversível. Segundo o Tribunal de Justiça, essa necessidade resulta tanto do considerando 17 do referido regulamento, relativo ao regresso sem demora de um menor em caso de deslocação ou de retenção ilícitas, como do artigo 11.º, n.º 3, do mesmo regulamento, que fixa um prazo de seis semanas ao tribunal ao qual seja apresentado um pedido de regresso para se pronunciar. O Tribunal de Justiça precisou que necessidade de proteger a menor de um eventual prejuízo e de assegurar um justo equilíbrio entre os interesses da menor e dos pais é igualmente de natureza a justificar o recurso à tramitação prejudicial urgente.

No que respeita aos princípios que regulam a submissão à apreciação do Tribunal de Justiça para efeitos de obter uma decisão sobre uma questão prejudicial, o processo *Cartesio* (acórdão de 16 de Dezembro de 2008, C-210/06) foi a ocasião para o Tribunal abordar a problemática do poder de um órgão jurisdicional nacional de reformar a decisão de um órgão jurisdicional inferior que ordena um reenvio prejudicial. A este respeito, o Tribunal decidiu que em presença de regras de direito nacional relativas ao direito de recurso de uma decisão que ordena um reenvio prejudicial, nos termos das quais todo o processo principal fica suspenso no órgão jurisdicional de reenvio, sendo apenas a decisão de reenvio objecto de recurso separado, o artigo 234.º, segundo parágrafo, CE deve ser interpretado no sentido de que a competência que confere a todos os órgãos jurisdicionais nacionais para submeterem um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça não pode ser posta em causa pela aplicação dessas regras, que permitem ao órgão jurisdicional de recurso reformar a decisão de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça, rejeitar esse reenvio e ordenar ao órgão jurisdicional que a proferiu que retome a tramitação do processo nacional entretanto suspensa. É verdade que o artigo 234.º CE não se opõe a que as decisões de um órgão jurisdicional nacional, cujas decisões sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, quando submete um pedido prejudicial ao

(7) Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002 (JO L 190, p. 1).

(8) Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, na redacção dada pelo Regulamento n.º 2116/2004 do Conselho, de 2 de Dezembro de 2004 (JO L 367, p. 1).

Tribunal de Justiça continuem a estar sujeitas às vias normais de recurso previstas pelo direito nacional. Contudo, o resultado de um recurso nessas condições não pode restringir a competência atribuída pelo artigo 234.º CE ao referido órgão jurisdicional para submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça se o mesmo considerar que um processo nele pendente suscita questões relativas à interpretação de disposições de direito comunitário que carecem de uma decisão por parte daquele.

Os efeitos do direito comunitário nos ordenamentos jurídicos nacionais foram também precisados.

Nos processos apensos *Viamex Agrar Handel* (acórdão de 17 de Janeiro de 2008, C-37/06 e C-58/06, Colect., p. I-69), o Tribunal de Justiça declarou que, embora uma directiva não possa, por si só, criar obrigações para os particulares, não se pode excluir, por princípio, que as disposições de uma directiva se possam aplicar através da remissão expressa de um regulamento para as suas disposições, sem prejuízo do respeito pelos princípios gerais de direito e, em particular, do princípio da segurança jurídica.

No processo *Kempter* (acórdão de 12 de Fevereiro de 2008, C-2/06), o Tribunal de Justiça teve de se pronunciar sobre a questão de saber se o reexame e a revogação de uma decisão administrativa definitiva, de forma a levar em conta a interpretação entretanto dada pelo Tribunal às normas comunitárias aplicáveis, pressupõem que o interessado tenha impugnado judicialmente a decisão administrativa nos tribunais nacionais invocando o direito comunitário. O Tribunal de Justiça não acolheu este último requisito. Assim, declarou que, apesar de o direito comunitário não exigir que um órgão administrativo seja, em princípio, obrigado a revogar uma decisão administrativa que já adquiriu carácter definitivo, determinadas circunstâncias particulares podem, não obstante, impor que, por força do princípio da cooperação que decorre do artigo 10.º CE, um órgão reexamine uma decisão administrativa que se tornou definitiva para ter em conta a interpretação de uma disposição pertinente de direito comunitário feita posteriormente pelo Tribunal de Justiça. Entre as condições em que se pode basear a obrigação de reexame, a de o acórdão do órgão jurisdicional de última instância, por força do qual a decisão administrativa impugnada se tornou definitiva, ser, face à posterior jurisprudência do Tribunal de Justiça, baseado numa interpretação errada do direito comunitário adoptada sem que tivesse sido submetido ao Tribunal um pedido de decisão prejudicial, não pode ser interpretada de modo a impor às partes a obrigação de suscitar no órgão jurisdicional nacional a questão de direito comunitário em causa. A este respeito, basta que a referida questão, cuja interpretação se tenha revelado errada à luz de um posterior acórdão do Tribunal de Justiça, tenha sido examinada pelo órgão jurisdicional nacional que decide em última instância ou que pudesse ter sido suscitada oficiosamente por esse mesmo órgão jurisdicional. Com efeito, embora o direito comunitário não imponha que os órgãos jurisdicionais nacionais conheçam oficiosamente de um fundamento relativo à violação de disposições comunitárias, quando o exame desse fundamento os obriga a ultrapassar os limites do litígio tal como foi circunscrito pelas partes, estes órgãos jurisdicionais são obrigados a conhecer oficiosamente dos fundamentos de direito que decorrem de uma norma comunitária vinculativa quando, por força do direito nacional, estes têm a obrigação ou a faculdade de o fazer em relação a uma norma vinculativa de direito nacional.

Embora essa possibilidade de pedir o reexame e a revogação de uma decisão administrativa definitiva contrária ao direito comunitário não esteja sujeita a qualquer limite temporal, os Estados-Membros continuam a ter a liberdade de fixar prazos de recurso razoáveis, em conformidade com os princípios comunitários da efectividade e da equivalência.

O contencioso relativo ao acesso do público aos documentos das instituições está, por seu turno, longe de se esgotar. Nos processos apensos *Suécia e Turco/Conselho* (acórdão de 1 de Julho de 2008, C-39/05 P e C-52/05 P), o Tribunal de Justiça precisou o exame que deve ser efectuado pelo Conselho antes de responder a um pedido de divulgação de um documento.

O regulamento comunitário relativo ao acesso do público aos documentos ⁽⁹⁾ prevê que todos os cidadãos da União e todas as pessoas que residam num Estado-Membro têm direito de acesso aos documentos das instituições. Prevê excepções a este princípio geral, designadamente no caso da sua divulgação poder prejudicar a protecção de processos judiciais e consultas jurídicas, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação.

Tratando-se precisamente da excepção relativa às consultas jurídicas, a instituição à qual foi pedida a divulgação de um documento deve certificar-se de que o referido documento diz efectivamente respeito a uma consulta jurídica e, se for esse o caso, determinar quais são as partes realmente em causa e, como tal, susceptíveis de se incluírem no âmbito de aplicação da excepção. Com efeito, o facto de um documento ter sido intitulado «consulta jurídica» não significa que deve automaticamente beneficiar da protecção das consultas jurídicas garantida pelo regulamento atrás referido. Para além da sua denominação, incumbe à instituição certificar-se de que esse documento diz efectivamente respeito a uma consulta. Posto isto, o Conselho deve em seguida examinar se a divulgação das partes do documento em questão pode prejudicar a protecção dos pareceres jurídicos. A este respeito, o Tribunal interpreta a excepção relativa aos pareceres jurídicos no sentido de que visa proteger o interesse de uma instituição em pedir pareceres francos, objectivos e completos. O risco de que esse interesse seja prejudicado deve, para poder ser invocado, ser razoavelmente previsível, e não puramente hipotético.

A este respeito, invocar de modo geral e abstracto o risco de a divulgação de pareceres jurídicos relativos a processos legislativos poder suscitar dúvidas relativas à legalidade de actos legislativos não pode ser considerado suficiente para caracterizar um prejuízo à protecção de pareceres jurídicos no sentido da referida disposição e, por conseguinte, para justificar uma recusa de divulgação desses pareceres. Com efeito, é precisamente a transparência a esse respeito que, ao permitir que as divergências entre vários pontos de vista sejam abertamente debatidas, contribui para conferir às instituições uma maior legitimidade aos olhos dos cidadãos europeus e para aumentar a confiança dos mesmos. Por último, o Tribunal precisou que incumbe ao Conselho verificar se não existe um interesse público superior que justifique a divulgação. Neste contexto, incumbe-lhe ponderar o interesse específico que deve ser protegido pela não divulgação do documento em causa e, designadamente o interesse geral em que esse documento se torne acessível, tendo em conta as vantagens que decorrem de uma maior transparência, a saber, uma

⁽⁹⁾ Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JO L 145, p. 43).

melhor participação dos cidadãos no processo decisório e uma maior legitimidade, eficácia e responsabilidade da administração perante os cidadãos num sistema democrático.

O Tribunal de Justiça observou que tais considerações são particularmente pertinentes quando o Conselho age na qualidade de legislador. A transparência neste domínio contribui para reforçar a democracia, permitindo aos cidadãos fiscalizar todas as informações que constituíram o fundamento de um acto legislativo. Com efeito, a possibilidade, para os cidadãos, de conhecer os fundamentos dos actos legislativos é uma condição do exercício efectivo, por estes últimos, dos seus direitos democráticos.

O Tribunal concluiu que o Regulamento n.º 1049/2001 impõe, em princípio, um dever de divulgar os pareceres do Serviço Jurídico do Conselho relativos a um processo legislativo, admitindo, porém, que a divulgação de um parecer jurídico específico, emitido no contexto de um processo legislativo, mas com um carácter particularmente sensível ou um alcance particularmente amplo que ultrapasse o quadro do processo legislativo em causa, possa ser recusada ao abrigo da protecção dos pareceres jurídicos. Nesse caso, incumbe à instituição em causa fundamentar a recusa de modo circunstanciado.

Com base nesta fundamentação, o Tribunal de Justiça anulou o acórdão do Tribunal de Primeira Instância na parte relativa à recusa de acesso ao parecer jurídico em causa nesse processo.

Inédita, em contrapartida, foi a apreciação do Tribunal de Justiça nos processos apensos *Marra* (acórdão de 21 de Outubro de 2008, C-200/07 e C-201/07), da problemática da imunidade de que gozam, em certos casos e sob determinadas condições, os membros do Parlamento Europeu, e mais precisamente das modalidades de aplicação da imunidade de um deputado europeu sujeito a uma acção penal por ter distribuído panfletos com afirmações injuriosas.

O Tribunal começou por recordar que o artigo 9.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades das Comunidades Europeias ⁽¹⁰⁾ enuncia o princípio da imunidade dos deputados europeus pelas opiniões expressas e pelos votos emitidos no exercício das suas funções. Tal imunidade deve ser considerada, na medida em que se destina a proteger a liberdade de expressão e a independência dos deputados europeus, uma imunidade absoluta que obsta a todo e qualquer procedimento judicial. Por conseguinte, numa acção intentada contra um deputado europeu por causa de opiniões que expressou, o órgão jurisdicional nacional tem o dever de suspender o processo contra o deputado quando considerar que este último goza de imunidade parlamentar. Com efeito, o respeito dessa disposição impõe-se tanto ao órgão jurisdicional como ao Parlamento Europeu. Uma vez que essa imunidade não pode ser levantada por este último, cabe ao órgão jurisdicional suspender o processo em causa.

Seguidamente, o Tribunal reconheceu que entra na competência exclusiva do órgão jurisdicional nacional verificar se estão preenchidas as condições da imunidade absoluta, sem que tenha de submeter a questão ao Parlamento Europeu, que não dispõe de competência na matéria. Ainda que, em contrapartida, o Parlamento, após o pedido do deputado europeu em causa, aprove uma decisão de defesa da imunidade, esta constitui, relativamente às autoridades jurisdicionais nacionais, um parecer que não produz efeitos vinculativos.

⁽¹⁰⁾ Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades das Comunidades Europeias, de 8 de Abril de 1965 (JO 1967, 152, p. 13).

Quando um pedido de defesa da imunidade é apresentado pelo deputado no Parlamento Europeu e o órgão jurisdicional nacional é informado desse facto, este último deve, em nome do dever de cooperação leal entre as instituições europeias e as autoridades nacionais ⁽¹⁾, suspender o processo jurisdicional e pedir ao Parlamento que emita o seu parecer o mais rapidamente possível. Esta cooperação impõe-se a fim de evitar qualquer conflito na interpretação e na aplicação das disposições do Protocolo.

De assinalar, por último, para encerrar esta panorâmica da jurisprudência em matéria constitucional e institucional, o processo *Payir e o.* (acórdão de 24 de Janeiro de 2008, C-294/06), no qual o Tribunal de Justiça se pronunciou sobre o reconhecimento, por força do acordo de associação CEE-Turquia, da qualidade de trabalhador a nacionais de nacionalidade turca que entraram no território de um Estado-Membro na qualidade de «au pair» ou de estudante e integrados no mercado regular de trabalho. Assim, atendendo ao artigo 6.º, n.º 1, da Decisão n.º 1/80 do Conselho de Associação (CEE-Turquia), de 19 de Setembro de 1980, relativa ao desenvolvimento da associação, o Tribunal de Justiça considerou que a circunstância de um cidadão turco ter sido autorizado a entrar no território de um Estado-Membro na qualidade de «au pair» ou de estudante não o pode privar da qualidade de «trabalhador» nem o impedir de integrar o «mercado regular de trabalho» desse Estado-Membro na acepção do artigo referido. Esta circunstância não pode, assim, impedir o referido cidadão de invocar essa disposição para obter a renovação da sua autorização de trabalho e beneficiar do correlativo direito de residência.

Cidadania europeia

Em vários processos, o Tribunal de Justiça analisou as disposições nacionais susceptíveis de limitar indevidamente a livre circulação dos cidadãos da União.

O processo *Grunkin e Paul* (acórdão de 14 de Outubro de 2008, C-353/06) dizia respeito ao reconhecimento do apelido patronímico de um filho de nacionalidade alemã, nascido e residente na Dinamarca, registado à nascença com um duplo apelido, composto pelo apelido do seu pai e da sua mãe. Os pais da criança pediram a inscrição desse duplo apelido no registo civil alemão que lhes foi recusada, pelo facto de o apelido patronímico dos cidadãos alemães ser regulado pelo direito alemão que não permite que um filho tenha duplo apelido. O Tribunal de Justiça declarou que, embora as regras sobre o apelido das pessoas sejam da competência dos Estados-Membros, estes devem, no exercício dessa competência, respeitar o direito comunitário. O Tribunal precisa que o facto de ser obrigado a usar, no Estado-Membro de que o interessado tem a nacionalidade, um nome diferente do que foi atribuído e registado no Estado-Membro de nascimento e residência pode entravar a livre circulação dos cidadãos da União. Uma diversidade de nomes patronímicos nos diferentes documentos alemães e dinamarqueses pode causar ao interessado sérios inconvenientes, quer de ordem profissional quer de ordem privada. Visto que as disposições alemãs restritivas não foram devidamente justificadas, o Tribunal conclui que o direito dos cidadãos europeus de circular e permanecerem livremente no território dos Estados-Membros se opõe à regulamentação em causa.

⁽¹⁾ Consagrado pelo artigo 10.º CE.

Serão recordados seguidamente os processos *Metock e o.* (acórdão de 25 de Julho de 2008, C-127/08) e *Jipa* (acórdão de 10 de Julho de 2008, C-33/07), relativos à interpretação da Directiva 2004/38/CE relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros ⁽¹²⁾.

No processo *Metock e o.*, acima referido, o Tribunal de Justiça declarou que a Directiva 2004/38 se opõe à regulamentação de um Estado-Membro que submete um nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União que reside nesse Estado-Membro e do qual não é nacional, a uma condição de residência legal prévia noutro Estado-Membro antes de entrar no Estado-Membro de acolhimento para beneficiar das disposições dessa directiva. Relativamente aos membros da família dos cidadãos da União, nenhuma disposição da mesma directiva subordina a sua aplicação à referida condição; o Tribunal de Justiça considerou que há que reconsiderar a conclusão do seu acórdão *Akrich* ⁽¹³⁾ que exigia tal condição para poder beneficiar dos direitos de entrada e de residência previstos no Regulamento (CEE) n.º 1612/68 ⁽¹⁴⁾. Com efeito, a impossibilidade de o cidadão se fazer acompanhar da sua família ou de esta a ele se reunir no Estado-Membro de acolhimento é susceptível de o dissuadir de exercer os seus direitos de entrada e residência nesse Estado-Membro. O Tribunal precisou igualmente que o cônjuge não comunitário de um cidadão da União que o acompanha ou a ele se reúne pode beneficiar dessa directiva, independentemente do local e da data do casamento ou das circunstâncias em que entrou no Estado-Membro de acolhimento, e que não é necessário que o cidadão já tenha constituído família quando se desloca para que os membros da sua família, nacionais de países terceiros, possam beneficiar dos direitos conferidos pela mesma directiva. Por último, a expressão «membros das [...] famílias [de cidadãos da União] que os acompanhem» ⁽¹⁵⁾ deve ser interpretada no sentido de abranger tanto os membros da família de um cidadão da União que com este entraram no Estado-Membro de acolhimento como os que com ele residem nesse Estado-Membro, sem que, neste último caso, se deva distinguir consoante tenham entrado no referido Estado-Membro antes ou depois do cidadão da União ou antes ou depois de se tornarem membros da sua família.

No processo *Jipa*, acima referido, foi submetida à apreciação do Tribunal de Justiça a questão de saber se o direito comunitário, e designadamente a Directiva 2004/38, se opõe a uma legislação nacional que permite restringir o direito de um cidadão de um Estado-Membro se deslocar ao território de outro Estado-Membro, nomeadamente por ter sido anteriormente expulso pelo facto de aí se encontrar em «situação irregular». O Tribunal salienta que esse nacional goza do estatuto de cidadão da União, pelo que pode invocar o direito de livre circulação e de residência no território dos Estados-Membros, mesmo relativamente ao seu Estado-Membro de origem, o que compreende tanto o direito de os cidadãos da União entrarem num Estado-Membro diferente do seu Estado de

⁽¹²⁾ Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros (JO L 158, p. 77, e rectificativo, JO L 229, p. 35).

⁽¹³⁾ Acórdão de 23 de Setembro de 2003, C-109/01, Colect., p. I-9607.

⁽¹⁴⁾ Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade (JO L 257, p. 2; EE 05 F1, p. 77), na redacção dada pela Directiva 2004/38.

⁽¹⁵⁾ Artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2004/38.

origem como o direito de deste saírem. Todavia, esse direito pode estar sujeito a restrições e condições previstas no Tratado, nomeadamente por razões de ordem pública ou de segurança pública que os Estados-Membros têm competência para determinar. No contexto comunitário estas devem porém ser entendidas estritamente. O Tribunal precisa que este enquadramento implica nomeadamente que, para serem justificadas, as medidas tomadas por razões de ordem pública ou de segurança pública devam basear-se exclusivamente no comportamento da pessoa em questão e não em motivos de prevenção geral. Uma medida que restringe o exercício do direito à livre circulação deve ser tomada à luz de considerações adequadas à protecção da ordem pública ou da segurança pública do Estado-Membro que a adopta. Embora não se exclua que as autoridades desse Estado-Membro possam ter em conta as razões invocadas por outro Estado-Membro a fim de justificar uma decisão de afastamento de um cidadão comunitário do território deste Estado, a medida restritiva não pode basear-se exclusivamente nessas razões. O Tribunal de Justiça conclui que o direito comunitário não se opõe à legislação nacional em causa, na condição de determinadas exigências serem satisfeitas. Por um lado, o comportamento desse cidadão deve constituir uma ameaça real, actual e suficientemente grave para afectar um interesse fundamental da sociedade. Por outro, a medida restritiva prevista deve ser necessária e proporcional à realização do objectivo que prossegue.

No processo *Nerkowska* (acórdão de 22 de Maio de 2008, C-499/06), o Tribunal de Justiça declarou que o direito de qualquer cidadão da União circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro em virtude da qual este último recusa, de maneira geral e em todas as circunstâncias, o pagamento a esses nacionais de uma prestação concedida às vítimas civis da guerra ou da repressão, pelo simples facto de estes não residirem durante todo o período do pagamento dessa prestação no território desse Estado, mas sim no de outro Estado-Membro. O Tribunal de Justiça recorda que a referida prestação é da competência dos Estados-Membros mas que estes últimos devem exercer essa competência respeitando o direito comunitário, especialmente o direito à livre circulação dos cidadãos da União. A exigência de residência no território nacional para a concessão dessa prestação é uma restrição ao exercício dessa liberdade. O Tribunal considera que constituem considerações objectivas de interesse geral susceptíveis de justificar essa restrição tanto a vontade de garantir a existência de uma conexão entre a sociedade do Estado-Membro em causa e o beneficiário de uma prestação como a necessidade de verificar que este último continua a preencher os requisitos de concessão desta prestação. Todavia, o facto, por um lado, de possuir a nacionalidade do Estado-Membro que concede a prestação em causa e, por outro, de ter vivido nesse Estado durante mais de vinte anos pode bastar para estabelecer essa conexão. Nestas condições, a exigência de residência durante todo o período do pagamento da prestação deve ser considerada desproporcionada. Além disso, para verificar se o beneficiário continua a preencher os requisitos de concessão da prestação, existem outros meios que, sendo embora menos limitativos, são igualmente eficazes.

Livre circulação de mercadorias

No domínio da livre circulação de mercadorias, o Tribunal de Justiça proferiu vários acórdãos relativos à compatibilidade com a legislação comunitária de disposições nacionais constitutivas de medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas.

Em primeiro lugar, no processo *Dynamic Medien* (acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, C-244/06, Colect., p. I-505), o Tribunal de Justiça debruçou-se sobre uma regulamentação alemã em virtude da qual eram proibidas a venda e a cessão por correspondência de videogramas que não tivessem sido objecto, por parte de uma autoridade nacional competente ou de um organismo de auto regulação-voluntária, de um controlo e de uma classificação com vista à protecção de menores e que não contivessem a indicação, determinada por essa autoridade ou esse organismo, da idade a partir da qual esses videogramas podem ser vistos. O Tribunal decidiu que tal regulamentação não constitui uma modalidade de venda susceptível de entrar directa ou indirectamente, efectiva ou potencialmente, o comércio entre os Estados-Membros, mas sim uma medida de efeito equivalente a restrições quantitativas, na acepção do artigo 28.º CE, em princípio incompatível com as obrigações dele resultantes. Segundo o Tribunal de Justiça tal regulamentação pode, todavia, ser justificada pelo objectivo da protecção de menores desde que lhe seja proporcionada a esse objectivo, como é o caso quando a mesma não se opõe a toda e qualquer forma de comercialização de videogramas não controlados e quando é permitido importar e vender a adultos esses videogramas, garantindo que os menores a eles não tenham acesso. Só sucederia o contrário se se verificasse que o procedimento de controlo, de classificação e de rotulagem instituído por essa legislação não é facilmente acessível, não pode ser concluído em prazos razoáveis ou que a respectiva decisão de indeferimento não pode ser objecto de recurso jurisdicional.

Em seguida, no processo *Comissão/Alemanha* (acórdão de 11 de Setembro de 2008, C-141/07), o Tribunal de Justiça foi confrontado com a regulamentação alemã relativa aos requisitos que as farmácias externas devem preencher para abastecerem medicamentos aos estabelecimentos hospitalares situados no território nacional, requisitos que implicam, *de facto*, uma certa proximidade geográfica entre a farmácia que fornece os medicamentos e o hospital. O Tribunal decidiu que embora essas disposições, dado que não incidem sobre as características dos medicamentos, dizendo unicamente respeito às modalidades segundo as quais estes podem ser vendidos, devam ser consideradas como relativas a modalidades de venda, não obstante, essas disposições são susceptíveis de entrar as trocas intracomunitárias e, portanto, constituem uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação proibida, em princípio, pelo artigo 28.º CE. Segundo o Tribunal de Justiça, são porém justificadas por preocupações de protecção da saúde pública. Com efeito, tal regulamentação é de natureza a realizar o objectivo de garantir um abastecimento seguro e de qualidade dos hospitais do Estado-Membro em causa e transpõe, na realidade, para o sistema de abastecimento externo dos hospitais, exigências análogas às que caracterizam o sistema de abastecimento interno, a saber a exigência de um farmacêutico que é, por um lado, responsável pelo abastecimento em medicamentos e, por outro, ampla e rapidamente disponível no local. A regulamentação em causa assegura assim a equivalência e a compatibilidade entre todos os elementos do sistema

de abastecimento em medicamentos do Estado-Membro em causa e garante a unidade e equilíbrio desse sistema.

Por último, de salientar o processo *Gysbrechts e Santurel Inter* (acórdão de 16 de Dezembro de 2008, C-205/07), relativo à compatibilidade com o Tratado CE da regulamentação belga em matéria de contratos de venda à distância. Essa regulamentação proibia ao vendedor exigir um adiantamento ou um pagamento ao consumidor e mesmo, segundo as autoridades belgas, o número de cartão de crédito do mesmo antes do termo do prazo de resolução obrigatório de sete dias úteis. Tendo considerado que tais proibições são constitutivas de uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à exportação, o Tribunal de Justiça declarou que embora a proibição de exigir um adiantamento ou pagamento ao consumidor seja justificada pela necessidade de proteger este último, pelo contrário, a proibição imposta ao fornecedor de exigir o número do cartão de pagamento do consumidor vai além do que é necessário para garantir o exercício efectivo do direito de resolução do consumidor. Com efeito, tal proibição tem como única utilidade afastar o risco de que o fornecedor receba o preço antes do termo do prazo de resolução. Ora, se esse risco se concretizar, o comportamento do fornecedor viola, em si mesmo, a proibição de pedir um adiantamento ou pagamento ao consumidor, que é uma medida apropriada e proporcionada para alcançar o objectivo que prossegue. Portanto, o artigo 29.º CE não se opõe à proibição imposta ao fornecedor, no quadro de uma venda à distância transfronteiriça, de exigir um adiantamento ou pagamento por parte do consumidor antes do termo do prazo de resolução, mas opõe-se à proibição de pedir o número do cartão de pagamento do consumidor antes do termo do referido prazo.

Agricultura

No processo *Comissão/Alemanha* (acórdão de 26 de Fevereiro de 2008, C-132/05, Colect., p. I-957), o Tribunal de Justiça foi levado a determinar se um Estado-Membro não cumpre as obrigações que lhe incumbem ao recusar-se a punir a utilização, no seu território, da denominação «parmesan» na rotulagem de produtos que não preenchem os requisitos do caderno de especificações da denominação de origem protegida (a seguir «DOP») «Parmigiano Reggiano», favorecendo assim a usurpação da reputação de que goza o verdadeiro produto protegido à escala comunitária ⁽¹⁶⁾.

Salientando desde logo que não é apenas a forma exacta de registo de uma DOP que beneficia de protecção nos termos do direito comunitário, o Tribunal declara, que dada a semelhança fonética e visual entre as denominações em causa e a aparência exterior análoga, o uso da denominação «parmesan» deve ser qualificado de evocação da DOP «Parmigiano Reggiano». Não tendo demonstrado que a denominação «parmesan» tem carácter genérico, um Estado não pode invocar essa excepção introduzida pelo Regulamento n.º 2081/92.

Por último, quanto à obrigação de um Estado punir os comportamentos que violem as DOP, o Tribunal de Justiça recorda que a mera faculdade de invocar disposições de um

⁽¹⁶⁾ Regulamento (CEE) n.º 2081/92 do Conselho, de 14 de Julho de 1992, relativo à protecção das indicações geográficas e denominações de origem dos produtos agrícolas e dos géneros alimentícios (JO L 208, p. 1).

regulamento nos tribunais nacionais não dispensa os Estados-Membros de aprovarem as medidas nacionais que permitam garantir a sua aplicação plena e integral quando isso for necessário e declara que o ordenamento jurídico em causa dispõe dos instrumentos susceptíveis de garantir a protecção tanto dos interesses dos produtores como dos consumidores. Todavia, não há a obrigação de um Estado-Membro tomar oficiosamente as medidas necessárias para a punição, no seu território, das violações às DOP provenientes de outro Estado-Membro. As estruturas de controlo nas quais assenta a obrigação de garantir o respeito pelas DOP são as do Estado-Membro de onde provém a DOP, não sendo, pois, da competência dos serviços de controlo do Estado em causa.

Livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais

Em matéria de liberdade de estabelecimento, o processo *Cartesio* (acórdão de 16 de Dezembro de 2008, C-210/06) deu ao Tribunal de Justiça a ocasião de precisar a sua jurisprudência relativa ao direito das sociedades de deslocarem a sua sede no seio da União. A questão prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça tinha por objecto a compatibilidade com os artigos 43.º CE e 48.º CE da legislação húngara que impedia uma sociedade constituída ao abrigo do direito nacional de transferir a respectiva sede para outro Estado-Membro conservando ao mesmo tempo a sua qualidade de sociedade de direito nacional do Estado-Membro de constituição. O Tribunal de Justiça respondeu que, no estado actual do direito comunitário, os referidos artigos não se opõem a tal legislação. Com efeito, de acordo com o artigo 48.º CE, na ausência de uma definição uniforme, dada pelo direito comunitário, das sociedades que podem beneficiar do direito de estabelecimento, em função de um critério de dependência único que determine o direito nacional aplicável a uma sociedade, a questão de saber se o artigo 43.º CE se aplica a uma sociedade que invoca a liberdade fundamental consagrada por este artigo constitui uma questão prévia que, no estado actual do direito comunitário, apenas pode encontrar resposta no direito nacional aplicável. Segundo o Tribunal, por conseguinte, só quando essa sociedade beneficia efectivamente da liberdade de estabelecimento à luz das condições enunciadas no artigo 48.º CE se coloca a questão de saber se a mesma está a ser alvo de uma restrição a essa liberdade na acepção do artigo 43.º CE. Assim, um Estado-Membro dispõe da faculdade de definir não só o vínculo de dependência exigido a uma sociedade para que esta possa ser considerada constituída em conformidade com o seu direito nacional e susceptível, a esse título, de beneficiar do direito de estabelecimento como o vínculo de dependência exigido para manter essa mesma qualidade posteriormente. Tal faculdade engloba a possibilidade de esse Estado-Membro não permitir a uma sociedade constituída ao abrigo do seu direito nacional conservar essa qualidade quando decida reorganizar-se noutra Estado-Membro mediante a deslocação da sua sede para o território deste último, rompendo dessa forma o vínculo de dependência previsto pelo direito nacional do Estado-Membro de constituição.

Ainda em matéria de liberdade de estabelecimento, merece igualmente menção o processo *Lidl Belgium* (acórdão de 15 de Maio de 2008, C-414/06), iniciado mediante um pedido de decisão prejudicial relativo à compatibilidade com o artigo 43.º CE do regime fiscal alemão que exclui a dedução por uma sociedade residente das perdas relativas a um estabelecimento estável não residente que lhe pertence. O Tribunal de Justiça começou por precisar que o âmbito de aplicação do artigo 43.º CE se estende à criação e à detenção

total por uma pessoa singular ou colectiva estabelecida num Estado-Membro de um estabelecimento estável sem personalidade jurídica distinta situado noutro Estado-Membro, bem como à actividade de uma sociedade noutro Estado-Membro por intermédio de um estabelecimento estável, como definido por uma convenção fiscal preventiva da dupla tributação pertinente, que constitui, à luz do direito fiscal convencional, uma entidade autónoma. A seguir, o Tribunal declarou que o artigo 43.º CE não se opõe a que uma sociedade estabelecida num Estado-Membro não possa deduzir à sua matéria colectável os prejuízos relativos a um estabelecimento estável que lhe pertence e que se situa noutro Estado-Membro, na medida em que, nos termos de uma convenção preventiva da dupla tributação, os rendimentos desse estabelecimento são tributados neste último Estado-Membro, no qual os referidos prejuízos podem ser tomados em consideração no âmbito da tributação do rendimento desse estabelecimento estável a título de exercícios futuros. É verdade que tal regime fiscal produz uma diferença de tratamento fiscal em virtude do qual uma sociedade residente poderia ser dissuadida de exercer as suas actividades por intermédio de um estabelecimento estável situado noutro Estado-Membro. Todavia, segundo o Tribunal de Justiça, tal regime pode justificar-se atendendo à necessidade de preservar a repartição do poder tributário entre os Estados-Membros e à necessidade de prevenir o risco de as perdas serem consideradas duas vezes, que, em conjunto, prosseguem objectivos legítimos compatíveis com o Tratado, constituindo, assim, razões imperiosas de interesse geral, visto que esse regime é proporcional a esses objectivos.

Em matéria de livre prestação de serviços três processos merecem atenção.

Em primeiro lugar, o processo *Centro Europa 7* (acórdão de 31 de Janeiro de 2008, C-380/05, Colect., p. I-349) a propósito de um operador italiano activo no sector da radiodifusão audiovisual, titular de uma autorização de emissão, impossibilitado de emitir por não terem sido atribuídas radiofrequências de emissão. O Tribunal de Justiça interpretou as disposições do direito comunitário ⁽¹⁷⁾ relativas aos critérios de concessão dessas radiofrequências. Salieta que a aplicação sucessiva dos regimes transitórios organizados pela legislação italiana a favor das cadeias existentes teve por efeito impedir o acesso ao mercado dos operadores desprovidos de radiofrequências de emissão. A autorização geral para operar no mercado dos serviços de radiodifusão unicamente a favor das cadeias existentes consolidou esse efeito restritivo. Isto teve por consequência cristalizar as estruturas do mercado nacional e proteger a posição dessas cadeias. O Tribunal precisa que um regime que limite o número dos operadores no território nacional pode ser justificado por objectivos de interesse geral, mas, neste caso, deve ser organizado com base em critérios objectivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais. Não é esse o caso de um regime que atribua radiofrequências de emissão em exclusividade e sem limite temporal a um número limitado de operadores existentes, sem ter em conta os critérios acima referidos. O Tribunal de Justiça conclui que a legislação nacional cuja

⁽¹⁷⁾ Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro) (JO L 108, p. 33). Directiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva autorização) (JO L 108, p. 21), e Directiva 2002/77/CE da Comissão, de 16 de Setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações electrónicas (JO L 249, p. 21).

aplicação tem como consequência que um operador titular de uma concessão fique impossibilitado de emitir pelo facto de não lhe serem concedidas radiofrequências de emissão com base nos referidos critérios é contrária aos princípios do Tratado relativos à livre prestação de serviços e aos princípios estabelecidos pelo novo quadro regulamentar comum às redes e serviços de comunicações electrónicas ⁽¹⁸⁾.

Em segundo lugar, o processo *Rüffert* (acórdão de 3 de Abril de 2008, C-346/06), no qual o Tribunal de Justiça se debruçou sobre a questão de saber se a livre prestação de serviços se opõe a uma legislação de um Estado-Membro segundo a qual o adjudicatário de um contrato de empreitada de obras públicas se deve obrigar por escrito a pagar aos seus trabalhadores pelo menos a remuneração prevista na convenção colectiva aplicável e a impor essa obrigação aos seus subempreiteiros transnacionais que destaquem trabalhadores para esse Estado-Membro, tendo o desrespeito desse compromisso como efeito o pagamento de uma penalidade contratual. O Tribunal de Justiça declarou que, apesar de em virtude das disposições da Directiva 96/71 ⁽¹⁹⁾ relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, um Estado-Membro ter a possibilidade de impor uma remuneração salarial mínima às empresas estabelecidas noutros Estados-Membros no âmbito de uma prestação de serviços transnacional, não tem o direito de impor a essas empresas uma remuneração salarial prevista por uma convenção colectiva de trabalho aplicável, ainda que exceda a remuneração salarial mínima aplicável por força da legislação no lugar de execução das prestações em causa e que não é de aplicação geral, obrigando a entidade adjudicante, mediante uma medida de carácter legislativo, a designar como adjudicatários de contratos de empreitada de obras públicas apenas as empresas que, na candidatura, se comprometem por escrito a pagar aos seus trabalhadores, em contrapartida da execução dessas prestações, no mínimo a remuneração prevista na referida convenção colectiva. Tal legislação constitui uma restrição à livre prestação de serviços prevista no artigo 49.º CE na medida em que pode impor aos prestadores de serviços estabelecidos noutro Estado-Membro, onde as remunerações salariais mínimas são mais baixas, um encargo económico suplementar que é susceptível de impedir, perturbar ou tornar menos atractiva a execução das suas prestações no Estado-Membro de acolhimento.

Por último, no processo *Comissão/Luxemburgo* (acórdão de 19 de Junho de 2008, C-319/06), o Tribunal de Justiça declarou que artigo 3.º, n.º 10, primeiro travessão, da Directiva 96/71/CE relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços constitui uma derrogação ao princípio segundo o qual o artigo 3.º, n.º 1, primeiro parágrafo, desse mesmo diploma define de forma taxativa as matérias em que o Estado-Membro de acolhimento pode impor a sua legislação às empresas que destacam trabalhadores para o seu território. A possibilidade, reconhecida por esse artigo ao Estado-Membro de acolhimento de impor de forma não discriminatória às referidas empresas condições de trabalho e de emprego em matérias diferentes das referidas no artigo 3.º, n.º 1, primeiro parágrafo da mesma directiva, na medida em que se trate de

⁽¹⁸⁾ Conhecido pelo nome «NCRC», é composto pela directiva-quadro e por quatro directivas específicas, entre as quais a directiva autorização, que são completadas pela Directiva 2002/77.

⁽¹⁹⁾ Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços (JO L 18, p. 1).

disposições de ordem pública, é uma excepção ao sistema instituído por essa directiva e uma derrogação ao princípio fundamental da livre prestação de serviços e deve ser objecto de interpretação estrita. Por conseguinte o Tribunal de Justiça declarou que um Estado-Membro não cumpre as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 3.º, n.º 1, primeiro parágrafo dessa mesma directiva ao declarar que constituem disposições de polícia que integram a ordem pública nacional, em primeiro lugar, as disposições que resultam, designadamente, de convenções colectivas de aplicação geral, e em segundo lugar, as que, transpondo a Directiva 96/71, obrigam as empresas em causa, por um lado, a só destacar pessoal ligado à empresa por um contrato de trabalho escrito ou por outro documento reputado análogo nos termos da Directiva 91/533 ⁽²⁰⁾, e, por outro, a respeitar a legislação nacional em matéria de trabalho a tempo parcial e a termo. O Tribunal de Justiça declarou igualmente que um Estado-Membro não cumpre as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE, por um lado, ao obrigar as empresas com sede social fora do território nacional e para aí destacando trabalhadores a depositar num mandatário *ad hoc* residente no território nacional os documentos necessários à fiscalização das obrigações que lhes incumbem em aplicação da legislação nacional, antes do início do destacamento, e a conservarem esses documentos durante um período indeterminado após o fim da prestação e, por outro, ao enunciar, numa regulamentação de direito interno que prevê um procedimento de declaração prévia em caso de destacamento de trabalhadores, os requisitos de acesso às indicações essenciais indispensáveis a uma fiscalização pelas autoridades nacionais competentes sem a clareza necessária para garantir a segurança jurídica das empresas que desejam destacar trabalhadores para o território do referido Estado-Membro.

Em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços, o processo *ASM Brescia* (acórdão de 17 de Julho de 2008, C-347/06), que tem por objecto a regulamentação italiana adoptada tendo em vista a cessação antecipada, no termo de um período transitório, de concessões de distribuição de gás natural adjudicadas sem o concurso público previsto pela Directiva 2003/55 que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural e que revoga a Directiva 98/30 ⁽²¹⁾. As questões prejudiciais submetidas ao Tribunal de Justiça diziam mais precisamente respeito à compatibilidade da prorrogação, em certas condições, do período de transitório em causa com a referida directiva e os artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º, n.º 1, CE. O Tribunal de Justiça declarou que nem a Directiva 2003/55, nem os artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º, n.º 1, CE, se opunham a tal regulamentação, desde que, no que respeita à compatibilidade com os artigos do Tratado CE referidos, tal prorrogação possa ser considerada necessária a fim de permitir aos co-contratantes dissolverem as suas relações contratuais em condições aceitáveis tanto do ponto de vista das exigências do serviço público como do ponto de vista económico. No que toca a este ponto, o Tribunal considerou que, embora a regulamentação italiana introduza uma diferença de tratamento constitutiva de uma discriminação indirecta em função da nacionalidade, esta diferença de tratamento pode, no entanto, justificar-se pela necessidade de respeitar o princípio da segurança jurídica que exige, designadamente,

⁽²⁰⁾ Directiva 91/533/CEE do Conselho, de 14 de Outubro de 1991, relativa à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato ou à relação de trabalho (JO L 288, p. 32).

⁽²¹⁾ Directiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural e que revoga a Directiva 98/30/CE (JO L 176, p. 57).

que as regras de direito sejam claras, precisas e previsíveis quanto aos seus efeitos. Segundo o Tribunal de Justiça, esse princípio não só permite como impõe que a rescisão dessa concessão seja acompanhada de um período de transição que permita aos co-contratantes dissolverem as suas relações contratuais em condições aceitáveis tanto do ponto de vista das exigências do serviço público como do ponto de vista económico.

No que respeita à livre circulação de capitais, de assinalar o processo *Arens-Sikken* (acórdão de 11 de Setembro de 2008, C-43/07), no qual estava em causa uma legislação relativa ao cálculo do imposto sucessório e do imposto de transmissão devidos sobre um bem imóvel situado num Estado-Membro que não previa, no cálculo dos referidos impostos, a dedutibilidade das dívidas de tornas resultantes de uma partilha testamentária quando o autor da sucessão, à data da sua morte, era residente, não nesse Estado, mas noutro Estado-Membro. O Tribunal decidiu que as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais se opõem a essa legislação, na medida em que essa aplique uma taxa de imposto progressiva e quando a não consideração das referidas dívidas, combinada com essa taxa de imposto progressiva, possa implicar uma carga fiscal superior para os herdeiros que não podem invocar essa dedutibilidade. O Tribunal rejeitou, assim, o argumento segundo o qual a diferença de tratamento dizia respeito a situações que não eram objectivamente comparáveis, visto que a legislação em causa tratava de modo idêntico, excepto no tocante à dedução das dívidas, as sucessões dos residentes e dos não residentes para efeitos de imposto sucessório. O Tribunal de Justiça precisou igualmente que, na falta de um convenção preventiva da dupla tributação, o Estado-Membro em que se situa o bem imóvel não pode, para justificar uma restrição à livre circulação de capitais resultante da sua legislação, invocar a existência da possibilidade, independente da sua vontade, de ser concedido um crédito de imposto pelo Estado-Membro em que o falecido residia à data da sua morte, que pode compensar, total ou parcialmente, o prejuízo sofrido pelos seus herdeiros devido à não consideração, pelo Estado-Membro em que se situa o referido bem imóvel, no cálculo do imposto de transmissão, das dívidas de tornas resultantes de uma partilha testamentária.

De assinalar igualmente o processo *Truck Center* (acórdão de 22 de Dezembro de 2008, C-282/07), em que o Tribunal de Justiça respondeu a um pedido de interpretação das disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais à luz da legislação belga em matéria de imposto sobre as sociedades. Em virtude dessa legislação, os juros pagos por uma sociedade residente a uma sociedade beneficiária residente de outro Estado-Membro eram objecto de uma retenção na fonte (denominada retenção do imposto sobre os rendimentos de valores mobiliários), ao passo que eram isentos dessa retenção os juros pagos a uma sociedade beneficiária residente. O Tribunal de Justiça decidiu que as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais não se opõem a tal legislação fiscal. Depois de recordar que, em matéria de impostos directos, a situação dos residentes e a dos não residentes não são, regra geral, comparáveis, o Tribunal declarou que a diferença de tratamento em causa, que consiste na aplicação de técnicas de tributação diferentes consoante as sociedades em questão estejam estabelecidas na Bélgica ou noutro Estado-Membro, está relacionada com situações que não são objectivamente comparáveis. Com efeito, segundo o Tribunal de Justiça, a posição do Estado belga, os tipos de tributação dos juros, com bases jurídicas diferentes e as situações em que se encontram as sociedades beneficiárias dos juros relativamente à cobrança do imposto são diferentes consoante as sociedades beneficiárias

dos referidos juros sejam ou não residentes. O Tribunal declarou igualmente que a diferença de tratamento resultante da regulamentação em causa não confere necessariamente uma vantagem às sociedades beneficiárias residentes pois, por um lado, estas são obrigadas a efectuar pagamentos antecipados do imposto sobre as sociedades e, por outro, a taxa do referido imposto aplicada aos juros pagos a uma sociedade não residente é claramente inferior à do imposto sobre as sociedades, que incide sobre os rendimentos das sociedades residentes beneficiárias de juros. Nestas condições, a diferença de tratamento assim criada não constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais.

Em matéria de livre circulação de trabalhadores, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre o reconhecimento de diplomas obtidos na sequência de formações ministradas no quadro de «acordos de homologação».

No processo *Comissão/Grécia* (acórdão de 23 de Outubro de 2008, C-274/05), a Comissão criticava a República Helénica por não reconhecer os diplomas emitidos pelas autoridades competentes de outros Estados-Membros na sequência de formações ministradas no âmbito do acordo em virtude do qual uma formação ministrada por um organismo privado na Grécia é homologada pelas referidas autoridades e por atribuir ao Conselho responsável pelo reconhecimento da equivalência dos diplomas de ensino superior a competência para apreciar os requisitos exigidos para a emissão e a natureza do estabelecimento no qual o titular seguiu a sua formação. Tendo em conta as disposições da Directiva 89/48⁽²²⁾ na redacção dada pela Directiva 2001/19⁽²³⁾, o Tribunal de Justiça declarou, em primeiro lugar, que resulta do artigo 1.º, alínea a), primeiro parágrafo, da referida directiva que a expressão «preponderantemente adquirida na Comunidade» abrange tanto a formação inteiramente adquirida no Estado-Membro que emitiu o título de formação em causa como a parcialmente ou inteiramente adquirida noutro Estado-Membro. Em segundo lugar, apesar de o método de reconhecimento dos diplomas de ensino superior, como previsto pela referida directiva, não conduzir a um reconhecimento automático e incondicional dos diplomas e das qualificações profissionais em causa, nomeadamente, no que respeita à possibilidade prevista no artigo 4.º da mesma directiva de os Estados-Membros imporem medidas de compensação, o Tribunal de Justiça considerou que a escolha do tipo de medidas de compensação cabe ao requerente do reconhecimento de diploma, não apenas relativamente às profissões que exigem conhecimentos do direito nacional, mas igualmente para todas as outras profissões que são objecto de disposições específicas diferentes. Em terceiro lugar, o Tribunal afirmou que, por força do artigo 8.º, n.º 1, dessa directiva, cabe exclusivamente às autoridades que emitem os diplomas verificar, à luz das normas aplicáveis nos seus sistemas de formação profissional, as condições exigidas para a emissão

(22) Directiva 89/48/CEE do Conselho de 21 de Dezembro de 1988 relativa a um sistema geral de reconhecimento dos diplomas de ensino superior que sancionam formações profissionais com uma duração mínima de três anos (JO L 19, p. 16).

(23) Directiva 2001/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Maio de 2001, que altera as Directivas 89/48/CEE e 92/51/CEE, relativas ao sistema geral de reconhecimento das formações profissionais, e as Directivas 77/452/CEE, 77/453/CEE, 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/1026/CEE, 78/1027/CEE, 80/154/CEE, 80/155/CEE, 85/384/CEE, 85/432/CEE, 85/433/CEE e 93/16/CEE relativas às profissões de enfermeiro responsável por cuidados gerais, dentista, veterinário, parteira, arquitecto, farmacêutico e médico (JO L 206, p. 1).

e a natureza do estabelecimento no qual o titular seguiu a sua formação. Em contrapartida, o Estado-Membro de acolhimento não pode examinar o fundamento com base no qual os diplomas foram emitidos. Por último, o Tribunal de Justiça declarou que, em conformidade com o artigo 3.º da referida directiva, o Estado-Membro de acolhimento deve permitir, no sector público, a reclassificação num grau superior de pessoas contratadas a um nível inferior àquele que poderiam ter atingido se os seus diplomas tivessem sido reconhecidos pela autoridade competente.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça prosseguiu na elaboração da sua jurisprudência em matéria de segurança social de trabalhadores migrantes em dois processos relativos à interpretação das disposições do Regulamento n.º 1408/71 ⁽²⁴⁾. O processo *Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon* (acórdão de 1 de Abril de 2008, C-212/06) tinha por objecto um regime de seguro de assistência aplicado pelo Governo flamengo do Reino da Bélgica na região de língua neerlandesa e na região bilingue de Bruxelas-Capital. Este regime previa, em determinadas condições e até um determinado montante, o pagamento por uma caixa de seguro de determinadas despesas resultantes de um estado de dependência ocasionado por razões de saúde. A inscrição nesse regime estava aberta apenas às pessoas residentes nas regiões referidas e às pessoas que trabalhassem no território das referidas regiões e residissem num Estado-Membro diferente da Bélgica. As pessoas que, apesar de trabalharem na região de língua neerlandesa ou na região bilingue de Bruxelas-Capital, residissem noutra parte do território nacional eram excluídas desse regime. Após confirmar que as prestações pagas a título de um regime como o do seguro de assistência em questão estão abrangidas pelo âmbito de aplicação material do Regulamento n.º 1408/71, o Tribunal de Justiça recordou que os artigos 39.º CE e 43.º CE se opõem a qualquer medida nacional que, embora aplicável sem discriminação em razão da nacionalidade, seja susceptível de afectar ou de tornar menos atractivo o exercício, pelos nacionais comunitários, das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado. Consequentemente, os artigos 39.º CE e 43.º CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação de uma entidade federada de um Estado-Membro, como a que regula um seguro de assistência, que limita a inscrição num regime de segurança social e o direito às prestações por este previstas às pessoas que residem no território abrangido pela competência dessa entidade ou que exercem uma actividade profissional nesse mesmo território, mas residem noutro Estado-Membro, na medida em que tal limitação afecta os cidadãos de outros Estados-Membros ou os cidadãos nacionais que tenham feito uso do seu direito de livre circulação no interior da Comunidade Europeia.

O artigo 13.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 1408/71, na redacção dada pelo Regulamento n.º 647/2005 ⁽²⁵⁾, prevê que a pessoa que exerça uma actividade assalariada no território de um Estado-Membro está sujeita à legislação desse Estado, mesmo se

⁽²⁴⁾ Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14 de Junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade (JO L 149, p. 2; EE 05 F1, p. 98).

⁽²⁵⁾ Regulamento (CE) n.º 647/2005 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Abril de 2005, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade e o Regulamento (CEE) n.º 574/72 do Conselho que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 (JO L 117, p. 1).

residir no território de outro Estado-Membro. No processo *Bosmann* (acórdão de 20 de Maio de 2008, C-352/06), o Tribunal de Justiça examinou a situação de um trabalhador privado de prestações familiares pelo seu Estado-Membro de residência em razão da prossecução de um emprego noutro Estado-Membro. O Tribunal sublinhou que o artigo 13.º, n.º 2, alínea a), deve ser interpretado à luz do artigo 42.º CE que visa facilitar a livre circulação de trabalhadores e implica, designadamente, que os trabalhadores migrantes não devem perder direitos a prestações de segurança social, nem sofrer uma redução do montante das mesmas pelo facto de terem exercido o direito à livre circulação conferido pelo Tratado. O Tribunal de Justiça deduz daqui que o Estado-Membro da residência não pode ser privado da possibilidade de conceder abono de família a quem reside no seu território e que a referida disposição do regulamento não se opõe a que um trabalhador migrante, sujeito ao regime de segurança social do Estado-Membro de emprego, receba, em aplicação da legislação nacional do Estado-Membro de residência, prestações familiares neste último Estado. Compete ao órgão jurisdicional nacional determinar se as circunstâncias do caso são pertinentes para apreciar se o trabalhador preenche os requisitos de concessão de tal prestação familiar em virtude da legislação do Estado-Membro em questão.

Transportes

Quatro processos merecem especial atenção em matéria de transportes.

No que respeita ao transporte rodoviário, a propósito de condutores aos quais foi recusado o reconhecimento da sua carta de condução, obtida na República Checa após a apreensão administrativa da sua carta de condução alemã por causa do consumo de droga ou de álcool, o Tribunal de Justiça indicou, nos processos apensos *Wiedemann e Funk* (acórdão de 28 de Maio de 2008, C-329/06 e C-343/06), que a Directiva n.º 91/439, relativa à carta de condução ⁽²⁶⁾, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro recuse reconhecer no seu território a validade de uma carta de condução emitida posteriormente por outro Estado-Membro até que o seu titular reúna as condições exigidas nesse primeiro Estado para a emissão de uma nova carta de condução após a apreensão de uma carta anterior, incluindo o exame de aptidão para a condução que ateste que os fundamentos que justificaram a referida apreensão já não existem. Todavia, essa directiva não se opõe a que um Estado-Membro recuse o reconhecimento, no seu território, do direito de conduzir resultante de uma carta de condução emitida posteriormente por outro Estado-Membro se se demonstrar, com base nas menções que constam da mesma ou noutras informações incontestáveis do Estado-Membro de emissão que, quando a referida carta foi emitida, o seu titular, que foi objecto, no território do primeiro Estado-Membro de uma medida de apreensão de uma carta anterior, não tinha a sua residência normal no território do Estado-Membro de emissão. Por outro lado, a referida directiva opõe-se a que um Estado-Membro suspenda provisoriamente o direito de conduzir resultante de uma carta de condução emitida por outro Estado-Membro quando este último Estado-Membro examina os termos em que essa carta foi emitida.

⁽²⁶⁾ Directiva 91/439/CEE do Conselho, de 29 de Julho de 1991, relativa à carta de condução (JO L 237, p. 1), alterada pelo Regulamento (CE) n.º 1882/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Setembro de 2003 (JO L 284, p. 1).

No que respeita ao transporte aéreo, no âmbito de um litígio que opunha um passageiro a uma companhia aérea que recusava indemnizá-lo pela anulação de um voo com partida de Manila (Filipinas), o Tribunal de Justiça declarou, no processo *Emirates Airlines* (acórdão de 10 de Julho de 2008, C-173/07), que uma viagem de ida e volta não pode ser considerada como um voo único para efeitos do Regulamento n.º 261/2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros ⁽²⁷⁾. Por conseguinte, o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do referido regulamento, que prevê a aplicação desse regulamento aos passageiros que partem de um aeroporto localizado no território de um Estado-Membro a que o Tratado se aplica, deve ser interpretado no sentido de que não é aplicável às situações em que está em causa uma viagem de ida e volta no âmbito da qual os passageiros que partiram inicialmente de um aeroporto situado no território de um Estado-Membro ao qual o Tratado se aplica regressam a esse aeroporto num voo com partida de um aeroporto situado num país terceiro. A circunstância de o voo de ida e o voo de regresso serem objecto de uma reserva única é irrelevante para a interpretação dessa disposição.

Ainda a propósito do transporte aéreo, no processo *Wallentin-Hermann* (de 22 de Dezembro de 2008, C-549/07), o Tribunal de Justiça teve de interpretar o artigo 5.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 261/2004 que tem por objecto a indemnização de passageiros em caso de cancelamento de um voo e o conceito de «circunstâncias extraordinárias». O Tribunal de Justiça decidiu que um problema técnico detectado numa aeronave e que implica o cancelamento de um voo não se enquadra no conceito de «circunstâncias extraordinárias» na acepção dessa disposição, salvo se esse problema decorrer de eventos que, pela sua natureza ou origem, não são inerentes ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e escapem ao seu controlo efectivo. Embora um problema técnico de uma aeronave possa ser considerado uma das falhas inesperadas para a segurança do voo, essas circunstâncias não podem porém ser qualificadas de extraordinárias, visto que um problema técnico originado por uma falha na manutenção de um aparelho deve ser considerado inerente ao exercício normal da actividade da transportadora aérea. Precisou que a Convenção de Montreal não é determinante para a interpretação desse conceito. Além disso, o Tribunal acrescentou que a frequência dos problemas técnicos verificada numa transportadora aérea não é, *per se*, um elemento que permita concluir pela presença ou não de «circunstâncias extraordinárias», na acepção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004. Por último, o Tribunal de Justiça declarou que o facto de uma transportadora aérea ter cumprido as regras mínimas de manutenção de uma aeronave não basta, por si só, para provar que essa transportadora tomou «todas as medidas razoáveis», na acepção desse artigo, e, conseqüentemente, para exonerar a referida transportadora da sua obrigação de indemnizar, prevista nos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), e 7.º, n.º 1, desse regulamento. Assim, uma vez que nem todas as circunstâncias extraordinárias isentam de responsabilidade, mas somente aquelas que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis, incumbe a quem as pretende invocar provar que não poderiam ter sido evitadas através de medidas adaptadas à situação, a não ser à custa de sacrifícios insuportáveis face às capacidades da sua empresa.

⁽²⁷⁾ Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91 (JO L 46, p. 1).

No que respeita ao transporte marítimo, o Tribunal de Justiça declarou, no processo *The International Association of Independent Tanker Owners e o.* (acórdão de 3 de Junho de 2008, C-308/06), que o artigo 4.º da Directiva 2005/35/CE relativa à poluição por navios⁽²⁸⁾, lido em conjugação com o artigo 8.º desta última, ao obrigar os Estados-Membros a sancionarem as descargas de substâncias poluentes efectuadas por navios se tiverem sido cometidas «com dolo, mera culpa ou negligência grave», sem no entanto definir estes conceitos, não viola o princípio geral da segurança jurídica na medida em que impõe aos Estados-Membros que sancionem as descargas de substâncias poluentes efectuadas por navios cometidas com «negligência grave». Com efeito, estes diferentes conceitos, designadamente o de «negligência grave», correspondem a critérios para se incorrer em responsabilidade, susceptíveis de se aplicarem a um número indefinido de situações impossíveis de antecipar e não a comportamentos precisos susceptíveis de ser detalhados num acto normativo, de direito comunitário ou de direito nacional. Além disso, estes conceitos estão plenamente integrados e são utilizados nos sistemas jurídicos respectivos dos Estados-Membros. A este respeito, o conceito de «negligência grave», na acepção do referido artigo 4.º, deve ser entendido no sentido de que implica uma acção ou omissão involuntária, através da qual a pessoa responsável viola, de forma caracterizada, o dever de diligência que deveria e teria podido respeitar tendo em conta as suas qualidades, os seus conhecimentos, as suas aptidões e a sua situação individual. Por último, em conformidade com o artigo 249.º CE, a Directiva 2005/35 deve ser transposta pelos Estados-Membros para os ordenamentos jurídicos respectivos. Deste modo, a própria definição das infracções visadas no artigo 4.º desta directiva e as sanções aplicáveis são aquelas que resultam das regras decretadas pelos Estados-Membros.

Regras da concorrência

Quatro acórdãos merecem especial atenção no que respeita às regras de concorrência aplicáveis às empresas.

No que respeita aos conceitos de empresa e de actividade económica, o Tribunal de Justiça declarou no processo *MOTOE* (acórdão de 1 de Julho de 2008, C-49/07) que uma pessoa colectiva cujas actividades consistam em organizar competições desportivas e em celebrar, nesse âmbito, contratos de patrocínio, de publicidade e de seguro, destinados a explorar comercialmente essas competições, constituindo uma fonte de rendimentos para essa entidade, deve ser qualificada de empresa na acepção do direito comunitário da concorrência. Essa qualificação não é posta em causa pelo facto de essa entidade não prosseguir fins lucrativos, nem pelo facto de dispor do poder de emitir um parecer favorável sobre os pedidos de autorização apresentados às autoridades públicas com vista à organização de competições, devendo a participação dessa entidade no processo decisório das autoridades distinguir-se das actividades económicas que exerce, como a organização e a exploração comercial das competições. O Tribunal recordou igualmente que o facto de uma actividade económica ter uma relação com o desporto não obsta à aplicação das regras do Tratado. Por último, através desse acórdão, o Tribunal de Justiça

⁽²⁸⁾ Directiva 2005/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Setembro de 2005, relativa à poluição por navios e à introdução de sanções em caso de infracções (JO L 255, p. 11).

declarou que os artigos 82.º CE e 86.º CE se opõem a uma legislação nacional que confere a uma pessoa colectiva, que organiza competições desportivas e celebra nesse âmbito contratos de patrocínio, de publicidade e de seguro, o poder de emitir um parecer favorável sobre os pedidos de autorização apresentados com vista à organização de tais competições, sem que esse poder esteja sujeito a limites, obrigações e controlo.

No processo *CEPSA* (acórdão de 11 de Setembro de 2008, C-279/06), o Tribunal de Justiça debruçou-se sobre as condições de isenção dos contratos de fornecimento exclusivo de produtos petrolíferos (v., desde logo, acórdão de 14 de Dezembro de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, Colect., p. I-11987). Tal contrato pode estar abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE quando o proprietário da estação de serviço assume, numa proporção não insignificante, riscos financeiros e comerciais associados à venda de produtos petrolíferos a terceiros e quando contenha cláusulas susceptíveis de violar o jogo da concorrência, como a cláusula relativa à fixação do preço de venda ao público. No caso de o proprietário não assumir esses riscos, apenas as obrigações impostas ao proprietário no quadro dos serviços de intermediário oferecidos por este ao comitente, como as cláusulas de exclusividade e de não concorrência, são susceptíveis de estar abrangidas pelo artigo 81.º, n.º 1, CE. No que respeita às condições de isenção, o Tribunal de Justiça considerou que tal contrato é susceptível de beneficiar de uma isenção por categoria em aplicação do Regulamento n.º 1984/83 ⁽²⁹⁾ se respeitar a duração máxima de dez anos e se o fornecedor conceder ao proprietário da estação de serviço, em contrapartida da exclusividade, vantagens económicas importantes que contribuam para uma melhoria da distribuição, facilitem a instalação ou a modernização da estação de serviço e reduzam os custos de distribuição. O Tribunal precisou igualmente as regras aplicáveis aos acordos concluídos na vigência do Regulamento n.º 1984/83 cuja execução se estende para lá da data de expiração deste regulamento. Além disso, no que respeita aos contratos abrangidos pelo Regulamento n.º 2790/1999 ⁽³⁰⁾, uma vez que a isenção prevista no artigo 2.º não se aplica aos acordos verticais que tenham por objecto a restrição da possibilidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, o Tribunal de Justiça decidiu que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se o revendedor tem a possibilidade real de baixar esse preço. Por último, o Tribunal de Justiça precisou que a nulidade absoluta prevista no artigo 81.º, n.º 2, CE só afecta todo o contrato no caso de as cláusulas incompatíveis com o n.º 1 desse artigo não serem separáveis do contrato. Caso contrário, as consequências da nulidade relativamente a todos os outros elementos do contrato não estão abrangidas pelo direito comunitário.

Em matéria de abuso de posição dominante, de salientar o acórdão *Sot. Lélos kai Sia* (acórdão de 16 de Setembro de 2008, C-468/06 a C-478/06) que dá seguimento ao processo *Syfait e o.* (acórdão de 31 de Maio de 2005, C-53/03). Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu que o facto de uma empresa farmacêutica em posição dominante no

⁽²⁹⁾ Regulamento (CEE) n.º 1984/83 da Comissão, de 22 de Junho de 1983, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de compra exclusiva (JO L 173, p. 5; EE 08 F2 p. 114) na redacção dada pelo Regulamento (CE) n.º 1582/97 da Comissão de 30 de Julho de 1997 (JO L 214, p. 27).

⁽³⁰⁾ Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 336, p. 21).

mercado de certos medicamentos recusar satisfazer encomendas «normais» feitas por grossistas, a fim de impedir estes últimos de exportar esses medicamentos de um Estado-Membro para outros Estados-Membros constitui um abuso de posição dominante. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal de Justiça examinou se existiam circunstâncias específicas no sector dos produtos farmacêuticos susceptíveis de excluir o carácter abusivo da recusa. Em primeiro lugar, considerou que uma empresa farmacêutica em posição dominante não se pode basear no facto de as exportações paralelas de medicamentos de um Estado-Membro no qual os preços destes são baixos para outros Estados-Membros nos quais os preços são mais elevados terem uma utilidade mínima para o consumidor final. Com efeito, essas exportações constituem uma fonte alternativa de abastecimento, o que comporta necessariamente certas vantagens para o consumidor final. O Tribunal declarou seguidamente que a existência de regulamentações estatais em matéria de preços dos medicamentos também não exclui o carácter abusivo da recusa. Recordou, porém, que uma empresa em posição dominante pode tomar medidas razoáveis e proporcionadas à necessidade de preservar os seus próprios interesses comerciais. Consequentemente, para apreciar se a recusa por parte de uma empresa farmacêutica em posição dominante de abastecer grossistas activos nas exportações paralelas constitui uma medida razoável e proporcionada relativamente à ameaça que essas exportações constituem para os seus interesses comerciais legítimos, há que determinar se as encomendas feitas por esses grossistas têm carácter anormal tendo em conta as relações comerciais anteriores da empresa com os grossistas em causa e o volume das encomendas relativamente às necessidades do mercado do Estado-Membro em questão. O Tribunal de Justiça precisou que incumbe ao órgão jurisdicional nacional de reenvio determinar o carácter «normal» das encomendas tendo em conta esses dois critérios.

Por último, convém chamar a atenção para o acórdão *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala* (acórdão de 10 de Julho de 2008, C-413/06 P) mediante o qual o Tribunal de Justiça anulou o acórdão do Tribunal de Primeira Instância *Impala/Comissão* (acórdão de 13 de Julho de 2006, T-464/04, Colect., p. II-2289) e fez numerosas precisões quanto às exigências em matéria de prova e ao alcance da fiscalização jurisdicional em matéria de concentrações. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça declarou que não existe uma presunção geral de compatibilidade com o mercado comum de uma concentração notificada e que as decisões que autorizam concentrações não estão sujeitas a exigências de prova diferentes das aplicáveis às decisões que proíbem essas operações. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça recordou que a Comissão pode afastar-se, na sua decisão, das conclusões provisórias da comunicação de acusações. Assim, embora o Tribunal de Primeira Instância possa verificar o carácter correcto, completo e fiável dos factos na base da decisão à luz da comunicação de acusações, não deve atribuir um carácter assente às conclusões da mesma. Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça precisou que não se pode censurar às partes notificantes o facto de só apresentarem determinados elementos no quadro da sua argumentação em resposta à comunicação de acusações e de esses elementos não estarem sujeitos a maiores exigências de prova do que as impostas em relação à argumentação de terceiros ou em relação aos elementos apresentados pelas empresas notificantes. Além disso, o Tribunal de Justiça declarou que, quando a Comissão examina, na sua decisão, a argumentação em resposta à comunicação de acusações, pode afastar-se das conclusões provisórias que constam dessa comunicação, sem formular um pedido de esclarecimentos, nem efectuar um estudo de mercado suplementar. Em quarto lugar, o Tribunal de Justiça precisou os critérios jurídicos aplicáveis em matéria de posição

dominante colectiva resultante de uma coordenação tácita e declarou que a apreciação desses critérios, incluindo a transparência do mercado em causa, não devia fazer-se de modo isolado e abstracto, mas de acordo com um mecanismo de uma hipotética coordenação tácita. Por último, o Tribunal de Justiça declarou que uma decisão da Comissão que autorize uma operação de concentração pode ser anulada devido a uma insuficiência de fundamentação.

Em matéria de auxílios de Estado, dois acórdãos merecem especial atenção. Um tem por objecto o conceito de auxílio de Estado, e mais precisamente a condição de selectividade da medida e outro a problemática dos auxílios ilegais mas compatíveis.

Assim, nos processos apensos *Unión General de Trabajadores de La Rioja* (acórdão de 11 de Setembro de 2008, C-428/06 a C-434/06), o Tribunal de Justiça foi chamado a apreciar a questão de saber se medidas fiscais estatais adoptadas por entidades infra-estatais fixando uma taxa de imposto inferior à taxa geral de imposto do Estado espanhol e instaurando deduções à colecta que não existem no ordenamento fiscal estatal, devem ser consideradas auxílios de Estado incompatíveis com o mercado comum pelo simples facto de só se aplicarem no território dessas entidades. Indicou que compete ao órgão jurisdicional de reenvio, o único competente para identificar e interpretar o direito nacional aplicável, bem como para aplicar o direito comunitário aos litígios nele pendentes, verificar, em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Setembro de 2006, *Portugal/Comissão* (C-88/03, Colect., p. I-7115), se as entidades infra-estatais em causa, no caso, os Territórios Históricos e a Comunidade Autónoma do País Basco, dispõem de uma autonomia institucional, procedimental e económica, o que terá por consequência que as normas adoptadas nos limites das competências atribuídas a essas entidades infra-estatais pela Constituição espanhola de 1978 e pelas outras disposições do direito espanhol não têm carácter selectivo na acepção do conceito de auxílio de Estado, conforme referido no artigo 87.º, n.º 1, CE. O Tribunal de Justiça teve assim a ocasião de precisar, em relação ao acórdão referido, que essa autonomia exige que as entidades infra-estatais assumam as consequências políticas e financeiras de uma medida de redução do imposto. Não é esse o caso quando essas entidades não assumem a gestão de um orçamento, ou seja, não possuem o controlo das receitas e das despesas. Por outro lado, as consequências financeiras de uma redução da taxa de imposto nacional não devem ser compensadas por contribuições ou subvenções, declaradas ou resultantes apenas do exame concreto de fluxos financeiros, provenientes das outras regiões ou do Governo central.

No processo *Centre d'exploitation du livre français* (acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 2008, C-199/06, Colect., p. I-469), o Tribunal de Justiça declarou que, embora o direito comunitário imponha ao juiz nacional que ordene as medidas adequadas a remediar efectivamente os efeitos da ilegalidade, não lhe impõe, mesmo na falta de circunstâncias excepcionais, a obrigação de recuperação integral do auxílio ilegal. Com efeito, o artigo 88.º, n.º 3, último período, CE assenta no objectivo cautelar de garantir que só seja dada execução aos auxílios compatíveis. Para concretizar este objectivo, a execução de um projecto de auxílio é diferida até que a dúvida quanto à sua compatibilidade seja afastada pela decisão final da Comissão. Quando a Comissão adopta uma decisão positiva, verifica-se que esse objectivo não foi contrariado pela concessão prematura do auxílio. Contudo, nesse caso, do ponto de vista de operadores diferentes do beneficiário desse auxílio, a ilegalidade do auxílio no momento do seu pagamento teve o efeito de, por um

lado, os expor ao risco, que acabou por não se concretizar, da execução de um auxílio incompatível e, por outro, de os fazer eventualmente sofrer, mais cedo do que o devido, os efeitos, em termos de concorrência, de um auxílio compatível. Do ponto de vista do beneficiário do auxílio, o benefício indevido consistiu, por um lado, em não pagar os juros que teria tido de suportar sobre o montante em causa do auxílio compatível, se tivesse de contrair um empréstimo no mercado enquanto aguardava a decisão da Comissão e, por outro, na melhoria da sua posição concorrencial face aos outros operadores do mercado enquanto durou a ilegalidade. Por este motivo, o tribunal nacional está obrigado, por força do direito comunitário, a ordenar ao beneficiário do auxílio o pagamento dos juros relativos ao período de duração da ilegalidade. O Tribunal de Justiça precisou igualmente que, no âmbito do seu direito nacional, o tribunal nacional pode eventualmente ordenar ainda a recuperação do auxílio ilegal, sem prejuízo do direito do Estado-Membro de voltar a executá-lo ulteriormente. Pode também ser levado a dar provimento a pedidos de indemnização dos prejuízos causados pela ilegalidade.

Além disso, o Tribunal de Justiça precisou nesse acórdão que, quando o juiz comunitário anula uma decisão da Comissão que declara a compatibilidade com o mercado comum de auxílios que, em violação da proibição prevista pelo artigo 88.º, n.º 3, último período, CE, foram executados sem esperar pela decisão final da Comissão, a presunção de legalidade dos actos das instituições comunitárias e a regra da retroactividade da anulação aplicam-se sucessivamente. Os auxílios executados posteriormente à decisão positiva da Comissão presumem-se legais até à decisão de anulação do tribunal comunitário e, em seguida, à data desta última decisão, em consonância com o artigo 231.º, primeiro parágrafo, CE, considera-se que não foram declarados compatíveis pela decisão anulada, pelo que a execução dos mesmos deve ser considerada ilegal. Neste caso, a regra resultante do artigo 231.º, primeiro parágrafo, CE faz cessar, com efeitos retroactivos, a aplicação da presunção de legalidade. Assim, a obrigação que resulta do artigo 88.º, n.º 3, último período, CE de remediar os efeitos da ilegalidade também se estende, para efeitos do cálculo das quantias a saldar pelo beneficiário e salvo circunstâncias excepcionais, ao período entre a adopção da decisão positiva da Comissão e a sua anulação pelo tribunal comunitário.

Fiscalidade

Em matéria de imposto sobre o valor acrescentado, merece menção o processo *Isle of Wight Council e o.* (acórdão de 16 de Setembro de 2008, C-288/07), no qual o Tribunal de Justiça precisou o alcance de vários termos que figuram no artigo 4.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Directiva 77/388/CEE relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios ⁽³¹⁾. O Tribunal de Justiça declarou que as distorções de concorrência significativas às quais pode conduzir a não sujeição ao IVA dos organismos de direito público que actuam enquanto autoridades públicas devem ser avaliadas por referência à actividade em causa, enquanto tal, e não a um mercado local em particular. O Tribunal precisou igualmente que a expressão «possa conduzir», na acepção do referido artigo, deve ser interpretada no sentido de que tem em

⁽³¹⁾ Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme (JO L 145, p. 1).

consideração não só a concorrência actual mas também a concorrência potencial, na medida em que a possibilidade de um operador privado entrar no mercado relevante seja real e não puramente hipotética. Quanto ao termo «significativas», no sentido do mesmo artigo, deve ser entendido no sentido de que as distorções de concorrência actuais ou potenciais devem ser mais do que insignificantes.

Aproximação das legislações e legislações uniformes

Mais uma vez, a jurisprudência revelou-se particularmente rica neste domínio em que a União Europeia regista uma intensa actividade. Salienta-se em primeiro lugar uma série de acórdãos que vieram completar a jurisprudência já abundante em matéria de contratos públicos.

No processo *Michaniki* (acórdão de 16 de Dezembro de 2008, C-213/07), o Tribunal de Justiça resolveu a questão de saber se os Estados-Membros têm a faculdade de acrescentar na sua legislação nacional outras causas de exclusão de um concorrente para além das previstas pelas directivas comunitárias pertinentes. O Tribunal de Justiça declarou que o artigo 24.º, primeiro parágrafo, da Directiva n.º 93/37⁽³²⁾ deve ser interpretado no sentido de que enumera de forma exaustiva as causas de exclusão baseadas em considerações objectivas sobre a qualidade profissional, susceptíveis de justificar a exclusão de um empreiteiro da participação num processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas, mas não impede que um Estado-Membro preveja outras medidas de exclusão com o fim de garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência, desde que essas medidas não vão além do que for necessário para alcançar esse objectivo. Tendo conferido aos Estados-Membros uma certa margem de apreciação, o direito comunitário não se opõe à adopção de medidas nacionais destinadas a afastar o risco de ocorrência de práticas susceptíveis de ameaçar a transparência e de falsear a concorrência, que poderia surgir se entre os concorrentes estivesse presente um empreiteiro que exerce uma actividade no sector dos meios de comunicação social ou com ligações a uma pessoa envolvida nesse sector, e a prevenir ou reprimir, assim, a fraude e a corrupção. Todavia, uma disposição nacional que institui uma incompatibilidade geral entre o sector das obras públicas e o sector dos meios de comunicação social, tem como consequência excluir da adjudicação de contratos públicos determinados empreiteiros também envolvidos no sector dos meios de comunicação social por serem proprietários, accionistas importantes, sócios ou directores, sem lhes dar a possibilidade de demonstrarem que não existe um risco real desse tipo. Assim, ao excluir toda uma categoria de empreiteiros de obras públicas com base na referida presunção inilidível, tal disposição vai além do que é necessário para alcançar os objectivos alegados.

No processo *Coditel Brabant* (acórdão de 13 Novembro de 2008, C-324/07), o Tribunal de Justiça decidiu que os artigos 43.º CE e 49.º CE, os princípios da igualdade e da não discriminação em razão da nacionalidade e o dever de transparência que deles decorre

(32) Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54).

não se opõem a que uma autoridade pública adjudique, sem realização de concurso, uma concessão de serviços públicos a uma sociedade cooperativa intermunicipal cujos associados são todas autoridades públicas, quando estas autoridades públicas exerçam sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços e quando a referida sociedade realize o essencial da sua actividade com essas autoridades públicas. É necessário que haja uma possibilidade de influência determinante, tanto sobre os objectivos estratégicos como sobre as decisões importantes da entidade concessionária. Daqui resulta que, em circunstâncias nas quais as decisões relativas às actividades da referida sociedade cooperativa intermunicipal detida exclusivamente por autoridades públicas são tomadas por órgãos estatutários dessa sociedade compostos por representantes das autoridades públicas associadas, o controlo exercido pode ser entendido no sentido de permitir que exerçam sobre aquela sociedade um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços.

No caso de uma autoridade pública se associar a uma sociedade cooperativa intermunicipal cujos associados são todas autoridades públicas, a fim de transferir para esta a gestão de um serviço público, o controlo, para ser qualificado de análogo ao controlo exercido por uma entidade pública sobre os seus próprios serviços, pode ser exercido de forma conjunta através de deliberações, se for caso disso, aprovadas por maioria. Com efeito, o controlo da autoridade pública concedente deve ser análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços, mas não tem que ser idêntico em todos os pontos. É necessário que o controlo exercido sobre a entidade concessionária seja efectivo, mas não é indispensável que seja individual. Assim, há que admitir que, quando diversas autoridades públicas detêm uma entidade concessionária à qual confiam a execução de uma das suas missões de serviço público, o controlo que essas autoridades públicas exercem sobre esta entidade pode ser exercido de forma conjunta por estas últimas. Relativamente a um órgão colegial, o processo utilizado para a tomada de decisão, designadamente o recurso à aprovação por maioria, é irrelevante.

Num processo *Comissão/Itália* (acórdão de 21 de Fevereiro de 2008, C-412/04), o Tribunal de Justiça decidiu que um Estado-Membro que submete à legislação nacional sobre contratos de empreitada de obras públicas os contratos mistos de empreitada de obras, de fornecimento e de serviços, bem como os contratos de fornecimento ou de serviços que compreendam obras acessórias se essas obras representarem mais de 50% do preço total do contrato em causa, não cumpre as obrigações que lhe incumbem por força das Directivas 92/50⁽³³⁾, 93/36⁽³⁴⁾ e 93/37⁽³⁵⁾. Efectivamente, quando um contrato contenha simultaneamente elementos de um contrato de empreitada de obras públicas e elementos de outro tipo de contrato, é o objecto principal do contrato que determina qual a directiva comunitária em matéria de contratos públicos aplicável. Essa determinação deve ocorrer atendendo às obrigações essenciais que prevalecem e que, como tais, caracterizam esse contrato, por oposição às que revestem apenas um carácter acessório ou complementar e

⁽³³⁾ Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1).

⁽³⁴⁾ Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1).

⁽³⁵⁾ Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54).

que são impostas pelo próprio objecto do contrato, sendo o montante respectivo das diferentes prestações em causa, a este respeito, um mero critério entre outros a ter em conta para efeitos da referida determinação. O Tribunal declarou igualmente que uma vez que o contrato celebrado entre um particular, proprietário de terrenos a urbanizar, e a administração autárquica satisfaça os critérios do conceito de «contrato de empreitada de obras públicas», na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37, o valor estimado que deve em princípio ser tomado em consideração para verificar se o limiar fixado por essa directiva é atingido e se, por conseguinte, a adjudicação do contrato cumpre as regras de publicidade que a mesma estabelece, só pode ser determinado à luz do valor global dos diferentes trabalhos e obras obtido através da soma dos diferentes lotes. As únicas excepções permitidas à aplicação das Directivas 92/50 e 93/38 ⁽³⁶⁾ são aquelas que aí estão limitadas e expressamente mencionadas.

Noutro processo *Comissão/Itália* (acórdão de 8 de Abril de 2008, C-337/05) colocou-se a questão de saber se um Estado-Membro podia atribuir directamente a uma empresa, sem observar os procedimentos previstos na Directiva 93/36 ⁽³⁷⁾, contratos para a aquisição de helicópteros, a fim de prover às necessidades de vários corpos militares e civis. O Tribunal declarou, em primeiro lugar, que tal prática não pode ser justificada pela existência de uma relação «in house» se uma empresa privada tem, no capital da sociedade que produz os referidos helicópteros, na qual a entidade adjudicante em causa é igualmente accionista, uma participação, ainda que minoritária, que impede que a referida entidade possa exercer sobre a referida sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

Por outro lado, no que respeita ao recurso às exigências legítimas de interesse nacional previstas nos artigos 296.º CE e 2.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 93/36, dado que estes helicópteros são bens de utilização dupla, o Tribunal de Justiça recorda que qualquer Estado-Membro pode tomar as medidas que considere necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra, desde que, porém, essas medidas não alterem as condições da concorrência no mercado comum, no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares. Consequentemente, a compra de equipamentos, cuja utilização para fins militares não é certa, deve necessariamente observar as regras relativas à adjudicação dos contratos públicos. É esse o caso do fornecimento de helicópteros a corpos militares para utilização civil e nem mesmo um dever de confidencialidade pode impedir a observância dessas regras. Consequentemente, o procedimento de negociação é excepcional e só deve ser aplicado em casos taxativamente enumerados. Uma vez que a Directiva 93/36 deve ser objecto de uma interpretação estrita, sob pena de se ver privada do seu efeito útil, os Estados-Membros não podem admitir casos de recurso ao procedimento de negociação não previstos nesta directiva, ou acrescentar aos casos expressamente previstos novas condições que tenham por efeito facilitar o recurso ao referido procedimento. Além disso, é a quem pretende

⁽³⁶⁾ Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84).

⁽³⁷⁾ V. nota 34.

invocar uma derrogação que incumbe provar que as circunstâncias excepcionais que justificam essa derrogação se verificam efectivamente.

Mencionam-se de seguida, a esmo, se assim se pode dizer, outros acórdãos que apresentam um interesse particular.

No processo *Synthon* (acórdão de 16 de Outubro de 2008, C-452/06), o Tribunal de Justiça interpretou o artigo 28.º da Directiva 2001/83 ⁽³⁸⁾ tendo declarado que este se opõe a que um Estado-Membro, a quem foi apresentado um pedido de reconhecimento mútuo de uma autorização de introdução no mercado de um medicamento para uso humano emitida por outro Estado-Membro de acordo com o procedimento abreviado previsto no artigo 10.º, n.º 1, alínea a), iii), da mesma directiva, indefira este pedido com o fundamento de que o medicamento em causa não é essencialmente similar ao medicamento de referência. Com efeito, a existência de um risco para a saúde pública constitui o único motivo que um Estado-Membro tem o direito de invocar para se opor ao reconhecimento de uma autorização de introdução no mercado concedida por outro Estado-Membro. Além disso, o Estado-Membro que pretenda invocar tal motivo está obrigado a conformar-se a um processo de informação, de concertação e de arbitragem especificamente previsto.

O Tribunal de Justiça acrescentou que, na hipótese de o Estado-Membro não ter de fazer opções normativas e dispor de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida ou mesmo inexistente, a simples infracção ao direito comunitário pode bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário. Por conseguinte, uma vez que o artigo 28.º da referida directiva apenas confere ao Estado-Membro a quem foi submetido um pedido de reconhecimento mútuo uma margem de apreciação muito restrita no que respeita às razões pelas quais este Estado tem o direito de se abster de reconhecer a autorização de introdução no mercado em causa, o facto de um Estado-Membro não reconhecer essa autorização com o fundamento de que o medicamento em causa não é essencialmente similar ao medicamento de referência ou pertence a uma categoria de medicamentos relativamente aos quais uma prática geral do Estado-Membro em questão exclui que possa ser considerado essencialmente similar ao medicamento de referência, constitui uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário, susceptível de desencadear a responsabilidade deste Estado-Membro.

No processo *Arcor* (acórdão de 17 de Julho de 2008, C-152/07 a C-154/07), relativo ao sector das telecomunicações, o Tribunal de Justiça decidiu que o artigo 12.º, n.º 7, da Directiva 97/33 ⁽³⁹⁾ e o artigo 4.º C da Directiva 90/388 ⁽⁴⁰⁾ devem ser interpretados no sentido de que uma autoridade reguladora nacional não pode obrigar um operador de

⁽³⁸⁾ Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano (JO L 311, p. 67).

⁽³⁹⁾ Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA) (JO L 199, p. 32), como alterada pela Directiva 98/61/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Setembro de 1998 (JO L 268, p. 37).

⁽⁴⁰⁾ Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações (JO L 192, p. 10), como alterada pela Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996 (JO L 74, p. 13).

rede de ligação interligada a uma rede pública a pagar ao operador da rede de assinantes que domina o mercado um encargo de ligação suplementar a um encargo de interligação, destinado a compensar o défice em que este último incorreu em resultado da disponibilização da ligação ao lacete local. Com efeito, o artigo 12.º, n.º 7, da Directiva 97/33 não permite a uma autoridade reguladora nacional autorizar um encargo de ligação cuja tarifa não seja fixada em função dos custos, quando apresenta as mesmas características de um encargo de interligação e é pago em acréscimo a esse encargo. Além disso, o efeito de tal encargo é apenas o de proteger o operador da rede de assinantes que domina o mercado levando a um financiamento do seu próprio défice pelos assinantes de outros operadores de redes interligadas, que se produz à margem de um financiamento das obrigações de serviço universal e é contrário ao princípio da livre concorrência. Os referidos artigos produzem efeito directo e podem ser directamente invocados perante um órgão jurisdicional nacional por particulares para impugnar uma decisão da autoridade reguladora nacional.

No processo *Tele2 Telecommunication* (acórdão de 21 de Fevereiro de 2008, C-426/05, Colect., p. I-685), relativo às redes e serviços de comunicações electrónicas visados pela Directiva 2002/21/CE ⁽⁴¹⁾, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a o conceito de utilizador ou de empresa que tenha sido «prejudicado/a», na acepção do artigo 4.º, n.º 1, da referida directiva ⁽⁴²⁾ e o de partes «abrangidas» na acepção do artigo 16.º, n.º 3, da referida directiva ⁽⁴³⁾. Estes conceitos devem ser interpretados como podendo referir-se não só a uma empresa (anteriormente) com poder de mercado significativo no mercado relevante objecto de uma decisão de uma autoridade reguladora nacional adoptada no âmbito de um procedimento de análise de mercado e de que é destinatária, mas também aos utilizadores e às empresas concorrentes de uma tal empresa que não são eles próprios destinatários desta decisão, mas cujos direitos são lesados pela mesma. No âmbito de tal procedimento, uma disposição de direito nacional que apenas reconhece a qualidade de parte às empresas (anteriormente) com poder de mercado significativo sobre o mercado relevante relativamente às quais são impostas, modificadas ou suprimidas obrigações regulamentares específicas não é, em princípio, contrária ao artigo 4.º já referido. Todavia, compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar que o direito processual interno assegura a salvaguarda dos direitos decorrentes da ordem jurídica comunitária para os referidos utilizadores e para as referidas empresas concorrentes, de forma que não seja menos favorável do que a salvaguarda dos direitos comparáveis de natureza interna e que não prejudique a eficácia da protecção jurídica dos interessados garantida pelo artigo 4.º da referida directiva.

No processo *Sabatauskas e o.* (acórdão de 9 de Outubro de 2008, C-239/07) relativo ao mercado interno da electricidade, o Tribunal de Justiça decidiu que o artigo 20.º da

⁽⁴¹⁾ Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro») (JO L 108, p. 33).

⁽⁴²⁾ Que concede a qualquer utilizador ou empresa que forneça redes e/ou esses serviços de comunicações electrónicas um direito de recurso duma decisão adoptada por uma autoridade reguladora nacional que a afecta.

⁽⁴³⁾ Que confere a esta última o direito de ser informada num prazo adequado de uma decisão que implique a supressão de obrigações regulamentares sectoriais.

Directiva 2003/54⁽⁴⁴⁾ deve ser interpretado no sentido de que só define as obrigações dos Estados-Membros no que respeita ao acesso, e não à ligação de terceiros às redes de transporte e de distribuição de electricidade, e de que não prevê que o sistema de acesso às redes que os Estados-Membros são obrigados a pôr em prática deve permitir ao cliente elegível escolher de forma discricionária o tipo de rede a que se pretende ligar. O referido artigo não se opõe a uma regulamentação nacional que prevê que os equipamentos de um cliente elegível só podem ser ligados a uma rede de transporte se o operador de uma rede de distribuição recusar, devido a exigências técnicas ou de exploração impostas, ligar à sua rede os equipamentos do cliente elegível, situados na zona de actividade definida na sua licença. Todavia, é ao órgão jurisdicional nacional que compete verificar se a implementação e a aplicação desse sistema se fazem de acordo com critérios objectivos e não discriminatórios entre os utilizadores das redes.

Em matéria de protecção de dados pessoais, de salientar o processo *Huber* (acórdão de 16 de Dezembro de 2008, C-524/06), sobre o sistema alemão de tratamento de dados pessoais relativos a cidadãos da União não nacionais alemães, sistema que previa o tratamento e a conservação de dados relativos a esses nacionais estrangeiros num registo especial contidos, por seu turno, nos registos municipais. Interrogado sobre a compatibilidade de tal sistema com o artigo 7.º, alínea e), da Directiva 95/46/CE relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados⁽⁴⁵⁾, o Tribunal declarou que um sistema que tenha por objectivo dar apoio às administrações encarregadas da aplicação da legislação sobre o direito de residência só cumpre a exigência da necessidade prevista no referido artigo, interpretado à luz da proibição de qualquer discriminação exercida em razão da nacionalidade, se contiver unicamente os dados necessários à aplicação dessa legislação pelas referidas autoridades, e se o seu carácter centralizado permitir uma aplicação mais eficaz dessa legislação no que respeita ao direito de residência dos cidadãos da União Europeia que não são nacionais desse Estado-Membro, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Em todo o caso, não se podem considerar necessários, na acepção do artigo 7.º, alínea e), da Directiva 95/46, já referida, a conservação e tratamento de dados pessoais nominativos no âmbito de um tal registo para fins estatísticos. Além disso, o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 12.º, primeiro parágrafo, CE se opõe à instauração, por um Estado-Membro, de tal sistema de tratamento de dados pessoais específico para os cidadãos da União que não são nacionais desse Estado-Membro, com o objectivo de combater a criminalidade, uma vez que a situação dos nacionais de um Estado-Membro não pode ser diferente da dos cidadãos da União que não são nacionais desse Estado-Membro e residem no seu território, face ao objectivo de combate à criminalidade.

No processo *Promusicae* (acórdão de 29 de Janeiro de 2008, C-275/06, Colect., p. I-271), o Tribunal de Justiça decidiu que o direito comunitário não impõe aos Estados-Membros a obrigação, para garantir a efectiva protecção dos direitos de autor, de divulgar dados

⁽⁴⁴⁾ Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE (JO L 176, p. 37).

⁽⁴⁵⁾ Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (JO L 281, p. 31).

personais no âmbito de uma acção cível. Com efeito, numa situação em que uma associação sem fins lucrativos que agrupa produtores e editores de gravações musicais e audiovisuais apresentou um pedido no sentido de que seja ordenado a um fornecedor de serviços de acesso à Internet que revele a identidade e endereço dos titulares de certas linhas de assinantes de modo a permitir a propositura de acções cíveis por violação dos direitos de autor, nem as directivas relativas à sociedade da informação e à protecção da propriedade intelectual, designadamente do direito de autor ⁽⁴⁶⁾, nem as relativas à protecção de dados pessoais ⁽⁴⁷⁾ impõem aos Estados-Membros que prevejam a obrigação de transmitir dados pessoais para garantir a efectiva protecção dos direitos de autor no âmbito de uma acção cível. O acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o Comércio (acordo TRIPs) não contém disposições que imponham que as directivas supramencionadas sejam interpretadas no sentido de que os Estados-Membros são obrigados a prever tal obrigação. Porém, o Tribunal de Justiça sublinhou que o direito comunitário exige que os Estados-Membros, na transposição dessas directivas, zelem por que seja seguida uma interpretação das mesmas que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária. Na execução das medidas de transposição das referidas directivas, compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com essas directivas, mas também seguir uma interpretação destas que não entre em conflito com os direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da proporcionalidade.

Dois processos levaram o Tribunal de Justiça a analisar a Directiva 2000/35/CE que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais ⁽⁴⁸⁾.

No processo *01051 Telecom* (acórdão de 3 de Abril de 2008, C-306/06), no âmbito de um litígio a propósito do pagamento de juros de mora reclamados devido a um alegado atraso de pagamento de facturas, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 3.º, n.º 1, alínea c), ii), da Directiva 2000/35 deve ser interpretado no sentido de que exige, para que um pagamento por transferência bancária evite ou ponha termo à aplicação de juros de mora, que o montante devido esteja inscrito na conta do credor à data do vencimento.

No processo *Caffaro* (acórdão de 11 de Setembro de 2008, C-265/07), o Tribunal de Justiça declarou que a referida directiva deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma disposição nacional por força da qual um credor, que dispõe de um título executivo

⁽⁴⁶⁾ Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade d[a] informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (JO L 178, p. 1). Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO L 167, p. 10), e Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual (JO L 157, p. 45).

⁽⁴⁷⁾ Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (JO L 281, p. 31), e Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (JO L 201, p. 37).

⁽⁴⁸⁾ Directiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais (JO L 200, p. 35).

relativo a um crédito não impugnado sobre uma entidade da Administração Pública como remuneração de uma transacção comercial, não pode proceder a uma execução coerciva contra a referida entidade antes de esgotado o prazo de 120 dias a contar da notificação do título executivo a essa entidade. Com efeito, essa directiva, no que respeita aos procedimentos de cobrança de dívidas não impugnadas, só harmoniza o prazo de obtenção do referido título executivo, não regulando os procedimentos de execução coerciva que continuam submetidos ao direito nacional dos Estados-Membros.

No que respeita à protecção dos consumidores, de salientar igualmente dois processos.

No processo *Hamilton* (acórdão de 10 de Abril de 2008, C-412/06), o Tribunal de Justiça declarou que a Directiva 85/577/CEE relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais ⁽⁴⁹⁾, deve ser interpretada no sentido de que o legislador nacional pode prever que o direito de rescisão instituído no artigo 5.º, n.º 1, desta directiva, que prevê a possibilidade de um consumidor renunciar aos efeitos do compromisso que assumiu desde que envie uma notificação, no prazo de pelo menos sete dias a contar da data em que o comerciante o informou desse direito, pode ser exercido, o mais tardar, um mês após o cumprimento pelas partes contratantes da totalidade das obrigações decorrentes de um contrato de crédito de longa duração, quando o consumidor tenha recebido uma informação errada sobre as modalidades de exercício do referido direito.

No processo *Quelle* (acórdão de 17 de Abril de 2008, C-404/06), o Bundesgerichtshof convidou o Tribunal de Justiça a pronunciar-se sobre um litígio que opunha uma associação de consumidores e a empresa Quelle, que tinha pedido e obtido de uma consumidora o pagamento da utilização de um aparelho com defeito, substituído por um aparelho novo, em conformidade com a regulamentação alemã. O Tribunal de Justiça considerou que a Directiva 1999/44/CE relativa aos bens de consumo ⁽⁵⁰⁾ se opõe a uma legislação nacional que permite ao vendedor que tenha vendido um bem de consumo não conforme exigir ao consumidor uma indemnização pelo uso do bem não conforme até à sua substituição por um novo bem. Com efeito, a gratuitidade da reposição em conformidade pelo vendedor visa proteger o consumidor contra o risco de encargos financeiros que o poderiam dissuadir de exercer os seus direitos caso essa protecção não existisse. A gratuitidade da reposição em conformidade corresponde, de resto, à finalidade dessa directiva que consiste em assegurar um nível elevado de defesa dos consumidores. O vendedor que, contrariamente ao consumidor que já pagou o preço de venda, não executa correctamente a sua obrigação contratual quando entrega um bem não conforme, deve assumir as consequências dessa má execução. Os seus interesses financeiros estão, porém, protegidos, por um lado, pelo prazo de prescrição de dois anos e, por outro, pela possibilidade de recusar a substituição do bem quando essa forma de ressarcimento se revele ser desproporcionada na medida em que lhe impõe custos não razoáveis.

⁽⁴⁹⁾ Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (JO L 372, p. 31; EE 15 F6 p. 131).

⁽⁵⁰⁾ Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (JO L 171, p. 12).

Marcas

Na jurisprudência em matéria de marcas, dois processos, relativos à possibilidade, tal como resulta dos artigos 5.º, n.º 1, alínea b), e 6.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 89/104 ⁽⁵¹⁾, de um titular de uma marca proibir o uso de um sinal semelhante à sua marca, chamam especial atenção.

No processo *O2 Holdings e O2 (UK)* (acórdão de 12 de Junho de 2008, C-533/06), O2, titular de duas marcas britânicas, consistindo numa imagem estática de bolhas, utilizava para promover os seus serviços a referida imagem quer estática quer em movimento. Num anúncio publicitário que comparava os seus serviços aos da O2, a Hutchison 3G utilizou imagens de bolhas a preto e branco em movimento. No âmbito de uma acção por contrafacção intentada pela O2 julgada improcedente pela High Court, a Court of Appeal perguntou, no essencial, se era possível o titular de uma marca proibir o uso de um sinal idêntico ou semelhante à sua marca numa publicidade comparativa. Recordando previamente as condições de licitude, enunciadas no artigo 3.º A da Directiva 84/450 ⁽⁵²⁾, conforme alterada pela Directiva 97/55 ⁽⁵³⁾, que permite ao titular de uma marca proibir o referido uso, o Tribunal de Justiça decidiu que o artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 89/104 deve ser interpretado no sentido de que o titular de uma marca registada não está habilitado a proibir o uso por um terceiro, numa publicidade comparativa, de um sinal semelhante a essa marca para produtos ou serviços idênticos ou semelhantes àqueles para os quais a referida marca foi registada, quando esse uso não cria no espírito do público um risco de confusão, e isto independentemente do facto de a referida publicidade comparativa preencher ou não todas as condições de licitude.

No processo *Adidas e Adidas Benelux* (acórdão de 10 de Abril de 2008, C-102/07), a adidas AG, titular de marcas figurativas constituídas por três riscas verticais paralelas, com igual largura, apostas lateralmente em peças de vestuário desportivo e informal e cuja cor contrasta com a cor principal desse vestuário opunha-se a que as sociedades Marca Mode, C&A, H&M e Vendex utilizassem um sinal similar constituído por duas riscas. As referidas sociedades invocavam o imperativo de disponibilidade dessas riscas de modo a utilizá-las sem o consentimento da adidas. No âmbito do reenvio do Hoge Raad der Nederlanden, o Tribunal de Justiça declarou que o imperativo de disponibilidade não pode nunca constituir uma limitação autónoma dos efeitos da marca que acresce às expressamente previstas no artigo 6.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 89/104. O titular de uma marca não pode porém proibir terceiros de usarem honestamente indicações descritivas. Para que um terceiro possa invocar as limitações dos efeitos de uma marca contidas na referida directiva relativa às marcas, e prevalecer-se do imperativo de disponibilidade, é necessário que a indicação que utiliza seja relativa a uma das características do produto.

⁽⁵¹⁾ Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO L 40, p. 1).

⁽⁵²⁾ Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa (JO L 250, p. 17; EE 15 F5 p. 55).

⁽⁵³⁾ Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa (JO L 290, p. 18).

Política social

No âmbito da jurisprudência em matéria de política social, há que salientar vários processos relativos à aplicação do princípio da igualdade de tratamento, às disposições destinadas a assegurar a protecção dos trabalhadores, bem como um processo particularmente interessante pelos seus aspectos institucionais.

Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça aprofundou a sua jurisprudência relativa à interpretação da Directiva 2000/78/CE⁽⁵⁴⁾ relativa à igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional, a propósito de duas questões prejudiciais. No processo *Coleman* (acórdão de 17 de Julho de 2008, C-303/06), o Tribunal de Justiça indicou que o princípio da igualdade de tratamento consagrado por essa directiva se aplica não a uma determinada categoria de pessoas, mas em função das razões de discriminação referidas no artigo 1.º da directiva mencionada e que a proibição de discriminação directa não se limita, pois, apenas às pessoas que são elas próprias portadoras de deficiência. Assim, quando um empregador dá a um trabalhador que não é deficiente um tratamento menos favorável do que o que dá a outro trabalhador numa situação comparável e quando se prove que o tratamento menos favorável de que esse trabalhador é vítima se baseia na deficiência de um filho ao qual o trabalhador presta o essencial dos cuidados de que o mesmo carece, tal tratamento é contrário à proibição de discriminação directa prevista no artigo 2.º da mesma directiva. Qualquer outra interpretação seria susceptível de privar essa directiva de uma parte importante do seu efeito útil e de reduzir a protecção que ela visa garantir. O mesmo raciocínio prevalece em matéria de assédio, considerado como uma forma de discriminação na acepção da referida directiva. A proibição de assédio não pode, pois, limitar-se apenas às pessoas que são elas próprias deficientes, abrangendo também as pessoas vítimas de comportamentos constitutivos de assédio ligados à deficiência de um filho.

No processo *Maruko* (acórdão de 1 de Abril de 2008, C-267/06), o Tribunal de Justiça declarou que uma prestação de sobrevivência concedida no âmbito de um regime socioprofissional de pensões gerido por uma caixa de pensões de reforma de uma categoria particular de trabalhadores é abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva 2000/78/CE. Com efeito, tal prestação deve ser qualificada de «remuneração» na acepção do artigo 141.º CE em virtude, nomeadamente, do facto de decorrer da relação de trabalho da pessoa. Além disso, os artigos 1.º e 2.º da referida directiva opõem-se a uma legislação por força da qual, após a morte do seu parceiro, o parceiro sobrevivente não recebe uma prestação de sobrevivência equivalente à concedida a um cônjuge sobrevivente, apesar de, segundo o direito nacional, a união de facto colocar as pessoas do mesmo sexo numa situação comparável à dos cônjuges no que respeita à referida prestação de sobrevivência. A recusa em conceder a prestação de sobrevivência às pessoas em relação de facto constitui, segundo o Tribunal de Justiça, uma discriminação directa baseada na orientação sexual. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional verificar se um parceiro sobrevivente está numa situação comparável à de um cônjuge beneficiário da prestação de sobrevivência prevista pelo regime socioprofissional de pensões gerido pela caixa de pensões de reforma em causa.

⁽⁵⁴⁾ Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional (JO L 303, p. 16).

Além disso, o Tribunal de Justiça enriqueceu a sua jurisprudência em matéria de protecção de mulheres grávidas e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, no âmbito do processo *Mayr* (acórdão de 26 de Fevereiro de 2008, C-506/06, Colect., p. I-1017) relativo a uma mulher submetida a um tratamento de fecundação *in vitro*. O seu acórdão precisa assim que a Directiva 92/85/CEE ⁽⁵⁵⁾, que institui designadamente a protecção das trabalhadoras grávidas contra o despedimento, deve ser interpretada no sentido de que não abrange uma trabalhadora que se submete a uma fecundação *in vitro* quando, à data da comunicação do seu despedimento, a fecundação dos óvulos dessa trabalhadora pelos espermatozóides do seu parceiro já teve lugar, pelo que já existem óvulos fecundados *in vitro*, mas esses óvulos ainda não foram transferidos para o útero daquela. Com efeito, a protecção estabelecida no artigo 10.º da Directiva 92/85 não pode, por motivos atinentes ao respeito do princípio da segurança jurídica, tendo em conta o prazo de conservação potencial dos óvulos fecundados, ser alargada a uma trabalhadora nessas condições. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça indicou que as disposições da Directiva 76/207 ⁽⁵⁶⁾ relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres obstam ao despedimento de uma trabalhadora que se encontra numa fase avançada de um tratamento de fecundação *in vitro*, a saber, entre a punção folicular e a transferência imediata dos óvulos fecundados *in vitro* para o útero dessa trabalhadora, desde que se demonstre que o despedimento foi motivado, essencialmente, pelo facto de a interessada se ter submetido a esse tratamento. Com efeito, uma vez que tal tratamento médico só afecta directamente as mulheres, o despedimento de uma trabalhadora motivado, essencialmente, pelo facto de esta se ter submetido a essa importante fase de um tratamento de fecundação *in vitro* constitui uma discriminação directa em razão do sexo.

O processo *Juuri* (acórdão de 27 de Novembro de 2008, C-396/07) permitiu ao Tribunal de Justiça precisar o alcance dos artigos 3.º e 4.º da Directiva 2001/23 relativa aos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ⁽⁵⁷⁾. O artigo 4.º, n.º 2, da referida directiva prevê que, quando o contrato de trabalho tenha terminado em razão de uma modificação substancial das condições de trabalho em virtude da transferência da empresa, considera-se que a cessação da relação de trabalho é imputável à entidade patronal. O Tribunal de Justiça decidiu que não existindo incumprimento, por parte do cessionário, das obrigações decorrentes da mesma directiva, essa disposição não obriga os Estados-Membros a garantirem ao trabalhador o direito a uma indemnização financeira a cargo do cessionário, em condições idênticas ao direito que o trabalhador pode invocar quando a sua entidade patronal põe ilegalmente termo ao contrato de trabalho ou à relação de trabalho. No entanto, no âmbito das suas competências, o órgão jurisdicional nacional está obrigado a garantir, nessa hipótese, que o cessionário suporte, pelo menos, as consequências que o direito nacional aplicável atribui à rescisão do contrato de trabalho

⁽⁵⁵⁾ Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho (JO L 348, p. 1).

⁽⁵⁶⁾ Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 5 F2, p. 70).

⁽⁵⁷⁾ Directiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos (JO L 82, p. 16).

ou da relação de trabalho imputável à entidade patronal, como o pagamento do salário e dos outros benefícios correspondentes ao período de pré-aviso. Além disso, o Tribunal de Justiça precisou que o artigo 3.º, n.º 3. da Directiva 2001/23, nos termos do qual o cessionário deve manter, após a transferência, as condições de trabalho acordadas numa convenção colectiva até à data da rescisão ou da expiração dessa convenção, não obriga o cessionário a garantir a manutenção das condições de trabalho para além dessa data, ainda que esta coincida com o momento da transferência da empresa.

No processo *Impact* (acórdão de 15 de Abril de 2008, C-268/06), o Tribunal de Justiça teve de examinar o problema da autonomia processual dos Estados e do efeito directo da legislação comunitária em matéria de contratos de trabalho a termo na administração pública.

Decidiu que o direito comunitário, em particular o princípio da efectividade, exige que, no âmbito da competência que lhe foi atribuída, ainda que a título facultativo, pela legislação que assegura a transposição da Directiva 1999/70 respeitante ao acordo quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo, um órgão especializado, chamado a conhecer de um pedido baseado numa violação dessa legislação, se declare competente para conhecer igualmente de pretensões do demandante directamente baseadas nessa mesma directiva relativas ao período compreendido entre a data do termo do prazo de transposição da mesma e a data de entrada em vigor da referida legislação, se se apurar que a obrigação imposta a esse demandante de apresentar, paralelamente, num tribunal comum, um pedido distinto baseado directamente nessa directiva provoca inconvenientes processuais de natureza a tornar excessivamente difícil o exercício dos direitos que lhe são conferidos pela ordem jurídica comunitária. A este respeito, o artigo 4.º, n.º 1, do referido acordo quadro proíbe qualquer diferença de tratamento não objectivamente justificada em relação aos trabalhadores contratados a termo no que respeita às condições de emprego, é incondicional e suficientemente preciso para poder ser invocado por um particular perante um juiz nacional, contrariamente ao artigo 5.º, n.º 1, o qual atribui aos Estados-Membros um objectivo geral que consiste na prevenção da utilização abusiva de contratos a termo sucessivos, reservando-lhes a escolha dos meios para o conseguir.

É assim que uma autoridade de um Estado-Membro, agindo na qualidade de empregador público, não está autorizada a adoptar medidas que consistem em renovar contratos a termo por uma duração inabitualmente longa, no decurso do período compreendido entre a data do termo do prazo de transposição dessa directiva e a data de entrada em vigor da lei que assegura essa transposição. Nestas condições, na medida em que o direito nacional aplicável contém uma regra que exclui a aplicação retroactiva de uma lei na falta de indicação clara e inequívoca em sentido contrário, um órgão jurisdicional nacional, chamado a decidir de um pedido baseado numa violação de uma disposição da lei nacional que transpõe a Directiva 1999/70 só é obrigado, por força do direito comunitário, a conferir a essa disposição efeito retroactivo à data do termo do prazo de transposição da referida directiva se, nesse direito nacional, houver uma indicação dessa natureza, susceptível de conferir a essa disposição tal efeito retroactivo.

Ambiente

No processo *Commune de Mesquer* (acórdão de 24 de Junho de 2008, C-188/07), na sequência do naufrágio, ao largo do litoral atlântico francês, do petroleiro Erika, afretado pela Total International Ltd, a autarquia de Mesquer, baseando-se na Directiva

«Resíduos»⁽⁵⁸⁾, reclamou às empresas do grupo Total o reembolso das despesas suportadas com a limpeza e a despoluição da sua costa. Chamado a interpretar as disposições da referida directiva pela Cour de cassation francesa, o Tribunal de Justiça considerou que o fuelóleo pesado transportado por um petroleiro não é um resíduo, dado que é explorado ou comercializado em condições economicamente vantajosas e pode ser efectivamente utilizado como combustível, sem necessidade de uma operação de transformação. Todavia, tais hidrocarbonetos derramados num naufrágio, que se encontram misturados na água e em sedimentos e que andaram à deriva ao longo do litoral de um Estado-Membro até darem à costa, devem ser considerados substâncias que o detentor não tinha a intenção de produzir e das quais «se desfaz», mesmo que involuntariamente, por ocasião do seu transporte, pelo que têm de ser qualificadas de resíduos, na acepção da mesma directiva. Além disso, para determinar quem devia suportar as despesas ligadas à eliminação dos resíduos efectuadas pela autarquia de Mesquer, o Tribunal de Justiça considerou, por um lado, que o proprietário de um navio que transporte hidrocarbonetos e na posse dos mesmos imediatamente antes de se tornarem resíduos pode ser considerado como tendo produzido os referidos resíduos e ser qualificado de «detentor» na acepção dessa directiva, e, por outro, que o vendedor dos hidrocarbonetos e afretador do navio que os transporte «produziu resíduos», se esse órgão jurisdicional chegar à conclusão de que esse vendedor/afretador contribuiu para o risco da ocorrência de poluição ocasionada por esse naufrágio, especialmente se não tomou medidas destinadas a prevenir esse acontecimento, como as relativas à escolha do navio. Por último, o Tribunal de Justiça declarou que caso se verifique que os custos da eliminação dos resíduos não são ou não podem ser assumidos pelo Fundo Internacional para compensação pelos prejuízos devidos à poluição por hidrocarbonetos (FIPOL) e que, por força das limitações e/ou das isenções de responsabilidade previstas, o direito nacional de um Estado-Membro, incluindo o direito resultante das convenções internacionais, obsta a que esses custos possam ser suportados pelo proprietário do navio e pelo seu afretador, embora sejam considerados «detentores», esse direito nacional deve então permitir que os custos da eliminação dos resíduos sejam suportados pelo «produtor do produto gerador dos resíduos» assim derramados. No entanto, em virtude do princípio do poluidor pagador, esse produtor só poderá ser obrigado a suportar esses custos se, devido à sua actividade, contribuiu para o risco de ocorrência da poluição ocasionada pelo naufrágio do navio.

Em dois processos relativos à interpretação da Directiva 85/337⁽⁵⁹⁾, conforme alterada pela Directiva 97/11⁽⁶⁰⁾, o âmbito de aplicação desta directiva foi precisado.

Assim, enquanto que no processo *Ecologistas en Acción-CODA* (acórdão de 25 de Julho de 2008, C-142/07), a associação *Ecologistas en Acción-CODA* contestava a avaliação efectuada pelo conselho municipal de Madrid do impacte ambiental dos projectos de transformação e de melhoramento da via rápida urbana de circunvalação de Madrid em violação das

⁽⁵⁸⁾ Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos (JO L 194, p. 39; EE 15 F1, p. 129), como alterada pela Decisão da Comissão, de 24 de Maio de 1996, que adapta os anexos II A e II B da Directiva 75/442/CEE do Conselho relativa aos resíduos (JO L 135, p. 32).

⁽⁵⁹⁾ Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação das incidências de certos projectos públicos e privados no ambiente (JO L 175, p. 40).

⁽⁶⁰⁾ Directiva 97/11/CE do Conselho, de 3 de Março de 1997, que modifica a Directiva 85/337/CEE relativa à avaliação das incidências de certos projectos públicos e privados no ambiente (JO L 73, p. 5).

disposições da Directiva 85/337 alterada, no processo *Abraham e o.* (acórdão de 28 de Fevereiro de 2008, C-2/07), no âmbito de uma acção de indemnização, os residentes nas proximidades do Aeroporto de Liège-Bierset queixaram-se na Cour de cassation belga da poluição sonora resultante da reestruturação deste antigo aeroporto militar. Nos dois processos colocava-se a questão de saber se o conceito de projectos visado pela referida directiva podia alargar-se aos projectos de modificação, de transformação, de melhoramento e de crescimento das infra-estruturas em causa. No processo *Ecologistas en Acción-CODA*, já referido, o Tribunal de Justiça decidiu que a directiva, conforme alterada, deve ser interpretada no sentido de que prevê a avaliação do impacte ambiental dos projectos de transformação e de melhoramento de vias urbanas, quer quando estejam em causa projectos referidos no anexo I, ponto 7, alíneas b) ou c), dessa directiva, a saber, nomeadamente, de «[c]onstrução de auto estradas e vias rápidas», quer quando estejam em causa projectos referidos no anexo II, pontos 10, alínea e), ou 13, primeiro travessão, da referida directiva, que, pela sua natureza, dimensão ou localização, e, se for esse o caso, tendo em conta a sua interacção com outros projectos, possam ter um impacte significativo no ambiente. O Tribunal de Justiça precisou, por um lado, que um projecto que tem por objecto a transformação de uma via, equiparável, pela sua dimensão e as suas modalidades, a uma construção, pode ser considerado uma construção na acepção do referido anexo, e, por outro, que seria contrário ao próprio objectivo da directiva alterada subtrair ao seu âmbito de aplicação todos os projectos que tenham por objecto vias urbanas, pela simples razão de essa directiva não mencionar expressamente, entre os projectos enumerados nos seus anexos I e II, os que têm por objecto esse tipo de via. No processo *Abraham e o.*, já referido, o Tribunal de Justiça decidiu que as disposições conjugadas do ponto 12 do anexo II e do ponto 7 do anexo I da Directiva 85/337, na redacção original, abrangem igualmente as obras de alteração efectuadas nas infra-estruturas de um aeroporto já existente, sem prolongamento da pista de descolagem e de aterragem, desde que, em especial pela sua natureza, importância e características, possam ser consideradas uma alteração do próprio aeroporto. Precisou que seria contrário ao próprio objectivo dessa directiva excluir do âmbito de aplicação do seu anexo II as obras de melhoramento ou de ampliação das infra-estruturas de um aeroporto já construído, por o anexo I da mesma directiva referir a «construção de aeroportos» e não os «aeroportos» enquanto tais.

No processo *Janecek* (acórdão de 25 de Julho de 2008, C-237/07), o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 7.º, n.º 3, da Directiva 96/62/CE ⁽⁶¹⁾ relativa à avaliação e gestão da qualidade do ar ambiente, na redacção dada pelo Regulamento (CE) n.º 1882/2003 ⁽⁶²⁾, deve ser interpretado no sentido de que, em caso de risco de ultrapassagem dos valores-limite ou dos limiares de alerta, os particulares directamente afectados devem poder obter, das autoridades competentes, a elaboração de um plano de acção, mesmo quando disponham, no direito nacional, de outros meios de acção para conseguir que essas autoridades tomem medidas de combate à poluição atmosférica. Os Estados-Membros são unicamente obrigados a tomar, sob a fiscalização do juiz nacional,

(61) Directiva 96/62/CE do Conselho, de 27 de Setembro de 1996, relativa à avaliação e gestão da qualidade do ar ambiente (JO L 296, p. 55).

(62) Regulamento (CE) n.º 1882/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Setembro de 2003, que adapta à Decisão 1999/468/CE do Conselho, as disposições relativas aos comités que assistem a Comissão no exercício das suas competências de execução previstas em actos sujeitos ao artigo 251.º do Tratado (JO L 284, p. 1).

no âmbito de um plano de acção e a curto prazo, as medidas aptas a reduzir ao mínimo o risco de ultrapassagem dos valores-limite ou dos limiares de alerta e a levar ao regresso progressivo a um nível situado aquém desses valores ou limiares, tendo em conta as circunstâncias de facto e todos os interesses em presença.

Cooperação judiciária em matéria civil

Entre os processos levados ao Tribunal de Justiça no domínio da cooperação judiciária em matéria civil, de salientar o processo *Rinau* (acórdão de 11 de Julho de 2008, C-195/08 PPU), primeiro acórdão proferido no âmbito da tramitação prejudicial urgente em vigor desde 1 de Março de 2008. Tendo-lhe sido apresentado um pedido de não reconhecimento na Lituânia de um acórdão proferido por um tribunal alemão que confiava a guarda de uma criança ao pai residente na Alemanha e obrigava a mãe residente na Lituânia a entregar a filha ao pai, o Supremo Tribunal da Lituânia questionou-se sobre em que medida a força executória da decisão de regresso proferida pelos órgãos jurisdicionais alemães, conferida graças ao certificado emitido em aplicação do Regulamento n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental⁽⁶³⁾, podia ser posta em causa, pelo facto de os órgãos jurisdicionais lituanos terem acabado por ordenar o regresso da menor à Alemanha. O Tribunal de Justiça decidiu que depois de uma decisão de retenção de um menor ter sido proferida e levada ao conhecimento do tribunal de origem, é irrelevante, para efeitos da emissão da certidão prevista no artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003, que essa decisão tenha sido suspensa, revogada, anulada ou, por qualquer razão, não tenha transitado em julgado ou tenha sido substituída por uma decisão de regresso, desde que o regresso do menor não tenha efectivamente tido lugar. Se não tiverem sido manifestadas dúvidas relativamente à autenticidade dessa certidão e esta tiver sido emitida em conformidade com o formulário cujo modelo figura no anexo IV do regulamento, a oposição ao reconhecimento da decisão de regresso é proibida, incumbindo tão só ao tribunal requerido declarar a executoriedade da decisão certificada e providenciar pelo regresso imediato do menor. Segundo o Tribunal de Justiça, se assim não fosse, o Regulamento n.º 2201/2003 poderia ficar privado de efeito útil, uma vez que o objectivo do regresso do menor ficaria subordinado à condição do esgotamento dos meios processuais admitidos pela legislação nacional do Estado-Membro em que o menor está ilicitamente retido.

Cooperação policial e judiciária em matéria penal e luta contra o terrorismo

No processo *Kozłowski* (acórdão de 17 de Julho de 2008, C-66/08), relativo à execução de um mandado de detenção europeu, o Tribunal de Justiça interpretou o artigo 4.º, n.º 6, da Decisão-Quadro 2002/584⁽⁶⁴⁾, no sentido de permitir à autoridade judiciária de execução

⁽⁶³⁾ Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, como alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2116/2004 do Conselho, de 2 de Dezembro de 2004 (JO L 367, p. 1).

⁽⁶⁴⁾ Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (JO L 190, p. 1).

recusar a execução do mandado quando a pessoa procurada «se encontrar no Estado-Membro de execução, for sua nacional ou sua residente» e este Estado se comprometa a executar essa pena ou medida de segurança nos termos do seu direito nacional. O Tribunal de Justiça decidiu que uma pessoa procurada é «residente» no Estado-Membro de execução quando tiver fixado a sua residência real nesse Estado-Membro. «[Encontra-se]» aí quando, na sequência de uma permanência estável de uma certa duração no Estado-Membro de execução, criou laços com esse Estado num grau semelhante aos que resultam da residência, cabendo à autoridade judiciária de execução determinar essa realidade através de uma apreciação global de vários elementos objectivos que caracterizam a situação dessa pessoa, entre os quais, nomeadamente, a duração, a natureza e as condições da sua permanência, bem como os seus laços familiares e económicos. Uma vez que essa decisão-quadro tem em vista instituir um sistema de entrega de pessoas condenadas ou suspeitas entre autoridades judiciárias, para efeitos de execução de sentenças ou de procedimento penal baseado no princípio do reconhecimento mútuo, entrega essa a que a autoridade judiciária só poderá opor-se com base num dos motivos de recusa previstos pela decisão-quadro, as expressões «se encontrar» e «residente», que determinam o âmbito de aplicação da mesma, devem ser objecto de uma definição uniforme na medida em que se referem a conceitos autónomos do direito da União. Assim, no seu direito nacional de transposição da decisão-quadro, os Estados-Membros não podem dar a essas expressões um alcance mais amplo do que o decorrente dessa interpretação uniforme.

Política Externa e de Segurança Comum

No processo *Comissão/Conselho* (acórdão de 20 de Maio de 2008, C-91/05), o Tribunal de Justiça anulou a Decisão 2004/833 ⁽⁶⁵⁾ que aplica a Acção Comum 2002/589 ⁽⁶⁶⁾ tendo em vista dar o contributo da União Europeia para a Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental no âmbito de uma moratória sobre as armas ligeiras e de pequeno calibre. Essa decisão do Conselho foi adoptada com base no Tratado UE, no quadro da Política Externa e de Segurança Comum (PESC), em vez de ter como base o Tratado CE, no âmbito da política de cooperação para o desenvolvimento. Segundo o Tribunal de Justiça, embora não se devam limitar os objectivos dessa política às medidas directamente destinadas à luta contra a pobreza, é necessário, no entanto, para que uma medida se enquadre na política de cooperação para o desenvolvimento, que a mesma contribua para a prossecução dos objectivos de desenvolvimento económico e social dessa política. Certas medidas destinadas a prevenir a fragilidade dos países em vias de desenvolvimento, incluindo as adoptadas no âmbito da referida moratória, podem contribuir para a prossecução desses objectivos. Para que uma medida concreta destinada a combater a proliferação de armas ligeiras e de pequeno calibre possa ser adoptada pela Comunidade no âmbito da sua política de cooperação para o desenvolvimento, deve, tanto pela sua

⁽⁶⁵⁾ Decisão 2004/833/PESC do Conselho, de 2 de Dezembro de 2004, que aplica a Acção Comum 2002/589/PESC tendo em vista dar o contributo da União Europeia para a CEDEAO no âmbito da moratória sobre as armas ligeiras e de pequeno calibre (JO L 359, p. 65).

⁽⁶⁶⁾ Acção Comum 2002/589/PESC do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao contributo da União Europeia para o combate à acumulação e proliferação destabilizadoras de armas de pequeno calibre e armas ligeiras (JO L 191, p. 1).

finalidade como pelo seu conteúdo, estar abrangida pelo âmbito de aplicação das competências que o Tratado CE lhe atribui neste domínio. O Tribunal de Justiça recorda a jurisprudência segundo a qual uma medida que prossegue simultaneamente vários objectivos ou que tem várias componentes, sem que uma dessas componentes seja acessória em relação à outra, nos casos em que são aplicáveis diferentes bases jurídicas do Tratado CE, se deve fundar, a título excepcional, nas várias bases jurídicas correspondentes. Todavia, por força do artigo 47.º do Tratado UE, o Tribunal de Justiça considera que esta solução está excluída em relação a uma medida que, como a Decisão 2004/833, prossegue vários objectivos ou que tem várias componentes abrangidas, respectivamente, pela política de cooperação para o desenvolvimento e pela PESC, sem que uma delas seja acessória em relação à outra. Na verdade, uma vez que o artigo 47.º do Tratado UE se opõe à adopção pela União, com base no Tratado UE, de uma medida que podia ter sido validamente adoptada com base no Tratado CE, a União não pode recorrer a uma base jurídica da PESC para adoptar disposições que são igualmente abrangidas por uma competência atribuída pelo Tratado CE à Comunidade. O Tribunal de Justiça conclui que o Conselho, ao adoptar a Decisão 2004/833 com base na PESC, apesar de esta também se enquadrar na política de cooperação para o desenvolvimento, violou o artigo 47.º do Tratado UE.