

A — Evolução e actividade do Tribunal de Justiça em 2010

Pelo presidente Vassilios Skouris

Esta primeira parte do Relatório Anual apresenta de modo sintético as actividades do Tribunal de Justiça da União Europeia durante o ano de 2010. Fornece, em primeiro lugar, uma ideia da evolução da instituição ao longo do ano transacto, colocando a tónica nas mudanças institucionais que afectaram o Tribunal de Justiça e nos desenvolvimentos relativos à sua organização interna e aos seus métodos de trabalho. Contém, em segundo lugar, uma análise das estatísticas relativas à evolução do volume de trabalho do Tribunal de Justiça e da duração média dos processos. Apresenta, em terceiro lugar, como todos os anos, os principais desenvolvimentos jurisprudenciais classificados por assunto.

1. Estando a adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) prevista no Tratado de Lisboa, o procedimento destinado a realizar essa adesão foi iniciado este ano. A primeira etapa deste procedimento foi concluída e foi conferido um mandato de negociação à Comissão Europeia para prosseguir as negociações com o Conselho da Europa. A adesão da União Europeia à CEDH terá certamente efeitos no sistema jurisdicional da União no seu conjunto.

Por este motivo, o Tribunal de Justiça acompanhou de perto a evolução deste procedimento e, com a preocupação de contribuir para os esforços despendidos para o sucesso do projecto de adesão, que suscita questões jurídicas bastante complexas, apresentou as suas primeiras reflexões sobre um aspecto concreto relativo ao modo de funcionamento do sistema jurisdicional da União num documento publicado em 5 de Maio de 2010¹. Nesse documento, o Tribunal de Justiça concluiu que importa dispor, a fim de respeitar o princípio da subsidiariedade inerente à Convenção e assegurar simultaneamente o bom funcionamento do sistema jurisdicional da União, de um mecanismo susceptível de garantir que, de forma efectiva, se possa submeter um litígio ao Tribunal de Justiça tendo por objecto a questão da validade de um acto da União antes de o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidir sobre a conformidade desse acto com a CEDH.

Por fim, são também dignas de realce as alterações introduzidas em 23 de Março de 2010 no Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça (JO L 92, p. 12). Estas alterações visam introduzir as necessárias adaptações no Regulamento de Processo na sequência da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

2. As estatísticas judiciais do Tribunal de Justiça de 2010 indicam, de um modo geral, uma produtividade elevada e uma melhoria muito significativa da eficácia no que respeita à duração dos processos. Além disso, importa também salientar o aumento sem precedentes do número de processos entrados ao longo do ano, nomeadamente do número de pedidos de decisão prejudicial submetidos ao Tribunal de Justiça.

O Tribunal de Justiça deu por findos 522 processos em 2010 (número líquido, que leva em conta as apensações), o que representa uma ligeira diminuição relativamente ao ano anterior (543 processos findos em 2009). Destes processos, 370 foram decididos por acórdão e 152 por despacho.

Em 2010, foram submetidos à apreciação do Tribunal de Justiça 631 novos processos (independentemente das apensações por razões de conexão), o que representa um aumento muito importante relativamente ao ano de 2009 (562 processos) e constitui o número de processos

¹ http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_pt_2010-05-21_08-58-24_524.pdf

entrados mais elevado da história do Tribunal de Justiça. A situação é idêntica no que respeita aos pedidos de decisão prejudicial. O número de processos prejudiciais este ano é pelo segundo ano consecutivo o mais elevado alguma vez atingido e, relativamente ao ano de 2009, aumentou 27,4% (385 processos em 2010 para 302 processos em 2009).

Quanto à duração dos processos, os dados estatísticos são muito positivos. Assim, no que diz respeito aos reenvios prejudiciais, esta duração é de 16,1 meses. Uma análise comparativa indica que, para todo o período em relação ao qual o Tribunal de Justiça dispõe de dados estatísticos fiáveis, a duração média dos processos prejudiciais atingiu o seu nível mais baixo em 2010. Quanto às acções e aos recursos directos e aos recursos de decisões do Tribunal Geral, a duração média foi respectivamente de 16,7 meses e de 14,3 meses (contra 17,1 meses e 15,4 meses em 2009).

Para além das reformas dos seus métodos de trabalho levadas a cabo nos últimos anos, a melhoria da eficácia do Tribunal de Justiça no tratamento dos processos também se explica pela utilização mais alargada dos diferentes instrumentos processuais de que o Tribunal de Justiça dispõe para acelerar o tratamento de certos processos, nomeadamente a tramitação prejudicial urgente, o julgamento com prioridade, a tramitação acelerada, a tramitação simplificada e a possibilidade de decidir sem conclusões do advogado geral.

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 preenchidos em 5 deles. Estes processos foram encerrados num prazo médio de 2,1 meses.

Este ano, a tramitação acelerada foi requerida 12 vezes, mas os requisitos exigidos pelo Regulamento de Processo só estavam preenchidos em 4 situações. 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, 14 processos foram julgados com prioridade.

Além disso, o Tribunal de Justiça 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 prejudicial. Na verdade, com base nesta disposição, foram dados por findos mediante despacho, no total, 24 processos.

Por último, o Tribunal de Justiça usou frequentemente a possibilidade, conferida 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 assim que em 2010 cerca de 50% dos acórdãos foram proferidos sem conclusões (para 52% em 2009).

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 58% e as secções de três juízes aproximadamente 27% dos processos findos por acórdão ou despacho com carácter jurisdicional em 2010. Em relação ao ano anterior, verifica-se um aumento considerável da proporção dos processos tratados pela Grande Secção (8% em 2009) e uma diminuição significativa da proporção dos processos tratados pelas secções de três juízes (34% em 2009).

Para informações mais pormenorizadas sobre os dados estatísticos do ano de 2010, remete-se para a parte do presente relatório consagrada às estatísticas judiciais.

B — Jurisprudência do Tribunal de Justiça em 2010

Esta parte do Relatório Anual apresenta uma resenha da jurisprudência em 2010.

Questões constitucionais ou institucionais

Em 2010, a jurisprudência relativa aos direitos fundamentais enriqueceu-se consideravelmente.

O processo *Volker und Markus Schecke* (acórdão de 9 de Novembro de 2010, processos apensos C-92/09 e C-93/09) permitiu ao Tribunal de Justiça precisar as exigências que decorrem do direito à protecção dos dados de carácter pessoal, por ocasião da fiscalização que lhe foi pedido que exercesse relativamente à validade dos Regulamentos (CE) n.ºs 1290/2005 e 259/2008¹ que enquadram o financiamento da política agrícola comum e que exigem uma publicação de informação sobre as pessoas singulares que beneficiam do Fundo Europeu Agrícola de Garantia (FEAGA) e do Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (Feader), que impõem que essas informações sejam disponibilizadas ao público, nomeadamente através de sítios Internet explorados por serviços nacionais. Interrogada a título prejudicial sobre a relação entre o direito à protecção dos dados de carácter pessoal, reconhecido pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e o dever de transparência em matéria de fundos europeus, o Tribunal de Justiça salientou que a publicação num sítio Internet de dados nominativos relativos aos beneficiários dos fundos e aos montantes que receberam constitui, devido ao livre acesso ao sítio por terceiros, uma restrição ao direito dos beneficiários em causa ao respeito da sua vida privada, em geral, e à protecção dos seus dados pessoais, em particular. Para ser justificada, essa restrição deve estar prevista na lei, respeitar o conteúdo essencial dos referidos direitos e, em aplicação do princípio da proporcionalidade, ser necessária e responder efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, devendo as derrogações e limitações destes direitos ser efectuadas dentro dos limites do estritamente necessário. Neste contexto, o Tribunal de Justiça considerou que, embora, nas sociedades democráticas, os contribuintes tenham o direito de ser informados da utilização dos fundos públicos, também é verdade que o Conselho e a Comissão estavam obrigados a efectuar uma ponderação equilibrada dos interesses em presença, o que implicava, antes da adopção das disposições controvertidas, que se analisasse se a publicação desses dados através de um sítio Internet único pelo Estado-Membro não excedia o que era necessário para alcançar os objectivos legítimos prosseguidos. Assim, o Tribunal de Justiça declarou inválidas certas disposições do Regulamento n.º 1290/2005, bem como do Regulamento n.º 259/2008 no seu conjunto, sem pôr em causa os efeitos da publicação das listas dos beneficiários de ajudas do FEAGA e do Feader efectuada pelas autoridades nacionais durante o período anterior à data da prolação do acórdão.

Ainda a propósito dos direitos fundamentais, o Tribunal de Justiça proferiu, em 22 de Dezembro de 2010, outro acórdão importante (acórdão *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft*, C-279/09), relativo à interpretação do princípio da protecção jurisdiccional efectiva, conforme consagrado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

¹ Regulamento (CE) n.º 1290/2005 do Conselho, de 21 de Junho de 2005, relativo ao financiamento da política agrícola comum (JO L 209, p. 1), conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1437/2007 do Conselho, de 26 de Novembro de 2007 (JO L 322, p. 1), e pelo Regulamento (CE) n.º 259/2008 da Comissão, de 18 de Março de 2008, que estabelece as regras de execução do Regulamento (CE) n.º 1290/2005 do Conselho no que respeita à publicação de informação sobre os beneficiários de fundos provenientes do Fundo Europeu Agrícola de Garantia (FEAGA) e do Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (Feader) (JO L 76, p. 28).

O litígio do processo principal opunha a sociedade comercial alemã DEB ao Estado alemão, a propósito de um pedido de apoio judiciário apresentado por esta sociedade nos órgãos jurisdicionais nacionais. A DEB pretendia intentar uma acção contra o Estado alemão, com vista a obter uma indemnização pelos danos que sofreu devido à transposição tardia por este Estado-Membro da Directiva 98/30/CE relativa a regras comuns para o mercado do gás natural². Foi-lhe recusado o apoio judiciário por os requisitos previstos no direito alemão, respeitantes à concessão desse apoio às pessoas colectivas, não estarem preenchidos. O tribunal para o qual foi interposto recurso submeteu ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial para saber se o princípio da efectividade do direito da União se opõe, no contexto de uma acção de indemnização intentada contra o Estado ao abrigo do referido direito, a que uma legislação nacional sujeite o exercício da acção judicial ao pagamento de um preparo e limite a concessão do apoio judiciário a uma pessoa colectiva que não tem possibilidade de pagar esse preparo, impondo que sejam preenchidos requisitos muito estritos.

O Tribunal de Justiça declarou que a resposta a esta questão deve tomar em consideração a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que adquiriu, depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o mesmo valor jurídico que os Tratados. Mais concretamente, o Tribunal de Justiça refere-se ao artigo 47.º da Carta, que prevê um direito de acesso efectivo à justiça a qualquer pessoa que queira fazer valer os direitos e as liberdades que lhe são garantidos pelo direito da União. O n.º 3 desta disposição enuncia que «[é] concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça». O Tribunal de Justiça considerou, em primeiro lugar, que não se exclui que o princípio da protecção jurisdicional efectiva, como consagrado no artigo 47.º da Carta, possa ser invocado por pessoas colectivas, para obter a dispensa do pagamento dos preparos e/ou a assistência de um advogado. À luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, relativa ao artigo 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que consagra o direito de acesso efectivo à justiça, o Tribunal de Justiça precisou, em seguida, que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar, por um lado, se os requisitos de concessão do apoio judiciário constituem uma limitação do direito de acesso aos tribunais, susceptível de prejudicar a própria essência desse direito, e por outro, se esses requisitos têm um objectivo legítimo e, por último, se existe uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o objectivo prosseguido. O Tribunal de Justiça detalha, em seguida, os elementos de apreciação que o órgão jurisdicional nacional pode tomar em consideração, retomando os elementos utilizados na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, entre outros, a gravidade do que está em causa, a complexidade do direito e do processo aplicáveis, e, no que respeita mais concretamente às pessoas colectivas, a forma e o fim lucrativo ou não destas bem como a capacidade financeira dos seus sócios ou accionistas.

As modalidades segundo as quais o órgão jurisdicional nacional deve accionar a responsabilidade do Estado em caso de violação por este das suas obrigações comunitárias continuam a suscitar interrogações.

No processo *Trasportes Urbanos y Servicios Generales* (acórdão de 26 de Janeiro de 2010, C-118/08), o órgão jurisdicional de reenvio pretende conhecer a posição do Tribunal de Justiça sobre a aplicação da regra segundo a qual uma acção fundada em responsabilidade do Estado por violação do direito da União por uma lei nacional só pode proceder se as vias de recurso internas tiverem sido esgotadas, embora esta regra não seja aplicável a uma acção fundada em

² Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a regras comuns para o mercado do gás natural (JO L 204, p. 1).

responsabilidade do Estado por violação da Constituição. O Tribunal de Justiça respondeu que o direito da União se opõe à aplicação dessa regra, depois de ter recordado os princípios do dever de indemnização que cabe aos Estados-Membros em caso de violação do direito da União, devido ao primado deste. Baseando-se no princípio da equivalência, o Tribunal de Justiça declarou que a totalidade das regras aplicáveis aos recursos se aplica indiferentemente às acções baseadas na violação do direito da União e às acções semelhantes baseadas na violação do direito interno: o objecto das duas acções fundadas em responsabilidade é semelhante uma vez que têm por objecto a indemnização do prejuízo sofrido devido a uma actuação do Estado. A respeito do princípio da equivalência, a única diferença relativa ao órgão jurisdicional competente para declarar a violação do direito não é suficiente para estabelecer uma distinção entre estas duas acções.

No processo *Melki e Abdeli* (acórdãos de 22 de Junho de 2010, C-188/10 e C-189/10), o Tribunal de Justiça teve ocasião de se pronunciar sobre a compatibilidade do mecanismo processual, denominado «*question prioritaire de constitutionnalité*», recentemente instituído em França, com o direito da União. Tal permitiu ao Tribunal de Justiça recordar que, para assegurar o primado do direito da União, o funcionamento do sistema de cooperação, entre o próprio Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, requer que o juiz nacional possa livremente, em qualquer momento do processo que considere adequado, mesmo depois de concluído um procedimento incidental de fiscalização da constitucionalidade, submeter ao Tribunal de Justiça qualquer questão prejudicial que entenda ser necessária. Assim, o artigo 267.º TFUE não se opõe a uma legislação nacional que institui um processo incidental de fiscalização da constitucionalidade das leis nacionais, desde que os outros órgãos jurisdicionais nacionais continuem a poder:

— em qualquer momento do processo que considerem adequado, mesmo depois de concluído o procedimento incidental de fiscalização da constitucionalidade, submeter ao Tribunal de Justiça qualquer questão prejudicial que considerem necessária;

— adoptar qualquer medida necessária a fim de assegurar a tutela jurisdicional provisória dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União; e

— não aplicar, concluído esse procedimento incidental, a disposição legislativa nacional em causa se a considerarem contrária ao direito da União.

No domínio já inúmeras vezes explorado das consequências relacionadas com a interpretação do direito da União que o Tribunal de Justiça fornece quando exerce a sua competência prejudicial, o processo *Albron Catering* (acórdão de 21 de Outubro de 2010, C-242/09) constituiu a ocasião para recordar que, no exercício da competência que lhe é conferida pelo artigo 267.º TFUE, só a título excepcional o Tribunal de Justiça pode, em aplicação do princípio geral da segurança jurídica inerente à ordem jurídica da União, ser levado a limitar a possibilidade de qualquer interessado invocar uma disposição por si interpretada para pôr em causa relações jurídicas estabelecidas de boa-fé. Para que se possa decidir por esta limitação, é necessário que se encontrem preenchidos dois critérios essenciais, ou seja, a boa-fé dos meios interessados e o risco de perturbações graves. Assim, o Tribunal de Justiça declarou que, na medida em que não lhe foi submetido nenhum elemento concreto susceptível de demonstrar a existência de um risco de perturbações graves ligado a um contencioso de massa que poderia ser desencadeado, na sequência do referido

acórdão relativo à interpretação da Directiva 2001/23/CE³, contra empresas que efectuaram uma transferência abrangida por esta directiva, não há que limitar os efeitos de tal acórdão no tempo.

No que respeita à contribuição do Tribunal de Justiça para a definição dos efeitos dos acordos celebrados pela União com Estados terceiros, referiremos o processo *Brita* (acórdão de 25 de Fevereiro de 2010, C-386/08) no qual se colocavam várias questões importantes relativas à interpretação de acordos internacionais, em especial o acordo de associação CE-Israel⁴.

O Tribunal de Justiça precisou que as normas da Convenção de Viena⁵ sobre o Direito dos Tratados são aplicáveis a um acordo concluído entre um Estado e uma organização internacional, como o Acordo de Associação CE-Israel, na medida em que essas normas são a expressão do direito internacional geral e consuetudinário. Em especial, a interpretação das disposições do acordo de associação que definem o seu âmbito de aplicação territorial deve respeitar o princípio «*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*». À luz destes princípios, o Tribunal de Justiça declarou que as autoridades aduaneiras do Estado-Membro de importação podem recusar conceder o benefício do tratamento preferencial instituído pelo Acordo de Associação CE-Israel a produtos originários da Cisjordânia. Com efeito, de outro acordo de associação, o Acordo CE-OLP⁶, resulta que só as autoridades aduaneiras da Cisjordânia e da Faixa de Gaza podem emitir um certificado de circulação quando os produtos em causa puderem ser considerados produtos originários da Cisjordânia e da Faixa de Gaza. Ora, interpretar o Acordo de Associação CE-Israel de tal forma que as autoridades israelitas estariam investidas de competências aduaneiras relativamente a produtos originários da Cisjordânia equivaleria a impor às autoridades aduaneiras palestinianas a obrigação de não exercerem as competências que lhes foram conferidas pelas referidas disposições do Acordo CE-OLP. Essa interpretação teria por efeito criar uma obrigação para um terceiro sem o seu consentimento e violaria assim o princípio de direito internacional geral «*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*», já referido, codificado no artigo 34.º da Convenção de Viena.

Além disso, o Tribunal de Justiça precisou que, no âmbito do procedimento previsto no Acordo de Associação CE-Israel, as autoridades aduaneiras do Estado de importação não estão vinculadas pela prova de origem apresentada nem pela resposta das autoridades aduaneiras do Estado de exportação quando a referida resposta não inclua informações suficientes para determinar a verdadeira origem dos produtos.

Como nos anos anteriores, o acesso aos documentos das instituições deu origem a processos judiciais e três acórdãos chamam especialmente a atenção nesta matéria. No processo *Comissão/Bavarian Lager* (acórdão de 29 de Junho de 2010, C-28/08 P), o Tribunal de Justiça

³ 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).

⁴ Acordo Euro-Mediterrânico que cria uma associação entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-Membros, por um lado, e o Estado de Israel, por outro, assinado em Bruxelas, em 20 de Novembro de 1995 (JO 2000, L 147, p. 3).

⁵ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969 (Recueil des traités des Nations unies, vol. 1155, p. 331).

⁶ Acordo provisório de Associação Euro-Mediterrânico sobre Comércio e Cooperação entre a Comunidade Europeia, por um lado, e a Organização de Libertação da Palestina (OLP) em benefício da Autoridade Palestiniana da Cisjordânia e da Faixa de Gaza, por outro, assinado em Bruxelas, em 24 de Fevereiro de 1997 (JO 1997, L 187, p. 3).

debruçou-se sobre a articulação entre o Regulamento (CE) n.º 1049/2001⁷ e o Regulamento (CE) n.º 45/2001⁸.

O Regulamento n.º 1049/2001 estabelece como regra geral o acesso aos documentos das instituições, mas prevê exceções, nomeadamente no caso de a divulgação prejudicar a protecção da vida privada ou da integridade do indivíduo nos termos da legislação da União relativa à protecção dos dados pessoais. Segundo o Tribunal de Justiça, quando, por meio de um pedido baseado no Regulamento n.º 1049/2001, se pretende obter o acesso a documentos que incluem dados pessoais, as disposições do Regulamento n.º 45/2001 passam a ser integralmente aplicáveis. Não tendo tomado em consideração esta remissão para a legislação da União relativa à protecção de dados pessoais e ao limitar a aplicação da excepção às situações em que a vida privada ou a integridade do indivíduo seja violada na aceção do artigo 8.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o Tribunal de Primeira Instância procedeu a uma interpretação particular e limitativa do Regulamento n.º 1049/2001, que não corresponde ao equilíbrio que o legislador da União pretendeu criar entre os dois regulamentos em causa.

Quanto ao mérito, o Tribunal de Justiça declarou que foi com razão que a Comissão decidiu que a lista dos participantes numa reunião realizada no âmbito de um processo por incumprimento continha dados pessoais e que, ao exigir, relativamente a todas as pessoas que não deram o seu consentimento expresso, que o requerente do acesso provasse a necessidade da transferência desses dados pessoais, a Comissão respeitou o disposto no artigo 8.º, alínea b), do Regulamento n.º 45/2001.

No mesmo dia, o Tribunal de Justiça proferiu outro acórdão muito importante em matéria de acesso aos documentos (acórdão de 29 de Junho de 2010, *Comissão/Technische Glaswerke Ilmenau*, C-139/07 P), relativo, desta vez, à articulação entre o Regulamento n.º 1049/2001 e o Regulamento (CE) n.º 659/1999 que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do CE⁹. O Tribunal de Justiça declarou que, para justificar a recusa de acesso a um documento cuja divulgação foi requerida, não basta, em princípio, que esse documento seja relativo a uma actividade mencionada no artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1049/2001. A instituição em causa deve igualmente fornecer explicações quanto à questão de saber de que modo o acesso ao referido documento poderia prejudicar concreta e efectivamente o interesse protegido por uma excepção prevista neste artigo. O Tribunal de Justiça precisou no entanto a este respeito que a instituição comunitária em causa pode basear-se, a este respeito, em presunções gerais aplicáveis a certas categorias de documentos.

Relativamente aos procedimentos de controlo dos auxílios de Estado, tais presunções gerais podem resultar do Regulamento n.º 659/1999 e da jurisprudência relativa ao direito de consultar os documentos do processo administrativo da Comissão. O Regulamento n.º 659/1999, em especial o seu artigo 20.º, não prevê um direito de acesso aos documentos do processo administrativo da Comissão a favor dos interessados, com excepção do Estado-Membro responsável pela concessão do auxílio. Com efeito, se esses interessados pudessem ter acesso aos documentos do

⁷ 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).

⁸ Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados (JO 2001, L 8, p. 1).

⁹ Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE (JO L 83, p. 1).

processo administrativo da Comissão, com fundamento no Regulamento n.º 1049/2001, o regime de controlo dos auxílios de Estado poderia ser posto em causa. Além disso, há que tomar em consideração que nos procedimentos de controlo dos auxílios de Estado os interessados diferentes do Estado-Membro em causa não dispõem do direito de consultar os documentos do processo administrativo da Comissão e, por conseguinte, reconhecer a existência de uma presunção geral segundo a qual a divulgação dos documentos do processo administrativo poderia, em princípio, pôr em causa a protecção dos objectivos das actividades de inquérito. Esta presunção geral não exclui o direito de os referidos interessados demonstrarem que um dado documento cuja divulgação é requerida não está coberto por tal presunção ou que existe um interesse público superior que justifica a divulgação do documento em causa ao abrigo do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1049/2001.

Este mecanismo de presunções estava também no centro do processo *Suécia/API e Comissão* (acórdão de 21 de Setembro de 2010, processos apensos C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P), no qual o Tribunal de Justiça se debruçou sobre a questão do acesso aos articulados que lhes são apresentados por uma instituição no âmbito de processos judiciais. Segundo o Tribunal de Justiça, esses articulados possuem características particulares, na medida em que fazem parte, pela sua própria natureza, da actividade judicial do Tribunal de Justiça. Na realidade, estes articulados são redigidos exclusivamente para efeitos do referido processo judicial e constituem o elemento essencial deste. Ora, a actividade judicial enquanto tal está excluída do âmbito de aplicação do direito de acesso aos documentos estabelecido pela regulamentação da União. A protecção dos processos jurisdicionais implica, nomeadamente, que seja assegurado o respeito dos princípios da igualdade de armas e da boa administração da justiça. Se o conteúdo dos articulados da instituição devesse ser objecto de um debate público, as críticas feitas a estes, para além do seu efectivo alcance jurídico, poderiam influenciar a posição defendida pela instituição. Tal situação seria susceptível de falsear o equilíbrio indispensável entre as partes num litígio nos referidos órgãos jurisdicionais da União, na medida em que só a instituição afectada por um pedido de acesso aos seus documentos, e não todas as partes no processo, seria sujeita à obrigação de divulgação. Por outro lado, a exclusão da actividade judicial do âmbito de aplicação do direito de acesso aos documentos justifica-se à luz da necessidade de garantir, no decurso de todo o processo judicial, que os debates entre as partes e a decisão do órgão jurisdicional em causa sobre o processo que lhe foi submetido se desenrolem com toda a serenidade. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça considerou que existia uma presunção geral de que a divulgação dos articulados apresentados por uma instituição no âmbito de um processo judicial prejudicava a protecção deste processo na acepção do artigo 4.º, n.º 2, segundo travessão, do Regulamento n.º 1049/2001 enquanto o referido processo estiver pendente, não excluindo tal presunção geral o direito de os interessados demonstrarem que um dado documento cuja divulgação é requerida não está coberto por tal presunção.

Em contrapartida, quando a actividade judicial tiver terminado, já não é de presumir que a divulgação dos articulados prejudique essa actividade, sendo então necessário um exame concreto dos documentos cujo acesso é solicitado para determinar se a divulgação pode ser recusada nos termos do artigo 4.º, n.º 2, segundo travessão, do Regulamento n.º 1049/2001.

Cidadania europeia

Neste domínio, em constante desenvolvimento, o processo *Tsakouridis* (acórdão de 23 de Novembro de 2010, C-145/09) suscitou no Tribunal de Justiça a delicada problemática das condições de afastamento de um cidadão da União que beneficia de um direito de residência permanente

definido no artigo 28.º da Directiva 2004/38/CE relativa ao direito de livre circulação e residência¹⁰. O Tribunal de Justiça precisou em primeiro lugar que uma medida de afastamento deve basear-se num exame individual da situação do interessado, devendo ser tidos em conta critérios como a idade, o estado de saúde, o centro dos seus interesses pessoais, familiares e profissionais, a duração das ausências do Estado-Membro de acolhimento e a importância dos laços com o país de origem, sendo o critério determinante para a atribuição de uma protecção reforçada contra a medida de afastamento o da residência no Estado-Membro de acolhimento durante os dez anos que precederam tal medida. Por outro lado, o Tribunal de Justiça sublinhou que esta medida de afastamento só podia ser justificada por «razões imperativas de segurança pública» ou por «razões graves de ordem pública ou de segurança pública» na acepção do artigo 28.º da Directiva 2004/38 se, tendo em conta a excepcional gravidade da ameaça, uma medida desse tipo for necessária para proteger os interesses que visa garantir, na condição de que esse objectivo não possa ser alcançado através de medidas menos restritivas, atendendo à duração da residência do cidadão da União. Por último, o Tribunal de Justiça recordou também que a luta contra a criminalidade ligada ao tráfico de estupefacientes em associação criminosa, infracção pela qual o interessado havia sido condenado, era susceptível de ser abrangido pelo conceito de «razões imperativas de segurança pública» ou de «razões graves de ordem pública ou de segurança pública» na acepção do mesmo artigo 28.º desta directiva.

Ainda a propósito dos direitos em matéria de livre circulação e de livre residência relacionados com a cidadania europeia, refira-se o processo *Bressol e o.* (acórdão de 13 de Abril de 2010, C-73/08), no qual o Tribunal de Justiça se debruçou sobre a compatibilidade de uma regulamentação nacional que limita o número de estudantes nacionais da União não residentes nos cursos universitários médicos e paramédicos. O Tribunal de Justiça afirmou, num primeiro momento, que, independentemente de uma eventual aplicação do artigo 24.º da Directiva 2004/38 à situação de alguns dos estudantes em causa no litígio principal, os artigos 18.º e 21.º do referido Tratado opõem-se a uma legislação nacional que limita o número de estudantes não residentes nesse Estado-Membro que se podem inscrever pela primeira vez em cursos médicos e paramédicos em estabelecimentos do ensino superior, constituindo esta legislação uma desigualdade de tratamento entre estudantes residentes e não residentes e, por este motivo, uma discriminação baseada indirectamente na nacionalidade. Num segundo momento, o Tribunal de Justiça recordou que tal legislação restritiva só pode ser justificada pelo objectivo de protecção da saúde pública se as autoridades competentes procederem a um exame aprofundado da legislação em causa em três fases: verificação da existência de verdadeiros riscos à luz do objectivo prosseguido, da adequação entre a referida legislação e a realização do objectivo prosseguido, bem como da proporcionalidade entre a referida legislação e o objectivo prosseguido, baseando-se tudo isto em critérios objectivos, circunstanciados e acompanhados de números. Por último, o Tribunal de Justiça precisou que as autoridades nacionais não podiam invocar em seu favor o artigo 13.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de Dezembro de 1966 se o órgão jurisdicional de reenvio verificar que a legislação em causa no processo principal não é compatível com os artigos 18.º e 21.º TFUE.

No processo *Lassal* (acórdão de 7 de Outubro de 2010, C-162/09), foi o artigo 16.º da Directiva 2004/38 que centrou a atenção do Tribunal de Justiça. O reenvio prejudicial tinha mais concretamente por objecto a questão de saber se, para efeitos da aquisição do direito de residência

¹⁰ 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, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO L 158, p. 77, e rectificativos JO L 229, p. 35, e JO 2005, L 197, p. 34).

permanente previsto no artigo 16.º, deve ser tido em conta um período de residência consecutivo de cinco anos, decorridos antes da data de transposição desta última, a saber, 30 de Abril de 2006, em conformidade com instrumentos de direito da União anteriores a esta data, e se, em caso de resposta afirmativa, ausências temporárias ocorridas antes de 30 de Abril de 2006 e posteriores a essa residência legal ininterrupta de cinco anos eram susceptíveis de afectar a obtenção de um direito de residência permanente na acepção da referida directiva. O Tribunal de Justiça deu uma resposta positiva à primeira parte da questão, declarando que, ainda que a possibilidade de obtenção do direito de residência desde que respeitado o prazo de cinco anos não constasse de entre os instrumentos do direito da União anteriores à Directiva 2004/38, a recusa de tomar em consideração esse período ininterrupto de residência privaria totalmente a referida directiva do seu efeito útil e conduziria a uma situação incompatível com a ideia de integração através da duração da residência que lhe é subjacente. Num segundo momento, o Tribunal de Justiça considerou que os objectivos e a finalidade da Directiva 2004/38 que visam nomeadamente facilitar o exercício do direito fundamental de circular e de residir livremente no território dos Estados-Membros, promover a coesão social e reforçar o sentimento de cidadania da União mediante o direito de residência, seriam seriamente comprometidos se este direito de residência fosse recusado a cidadãos da União que tenham residido legalmente no território do Estado-Membro de acolhimento por um período de cinco anos consecutivos decorrido antes de 30 de Abril de 2006, pela simples razão de, posteriormente a esse período, mas antes desta mesma data, terem ocorrido ausências temporárias de duração que não excede dois anos consecutivos.

No domínio da jurisprudência relativa à cidadania europeia, mencionaremos por último o processo *Rottmann* (acórdão de 2 de Março de 2010, C-135/08), no qual o Tribunal de Justiça se pronunciou sobre as condições de perda da nacionalidade de um Estado-Membro adquirida através de naturalização por um cidadão europeu que a obteve de forma fraudulenta. Segundo o Tribunal de Justiça, o direito da União, nomeadamente o artigo 17.º CE, não se opõe a que um Estado-Membro retire a um cidadão da União Europeia a sua nacionalidade adquirida através de naturalização, quando esta tenha sido obtida de forma fraudulenta, correspondendo esta decisão de revogação da naturalização a um motivo de interesse geral pelo facto de a fraude quebrar a relação de nacionalidade entre o Estado-Membro e o seu nacional. No entanto, esta decisão de revogação deve imperativamente respeitar o princípio da proporcionalidade. Quando, como no presente caso, o autor da fraude já tenha perdido a sua nacionalidade de origem pelo facto de ter sido naturalizado, cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais examinar as consequências decorrentes dessa decisão de revogação da naturalização para a pessoa em causa, bem como para os membros da sua família, e avaliar nomeadamente se a perda de todos os direitos de que goza um cidadão da União se justifica à luz da gravidade da infracção cometida pela pessoa em causa, do tempo decorrido entre a decisão de naturalização e a decisão de revogação e da eventual possibilidade de o interessado readquirir a sua nacionalidade originária. A perda da nacionalidade de origem e a perda da nacionalidade adquirida através de naturalização não são assim incompatíveis com o direito da União, enquanto princípio, ainda que a decisão de revogação da nacionalidade implique a perda da cidadania da União Europeia.

Livre circulação de mercadorias

No processo *Ker-Optika* (acórdão de 2 de Dezembro de 2010, C-108/09), o Tribunal de Justiça constatou que uma legislação nacional que proíbe a venda de lentes de contacto provenientes de outros Estados-Membros através da Internet e a sua entrega no domicílio do consumidor privado priva os operadores provenientes dos outros Estados-Membros de uma modalidade particularmente eficaz de comercialização desses produtos e perturba, assim, consideravelmente o seu acesso ao mercado nacional e constitui, por conseguinte, um entrave à livre circulação de mercadorias. O Tribunal de Justiça salienta que é certo que um Estado-Membro pode exigir que

as lentes de contacto sejam entregues por pessoal qualificado, que possa fornecer aos clientes informações relativas à utilização correcta e à manutenção destes produtos bem como aos riscos relacionados com o uso de lentes. Reservar a entrega das lentes de contacto aos estabelecimentos de óptica que oferecem os serviços de um óptico qualificado garante a realização do objectivo que visa assegurar a protecção da saúde dos consumidores. Mas o Tribunal de Justiça recorda que estes serviços também podem ser fornecidos por um médico oftalmologista fora dos estabelecimentos de óptica. Além disso, estas prestações apenas se impõem, em princípio, quando da primeira entrega de lentes de contacto. Nas entregas ulteriores, basta que o cliente assinala ao vendedor o tipo de lentes que lhe foram entregues da primeira vez e que comunique a este último uma eventual alteração da sua visão constatada por um médico oftalmologista. Nestas condições, o Tribunal de Justiça declara que o objectivo de assegurar a protecção da saúde dos utilizadores de lentes de contacto pode ser alcançado através de medidas menos restritivas do que as resultantes da regulamentação nacional. Por conseguinte, a proibição de vender lentes de contacto através da Internet não é proporcionada à luz do objectivo de protecção da saúde e é assim contrária às regras em matéria de livre circulação de mercadorias.

Libre circulação de pessoas, de serviços e de capitais

O Tribunal de Justiça proferiu mais uma vez este ano um número importante de acórdãos em matéria de liberdade de estabelecimento, de livre prestação de serviços e de livre circulação de capitais, bem como de livre circulação de trabalhadores. Por razões de clareza, os acórdãos seleccionados foram agrupados em função da liberdade de que tratam, e, se for caso disso, dos domínios de actividade em causa.

Em matéria de liberdade de estabelecimento, há que citar os processos apenas *Blanco Pérez e Chao Gómez* (acórdão de 1 de Junho de 2010, C-570/07 e C-571/07), nos quais estava em causa uma legislação espanhola que impunha que a obtenção de uma autorização administrativa prévia para a abertura de novas farmácias numa região determinada. A concessão dessa autorização estava ligada, mais concretamente, ao preenchimento de requisitos relativos à densidade demográfica e à distância mínima entre farmácias na região em causa. O Tribunal de Justiça declarou que o artigo 49.º TFUE não se opõe, em princípio, a essa legislação. Com efeito, segundo o Tribunal de Justiça, um Estado-Membro pode entender que há um risco de penúria de farmácias em determinadas partes do seu território e, conseqüentemente, de falta de fornecimento seguro e de medicamentos de qualidade. Logo, este Estado pode adoptar, atendendo a esse risco, legislação que preveja que só pode ser criada uma farmácia relativamente a um determinado número de habitantes, de forma a repartir as farmácias de forma equilibrada no território nacional. O Tribunal de Justiça precisou, no entanto, que o artigo 49.º TFUE se opõe a essa legislação quando esta impeça, nas zonas geográficas com características demográficas particulares, a criação de um número suficiente de farmácias susceptíveis de assegurar uma assistência farmacêutica adequada, o que compete ao órgão jurisdicional nacional verificar. Por outro lado, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 49.º TFUE, em conjugação com o artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva 85/432 relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a certas actividades do sector farmacêutico, e com o artigo 45.º, n.º 2, alíneas e) e g), da Directiva 2005/36, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais, se opõe a critérios previstos numa legislação nacional, nos termos dos quais são seleccionados os titulares de novas farmácias, e que dizem respeito, em primeiro lugar, a um acréscimo de 20% dos méritos profissionais relativos à actividade profissional obtidos numa determinada parte do território nacional e, em segundo lugar, que, em caso de empate resultante da aplicação da tabela, as autorizações são concedidas de acordo com uma ordem que dá prioridade aos farmacêuticos que tenham exercido a sua actividade profissional na referida parte do território nacional, sendo naturalmente estes critérios mais fáceis de respeitar pelos farmacêuticos nacionais.

O princípio da liberdade de estabelecimento foi também objecto de vários acórdãos em matéria fiscal. Entre estes refira-se, em primeiro lugar, o processo *X Holding* (acórdão de 25 de Fevereiro de 2010, C-337/08) no qual o Tribunal de Justiça declarou que os artigos 43.º CE e 48.º CE não se opõem à legislação de um Estado-Membro que dá a possibilidade a uma sociedade-mãe de constituir uma entidade fiscal única com a sua filial residente, mas impede a constituição dessa entidade fiscal única com uma filial não residente, quando os lucros desta última não estejam sujeitos à lei fiscal desse Estado-Membro. Segundo o Tribunal de Justiça, tal regime fiscal é justificado à luz da necessidade de preservar a repartição do poder de tributação entre os Estados-Membros. Com efeito, podendo a sociedade-mãe decidir livremente constituir uma entidade fiscal com a sua filial e dissolver essa entidade quando bem entender, de um ano para o outro, a possibilidade de incluir na entidade fiscal única uma filial não residente equivaleria a deixar-lhe a liberdade de escolher o regime fiscal aplicável às perdas dessa filial e o lugar onde estas seriam tidas em conta. Além disso, o facto de um Estado-Membro decidir admitir a imputação temporária das perdas de um estabelecimento estável estrangeiro à sede principal da empresa não implica que essa possibilidade deva igualmente ser aberta às filiais não residentes de uma sociedade-mãe residente. Na realidade, os estabelecimentos estáveis situados noutro Estado-Membro e as filiais não residentes não se encontram, com efeito, numa situação comparável no que diz respeito à repartição do poder de tributação, não estando o Estado-Membro de origem obrigado a aplicar às filiais não residentes o mesmo regime fiscal que aplica aos estabelecimentos estáveis estrangeiros.

Em segundo lugar, refira-se o acórdão *Gielen* (acórdão de 18 de Março de 2010, C-440/08), que tem por objecto a concessão, na legislação holandesa em matéria de impostos sobre o rendimento, de uma dedução aos trabalhadores independentes que tenham prestado um certo número de horas de trabalho como empresários. Esta legislação prevê, no entanto, que as horas trabalhadas por contribuintes não residentes a favor de um estabelecimento situado noutro Estado-Membro não eram tomadas em consideração para este efeito. Segundo o Tribunal de Justiça, o artigo 49.º TFUE opõe-se a esta legislação que discrimina os contribuintes não residentes, ainda que estes contribuintes possam, no que respeita a este benefício, optar pelo regime aplicável aos contribuintes residentes. Quanto a esta última questão, o Tribunal de Justiça considerou, com efeito, que a existência de uma discriminação indirecta em razão da nacionalidade na aceção do artigo 49.º TFUE não é posta em causa pelo facto de ser dada aos contribuintes não residentes uma opção de equiparação, que lhes permite escolher entre o regime fiscal discriminatório e aquele que é aplicável aos residentes, uma vez que essa opção não é susceptível de excluir os efeitos discriminatórios do primeiro desses dois regimes fiscais. Caso fosse reconhecido um efeito dessa natureza à referida opção, esse reconhecimento teria por consequência validar um regime fiscal que continuaria, em si mesmo, a violar o artigo 49.º TFUE em razão do seu carácter discriminatório. Por outro lado, um regime nacional que limite a liberdade de estabelecimento é incompatível com o direito da União, mesmo que a sua aplicação seja facultativa.

Há ainda que fazer referência a um terceiro acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça em matéria fiscal, tendo por objecto, desta vez, o princípio da livre prestação de serviços. No seu acórdão *Schmelz* (acórdão de 26 de Outubro de 2010, C-97/09), o Tribunal de Justiça verificou a compatibilidade com o artigo 49.º CE do regime especial para pequenas empresas previsto nos artigos 24.º, n.º 3, e 28.º-I da Sexta Directiva 77/388/CE¹¹, e o artigo 283.º, n.º 1, alínea c), da

¹¹ Sexta 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; EE 09 F1 p. 54).

Directiva 2006/112/CE¹², que permite aos Estados-Membros conceder às pequenas empresas estabelecidas no seu território uma isenção de imposto sobre o valor acrescentado com perda do direito a dedução, mas que exclui essa possibilidade às pequenas empresas estabelecidas noutros Estados-Membros. Segundo o Tribunal de Justiça, embora este regime constitua uma restrição à livre prestação de serviços, nesta fase da evolução do regime do imposto sobre o valor acrescentado, o objectivo que consiste em garantir a eficácia dos controlos fiscais para lutar contra a fraude, a evasão fiscal e eventuais abusos, bem como o objectivo do regime das pequenas empresas, que visa reforçar a sua competitividade, justificam, no entanto, que a aplicabilidade da isenção de imposto sobre o valor acrescentado seja circunscrita às actividades das pequenas empresas estabelecidas no território do Estado-Membro em que o imposto sobre o valor acrescentado é devido. Em especial, um controlo eficaz das actividades exercidas no âmbito da livre prestação de serviços por uma pequena empresa não estabelecida no referido território não está ao alcance do Estado-Membro de acolhimento. Além disso, as normas sobre a assistência administrativa que previstas no Regulamento (CE) n.º 1798/2003, relativo à cooperação administrativa no domínio do imposto sobre o valor acrescentado e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 218/92¹³, e na Directiva 77/799/CEE¹⁴, não são susceptíveis de garantir um cruzamento útil de dados no que respeita às pequenas empresas que exercem actividades no território do Estado-Membro que aplica uma isenção do imposto sobre o valor acrescentado. Por conseguinte, segundo o Tribunal de Justiça, o artigo 49.º CE não se opõe a tal regime.

Quanto à livre prestação de serviços, o Tribunal de Justiça proferiu um número importante de acórdãos em domínios muito diversos, como, entre outros, o da saúde pública, o do destacamento de trabalhadores e o dos jogos de fortuna ou azar.

No seu acórdão *Comissão/França* (acórdão de 5 de Outubro de 2010, C-512/08), o Tribunal de Justiça, em primeiro lugar, declarou que um Estado-Membro cuja legislação nacional subordina, fora das situações particulares ligadas, nomeadamente, ao estado de saúde do inscrito ou ao carácter urgente dos cuidados exigidos, à autorização prévia a tomada a cargo, por sua conta pela instituição competente, em função do regime de cobertura em vigor no Estado-Membro ao qual pertence, de cuidados programados noutro Estado-Membro e que implicam o recurso a equipamentos materiais pesados fora das infra-estruturas hospitalares, não desrespeita as obrigações que lhe incumbem por força do disposto no artigo 49.º CE. Segundo o Tribunal de Justiça, com efeito, atendendo aos riscos para a organização da política de saúde pública e para o equilíbrio financeiro do sistema de segurança social, tal exigência, no estado actual do direito da União, configura-se como uma restrição justificada. Estes riscos estão relacionados com o facto de, independentemente do meio, hospitalar ou não, no qual se destinam a ser instalados e utilizados, os equipamentos materiais pesados, deverem poder ser objecto de uma política de planificação no que diz respeito, nomeadamente, ao seu número e repartição geográfica, a fim de contribuir para garantir, em todo o território nacional, uma oferta de cuidados avançados que seja racionalizada, estável, equilibrada e acessível, mas também a fim de evitar, na medida do possível, qualquer desperdício de recursos financeiros, técnicos e humanos. Em contrapartida, no acórdão *Elchinov* (acórdão de 5 de Outubro de 2010, C-173/09), o Tribunal de Justiça declarou que a legislação de um Estado-Membro, interpretada no sentido de que exclui, em todos os casos, a assunção dos cuidados hospitalares dispensados sem autorização prévia noutro Estado-Membro,

¹² Directiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (JO L 347, p. 1).

¹³ Regulamento (CE) n.º 1798/2003 do Conselho, de 7 de Outubro de 2003 (JO L 264, p. 1).

¹⁴ Directiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos directos (JO L 336, p. 15; EE 09 F 1 p. 94).

não é conforme com o artigo 49.º CE nem com o artigo 22.º do Regulamento (CEE) n.º 1408/71, na sua versão alterada e actualizada pelo Regulamento (CE) n.º 118/97, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1992/2006¹⁵. Embora o direito da União não se oponha, em princípio, a um sistema de autorização prévia como confirmado pelo acórdão *Comissão/França* já referido, é contudo necessário que as condições estabelecidas para a concessão dessa autorização sejam justificadas. Tal não é o caso, segundo o Tribunal de Justiça, da legislação em causa, na parte em que priva o beneficiário da segurança social, que, por razões ligadas ao seu estado de saúde ou à necessidade de receber cuidados urgentes num estabelecimento hospitalar, foi impedido de solicitar essa autorização ou não pôde esperar pela resposta da instituição competente, da assunção, por essa instituição, desses cuidados, mesmo que as condições dessa assunção estejam reunidas. Ora, a assunção desses cuidados não é susceptível de comprometer a realização dos objectivos de planificação hospitalar nem de causar prejuízos graves ao equilíbrio financeiro do sistema de segurança social. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça concluiu que essa legislação comportava uma restrição injustificada à livre prestação de serviços.

Em matéria de destacamento de trabalhadores, refira-se, em seguida, o acórdão *Santos Palhota e o.* (acórdão de 7 de Outubro de 2010, C-515/08), no qual o Tribunal de Justiça declarou que os artigos 56.º TFUE e 57.º TFUE se opõem à legislação de um Estado-Membro que prevê, para um empregador estabelecido noutro Estado-Membro que destaca trabalhadores para o território do primeiro Estado, o envio de uma declaração prévia de destacamento, na medida em que o início do destacamento previsto está subordinado à notificação, a esse empregador, de um número de registo da referida declaração e em que as autoridades nacionais do Estado de acolhimento dispõem do prazo de cinco dias úteis, a contar da recepção da declaração, para proceder a essa notificação. Com efeito, o Tribunal de Justiça considerou que esse processo deve ser considerado como tendo o carácter de um processo de autorização administrativa, que pode entrar, designadamente atendendo ao prazo previsto para a entrega dessa notificação, o destacamento projectado e, por conseguinte, o exercício, pelo empregador dos trabalhadores a destacar, de actividades de prestação de serviços, em especial, quando a prestação a realizar exige uma certa rapidez de acção. Em contrapartida, estes mesmos artigos 56.º TFUE e 57.º TFUE não se opõem, segundo o Tribunal de Justiça, a uma legislação de um Estado-Membro que prevê, para um empregador estabelecido noutro Estado-Membro que destaca trabalhadores para o território do primeiro Estado, a conservação à disposição das autoridades nacionais deste, durante o período de destacamento, de uma cópia dos documentos equivalentes aos documentos sociais ou de trabalho exigidos pelo direito do primeiro Estado assim como o seu envio às referidas autoridades no termo desse período. Com efeito, essas medidas são proporcionadas ao objectivo que consiste na protecção dos trabalhadores, uma vez que são adequadas a permitir às autoridades verificar o cumprimento, relativamente aos trabalhadores destacados, das condições de trabalho previstas no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 96/71 /CE¹⁶, e, portanto, de salvaguardar a protecção destes últimos.

O Tribunal de Justiça também teve ocasião, em vários processos, de se pronunciar sobre a delicada problemática dos monopólios nacionais em matéria de jogos de fortuna ou azar e de apostas desportivas, e de precisar os requisitos que esses monopólios devem respeitar para serem considerados justificados. Em primeiro lugar, nos seus acórdãos *Sporting Exchange* (acórdão de 3 de Junho de 2010, C-203/08) e *Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International* (acórdão

¹⁵ Regulamento (CE) n.º 1992/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006, 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 (JO L 392, p. 1).

¹⁶ 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 1997, L 18, p. 1).

de 3 de Junho de 2010, C-258/08), o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 49.º CE não se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que sujeita a organização e a promoção dos jogos de fortuna ou azar a um regime de exclusividade a favor de um único operador e que proíbe que qualquer outro operador, inclusivamente um operador estabelecido noutra Estado-Membro, proponha, através da Internet, no território do primeiro Estado-Membro, serviços abrangidos pelo referido regime. Segundo o Tribunal de Justiça, com efeito, não sendo o sector dos jogos de fortuna ou azar oferecidos através da Internet objecto de harmonização na União Europeia, um Estado-Membro pode entender que o simples facto de um operador oferecer legalmente serviços nesse sector através da Internet noutra Estado-Membro, onde está estabelecido e já está, em princípio, sujeito aos requisitos legais e a controlos por parte das autoridades competentes deste último Estado, não constitui uma garantia suficiente de protecção dos consumidores nacionais contra os riscos de fraude e de criminalidade, à luz das prováveis dificuldades encontradas, nesse contexto, pelas autoridades do Estado-Membro de estabelecimento para avaliar as qualidades e a integridade profissionais dos operadores. Além disso, devido à falta de contacto directo entre o consumidor e o operador, os jogos de fortuna ou azar acessíveis através da Internet comportam riscos de natureza diferente e de uma importância acrescida em relação aos mercados tradicionais desses jogos, no que respeita a eventuais fraudes cometidas pelos operadores contra os consumidores. A referida restrição pode assim, à luz das particularidades relacionadas com a oferta de jogos de fortuna ou azar através da Internet, ser considerada justificada pelo objectivo de combate à fraude e à criminalidade. No seu acórdão *Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International*, já referido, o Tribunal de Justiça acrescentou que se pode considerar que uma legislação nacional que se destina a conter o vício do jogo e a combater a fraude, e que contribui efectivamente para a realização desses objectivos limita as actividades de apostas de maneira coerente e sistemática, ainda que o titular ou os titulares de uma licença exclusiva possam tornar a sua oferta mais atractiva no mercado através da apresentação de novos jogos de fortuna ou azar e do recurso à publicidade. Cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar se as actividades de jogo ilegais podem constituir um problema no Estado-Membro em causa, que uma expansão das actividades autorizadas e regulamentadas pode solucionar, e se essa expansão não tem uma amplitude susceptível de a tornar inconciliável com o objectivo de conter o referido vício.

Em seguida, nos seus acórdãos *Carmen Media Group* (acórdão de 8 de Setembro de 2010, C-46/08) e *Stoß* (acórdão de 8 de Setembro de 2010, processos apensos C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07), o Tribunal de Justiça debruçou-se sobre a regulamentação alemã que proíbe a organização ou mediação de jogos públicos de fortuna ou azar na Internet. O Tribunal de Justiça declarou, na linha dos acórdãos *Sporting Exchange e Ladbrokes Betting & Gaming e Ladbrokes International*, já referidos, que, com a preocupação de canalizar o instinto de jogo e a exploração dos jogos num circuito controlado, os Estados-Membros são livres de criar monopólios públicos, sendo tal monopólio susceptível de controlar os riscos ligados ao sector dos jogos de fortuna ou azar de forma mais eficaz do que um regime no qual operadores privados seriam autorizados, sob reserva do cumprimento da legislação aplicável na matéria, a organizar jogos de apostas. Em especial, segundo o Tribunal de Justiça, o facto de vários tipos de jogos de fortuna e azar estarem sujeitos, uns, a um monopólio público e, os outros, a um regime de autorizações concedidas a operadores privados não pode, só por si, pôr em causa o requisito da coerência do sistema alemão, uma vez que esses jogos têm características diferentes. No entanto, o Tribunal de Justiça salientou que, atendendo às constatações que tinham feito nesses processos, os órgãos jurisdicionais alemães podiam considerar que a legislação alemã não limita de forma coerente e sistemática os jogos de fortuna ou azar. Com efeito, estes órgãos jurisdicionais tinham constatado, por um lado, que os titulares dos monopólios públicos levam a cabo campanhas publicitárias intensas para maximizar os lucros provenientes das lotarias afastando-se assim dos objectivos que justificam a existência desses monopólios e que, por outro, no que respeita aos jogos de fortuna ou azar, como os jogos de casino e os jogos automatizados, que não são

abrangidos pelo monopólio público mas apresentam um potencial de risco de vício superior aos jogos sujeitos a esse monopólio, as autoridades alemãs levam a cabo ou toleram políticas que visam encorajar a participação nesses jogos. Ora, em tais circunstâncias, segundo o Tribunal de Justiça, o objectivo de prevenção deixa de poder ser eficazmente prosseguido por este monopólio e deixa de poder ser justificado.

Por outro lado, no acórdão *Stoß*, já referido, o Tribunal de Justiça recordou que os Estados-Membros dispõem de uma ampla margem de apreciação para fixar o nível de protecção contra os perigos decorrentes dos jogos de fortuna ou azar. Assim, atendendo à inexistência de harmonização comunitária nesta matéria, estes não são obrigados a reconhecer as autorizações concedidas por outros Estados-Membros nesse domínio. Pelos mesmos motivos e atendendo aos riscos que os jogos de fortuna ou azar na Internet representam quando comparados com os jogos de fortuna ou azar tradicionais, os Estados-Membros podem também proibir a oferta de jogos de fortuna ou azar na Internet. No entanto, o Tribunal de Justiça precisou, no seu acórdão *Carmen Media Group*, já referido, que tal regime de autorização, que derroga a livre prestação de serviços, se deve basear em critérios objectivos, não discriminatórios e conhecidos de antemão, de modo a enquadrar o exercício do poder de apreciação das autoridades nacionais, a fim de não poder ser utilizado de forma arbitrária. Por outro lado, quem for sujeito a uma medida restritiva baseada numa derrogação como essa deve poder dispor de meios processuais efectivos de natureza jurisdicional.

Por último, no seu acórdão *Winner Wetten* (acórdão de 8 de Setembro de 2010, C-409/06), o Tribunal de Justiça declarou que, por força do primado do direito da União directamente aplicável, tal regulamentação nacional relativa a um monopólio público sobre as apostas em competições desportivas que contém restrições incompatíveis com a liberdade de estabelecimento e com a livre prestação de serviços, pelo facto de essas restrições não contribuírem para limitar as actividades de apostas de maneira coerente e sistemática, como exigido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, não pode continuar a ser aplicada durante um período transitório.

No que respeita, finalmente, à livre circulação de capitais, o acórdão *Comissão/Portugal* (acórdão de 8 de Julho de 2010, C-171/08) é especialmente digno de nota. Neste processo, o Tribunal de Justiça foi chamado a apreciar a compatibilidade com o artigo 56.º CE do regime especial das «golden shares» detidas pelo Estado português na sociedade privada Portugal Telecom, que continha direitos especiais relativos à eleição de um terço do número total dos administradores, à eleição de um número determinado de membros da Comissão Executiva escolhida de entre os membros do Conselho de Administração, à nomeação de pelo menos um dos administradores eleitos para se ocuparem de certas matérias de administração, bem como à adopção de decisões importantes da Assembleia-Geral. O Tribunal de Justiça declarou que, atendendo à influência que lhe conferem na gestão da sociedade, que não se justifica pela amplitude da sua participação, ao manter esses direitos especiais, o Estado português não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE. No que se refere às derrogações autorizadas pelo artigo 58.º CE, o Tribunal de Justiça recordou que a segurança pública ou, no caso em apreço, a necessidade de garantir a segurança da disponibilidade da rede de telecomunicações em caso de crise, de guerra ou de terrorismo só pode ser invocada perante uma ameaça real e suficientemente grave, que afecte um interesse fundamental da sociedade. Por último, no que respeita à proporcionalidade da restrição em causa, a incerteza, criada pelo facto de nem uma lei nacional nem os estatutos da sociedade em causa fixarem critérios relativos às circunstâncias em que os referidos poderes especiais podem ser exercidos, constitui uma violação grave da liberdade de circulação de capitais, na medida em que confere às autoridades nacionais, no que diz respeito ao exercício de tais poderes, uma margem de apreciação de tal modo discricionária que não pode ser considerada proporcionada aos objectivos prosseguidos.

O sector específico da livre prestação de serviços que os contratos públicos constituem também conheceu desenvolvimentos jurisprudenciais. Na linha dos célebres processos *Viking Line* (acórdão de 11 de Dezembro de 2007, C-438/05) e *Laval un Partneri* (acórdão de 18 de Dezembro de 2007, C-341/05), o processo *Comissão/Alemanha* (acórdão de 15 de Julho de 2010, C-271/08) colocava a questão de saber como conciliar o direito de negociação colectiva e os princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, em matéria de contratos públicos. Neste processo, a acção intentada pela Comissão tinha por objecto a declaração de um incumprimento por parte da República Federal da Alemanha às obrigações que lhe incumbiam por força do disposto na Directiva 92/50/CEE¹⁷ e na Directiva 2004/18/CE¹⁸, no âmbito da adjudicação de contratos relativos a planos de pensões profissionais, que implementavam uma convenção colectiva negociada entre parceiros sociais. A Comissão considerava que, ao adjudicar directamente esses contratos a organismos e a empresas referidos no § 6 da Convenção colectiva relativa à conversão, para os trabalhadores da função pública municipal, de uma parte da remuneração em poupança-reforma, o Estado-Membro não cumpria as obrigações que lhe incumbiam por força do disposto nas referidas directivas, bem como dos princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços. A República Federal da Alemanha alegou que as adjudicações dos contratos controvertidos tinham ocorrido no contexto especial da execução de uma convenção colectiva de trabalho.

O Tribunal de Justiça declarou, nesse acórdão, que o carácter fundamental do direito de negociação colectiva e a finalidade social de uma convenção colectiva relativa à conversão, para os trabalhadores da função pública municipal, de uma parte da remuneração em poupança-reforma não podem, enquanto tais, implicar que os empregadores municipais fiquem automaticamente dispensados de respeitar as exigências decorrentes das Directivas 92/50 e 2004/18 relativas aos contratos públicos, que aplicam a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços no domínio dos contratos públicos. O exercício do direito fundamental de negociação colectiva deve portanto ser conciliado com as exigências decorrentes das liberdades protegidas pelo Tratado FUE e ser conforme com o princípio da proporcionalidade. Depois de ter examinado, ponto por ponto, as diferentes considerações que poderiam justificar a não observância das disposições europeias sobre a adjudicação de contratos públicos aos contratos controvertidos, como sejam a participação dos trabalhadores na escolha do organismo que implementará a medida de conversão salarial, os elementos de solidariedade nos quais se baseiam as propostas dos organismos e das empresas referidos na convenção colectiva em causa, ou ainda a experiência e a solidez financeira destes, o Tribunal de Justiça concluiu que o cumprimento das referidas directivas não é, no presente caso, incompatível com a realização do objectivo social prosseguido pela convenção colectiva em causa. Por último, o Tribunal de Justiça considerou que estavam reunidas no caso concreto as condições de que as referidas directivas fazem depender a qualificação de «contratos públicos». Por um lado, referiu que os empregadores municipais, ainda que implementem, em matéria de planos de pensões profissionais, uma escolha predefinida numa convenção colectiva, são no entanto entidades adjudicantes, na medida em que tiverem estado representados na negociação colectiva implementada no caso concreto. Por outro lado, considerou que os contratos de seguro de grupo têm interesse económico directo para os empregadores municipais que os celebram, pelo que são contratos de carácter oneroso. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça decidiu, neste processo, que a República Federal da Alemanha não cumpriu a obrigação de submeter, em conformidade com

¹⁷ Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviço (JO L 209, p. 1).

¹⁸ Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114).

o disposto nas directivas europeias relativas aos contratos públicos, as adjudicações dos contratos controvertidos, efectuadas ao abrigo de uma convenção colectiva, a concurso.

A interpretação da Directiva 2004/18 relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços foi objecto de outra decisão importante do Tribunal de Justiça, proferida em 18 de Novembro de 2010 (acórdão *Comissão/Irlanda*, C-226/09). No caso em análise, o problema consistia no facto de a entidade adjudicante, embora não fosse obrigada a precisar no anúncio de concurso a ponderação relativa atribuída a cada um dos critérios, o ter feito, e isto depois do termo do prazo para a apresentação das propostas. A Comissão intentou uma acção por incumprimento contra o Estado-Membro adjudicante, acusando-o de ter violado o princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência.

O Tribunal de Justiça declarou, em primeiro lugar, que embora a obrigação de indicar a ponderação relativa de cada um dos critérios de adjudicação de um contrato abrangido pelo anexo IIA satisfaça a exigência de garantia do respeito do princípio da igualdade de tratamento e da obrigação de transparência que decorre desse princípio, não se justifica considerar que, não existindo disposições específicas para os contratos da categoria do anexo IIB, seja necessário ir ao ponto de exigir que a entidade adjudicante que decide ainda assim fornecer essas indicações, o faça obrigatoriamente antes de terminar o prazo fixado para apresentar as propostas. Segundo o Tribunal de Justiça, ao atribuir um valor ponderado a esses critérios, a entidade adjudicante mais não fez do que especificar as regras segundo as quais as propostas apresentadas deviam ser avaliadas. Pelo contrário, declarou que a alteração da ponderação dos critérios de adjudicação após uma apreciação inicial das propostas apresentadas consubstanciava uma violação do princípio da igualdade de tratamento e da obrigação de transparência que decorre desse princípio. Esta alteração contraria a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual estes princípios fundamentais do Direito da União implicam que as entidades adjudicantes têm a obrigação de se cingir à mesma interpretação dos critérios de adjudicação durante todo o processo.

Em matéria de livre circulação de trabalhadores, há que referir o processo *Olympique Lyonnais* (acórdão de 16 de Março de 2010, C-325/08) que diz respeito à compatibilidade de uma legislação aplicável na área do futebol profissional com o artigo 45.º TFUE. Nos termos da referida legislação, um jogador «esperança» pode ser condenado ao pagamento de uma indemnização quando, no termo do seu período de formação, assina um contrato de jogador profissional não com o clube que o formou mas com um clube de outro Estado-Membro. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça verificou, em primeiro lugar, que a legislação controvertida era efectivamente abrangida pelo artigo 45.º TFUE. Estava em causa, neste processo, a Carta do Futebol Profissional da Federação Francesa de Futebol. Segundo o Tribunal de Justiça, este texto tem a natureza de uma convenção colectiva que se destina a regulamentar o trabalho assalariado, abrangida, enquanto tal, pelo Direito da União. Em seguida, o Tribunal de Justiça constatou que o regime analisado é susceptível de dissuadir um jogador «esperança» de exercer o seu direito de livre circulação. Por conseguinte, tal regime constitui uma restrição à livre circulação dos trabalhadores. No entanto, como o Tribunal de Justiça já tinha declarado no acórdão *Bosman*¹⁹, tendo em conta a considerável importância social que reveste a actividade desportiva, em particular o futebol, na União, o objectivo de encorajar o recrutamento e a formação de jovens jogadores deve ser reconhecido como legítimo. Assim, o Tribunal de Justiça concluiu que o artigo 45.º TFUE não se opõe a um sistema que, para realizar esse objectivo, garante a indemnização do clube formador no caso de um jovem jogador assinar, no termo do seu período de formação, um contrato de jogador profissional com um clube

¹⁹ Acórdão de 15 de Dezembro de 1995, *Bosman* (C-415/93, Colect., p. I-4921).

de outro Estado-Membro, desde que esse sistema seja apto para garantir a realização do referido objectivo e não vá além do necessário para o alcançar. Em contrapartida, não é necessário para garantir a realização do referido objectivo, um regime, como o que estava em causa, uma vez que o montante da indemnização a que o jogador «esperança» pode ser condenado a pagar não tem relação com os custos reais da formação.

Ainda no domínio dos trabalhadores, o Tribunal de Justiça proferiu no mesmo dia dois acórdãos (acórdãos de 23 de Fevereiro de 2010, *Ibrahim*, C-310/08, e *Teixeira*, C-480/08) relativos à interpretação do artigo 12.º do Regulamento (CEE) n.º 1612/68 em matéria de livre circulação dos trabalhadores²⁰ e, mais concretamente, à sua articulação com a Directiva 2004/38/CE relativa à livre circulação dos nacionais da União²¹. Nesses dois processos, as autoridades nacionais recusaram o direito à assistência habitacional às recorrentes e aos seus filhos, pelo facto de não serem titulares de um direito de residência no Reino Unido ao abrigo do Direito da União. Com efeito, uma estava separada do marido que, depois de ter trabalhado no Reino Unido, tinha acabado por sair do país e a outra, também separada do seu marido, tinha ela própria perdido o estatuto de trabalhador. No entanto, na medida em que os seus filhos prosseguiram estudos no Reino Unido, as recorrentes invocaram o artigo 12.º do regulamento acima referido, conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão *Baumbast e R*²². Confirmando a sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça recordou que o artigo 12.º do referido regulamento permite que se reconheça ao filho de um trabalhador migrante, em conexão com o seu direito de acesso ao ensino no Estado-Membro de acolhimento, um direito de residência autónomo e, para este efeito, exige apenas que o filho tenha vivido com pelo menos um dos pais num Estado-Membro enquanto este aí residia com o estatuto de trabalhador. O facto de os progenitores em causa se terem entretanto divorciado e o facto de apenas um dos progenitores ser cidadão da União e de já não ser um trabalhador migrante no Estado-Membro de acolhimento é irrelevante. Deste modo, segundo o Tribunal de Justiça, a aplicação do artigo 12.º do regulamento deve ser feita de forma autónoma em relação às disposições do Direito da União que regem expressamente as condições de exercício do direito de residência noutro Estado-Membro, autonomia que não foi posta em causa pela entrada em vigor da nova directiva relativa à livre circulação dos cidadãos europeus. Tirando as consequências desta autonomia, o Tribunal de Justiça constatou em seguida que o direito de residência de que beneficia o progenitor que tem a guarda efectiva de um filho de um trabalhador migrante que prossegue os seus estudos não está sujeito à condição de esse progenitor dispor de recursos financeiros suficientes para evitar tornar-se uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento. Por último, no segundo processo (processo *Teixeira*, já referido), o Tribunal de Justiça também precisou que embora, regra geral, o direito de residência do progenitor que tem a guarda efectiva de um filho de um trabalhador migrante, quando este filho se encontra a estudar no Estado-Membro de acolhimento, se extinga com a maioridade do filho, tal poderá não suceder se o filho continuar a necessitar da presença e dos cuidados desse progenitor para poder prosseguir e terminar os seus estudos. Cabe então ao órgão jurisdicional nacional apreciar se esse é efectivamente o caso.

Aproximação das legislações

Na impossibilidade de fazer uma apresentação completa dos contributos jurisprudenciais neste sector, no qual reina a maior diversidade, à imagem da diversificação cada vez maior da

²⁰ 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 F 1 p. 77).

²¹ V. nota n.º 10.

²² Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Setembro de 2002, *Baumbast e R* (C-413/99, Colect., p. I-7091).

intervenção do legislador da União, optou-se por pôr em relevo dois sectores, as práticas comerciais em geral, com uma chamada de atenção especial para a protecção dos consumidores, e as telecomunicações, assinalando igualmente, à luz do seu interesse evidente, algumas outras decisões.

Em matéria de práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, a Directiva 2005/29/CE²³ foi interpretada duas vezes este ano. Esta directiva procede a uma harmonização plena das regras relativas às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores e contém, no seu anexo I, uma lista exhaustiva de 31 práticas comerciais que, em conformidade com o disposto no artigo 5.º, n.º 5, desta directiva, são desleais em qualquer circunstância. Como precisado expressamente no seu décimo sétimo considerando, são as únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem recurso a uma avaliação casuística nos termos dos artigos 5.º a 9.º da directiva.

Num primeiro processo *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* (acórdão de 9 de Novembro de 2010, C-540/08), o Tribunal de Justiça, por conseguinte, declarou que a referida directiva deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma disposição nacional que prevê uma proibição geral das vendas com prémios e que visa não só proteger os consumidores mas que também prossegue outros objectivos. As práticas que consistem em oferecer prémios aos consumidores associados à compra de produtos ou de serviços não figuram no anexo I da directiva e não podem por consequência ser proibidas em todas as circunstâncias, mas apenas na sequência de uma análise específica que permita demonstrar o seu carácter desleal. Deste modo, a possibilidade de participar num concurso com prémio através da compra de um jornal não constitui uma prática comercial desleal na acepção do artigo 5.º, n.º 2, da referida directiva pelo mero facto de esta possibilidade de participação constituir, pelo menos para uma parte do público-alvo, o motivo determinante para a compra do jornal.

Num segundo processo, *Plus Warenhandelsgesellschaft* (acórdão de 14 de Janeiro de 2010, C-304/08), o Tribunal de Justiça declarou que esta mesma directiva se opõe também a uma legislação nacional que prevê uma proibição de princípio das práticas comerciais que fazem depender a participação dos consumidores num concurso ou num jogo promocionais da aquisição de um bem ou de um serviço sem ter em conta as circunstâncias específicas do caso concreto. O Tribunal de Justiça refere em primeiro lugar que campanhas promocionais que sujeitem a participação gratuita do consumidor numa lotaria à compra de uma certa quantidade de bens e serviços constituem actos comerciais que se inscrevem claramente no quadro da estratégia comercial de um operador e que visam directamente a promoção e o fluxo das vendas deste. Constituem assim efectivamente práticas comerciais na acepção desta directiva e, por conseguinte, estão abrangidas pelo âmbito de aplicação desta. O Tribunal de Justiça recorda em seguida que a mesma directiva, que efectua uma harmonização completa das regras, prevê expressamente que os Estados-Membros não podem adoptar medidas mais restritivas do que as definidas pela referida directiva, mesmo que seja com o fim de assegurar um grau mais elevado de protecção dos consumidores. Na medida em que a prática em causa neste processo também não estava incluída no anexo I, o Tribunal de Justiça observa que esta não pode ser proibida sem que se determine, à luz do contexto factual de cada caso, se apresenta um carácter «desleal» à luz dos critérios enunciados na referida directiva. Entre estes critérios figura nomeadamente a questão de

²³ Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 (JO L 149, p. 22).

saber se a prática distorce, ou é susceptível de distorcer, de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio em relação a um produto.

Este ano, o Tribunal de Justiça também foi chamado a interpretar, por duas vezes, a Directiva 93/13/CEE²⁴ relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

Num primeiro processo, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (acórdão de 3 de Junho de 2010, C-484/08), o Tribunal de Justiça recordou que o sistema de protecção implementado pela directiva assenta na ideia de que o consumidor se encontra em situação de inferioridade face ao profissional, no que respeita quer ao poder de negociação quer ao nível de informação, situação que o leva a aderir a condições previamente redigidas pelo profissional, sem poder influir no conteúdo destas. Esta directiva apenas procedeu a uma harmonização parcial e mínima das legislações nacionais sobre cláusulas abusivas, reconhecendo aos Estados-Membros a possibilidade de garantir ao consumidor um nível de protecção mais elevado do que o nela previsto. Assim, o Tribunal de Justiça sublinha que os Estados-Membros podem adoptar ou manter, na totalidade do domínio regido pela referida directiva, disposições mais rigorosas do que as previstas na própria directiva, desde que visem garantir um nível de protecção mais elevado para o consumidor. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça concluiu que esta directiva não se opõe a uma legislação nacional que autoriza um controlo jurisdicional do carácter abusivo das cláusulas contratuais relativas à definição do objecto principal do contrato ou à adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e dos serviços ou dos bens a fornecer como contrapartida, por outro, ainda que estas cláusulas estejam redigidas de maneira clara e compreensível.

Num segundo processo, *VB Pénzügyi Lízing* (acórdão de 9 de Novembro de 2010, C-137/08), o Tribunal de Justiça foi levado a esclarecer o acórdão *Pannon GSM* (acórdão de 4 de Junho de 2009, C-243/08) (v. Relatório Anual 2009). O Tribunal de Justiça recordou que o artigo 267.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia abrange a interpretação do conceito de «cláusula abusiva», referido no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 93/13 e no anexo desta, e os critérios que o órgão jurisdicional nacional pode ou deve aplicar no exame de uma cláusula contratual à luz das disposições desta directiva, sendo certo que compete ao referido juiz pronunciar-se, tendo em conta os referidos critérios, sobre a qualificação concreta de uma cláusula contratual particular em função das circunstâncias concretas do caso em apreço. O carácter abusivo de uma cláusula contratual deve ser apreciado em função da natureza dos bens ou serviços objecto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que o mesmo foi celebrado, rodearam a sua conclusão, entre as quais o facto de uma cláusula, constante de um contrato celebrado entre um consumidor e um profissional, que atribui competência exclusiva ao órgão jurisdicional do foro onde está situada a sede do profissional, ter sido inserida sem ter sido objecto de negociação individual. O Tribunal de Justiça também declarou que o órgão jurisdicional nacional deve oficiosamente adoptar medidas de instrução a fim de determinar se uma cláusula atributiva de competência jurisdicional territorial exclusiva constante do contrato objecto do litígio que lhe cabe conhecer, e que foi celebrado entre um profissional e um consumidor, se enquadra no âmbito de aplicação da Directiva 93/13 e, em caso afirmativo, apreciar oficiosamente o carácter eventualmente abusivo dessa cláusula. Com efeito, a fim de garantir a eficácia da protecção dos consumidores pretendida pelo legislador da União numa situação caracterizada por um desequilíbrio entre o consumidor e o profissional que só pode ser compensada por uma intervenção positiva, exterior às partes no contrato, o órgão jurisdicional nacional deve, por isso, em todos os casos e quaisquer que sejam as normas de direito

²⁴ Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29).

interno, determinar se a cláusula controvertida foi ou não objecto de negociação individual entre um profissional e um consumidor.

No que respeita, desta vez, à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, o Tribunal de Justiça declarou no processo *E. Friz* (acórdão de 15 de Abril de 2010, C-215/08) que a Directiva 85/577/CEE²⁵ se aplica a um contrato entre um comerciante e um consumidor celebrado durante uma visita não solicitada ao domicílio deste, a respeito da sua adesão a um fundo imobiliário fechado constituído sob a forma de sociedade de pessoas, quando a finalidade da adesão não consista principalmente na aquisição da qualidade de membro da referida sociedade, mas em aplicar capital. O Tribunal de Justiça precisou que o artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 85/577 não se opõe por conseguinte a uma norma nacional segundo a qual, em caso de resolução da adesão a tal fundo imobiliário, declarada no âmbito de um contrato ao domicílio não solicitado, o consumidor tem, contra esta sociedade, um direito ao saldo resultante do acerto de contas final calculado em função do valor da sua participação no momento em que abandona esse fundo, obtendo assim eventualmente a restituição de um montante inferior ao da sua entrada ou estando sujeito a participar nas perdas do referido fundo. Com efeito, embora não haja dúvidas de que a referida directiva tem por objectivo a protecção do consumidor, tal não implica que essa protecção seja absoluta. Resulta tanto da sistemática geral como da redacção de diversas disposições dessa directiva que a referida protecção está sujeita a certos limites. Tratando-se, mais especificamente, das consequências do exercício do direito de renúncia, a notificação da resolução tem por efeito, tanto para o consumidor como para o comerciante, o restabelecimento da situação inicial. Não deixa de ser verdade que nada nesta mesma directiva exclui que o consumidor possa ter, em certos casos específicos, obrigações em relação ao comerciante e seja levado, sendo caso disso, a suportar determinadas consequências decorrentes do exercício do seu direito de rescisão.

A propósito de uma problemática semelhante, o Tribunal de Justiça declarou no processo *Heinrich Heine* (acórdão de 15 de Abril de 2010, C-511/08), relativo à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, que o artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, segundo período, e n.º 2, da Directiva 97/7/CE²⁶ deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que permite ao fornecedor, num contrato à distância, imputar as despesas de envio dos bens ao consumidor, no caso de este exercer o seu direito de rescisão. As disposições da referida directiva relativas às consequências jurídicas da rescisão têm claramente por objectivo não desencorajar o consumidor de exercer o seu direito de rescisão. Seria assim contrário a tal objectivo interpretar essas disposições no sentido de que autorizam os Estados-Membros a permitirem que as despesas de envio sejam debitadas ao consumidor em caso de rescisão. Por outro lado, o facto de imputar ao consumidor, para além das despesas directas de devolução dos bens, as despesas de expedição poderia pôr em causa a repartição equilibrada dos riscos entre as partes nos contratos à distância, fazendo o consumidor suportar todas as despesas ligadas ao transporte dos bens.

No domínio das práticas comerciais, referiremos por último o processo *Lidl* (acórdão de 18 de Novembro de 2010, C-159/09), nascido de uma campanha publicitária lançada por um supermercado. Este publicou num jornal local um anúncio que comparava talões de caixa que enumeravam produtos, na maioria alimentares, comprados, respectivamente, em duas cadeias de supermercados e que indicavam um custo total diferente, tendo este procedimento sido

²⁵ 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).

²⁶ Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (JO L 144, p. 19).

contestado pelo concorrente visado. O Tribunal de Justiça indicou em primeiro lugar que a directiva relativa à publicidade enganosa e à publicidade comparativa²⁷ deve ser interpretada no sentido de que a simples circunstância de os produtos alimentares diferirem quanto ao seu carácter comestível e quanto ao prazer que o seu consumo proporciona ao consumidor, em função das condições e do local do fabrico, dos seus ingredientes e da identificação do seu fabricante, não é susceptível de excluir a possibilidade de a comparação desses produtos satisfazer a exigência estabelecida na referida disposição, segundo a qual estes produtos devem responder às mesmas necessidades ou ter o mesmo objectivo, isto é, devem apresentar entre si um grau de substituíbilidade suficiente²⁸. Com efeito, decidir que, excepto no caso de serem idênticos, dois produtos alimentares não podem ser comparados significaria excluir qualquer possibilidade efectiva de publicidade comparativa numa categoria particularmente importante de bens de consumo. O Tribunal de Justiça acrescentou que uma publicidade que tem por objecto uma comparação dos preços de produtos alimentares praticados por duas cadeias de supermercados concorrentes pode revestir um carácter enganoso²⁹, nomeadamente se se concluir, atendendo a todas as circunstâncias pertinentes do caso concreto, designadamente às indicações e às omissões que acompanham esse anúncio, que a decisão de compra de um número significativo de consumidores a que se dirige for susceptível de ser tomada no pressuposto errado de que a selecção de produtos feita pelo anunciante é representativa do nível geral dos preços deste relativamente ao que é praticado pelo seu concorrente e que, por conseguinte, esses consumidores realizarão poupanças do nível das indicadas no referido anúncio ao efectuarem regularmente as suas compras de bens de consumo corrente nesse anunciante e não no seu concorrente ou ainda no pressuposto errado de que todos os produtos do anunciante são mais baratos do que os do seu concorrente. Uma publicidade pode também revestir carácter enganoso se se verificar que, para efeitos de uma comparação feita na óptica exclusiva do preço, foram seleccionados produtos alimentares que apresentam diferenças susceptíveis de condicionar de modo sensível a opção do consumidor médio, sem que as referidas diferenças resultem dessa publicidade. Por último, o Tribunal de Justiça declarou que a exigência de comparabilidade³⁰ exige, relativamente a uma publicidade que compara os preços de duas gamas de produtos, que os bens possam ser precisamente identificados, permitindo assim que o destinatário se possa certificar de que foi correctamente informado na perspectiva das compras de consumo corrente que é levado a efectuar.

A jurisprudência relativa ao sector das telecomunicações foi especialmente abundante este ano. Em primeiro lugar, o processo *Polska Telefonia Cyfrowa* (acórdão de 1 de Julho de 2010, C-99/09) permitiu que o Tribunal de Justiça interpretasse o artigo 30.º, n.º 2, da Directiva 2002/22/CE «serviço universal»³¹ a propósito dos custos da portabilidade dos números de telemóveis que permite a um assinante conservar o mesmo número de telefone em caso de mudança de operador. Para o Tribunal de Justiça, o referido artigo deve ser interpretado no sentido de que

²⁷ 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 F 05 p. 55), conforme alterada pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, para incluir a publicidade comparativa (JO L 290, p. 18).

²⁸ Artigo 3.º-A, n.º 1, alínea b), da Directiva 84/450, em matéria de publicidade enganosa e de publicidade comparativa, conforme alterada pela Directiva 97/55.

²⁹ Artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da Directiva 84/450, em matéria de publicidade enganosa e de publicidade comparativa, conforme alterada pela Directiva 97/55.

³⁰ Artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da Directiva 84/450, em matéria de publicidade enganosa e de publicidade comparativa, conforme alterada pela Directiva 97/55.

³¹ Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal) (JO L 108, p. 51).

a autoridade reguladora nacional deve ter em conta os custos suportados pelos operadores das redes de telefonia móvel para a implementação do serviço de portabilidade do número quando aprecia o carácter dissuasor do encargo a suportar pelos consumidores pela utilização do referido serviço. No entanto, a autoridade tem a faculdade de fixar o montante máximo desse encargo, exigível pelos operadores, num nível inferior aos custos suportados por estes, quando um encargo calculado com base unicamente nestes custos for susceptível de dissuadir os utilizadores de utilizarem a funcionalidade da portabilidade.

Ainda em matéria de telecomunicações, refira-se o processo *Alassini e o.* (acórdão de 18 de Março de 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08) no qual o Tribunal de Justiça respondeu a uma questão prejudicial relativa à interpretação do princípio da protecção jurisdicional efectiva relativamente a uma legislação nacional que estabelece a obrigatoriedade de uma tentativa de conciliação extrajudicial como pressuposto de admissibilidade de acções judiciais em determinados litígios entre prestadores de serviços e utilizadores finais no âmbito da directiva «serviço universal»³². Segundo o Tribunal de Justiça, o artigo 34.º, n.º 1, da referida directiva atribui aos Estados-Membros como objectivo estabelecerem procedimentos extrajudiciais destinados a dirimir litígios que envolvam consumidores que tenham por objecto matérias abrangidas por esta directiva. Uma legislação nacional que tenha introduzido um processo de conciliação extrajudicial e que tenha tornado obrigatório o recurso a este procedimento, antes de recorrer a um órgão jurisdicional, não é susceptível de comprometer a realização do objectivo geral visado pela referida directiva e tende inclusivamente a reforçar o seu efeito útil, devido à resolução mais rápida e menos onerosa dos litígios e à redução da carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais que é obtida através da referida legislação. O Tribunal de Justiça afirma assim que a etapa adicional para o acesso ao tribunal que constitui um procedimento de conciliação prévio, tornado obrigatório pela legislação em causa, não contraria os princípios da equivalência e da efectividade e o princípio da protecção jurisdicional efectiva desde que não conduza a uma decisão vinculativa para as partes, que não implique um atraso substancial no procedimento judicial nem gere custos muito elevados para os consumidores, que a via electrónica não constitua o único meio de acesso ao referido processo de conciliação e que seja possível recorrer a medidas cautelares nos casos excepcionais devidos a urgência.

Em seguida, no processo *Vodafone e o.* (acórdão de 8 de Junho de 2010, C-58/08), o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a validade do Regulamento (CE) n.º 717/2007 relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas³³, no âmbito de um litígio que opunha vários operadores de redes telefónicas móveis públicas às autoridades nacionais a propósito da validade de disposições nacionais de aplicação do referido regulamento. Na sequência da apresentação de três pedidos prejudiciais, o Tribunal de Justiça recordou em primeiro lugar que o regulamento, adoptado com base no artigo 95.º CE, institui uma abordagem comum para garantir que os utilizadores das redes públicas de telefonia móvel terrestre não paguem preços excessivos pelos serviços de itinerância comunitária e que os operadores dos diferentes Estados-Membros possam operar no âmbito de um único quadro regulamentar coerente, baseado em critérios objectivos, contribuindo deste modo para o funcionamento harmonioso do mercado interno a fim de alcançar um elevado nível de protecção dos consumidores e de preservar a concorrência entre operadores. Num segundo momento, questionado sobre a observância dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade pelo facto de o regulamento fixar não apenas limites máximos para os preços

³² V. nota anterior.

³³ Regulamento (CE) n.º 717/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho de 2007, relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas da Comunidade e que altera a Directiva 2002/21/CE (JO L 171, p. 32).

grossistas médios por minuto, mas também para os preços retalhistas, e prever obrigações de informação relativas a estes últimos, em benefício dos clientes da itinerância, o Tribunal de Justiça declarou que, tendo em conta o amplo poder de apreciação de que dispõe no domínio em causa, o legislador comunitário tinha legitimamente considerado, tendo em conta critérios objectivos e um estudo económico exaustivo, que uma regulamentação apenas dos mercados grossistas não alcançaria o mesmo resultado que uma regulamentação abrangendo simultaneamente os mercados grossistas e os mercados retalhistas, e que esta última era assim necessária, e que a obrigação de informação reforça o efeito útil da limitação máxima dos preços. Na sequência da sua apreciação, o Tribunal de Justiça considerou que não há violação do princípio da subsidiariedade devido à interdependência entre os preços retalhistas e os preços grossistas e aos efeitos da abordagem comum instituída pelo referido regulamento, cujo objectivo prosseguido pode ser mais adequadamente realizado a nível comunitário.

Por último, no processo *Comissão/Bélgica* (acórdão de 6 de Outubro de 2010, C-222/08), que tinha por contexto uma acção por incumprimento intentada pela Comissão e que dizia respeito à transposição parcial para o Reino da Bélgica dos artigos 12.º, n.º 1, e 13.º, n.º 1, e do anexo IV, parte A, da directiva «serviço universal»³⁴, o Tribunal de Justiça constatou, num primeiro momento, que, na medida em que a referida directiva fixa apenas as regras do cálculo do custo líquido resultante do fornecimento do serviço universal quando as autoridades nacionais tenham considerado que esta pode constituir um encargo injustificado, o Estado-Membro em causa não tinha violado as obrigações que lhe incumbiam ao fixar ele próprio as condições que permitiam determinar se o referido encargo era ou não injustificado. Num segundo momento, o Tribunal de Justiça precisou que, ao associar os mecanismos de cobertura dos custos líquidos, que podem decorrer para uma empresa do fornecimento do serviço universal, à existência de um encargo excessivo para esta empresa, o legislador comunitário quis excluir que os custos líquidos de fornecimento do serviço universal dessem automaticamente direito a indemnização, considerando que o custo líquido do referido serviço não representava necessariamente um encargo excessivo para todas as empresas em causa. Nestas condições, o encargo injustificado cuja existência devia ser declarada pela autoridade reguladora nacional antes de qualquer indemnização só podia ser o encargo que, para cada empresa em causa, tivesse carácter excessivo na perspectiva da sua capacidade para o suportar, tendo em conta o conjunto das suas características específicas (equipamentos, situação económica e financeira, quota de mercado, etc.). Por outro lado, o Tribunal de Justiça constatou que o Estado-Membro em causa, obrigado por esta mesma directiva a implementar os mecanismos necessários para indemnizar as empresas que suportam um encargo injustificado, não cumpria as suas obrigações se constataste, de modo geral e com base no cálculo dos custos líquidos do fornecedor do serviço universal (que anteriormente era o único fornecedor desse serviço), que todas as empresas que passaram a estar encarregadas do fornecimento do referido serviço estavam efectivamente sujeitas a um encargo injustificado devido a esse fornecimento, sem ter procedido a um exame específico simultaneamente do custo líquido do serviço para cada operador em causa e do conjunto das características específicas desse operador. Por último, o Tribunal de Justiça recordou que também não cumpria as obrigações que lhe incumbiam por força da referida directiva o Estado-Membro que não previsse, no cálculo do custo líquido do fornecimento da componente social do serviço universal, as vantagens comerciais obtidas pelas empresas às quais cabia esse fornecimento, incluindo os benefícios imateriais.

Embora seja assim consagrado um *corpus* jurisprudencial homogéneo em dois sectores particularmente sensíveis, a jurisprudência no domínio da aproximação das legislações está longe de a ele se limitar. Alguns processos que a seguir se indicam são disso prova.

³⁴ V. nota n.º 31.

O processo *Monsanto Technology* (acórdão de 6 de Julho de 2010, C-428/08) suscitou, pela primeira vez, a questão do alcance de uma patente europeia de uma sequência de ADN. Titular desde 1996 de uma patente europeia de uma sequência de ADN que, introduzida no ADN de uma planta de soja, torna esta planta resistente a um determinado herbicida, a sociedade Monsanto opôs-se a importações para um Estado-Membro de farinha de soja produzida na Argentina a partir dessa soja geneticamente alterada, não estando a invenção da Monsanto protegida por uma patente na Argentina. O órgão jurisdicional nacional no qual o processo foi desencadeado perguntou ao Tribunal de Justiça se a mera presença da sequência de ADN protegida por uma patente europeia bastava para constituir uma violação do direito de patente da Monsanto quando a farinha era comercializada na União Europeia. Segundo o Tribunal de Justiça, a Directiva 98/44/CE³⁵ sujeita a protecção conferida por uma patente europeia ao requisito de a informação genética contida no produto patenteado ou que constitua esse produto exercer a sua função nessa matéria. A este respeito, o Tribunal de Justiça salienta que a função da invenção da Monsanto é exercida quando a informação genética protege a planta de soja que a incorpora da acção efectiva do herbicida. Ora, esta função da sequência de ADN protegida já não pode ser exercida quando esta se encontra sob a forma de resíduo na farinha de soja, que é uma matéria morta obtida depois de várias operações de tratamento da soja. Por conseguinte, a protecção a título da patente europeia está excluída quando a informação genética tenha deixado de exercer a sua função na planta inicial da qual derivou. Além disso, essa protecção não poderia ser atribuída pelo facto de a informação genética contida na farinha de soja poder eventualmente exercer de novo a sua função noutra planta. Com efeito, para esse fim, seria necessário que a sequência de ADN fosse efectivamente introduzida nessa outra planta para que pudesse dar origem a um direito a uma patente europeia em relação a essa matéria. Nestas circunstâncias, a Monsanto não pode proibir, com base na Directiva 98/44, a comercialização de farinha de soja proveniente da Argentina que contenha a sua invenção biotecnológica sob a forma de resíduo. Por último, o Tribunal de Justiça salienta que a referida directiva se opõe a uma regra nacional que atribui uma protecção absoluta a uma sequência de ADN patenteada enquanto tal, independentemente de exercer ou não a sua função na matéria que a contém. Com efeito, as disposições desta directiva que prevêem o critério do exercício específico desta função constituem uma harmonização completa da matéria na União Europeia.

No processo *Association of the British Pharmaceutical Industry* (acórdão de 22 de Abril de 2010, C-62/09), o Tribunal de Justiça foi chamado a interpretar a Directiva 2001/83/CE³⁶. Embora, em princípio, esta proíba, no âmbito da promoção de medicamentos junto dos médicos ou dos farmacêuticos, que se concedam, ofereçam ou prometam a estes benefícios pecuniários ou em espécie, o Tribunal de Justiça declarou que esta directiva não se opõe a sistemas de incentivos financeiros aplicados pelas autoridades de saúde nacionais com o objectivo de reduzir as despesas de saúde e que visam favorecer a prescrição pelos médicos, para o tratamento de determinadas patologias, de medicamentos especificamente designados, com uma substância activa diferente da do medicamento que, anteriormente, foi ou poderia ter sido prescrito se esse sistema de incentivos não existisse. De uma forma geral, a política de saúde definida por um Estado-Membro e as receitas que este lhe afecta não prosseguem nenhum fim lucrativo ou comercial. Não se pode assim considerar que um sistema de incentivos financeiros incluído numa dessas políticas se insere no quadro da promoção comercial de medicamentos. O Tribunal de Justiça recorda no entanto que as autoridades públicas são obrigadas a pôr à disposição dos profissionais da

³⁵ Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas (JO L 213, p. 13).

³⁶ 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), conforme alterada pela Directiva 2004/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (JO L 136, p. 34).

indústria farmacêutica as informações que demonstrem que o sistema em causa se baseia em critérios objectivos e que não é feita nenhuma discriminação entre os medicamentos nacionais e os provenientes de outros Estados-Membros. Além disso, essas autoridades devem tornar esse sistema público e pôr à disposição desses profissionais as avaliações que estabeleçam a equivalência terapêutica entre as substâncias activas disponíveis da classe terapêutica que são objecto do sistema.

No processo *Comissão/Alemanha* (acórdão de 9 de Março de 2010, C-518/07), relativo ao tratamento de dados pessoais, o Tribunal de Justiça declarou que a garantia de independência das autoridades nacionais de controlo, prevista na Directiva 95/46/CE³⁷, visa assegurar a eficácia e a fiabilidade do controlo do respeito das disposições em matéria de protecção das pessoas singulares no que se refere ao tratamento de dados pessoais e deve ser interpretada à luz deste objectivo. Essa exigência não foi estabelecida para conferir um estatuto especial às próprias autoridades e aos seus agentes, mas com vista a reforçar a protecção das pessoas e dos organismos abrangidos pelas suas decisões, devendo as autoridades de controlo, no exercício das suas funções, agir de forma objectiva e imparcial. Por conseguinte, essas autoridades de controlo, competentes para fiscalizar o tratamento de dados pessoais no sector não público, devem gozar de uma independência que lhes permita exercer as suas funções sem influência externa. Essa independência exclui não só qualquer influência exercida pelos organismos de controlo mas também qualquer instrução ou qualquer outra influência externa, directa ou indirecta, que possam pôr em causa o cumprimento, pelas referidas autoridades, da sua tarefa de estabelecer um justo equilíbrio entre a protecção do direito à vida privada e a livre circulação de dados pessoais. O mero risco de as autoridades de tutela poderem exercer uma influência política nas decisões das autoridades de controlo competentes para fiscalizar o tratamento de dados pessoais é suficiente para impedir o exercício independente das suas funções. Por um lado, poderia haver uma «obediência antecipada» dessas autoridades, atendendo à prática decisória da autoridade de tutela. Por outro lado, o papel de guardiãs do direito à vida privada que as referidas autoridades de controlo desempenham exige que as suas decisões e, conseqüentemente, elas próprias, estejam acima de qualquer suspeita de parcialidade. A tutela do Estado exercida sobre as autoridades nacionais de controlo competentes para fiscalizar o tratamento de dados pessoais no sector não público não é, assim, compatível com a exigência de independência.

Proferido em matéria de direitos de autor e direitos conexos, o acórdão *Padawan* (acórdão de 21 de Outubro de 2010, C-467/08) trouxe precisões no que respeito ao conceito, aos critérios e aos limites da compensação equitativa por cópia privada. A Directiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação³⁸ admite a excepção de cópia privada introduzida no direito interno por alguns Estados-Membros, desde que os titulares dos direitos de reprodução recebam uma compensação equitativa. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça precisou, em primeiro lugar, que o conceito de «compensação equitativa» constante do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 2001/29 é um conceito autónomo de Direito da União, que deve ser interpretado de maneira uniforme em todos os Estados-Membros que introduziram uma excepção de cópia privada. Preciso em seguida que o «justo equilíbrio» a encontrar entre as pessoas visadas implica que a compensação equitativa seja necessariamente calculada com base no critério do prejuízo causado aos autores na sequência da introdução da excepção de cópia privada. Além disso, os juízes indicaram que a «taxa por cópia

³⁷ Artigo 28.º, n.º 1, segundo parágrafo, da 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).

³⁸ Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001 (JO L 167, p. 10).

privada» não é directamente suportada pelos utilizadores privados dos equipamentos, aparelhos e suportes, mas pelas pessoas que dispõem dos referidos equipamentos, aparelhos e suportes, na medida em que essas pessoas são mais facilmente identificáveis e têm a possibilidade de repercutir o encargo real desse financiamento sobre os utilizadores privados. Por último, o Tribunal de Justiça considerou que é necessária uma ligação entre a aplicação da taxa destinada a financiar a compensação equitativa relativamente ao material de reprodução e o uso presumido destes últimos para fins de reprodução privada. Por conseguinte, a aplicação, sem distinção, da taxa por cópia privada, designadamente no que respeita a equipamentos, aparelhos, e suportes de reprodução digital não disponibilizados a utilizadores privados e manifestamente reservados a usos diferentes da realização de cópias para uso privado, não é conforme com a Directiva 2001/29. Em contrapartida, a partir do momento em que os equipamentos em causa sejam disponibilizados a pessoas singulares para fins privados, não é de modo algum necessário demonstrar que estas realizaram de facto cópias privadas com recurso a esses equipamentos e, assim, causaram efectivamente um prejuízo ao autor da obra protegida. Com efeito, presume-se legitimamente que essas pessoas singulares beneficiam totalmente da referida disponibilização, isto é, espera-se delas que explorem a plenitude das funções associadas aos referidos equipamentos, incluindo a de reprodução.

No processo *Kyrian* (acórdão de 14 de Janeiro de 2010, C-233/08), o pedido de decisão prejudicial tinha por objecto, em primeiro lugar, a questão de saber se, à luz do artigo 12.º, n.º 3, da Directiva 76/308, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a certas quotizações, direitos, impostos e outras medidas³⁹, conforme alterada pela Directiva 2001/44/CE⁴⁰, os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro no qual a autoridade requerida tem a sua sede são competentes para verificar o carácter executório de um título que permite a cobrança de um crédito emitido noutro Estado-Membro. O Tribunal de Justiça precisou, neste acórdão, que os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro requerido não são, em princípio, competentes para verificar o carácter executório do título que permite a cobrança, excepto para fiscalizar a conformidade do título com a ordem pública do referido Estado. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça declarou que, na medida em que a notificação constitui uma «medida de execução» abrangida pelo artigo 12.º, n.º 3, da Directiva 76/308, o órgão jurisdicional do Estado-Membro requerido é competente para verificar se essas medidas foram regularmente efectuadas em conformidade com as disposições legislativas e regulamentares do referido Estado-Membro. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça teve de se pronunciar sobre a questão de saber se, para ser regular, a notificação do título que permite a cobrança deve ser dirigida ao devedor numa língua oficial do Estado-Membro no qual a autoridade requerida tem a sua sede. A Directiva 76/308 nada prevê a este respeito. Mas, segundo o Tribunal de Justiça, tendo em conta a finalidade deste texto, que consiste em garantir a execução efectiva de citações e notificações de todos os actos e decisões, há que considerar que o destinatário de um título executivo deve, para poder invocar os seus direitos, receber a notificação deste título numa língua oficial do Estado-Membro requerido. Para mais, o Tribunal de Justiça considerou que, com o objectivo de garantir o respeito deste direito, cabe ao juiz nacional aplicar o seu direito nacional assegurando a plena eficácia do Direito da União.

Concorrência

Tanto a matéria dos auxílios de Estado como a das regras de concorrência aplicáveis às empresas conheceram desenvolvimentos jurisprudenciais interessantes.

³⁹ Directiva 76/308/CEE do Conselho, de 15 de Março de 1976 (JO L 73, p. 18; EE 02 F3 p. 46).

⁴⁰ Directiva 2001/44/CE do Conselho, de 15 de Junho de 2001 (JO L 175, p. 17).

No que respeita aos auxílios de Estado, no processo *Comissão/Deutsche Post* (acórdão de 2 de Setembro de 2010, C-399/08 P), o Tribunal de Justiça debruçou-se sobre o método utilizado pela Comissão para concluir pela existência de uma vantagem constitutiva de um auxílio de Estado a favor de uma empresa privada responsável por um serviço de interesse económico geral (a seguir «SIEG»). Tendo a Comissão considerado que os recursos públicos recebidos pela empresa em causa a título de compensação pela prestação de um SIEG eram de um montante superior aos custos adicionais originados por este serviço e que este excesso de compensação constituía um auxílio de Estado incompatível com o mercado comum, o Tribunal de Primeira Instância anulou esta decisão com o fundamento de que a Comissão não tinha demonstrado de forma bastante a existência de uma vantagem na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, e de que não podia presumir pela existência de uma vantagem conferida por dinheiros públicos à empresa sem verificar previamente se estes excediam efectivamente todos os custos adicionais ligados ao cumprimento de um serviço de interesse económico suportados por esta empresa. O Tribunal de Justiça confirmou a análise do Tribunal de Primeira Instância, tendo julgado improcedente o fundamento da Comissão relativo à violação dos artigos 87.º, n.º 1, CE e 86.º, n.º 2, CE. Começando por recordar que, para que uma compensação financeira atribuída a uma empresa responsável por um SIEG possa escapar à qualificação de auxílio de Estado, têm de estar preenchidos requisitos precisos, que impõem nomeadamente que essa compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as respectivas receitas assim como um lucro razoável pela execução dessas obrigações (requisitos previstos no acórdão de 24 de Julho de 2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Colect., p. I-7747, n.ºs 74 e 75), o Tribunal de Justiça deduziu assim que, ao proceder à análise da validade de um financiamento de tal serviço à luz do direito dos auxílios de Estado, a Comissão tem de verificar se esse requisito está preenchido. O Tribunal de Justiça constatou em seguida que o Tribunal de Primeira Instância tinha identificado deficiências no método utilizado pela Comissão e que tinha, assim, podido concluir com razão que a análise da Comissão era imperfeita, sem no entanto proceder a uma inversão do ónus da prova nem substituir o seu próprio método de análise pelo método da Comissão. A natureza restritiva dos requisitos de acordo com os quais a compensação de um SIEG é susceptível de escapar à qualificação de auxílio de Estado não isenta assim a Comissão de proceder a uma demonstração rigorosa quando considera que estes requisitos não foram respeitados.

No processo *Comissão/Scott* (acórdão de 2 de Setembro de 2010, C-290/07 P), foi interposto recurso no Tribunal de Justiça de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância que tinha anulado uma decisão da Comissão que declarava incompatível um auxílio de Estado das autoridades francesas a uma sociedade americana, resultante da venda de um terreno em condições que não reflectiam a realidade do mercado, tendo o Tribunal de Justiça precisado os limites da fiscalização jurisdicional efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância quando a identificação de um auxílio de Estado suscita sérias dificuldades de avaliação. A Comissão acusava o Tribunal de Primeira Instância de ter excedido os limites da sua fiscalização ao identificar erros de método e de cálculo característicos de uma violação da obrigação de conduzir de maneira diligente o procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, do Tratado CE. O Tribunal de Justiça julgou este fundamento procedente, remetendo, num primeiro momento, para os princípios consagrados no acórdão *Tetra Laval* (acórdão de 15 de Fevereiro de 2005, *Comissão/Tetra Laval*, C-12/03 P, Colect., p. I-987, n.º 39), do qual resulta que o juiz da União deve verificar não só a exactidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se estes elementos constituem todos os dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são de molde a sustentar as conclusões que deles se inferem. Esta remissão é acompanhada de um limite importante, segundo o qual não compete ao juiz da União substituir a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação económica. Num segundo momento, o Tribunal de Justiça sublinhou que a Comissão era obrigada a aplicar

o critério do investidor privado a fim de verificar se o preço pago pelo pretendo beneficiário do auxílio correspondia ao preço que um investidor privado, actuando em condições de concorrência normais, poderia ter fixado. O Tribunal de Justiça declarou que, no caso concreto, o Tribunal de Primeira Instância não tinha identificado os erros manifestos de apreciação da Comissão que poderiam justificar a anulação da decisão de incompatibilidade do auxílio, excedendo deste modo os limites da sua fiscalização jurisdicional. Por último, segundo o Tribunal de Justiça, o Tribunal de Primeira Instância não podia acusar a Comissão de ter ignorado certos elementos de informação que poderiam ter sido úteis, na medida em que só foram fornecidos depois do procedimento formal de investigação, não sendo a Comissão obrigada a reabrir o referido procedimento depois de obter essas novas informações.

No processo *NDSHT/Comissão* (acórdão de 18 de Novembro de 2010, C-322/09 P), foi pedido ao Tribunal de Justiça que limitasse o conteúdo do conceito de acto impugnável proveniente de uma instituição comunitária. Com efeito, tinha sido interposto recurso de anulação de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância que tinha declarado inadmissível um recurso de anulação da decisão constante de cartas da Comissão dirigidas à sociedade NDSHT, referentes a uma denúncia relativa a auxílios de Estado alegadamente ilegais concedidos pela cidade de Estocolmo a uma sociedade concorrente. A recorrente, a NDSHT, sustentava que o Tribunal de Primeira Instância tinha cometido um erro de direito ao considerar que os ofícios controvertidos, por meio dos quais a Comissão tinha decidido não dar seguimento a uma denúncia da NDSHT, constituíam uma comunicação informal não impugnável na acepção do artigo 230.º CE. Com efeito, segundo o procedimento em vigor, quando a Comissão verifique, na sequência da análise de uma denúncia, que a investigação não permite concluir pela existência de um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º CE, recusa implicitamente dar início ao procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE. Ora, segundo o Tribunal de Justiça, o acto em causa não podia ser qualificado de simples comunicação informal nem de medida provisória na medida em que exprimia a posição definitiva da Comissão de pôr fim ao seu exame preliminar, recusando assim dar início a um procedimento formal de investigação, comportando, deste modo, consequências consideráveis para a recorrente. Neste contexto, o Tribunal de Justiça, confirmando que a recorrente era efectivamente uma empresa concorrente da sociedade beneficiária das medidas denunciadas e figurava assim entre as partes interessadas na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, imputou ao Tribunal de Primeira Instância um erro de direito, por este ter declarado que o acto controvertido não apresentava as características de uma decisão susceptível de recurso nos termos do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 quando, independentemente da sua qualidade ou forma, aquele produzia efeitos jurídicos obrigatórios susceptíveis de afectar os interesses da referida recorrente. O Tribunal de Justiça anulou assim o acórdão em causa, tendo julgado improcedente a excepção de inadmissibilidade baseada no facto de o acto controvertido não poder ser objecto de recurso de anulação e remeteu o processo ao Tribunal Geral para que este se pronunciasse sobre o mérito.

Relativamente às regras de concorrência aplicáveis às empresas, dois acórdãos chamam especialmente a atenção, um relativo à aplicação das regras de concorrência aos grupos de sociedades, o outro relativo ao âmbito do princípio da protecção da confidencialidade das comunicações entre os advogados e os seus clientes.

Com o acórdão *Knauf Gips/Comissão* de 1 de Julho de 2010 (C-407/08 P), o Tribunal de Justiça declarou que, no caso de um grupo de sociedades em cujo topo se encontram várias pessoas, a Comissão não comete um erro de apreciação ao considerar uma dessas sociedades como a única responsável pela actuação desse grupo, cujo conjunto constitui uma unidade económica. Com efeito, o facto de não haver no topo desse grupo uma única pessoa não obsta a que uma sociedade seja considerada responsável pela actuação desse grupo. A estrutura jurídica específica de um grupo de sociedades que se caracteriza pelo facto de não ter no seu topo uma única pessoa

não é determinante quando essa estrutura não reflecte o funcionamento efectivo e a organização real desse grupo. Em especial, o Tribunal de Justiça considerou que a inexistência de vínculos jurídicos de subordinação entre duas sociedades no topo do grupo não é susceptível de pôr em causa a conclusão de que a primeira destas duas sociedades deve ser considerada responsável pela actuação do grupo, uma vez que, na realidade, a segunda sociedade não determina autonomamente o seu comportamento no mercado em causa.

O acórdão *Knauf Gips/Comissão* comporta ainda precisões relativamente ao direito das empresas durante o procedimento administrativo e no exercício das vias de recurso. O Tribunal de Justiça precisa neste acórdão, com efeito, que nenhuma norma de Direito da União obriga o destinatário da comunicação de acusações a contestar os seus diferentes elementos de facto ou de direito durante o procedimento administrativo, sob pena de já não o poder fazer ulteriormente, na fase jurisdicional, sendo tal limitação contrária aos princípios fundamentais da legalidade e do respeito dos direitos de defesa.

No processo *Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Comissão* (acórdão de 14 de Setembro de 2010, C-550/07 P) colocava-se também uma questão relativa aos direitos das empresas durante as investigações da Comissão. Com efeito, a Comissão tinha procedido a diligências de instrução e apreendido diversos documentos, entre os quais cópias de correios electrónicos trocados entre o director-geral e o coordenador para o direito da concorrência da Akzo Nobel, um advogado inscrito na Ordem dos Advogados neerlandesa e empregado pela Akzo Nobel. Neste contexto, o Tribunal de Justiça foi chamado a precisar se os assessores jurídicos empregados por uma empresa beneficiam da protecção da confidencialidade das suas comunicações nos mesmos termos que os advogados externos. O Tribunal de Justiça declarou que a evolução da situação jurídica nos Estados-Membros da União e a adopção do Regulamento (CE) n.º 1/2003, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado⁴¹, não justificavam que se reconhecesse uma evolução da jurisprudência⁴² no sentido de um reconhecimento do benefício da protecção da confidencialidade aos assessores jurídicos. O Tribunal de Justiça recordou que o benefício dessa protecção está subordinado a duas condições cumulativas. Por um lado, o contacto com o advogado deve estar ligado ao exercício do direito de defesa do cliente e, por outro, deve tratar-se de advogados independentes, ou seja, de advogados não vinculados ao cliente por uma relação de emprego. A exigência de independência implica a inexistência de qualquer relação de emprego entre o advogado e o seu cliente, de tal modo que a protecção ao abrigo do princípio da confidencialidade não abrange os contactos com os assessores jurídicos no interior de uma empresa ou de um grupo. Um assessor jurídico, apesar da sua inscrição na Ordem dos Advogados e dos deveres deontológicos que lhe estão associados, não beneficia do mesmo grau de independência em relação ao seu empregador como beneficia, em relação aos seus clientes, um advogado que exerça a sua actividade num escritório externo de advogados. Nestas circunstâncias, é mais difícil para um assessor jurídico do que para um advogado externo gerir eventuais conflitos de interesses entre os seus deveres profissionais e os objectivos prosseguidos pelo seu cliente. Tanto devido à dependência económica do assessor jurídico como aos laços estreitos com o seu empregador, o assessor jurídico não goza de uma independência profissional comparável à de um advogado externo.

⁴¹ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002 (JO 2003, L 1, p. 1).

⁴² Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 1982, *AM & S Europe/Comissão*, 155/79, Recueil, p. 1575.

Fiscalidade

O Tribunal de Justiça pronunciou-se, no âmbito de três processos (acórdãos de 4 de Março de 2010, C-197/08, C-198/08 e C-221/08), sobre acções por incumprimento intentadas pela Comissão contra a República Francesa, a República da Áustria e a Irlanda em matéria de fixação dos preços mínimos de venda a retalho de determinados cigarros manufacturados (cigarros e outros produtos de tabaco em França, cigarros e o tabaco de corte fino na Áustria e cigarros na Irlanda). A Comissão intentou as acções no Tribunal de Justiça por considerar que as legislações nacionais em causa eram contrárias à Directiva 95/59/CE⁴³ que fixa determinadas regras relativas ao imposto especial de consumo que incide sobre estes produtos, por violarem a liberdade dos fabricantes e dos importadores de determinarem os preços máximos de venda a retalho dos seus produtos e assim a livre concorrência.

O Tribunal de Justiça declarou que um sistema de preços mínimos não pode ser considerado compatível com a referida directiva se não for concebido de forma a excluir, em todos os casos, que seja afectada a vantagem concorrencial que poderia resultar, para alguns produtores ou importadores desses produtos, de preços de custo inferiores. Com efeito, o Tribunal de Justiça declarou que não cumprem as suas obrigações decorrentes do artigo 9.º, n.º 1, da Directiva 95/59 os Estados-Membros que impõem preços mínimos de venda a retalho dos cigarros, uma vez que este regime não permite excluir, em todos os casos, que o preço mínimo fixado afecte a vantagem concorrencial que poderia resultar, para alguns produtores ou importadores de produtos do tabaco, de preços de custo inferiores. Com efeito, segundo o Tribunal de Justiça, tal regime, que, além do mais, determina o preço mínimo por referência ao preço médio praticado no mercado para cada categoria de cigarros, pode levar a suprimir as diferenças entre os preços dos produtos concorrentes e a fazer convergir esses preços para o preço do produto mais caro. O referido regime atenta assim contra a liberdade de os produtores e de os importadores determinarem o seu preço máximo de venda a retalho, garantida pelo artigo 9.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Directiva 95/59.

Os Estados-Membros invocaram a Convenção-Quadro da Organização Mundial de Saúde para a Luta Antitabaco (OMS)⁴⁴ para justificarem as suas legislações. O Tribunal de Justiça declarou que esta Convenção não pode ter incidência no carácter compatível ou não desse regime com o artigo 9.º, n.º 1, da Directiva 95/59, uma vez que esta Convenção não impõe às partes contratantes uma obrigação concreta no que diz respeito à política de preços em matéria de produtos do tabaco e descreve apenas soluções possíveis para que sejam tidos em conta os objectivos nacionais de saúde no que respeita à luta antitabaco. Com efeito, o artigo 6.º, n.º 2, desta Convenção limita-se a prever que as partes contratantes adoptem ou mantenham medidas «que po[de]m incluir» a aplicação de políticas fiscais e, «se for caso disso», de políticas de preços relativamente aos produtos do tabaco. Por outro lado, os Estados-Membros tinham invocado as disposições do artigo 30.º CE para justificar uma eventual violação do artigo 9.º, n.º 1, da Directiva 95/59, à luz do objectivo de protecção da saúde e da vida das pessoas. O Tribunal de Justiça declarou que o artigo 30.º CE não pode ser entendido no sentido de que autoriza medidas de natureza diferente das restrições quantitativas à importação e à exportação e das medidas de efeito equivalente previstas nos artigos 28.º CE e 29.º CE.

⁴³ Directiva 95/59/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 1995, relativa aos impostos que incidem sobre o consumo de tabacos manufacturados, com excepção dos impostos sobre o volume de negócios (JO L 291, p. 40), conforme alterada pela Directiva 2002/10/CE do Conselho, de 12 de Fevereiro de 2002 (JO L 46, p. 26).

⁴⁴ Convenção-Quadro da Organização Mundial de Saúde para a Luta Antitabaco aprovada pela Comunidade por Decisão do Conselho, de 2 de Junho de 2004 (JO L 213, p. 8).

Por último, o Tribunal de Justiça considerou que a Directiva 95/59 não impede que os Estados Membros prossigam a luta contra o tabagismo, que se inscreve no objectivo de protecção da saúde pública, e recordou que a legislação fiscal constitui um instrumento importante e eficaz na luta contra o consumo de produtos de tabaco e, por conseguinte, de protecção da saúde pública uma vez que o objectivo de assegurar que os preços desses produtos sejam fixados a níveis elevados pode ser adequadamente conseguido através de uma tributação acrescida desses produtos, devendo, mais cedo ou mais tarde, os aumentos dos impostos especiais traduzir-se numa subida dos preços de venda a retalho, sem que tal afecte a liberdade de determinação dos preços. O Tribunal de Justiça acrescenta que a proibição de fixar preços mínimos não impede os Estados-Membros de proibirem a venda com prejuízo dos tabacos manufacturados na medida em que não seja violada a liberdade dos produtores e dos importadores de fixarem os preços máximos de venda a retalho dos seus produtos. Deste modo, estes actores económicos não poderão absorver o impacto dos impostos nesses produtos através da venda dos seus produtos a um preço inferior à soma do preço de revenda e de todos os impostos.

Marcas

No processo *Audi/IHMI* (acórdão de 21 de Janeiro de 2010, C-398/08 P), o Tribunal de Justiça declarou que um *slogan* publicitário pode ser considerado, em certas condições, um sinal distintivo e ser objecto a este título de uma marca válida, em conformidade com o disposto no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento (CE) n.º 40/94⁴⁵. Anulou por conseguinte a decisão que recusou registar a marca em causa constituída pelo slogan «Vorsprung durch Technik» («avanço pela técnica»). Com efeito, o facto de uma marca ser constituída por uma fórmula promocional que pode ser utilizada por outras empresas não é um critério suficiente para que essa marca seja desprovida de carácter distintivo. Tal marca pode assim ser entendida pelo público relevante simultaneamente como uma fórmula promocional e uma indicação da origem comercial dos produtos e ou dos serviços, o que constitui a função da marca. O Tribunal de Justiça enunciou em seguida certos critérios aplicáveis aos *slogans* publicitários: uma expressão que pode ter vários significados, constituir um jogo de palavras ou ser entendida como fantasista, surpreendente e inesperada e, por isso, ser memorizável. A presença dessas características, embora não constitua uma condição necessária, é no entanto susceptível de conferir um carácter distintivo ao sinal em causa. Para o Tribunal de Justiça, ainda que os *slogans* publicitários sejam constituídos por uma mensagem objectiva, as marcas formadas a partir desse slogan não são, por esse simples facto, desprovidas de carácter distintivo, desde que não sejam descritivas. Deste modo, segundo o Tribunal de Justiça, para que um *slogan* publicitário apresentado como marca tenha um carácter distintivo, tem de possuir uma determinada originalidade ou ressonância, necessitar de um mínimo de esforço de interpretação ou desencadear um processo cognitivo junto do público relevante. O Tribunal de Justiça concluiu assim que, por mais simples que seja, o *slogan* em causa não pode ser qualificado de comum a ponto de se poder excluir imediatamente e sem nenhuma análise ulterior que a referida marca, constituída por esse slogan, é susceptível de indicar ao consumidor a origem comercial dos produtos ou serviços indicados no pedido de registo.

Nos processos apensos *Google France SARL e Google Inc./Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL/Viaticum SA e Luteciel SARL e Google France SARL/Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL e outros* (acórdão de 23 de Março de 2010, C-236/08 a C-238/08), o Tribunal de Justiça, na sequência de um pedido de decisão prejudicial apresentado pela Cour de cassation francesa, pronunciou-se sobre a responsabilidade respectiva dos prestadores de serviços de

⁴⁵ Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1).

referenciamento e dos anunciantes, no âmbito da utilização dos «AdWords». O Tribunal de Justiça interpretou assim as disposições do Regulamento n.º 40/94⁴⁶ e da Directiva 89/104/CEE⁴⁷ para precisar o conceito de uso da marca na acepção do artigo 9.º, n.º 1, do referido regulamento, e do artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, da referida directiva. A sociedade Google explora um motor de busca na Internet que se baseia no uso de palavras-chave e propõe um serviço de referenciamento remunerado denominado «AdWords». Este serviço permite aos operadores económicos, mediante a selecção de uma ou várias palavras-chave, fazer aparecer, em caso de concordância entre essa palavra ou essas palavras e a palavra ou as palavras constantes da pesquisa lançada por um internauta no motor de busca — um *link* publicitário para o seu sítio, acompanhado de uma mensagem publicitária. Aquando da introdução no motor de busca da sociedade Google pelos internautas de termos constitutivos destas marcas aparecem na rubrica «*links* patrocinados», *links* para, respectivamente, sítios que propõem imitações de produtos da sociedade Louis Vuitton Malletier e sítios concorrentes da sociedade Viaticum e do Centre national de recherche en relations humaines. Estas sociedades, titulares das marcas retomadas como «AdWords», intentaram assim uma acção contra a sociedade Google para que fosse declarado que esta tinha violado os seus direitos de marca.

A Cour de cassation, pronunciando-se em última instância sobre as acções intentadas pelos titulares das marcas contra a sociedade Google, interrogou o Tribunal de Justiça sobre a legalidade do emprego, como palavras-chave no âmbito de um serviço de referenciamento na Internet, de sinais que correspondem a marcas, sem que os titulares destas tenham dado o seu consentimento. Os anunciantes usam estes sinais nos seus produtos ou serviços. Não é o que sucede no entanto com o prestador do serviço de referenciamento quando permite aos anunciantes seleccionar sinais idênticos a marcas, como palavras-chave, armazenando o prestador estes sinais e exibindo os anúncios dos seus clientes a partir destes.

O Tribunal de Justiça precisou que o uso de um sinal idêntico ou semelhante à marca do titular por um terceiro implica, no mínimo, que este último faça uma utilização do sinal no âmbito da sua própria comunicação comercial. Segundo o Tribunal de Justiça, o prestador de um serviço de referenciamento permite aos seus clientes fazerem uso de sinais idênticos ou semelhantes a marcas detidas por terceiros, sem que ele próprio faça uso desses sinais. O titular das marcas, se não puder invocá-las contra o prestador dos serviços de referenciamento, que não as utiliza, ele próprio, pode no entanto invocar as suas marcas contra os anunciantes que, através da palavra-chave que corresponde às marcas, vão fazer aparecer através da sociedade Google anúncios que não permitem ou dificilmente permitem que o internauta identifique a empresa que está na origem dos produtos ou serviços objecto do anúncio. Com efeito, o internauta pode equivocar-se sobre a origem dos produtos ou dos serviços em causa. Há assim uma violação da função da marca que consiste em garantir aos consumidores a origem do produto ou do serviço («função de indicação de origem» da marca). O Tribunal de Justiça sublinhou que cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar, caso a caso, se os factos do litígio cuja apreciação lhe foi submetida são característicos de tal violação, ou risco de violação, da função de indicação de origem. Quanto ao uso, por anunciantes na Internet, do sinal correspondente à marca de outrem, como palavra-chave, para exibir mensagens publicitárias, o Tribunal de Justiça considerou que esse uso é susceptível de ter certas repercussões na utilização publicitária da marca pelo seu titular, bem como na sua estratégia comercial. Todavia, essas repercussões do uso do sinal idêntico à marca por terceiros não constituem, em si mesmas, uma violação da «função de publicidade» da marca.

⁴⁶ V. nota anterior.

⁴⁷ 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 1989, L 40, p. 1).

O Tribunal de Justiça também foi interrogado sobre a responsabilidade de um operador como a sociedade Google pelos dados dos seus clientes que armazena no seu servidor. As questões da responsabilidade são reguladas pelo direito nacional. No entanto, o Direito da União prevê limitações de responsabilidade a favor de prestadores intermediários de serviços da sociedade de informação⁴⁸. No que respeita à questão de saber se um serviço de referenciamento na Internet, como o «AdWords», constitui um serviço da sociedade de informação que consiste em armazenar informações fornecidas por um anunciante e se, por conseguinte, o prestador do serviço de referenciamento beneficia de uma limitação de responsabilidade, o Tribunal de Justiça referiu que cabe ao órgão jurisdicional nacional examinar se o papel desempenhado por esse prestador é neutro, se o seu comportamento é puramente técnico, automático e passivo, implicando o desconhecimento ou a falta de controlo dos dados que armazena. Além disso, segundo o Tribunal de Justiça, se se verificar que o prestador de serviços não desempenhou um papel activo, não pode ser considerado responsável pelos dados que tenha armazenado a pedido de um anunciante, a menos que, tendo tomado conhecimento do carácter ilícito desses dados ou de actividades do anunciante, não tenha prontamente retirado ou tornado inacessíveis esses dados.

Política social

Diversos aspectos da política social, nos termos em que esta se traduz nas inúmeras directivas existentes nesta matéria, concentraram a atenção do Tribunal de Justiça.

No processo *Albron Catering* (acórdão de 21 de Outubro de 2010, C-242/09), o Tribunal de Justiça foi chamado a precisar o conceito de «cedente» constante da 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 estabelecimentos⁴⁹. De acordo com o seu terceiro considerando, esta directiva visa «proteger os trabalhadores em caso de mudança de empresário». Neste sentido, o seu artigo 3.º, n.º 1, prevê que «[o]s direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário». A questão colocada ao Tribunal de Justiça no presente processo consistia em saber se, em caso de transferência, na acepção da Directiva 2001/23, de uma empresa pertencente a um grupo para uma empresa exterior a este grupo, pode ser igualmente considerada «cedente», na acepção do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da referida directiva, a empresa do grupo à qual os trabalhadores estavam afectos de maneira permanente, sem, porém, se encontrarem vinculados a esta por um contrato de trabalho, na medida em que existe nesse grupo uma empresa à qual os trabalhadores em causa estavam vinculados por tal contrato de trabalho. O Tribunal de Justiça deu uma resposta afirmativa. Com efeito, a exigência, por força do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 2001/23, seja de um contrato de trabalho seja, de forma alternativa e, portanto, equivalente, de uma relação de trabalho, à data da transferência, leva a considerar que, no espírito do legislador da União, para que os trabalhadores possam beneficiar da protecção conferida por esta directiva, não é exigido, em todas as circunstâncias, um vínculo contratual com o cedente.

⁴⁸ 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 de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico») (JO L 178, p. 1).

⁴⁹ 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).

No processo *Roca Álvarez* (acórdão de 30 de Setembro de 2010, C-104/09), o Tribunal de Justiça declarou que uma medida nacional que prevê que os trabalhadores do sexo feminino, mães de uma criança e com o estatuto de trabalhador por conta de outrem, podem beneficiar de uma dispensa, segundo diversas modalidades, durante os primeiros nove meses que se seguem ao nascimento dessa criança, ao passo que os trabalhadores do sexo masculino, pais de uma criança e com o mesmo estatuto, só podem beneficiar dessa mesma dispensa se a mãe da criança tiver também o estatuto de trabalhador por conta de outrem, contraria o Direito da União e, em especial, os artigos 2.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 5.º da Directiva 76/207/CEE⁵⁰. Com efeito, o Tribunal de Justiça observou que, podendo esta licença ser gozada indistintamente pelo pai trabalhador por conta de outrem ou pela mãe trabalhadora por conta de outrem, e implicando esta opção que a alimentação e o tempo de atenção ao filho podem ser assegurados tanto pelo pai como pela mãe, resulta que esta licença é concedida aos trabalhadores na sua qualidade de progenitores da criança. Não pode assim ser considerada no sentido de que permite assegurar a protecção da condição biológica da mulher na sequência da gravidez ou a protecção das relações especiais entre a mãe e o seu filho. Por outro lado, segundo o Tribunal de Justiça, a circunstância de recusar o benefício da referida dispensa aos pais com estatuto de trabalhador por conta de outrem, pelo simples facto de a mãe da criança não ter esse estatuto, pode ter por efeito que uma mulher que exerce uma actividade independente seja obrigada a restringir a sua actividade profissional e a suportar sozinha o encargo resultante do nascimento do seu filho, sem poder receber uma ajuda do pai da criança. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça declarou que tal medida não constitui uma medida que tem por efeito eliminar ou reduzir as desigualdades de facto que podem existir, para as mulheres, na realidade da vida social, na acepção do artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 76/207, nem uma medida que visa conduzir a uma igualdade substancial e não formal, corrigindo as desigualdades de facto que podem surgir na vida social, e, assim, prevenir ou compensar, nos termos do artigo 157.º, n.º 4, TFUE, desvantagens na carreira profissional das pessoas em causa.

No processo *Danosa* (acórdão de 11 de Novembro de 2010, C-232/09), o Tribunal de Justiça começou por ser interrogado sobre a questão de saber se uma pessoa que fornece prestações a uma sociedade de capitais, sendo simultaneamente membro da direcção desta, deve ser considerada trabalhador na acepção da Directiva 92/85/CEE do Conselho, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho⁵¹. O Tribunal de Justiça respondeu de forma afirmativa, na condição de a actividade do interessado ser exercida, durante um certo período, sob a direcção ou o controlo de outro órgão desta sociedade e se, em contrapartida desta actividade, receber uma remuneração. Também precisou que a natureza jurídica *sui generis* da relação de emprego face ao direito nacional não pode ter consequências na qualidade de trabalhador na acepção do Direito da União. O Tribunal de Justiça devia em seguida verificar a conformidade, à luz da proibição de despedimento constante do artigo 10.º da Directiva 92/85, de uma legislação nacional que permite a destituição de um membro da direcção de uma sociedade de capitais sem levar em conta o seu estado de gravidez. Segundo o Tribunal de Justiça, no caso de a interessada ter a qualidade de «trabalhadora grávida» na acepção desta directiva, a referida legislação deve ser declarada incompatível com esta directiva. Caso não tenha essa qualidade, o Tribunal de Justiça acrescentou que a recorrente poderia então invocar em seu favor a Directiva 76/207/CEE, conforme

⁵⁰ 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 05 F2 p. 70).

⁵¹ 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 (décima directiva especial na acepção do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva 89/391/CEE) (JO L 348, p. 1-8).

alterada pela Directiva 2002/73/CE⁵². Com efeito, por força do princípio da não discriminação e, designadamente, das disposições da Directiva 76/207, deve ser reconhecida à mulher uma protecção contra o despedimento não só durante a licença de maternidade mas também durante toda a gravidez. Por conseguinte, segundo o Tribunal de Justiça, mesmo supondo que o referido membro de uma direcção não tivesse a qualidade de «trabalhadora grávida», não deixa de ser verdade que a sua destituição, por motivo de gravidez ou por outro motivo assente essencialmente nesse estado, só pode afectar as mulheres e constitui, assim, uma discriminação directa em razão do sexo, contrária aos artigos 2.º, n.ºs 1 e 7, e 3.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 76/207.

Os processos *Gassmayr e Parviainen* (acórdãos de 1 de Julho de 2010, C-194/08 e C-471/08) levaram igualmente o Tribunal de Justiça a pronunciar-se sobre a interpretação da Directiva 92/85, já referida⁵³. Mais concretamente, o Tribunal de Justiça era chamado a pronunciar-se sobre questões relativas ao cálculo do rendimento que deve ser pago às trabalhadoras durante a gravidez ou durante a licença de maternidade quando estão temporariamente colocadas noutra posto de trabalho ou são dispensadas de trabalhar. Segundo o Tribunal de Justiça, o artigo 11.º, n.º 1, da Directiva 92/85 não se opõe a uma legislação nacional que prevê que uma trabalhadora grávida, dispensada provisoriamente de trabalhar devido à gravidez, tem direito a uma remuneração equivalente ao salário médio recebido durante o período de referência anterior ao início da gravidez, exceptuando o suplemento por serviços prestados em regime de disponibilidade permanente no local de trabalho. No que se refere a uma trabalhadora grávida que, em conformidade com o disposto no artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 92/85, foi provisoriamente colocada, devido à gravidez, num posto no qual leva a cabo funções diferentes das que exercia antes desta colocação, esta não tem direito a uma remuneração equivalente à que auferia. Com efeito, os Estados-Membros e, sendo caso disso, os parceiros sociais não são obrigados, com base no artigo 11.º, n.º 1, desta directiva, a manter, durante essa colocação provisória, os elementos da remuneração ou os complementos que dependem do exercício de funções específicas pela trabalhadora em causa, em condições particulares e que visam, no essencial, compensar os inconvenientes ligados a esse exercício. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça declarou que, além da manutenção do seu salário de base, uma trabalhadora grávida dispensada de trabalhar tem direito, por força do referido artigo 11.º, n.º 1, aos elementos da remuneração ou aos complementos relacionados com o seu estatuto profissional, como os complementos relacionados com a sua qualidade de superior hierárquica, a sua antiguidade e as suas qualificações profissionais.

Por outro lado, no acórdão *Chatzi* (acórdão de 16 de Setembro de 2010, C-149/10), o Tribunal de Justiça precisou o âmbito da cláusula 2, n.º 1, do Acordo-Quadro sobre a licença parental, que figura em anexo à Directiva 96/34/CE do Conselho, de 3 de Junho de 1996, relativa ao Acordo-Quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES⁵⁴. Num primeiro momento, o Tribunal de Justiça declarou que esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que confere ao filho um direito individual à licença parental, e isto devido tanto à própria redacção do Acordo-Quadro como à sua finalidade. Num segundo momento, o Tribunal

⁵² 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 05 F2 p. 70), bem como Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, que altera a Directiva 76/207/CEE já referida (JO L 269, p. 15).

⁵³ V. nota n.º 51.

⁵⁴ Directiva 96/34/CE do Conselho, de 3 de Junho de 1996, relativa ao Acordo-Quadro celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES (JO L 145, p. 4-9), conforme alterada pela Directiva 97/75/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, que altera e torna extensiva ao Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte a Directiva 96/34/CE relativa ao Acordo-Quadro sobre a Licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES (JO L 10, p. 24).

de Justiça rejeitou a interpretação da cláusula 2, n.º 1, do Acordo-Quadro sobre a licença parental segundo a qual o nascimento de gémeos dá direito a um número de licenças parentais igual ao número de filhos nascidos. No entanto, precisou que, vista à luz do princípio da igualdade de tratamento, esta cláusula impõe ao legislador nacional que ponha em prática um regime de licença parental que, em função da situação existente no Estado-Membro em causa, assegure aos pais de gémeos um tratamento que tenha devidamente em conta as suas necessidades particulares. Em seguida, deixou ao órgão jurisdicional nacional a incumbência de verificar se a regulamentação nacional responde a essa exigência e, sendo esse o caso, de lhe dar, na medida do possível, uma interpretação conforme com o Direito da União.

Vários processos permitiram ao Tribunal de Justiça reafirmar a existência do princípio da não discriminação em razão da idade e precisar melhor o seu alcance.

O processo *Andersen* (acórdão de 12 de Outubro de 2010, C-499/08) deu ocasião ao Tribunal de Justiça de se pronunciar sobre a interpretação dos artigos 2.º e 6.º, n.º 1, da Directiva 2000/78/CE⁵⁵ que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. Segundo o Tribunal de Justiça, estes opõem-se a uma regulamentação nacional nos termos da qual os trabalhadores que têm o direito de beneficiar de uma pensão de reforma paga pelas suas entidades patronais a título de um regime de pensões a que aderiram antes de terem completado 50 anos de idade não podem, apenas por este motivo, beneficiar de uma indemnização especial por despedimento destinada a favorecer a reinserção profissional dos trabalhadores que tenham uma antiguidade superior a doze anos na empresa. Com efeito, o Tribunal de Justiça constatou que a legislação em causa continha uma diferença de tratamento baseada directamente na idade. Esta priva certos trabalhadores do direito à indemnização especial por despedimento apenas pelo facto de poderem beneficiar, à data do seu despedimento, de uma pensão de reforma. O Tribunal de Justiça examinou em seguida a eventual justificação desta diferença de tratamento, de acordo com as condições previstas na Directiva 2000/78. Declarou assim que, embora a referida legislação seja proporcionada à luz dos objectivos legítimos da política de emprego, do mercado de trabalho, em contrapartida, excede o que é necessário para alcançar esses objectivos. Tem por efeito excluir do direito à indemnização não apenas todos os trabalhadores que vão efectivamente receber uma pensão de reforma da sua entidade patronal, mas também todos aqueles que têm o direito de beneficiar dessa pensão mas que pretendem prosseguir a sua carreira profissional. Esta legislação não é assim justificada e é, por conseguinte, incompatível com a Directiva 2000/78.

No acórdão *Kücükdevici* (acórdão de 19 de Janeiro de 2010, C-555/07), o Tribunal de Justiça declarou que o princípio da não discriminação em razão da idade, conforme concretizado pela Directiva 2000/78, já referida, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê que o tempo de trabalho prestado por um trabalhador antes dos 25 anos de idade não é tido em conta no cálculo do prazo de aviso prévio de despedimento. Por outro lado, o Tribunal de Justiça recordou que uma directiva não pode, por si mesma, criar obrigações para um particular, nem pode, por conseguinte, ser invocada, enquanto tal, contra ele. Deste modo, o Tribunal de Justiça observou que a Directiva 2000/78 apenas concretiza, sem o consagrar, o princípio da igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho e que o princípio da não discriminação em razão da idade é um princípio geral de Direito da União. Assim, concluiu que cabe ao órgão jurisdicional nacional chamado a pronunciar-se num litígio que põe em causa o princípio da não discriminação em razão

⁵⁵ 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).

da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78, assegurar, no quadro das suas competências, a protecção jurídica que para as pessoas decorre do Direito da União e garantir o pleno efeito deste, não aplicando, se necessário, as disposições da lei nacional contrárias a esse princípio.

Por último, nos processos *Wolf, Petersen* (acórdãos de 12 de Janeiro de 2010, C-229/08 e C-341/08) e *Rosenbladt* (acórdão de 12 de Outubro de 2010, C-45/09), o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre o alcance que deve ser conferido ao princípio da não discriminação em razão da idade, à luz da Directiva 2000/78, já referida. No primeiro processo, declarou que uma legislação nacional que fixa em 30 anos o limite de idade máximo para o recrutamento para o serviço técnico intermédio dos bombeiros, apesar de introduzir uma diferença de tratamento em razão da idade na acepção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2000/78, pode ser considerada apropriada ao objectivo que consiste em assegurar o carácter operacional e o bom funcionamento do serviço dos bombeiros profissionais, que constitui um objectivo legítimo na acepção do artigo 4.º, n.º 1, desta directiva. Para mais, a referida legislação não parece exceder o que é necessário à realização desse objectivo, uma vez que o facto de dispor de capacidades físicas especialmente importantes pode, na acepção desta última disposição, ser considerado um requisito essencial e determinante para o exercício da profissão de bombeiro do serviço técnico intermédio e que a necessidade de dispor da plena capacidade física para exercer essa profissão está associada à idade dos membros desse serviço.

No segundo processo, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 2.º, n.º 5, da Directiva 2000/78 se opõe a uma medida nacional que fixa um limite de idade máximo para o exercício da profissão de dentista convencional, concretamente, 68 anos, quando o único objectivo explícito dessa medida consista em proteger a saúde dos pacientes contra a diminuição do desempenho destes dentistas depois dessa idade, se o mesmo limite de idade não for aplicável aos dentistas não convenccionados. Em contrapartida, o artigo 6.º, n.º 1, da referida directiva não se opõe a tal medida quando esta tenha por objectivo repartir as possibilidades de emprego entre as gerações no âmbito da profissão de dentista convencional, se, tendo em conta a situação do mercado do emprego em questão, esta for apropriada e necessária para alcançar esse objectivo. No terceiro processo, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2000/78 não se opõe a uma disposição nacional nos termos da qual são consideradas válidas as cláusulas de cessação automática dos contratos de trabalho por o trabalhador ter atingido a idade de passagem à reforma, desde que, por um lado, a referida disposição se justifique objectiva e razoavelmente por um objectivo legítimo relativo à política de emprego e do mercado de trabalho e, por outro, os meios para realizar este objectivo sejam apropriados e necessários.

Ambiente

No processo *Comissão/Itália* (acórdão de 4 de Março de 2010, C-297/08), o Tribunal de Justiça teve de examinar se, como sustentava a Comissão, a República Italiana não tinha cumprido as obrigações que lhe incumbiam por força do disposto na Directiva 2006/12/CE⁵⁶. Os factos imputados à Itália diziam respeito à eliminação de resíduos apenas na região da Campânia.

No que respeita às infra-estruturas para a valorização e para a eliminação de resíduos urbanos, o Tribunal de Justiça recordou que, para a constituição de uma rede integrada e adequada de instalações de eliminação de resíduos, os Estados-Membros dispõem de uma margem de apreciação quanto à escolha de uma base territorial que considerem adequada para atingir uma

⁵⁶ Directiva 2006/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2006, relativa aos resíduos (JO L 114, p. 9).

auto-suficiência nacional. Para certos tipos de resíduos, devido à sua especificidade, o tratamento pode ser utilmente agrupado dentro de uma ou de algumas estruturas à escala nacional, ou mesmo no âmbito de uma cooperação com outros Estados-Membros. Em contrapartida, para os resíduos urbanos não perigosos — que não necessitam de instalações especializadas — os Estados-Membros devem organizar uma rede de eliminação o mais próximo possível dos locais de produção, sem prejuízo da possibilidade de criar cooperações inter-regionais, ou mesmo transfronteiriças, que respondam ao princípio da proximidade. Nem a resistência de particulares nem os incumprimentos contratuais, nem ainda as actividades criminosas constituem casos de força maior que podem justificar tanto a violação das obrigações decorrentes da referida directiva como a construção efectiva e no tempo pretendido das infra-estruturas.

No que respeita ao perigo para a saúde humana e ao dano causado ao ambiente, o Tribunal de Justiça recordou que, embora esta directiva fixe objectivos de preservação do ambiente e de protecção da saúde humana, não precisa o conteúdo concreto das medidas que devem ser tomadas e deixa aos Estados-Membros uma certa margem de apreciação. Assim, em princípio, não é possível deduzir directamente da não conformidade de uma situação de facto com os objectivos fixados no artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 2006/12 que o Estado-Membro em causa não cumpriu necessariamente as obrigações impostas por esta disposição, que consistem em tomar as medidas necessárias para garantir que os resíduos sejam eliminados sem pôr em perigo a saúde humana e sem agredir o ambiente. No entanto, a persistência de tal situação de facto, nomeadamente quando acarreta uma significativa degradação do ambiente durante um período prolongado sem intervenção das autoridades competentes, pode revelar uma ultrapassagem, pelos Estados-Membros, da margem de apreciação que esta disposição lhes confere. Por conseguinte, a República Italiana, não tendo criado uma rede integrada e adequada de instalações de valorização e de eliminação de resíduos na proximidade do seu local de produção e não tendo adoptado todas as medidas necessárias para evitar pôr em perigo a saúde humana e agredir o ambiente, na Região da Campânia, não cumpriu duplamente as obrigações que lhe incumbem.

Os dois acórdãos *ERG e o.*, de 9 de Março de 2010, proferidos respectivamente no processo C-378/08 e nos processos apensos C-379/08 e C-380/08, permitiram ao Tribunal de Justiça interpretar a Directiva 2004/35/CE sobre a responsabilidade ambiental⁵⁷.

No processo C-378/08, o Tribunal de Justiça considerou que a referida directiva relativa à responsabilidade ambiental não se opõe a uma regulamentação nacional que permite à autoridade competente presumir a existência de um nexo de causalidade entre os concessionários e a poluição constatada, devido à proximidade das suas instalações com a zona poluída. Contudo, de acordo com o princípio do poluidor-pagador, para poder presumir esse nexo de causalidade, essa autoridade deve dispor de indícios plausíveis em que possa basear a sua presunção, como a proximidade da instalação do concessionário com a poluição constatada e a correspondência entre as substâncias poluentes encontradas e as substâncias utilizadas por esse concessionário no quadro das suas actividades. Além disso, a autoridade competente não está obrigada a demonstrar a existência de uma falta por parte dos concessionários cujas actividades sejam consideradas causadoras dos danos ambientais. Em contrapartida, essa autoridade está obrigada a investigar previamente a origem da poluição constatada, dispondo para este efeito de uma margem de discricionariedade quanto aos procedimentos, aos meios a utilizar e à duração da investigação.

⁵⁷ Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais (JO L 143, p. 56).

Nos processos apensos C-379/08 e C-380/08, o Tribunal de Justiça decidiu que a autoridade competente está habilitada a alterar substancialmente as medidas de reparação de danos ambientais decididas no final de um processo contraditório desenvolvido em cooperação com os concessionários em causa e que tenham já sido executadas ou estejam em início de execução. Porém, para tomar essa decisão, esta autoridade deve:

- ouvir os concessionários, excepto quando a urgência da situação ambiental imponha uma acção imediata da autoridade competente;
- convidar, entre outras, as pessoas em cujos terrenos devam ser aplicadas essas medidas a apresentar as suas observações, que deverá ter em conta; e
- indicar na sua decisão as razões que fundamentaram a sua opção e, eventualmente, as que justificaram que não tivesse de fazer-se ou não pudesse ser feita uma análise detalhada com base nos referidos critérios, por exemplo, devido à urgência da situação ambiental.

Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça considerou que esta directiva relativa à responsabilidade ambiental não se opõe a uma regulamentação nacional que permite à autoridade competente subordinar o exercício do direito dos concessionários a utilizarem os seus terrenos à condição de executarem os trabalhos de reparação ambiental exigidos, mesmo que esses terrenos não sejam objecto desses trabalhos pelo facto de já terem sido objecto de medidas anteriores de «beneficiação» ou de nunca terem sido poluídos. Porém, essa medida deve ser justificada pelo objectivo de impedir o agravamento da situação ambiental ou, em aplicação do princípio da precaução, pelo objectivo de prevenir o surgimento ou a recorrência de outros danos ambientais nos terrenos dos concessionários, que são adjacentes a toda a orla costeira objecto das medidas de reparação.

Vistos, asilo e imigração

Vários acórdãos relativos a esta matéria em constante desenvolvimento merecem ser referidos. Nos processos *Melki e Abdeli* (acórdãos de 22 de Junho de 2010, C-188/10 e C-189/10), o Tribunal de Justiça enunciou que o artigo 67.º, n.º 2, TFUE assim como os artigos 20.º e 21.º do Regulamento (CE) n.º 562/2006⁵⁸ se opõem a uma legislação nacional que confere às autoridades policiais do Estado-Membro em questão competência para controlar, unicamente numa zona de 20 quilómetros a partir da fronteira terrestre desse Estado com os Estados partes na Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, a identidade de qualquer pessoa, independentemente do comportamento desta e de circunstâncias particulares que demonstrem a existência de um risco de violação da ordem pública, a fim de verificar o respeito das obrigações de posse, porte e apresentação dos títulos e documentos previstos na lei, sem prever o necessário enquadramento dessa competência que garanta que o seu exercício prático não possa ter um efeito equivalente ao dos controlos de fronteira.

No processo *Chakroun* (acórdão de 4 de Março de 2010, C-578/08), o Tribunal de Justiça teve ocasião de precisar a sua jurisprudência relativa ao reagrupamento familiar.

⁵⁸ Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen) (JO L 105, p. 1).

Em primeiro lugar, considerou que a expressão «recorrer ao sistema de assistência social» que figura no artigo 7.º, n.º 1, proémio e alínea c), da Directiva 2003/86/CE⁵⁹ deve ser interpretada no sentido de que não permite a um Estado-Membro adoptar uma regulamentação relativa ao reagrupamento familiar que não autoriza esse reagrupamento a um requerente que provou dispor de recursos estáveis, regulares e suficientes para poder prover às suas próprias necessidades e às dos membros da sua família, mas que, tendo em conta o nível dos seus rendimentos, poderá, no entanto, recorrer à assistência especial em caso de despesas particulares e individualmente determinadas necessárias à sua subsistência, a reduções de impostos concedidas pelas autoridades locais em função dos rendimentos ou a medidas de apoio aos rendimentos no âmbito da política municipal do rendimento mínimo.

Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça decidiu que a Directiva 2003/86, em especial o artigo 2.º, proémio e alínea d), desta directiva, deve ser interpretada no sentido de que esta disposição se opõe a uma regulamentação nacional que, na aplicação das condições relativas aos rendimentos previstas no artigo 7.º, n.º 1, proémio e alínea c), da referida directiva, estabelece uma distinção consoante os laços familiares sejam anteriores ou posteriores à entrada do requerente do reagrupamento no território do Estado-Membro de acolhimento.

No processo *Bolbol* (acórdão de 17 de Junho de 2010, C-31/09), o Tribunal de Justiça interpretou o artigo 12.º, n.º 1, alínea a), primeiro período, da Directiva 2004/83/CE⁶⁰. Esta directiva tem como particularidade retomar, no contexto da União Europeia, as obrigações que decorrem da Convenção de Genebra⁶¹. O Tribunal de Justiça recordou que as regras específicas da Convenção aplicáveis aos palestinianos deslocados só dizem respeito às pessoas que actualmente beneficiem de protecção ou de assistência da Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina no Próximo Oriente (a seguir «UNRWA»). Por conseguinte, só as pessoas que recorrem efectivamente à assistência prestada pela UNRWA estão abrangidas por estas regras específicas. Em contrapartida, às pessoas que apenas são ou podiam ser elegíveis para beneficiar de protecção ou de assistência desta agência são aplicáveis as disposições gerais da Convenção. Deste modo, os seus pedidos de concessão do estatuto de refugiado devem ser objecto de um exame individual e só podem ser deferidos em caso de perseguições por razões raciais ou religiosas, de nacionalidade ou por razões políticas. No que respeita à questão da prova de que uma pessoa beneficia efectivamente de assistência por parte da UNRWA, o Tribunal de Justiça salientou que, embora o registo nesta agência constitua prova suficiente, deve permitir-se ao beneficiário apresentar prova através de qualquer outro meio.

Nos processos *B* e *D* (acórdãos de 9 de Novembro de 2010, C-57/09 e C-101/09), o Tribunal de Justiça veio precisar as modalidades de aplicação da cláusula de exclusão do estatuto de refugiado previstas no artigo 12.º, n.º 2, alíneas b) e c), da Directiva 2004/83/CE⁶². O Tribunal de Justiça foi confrontado, por um lado, com um candidato ao estatuto de refugiado, e, por outro, com uma pessoa à qual foi reconhecida o estatuto de refugiado, que pertenceram respectivamente

⁵⁹ Directiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar (JO L 251, p. 12).

⁶⁰ Directiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de protecção internacional, bem como relativas ao respectivo estatuto, e relativas ao conteúdo da protecção concedida (JO L 304, p. 12, e rectificação no JO 2005, L 204, p. 24).

⁶¹ Convenção de Genebra, de 28 de Julho de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados [Recueil des traités des Nations unies, vol. 189, p. 150, n.º 2545 (1954)].

⁶² V. nota n.º 60.

a organizações indicadas na lista da União Europeia das pessoas, grupos e entidades envolvidos em actos terroristas, elaborada no contexto da luta contra o terrorismo instaurada por uma Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

O Tribunal de Justiça começou por examinar a questão de saber se — quando a pessoa em causa tiver pertencido a uma organização inscrita na lista e apoiado activamente a luta armada desta organização, ocupando eventualmente uma posição de chefia — estamos perante um «crime grave de direito comum» ou de um «acto contrário aos objectivos e princípios das Nações Unidas» na acepção da referida directiva. A este respeito, o Tribunal de Justiça precisou que a exclusão de uma pessoa que pertenceu a uma organização que utiliza métodos terroristas do estatuto de refugiado está subordinada a um exame individual de factos precisos que permita à autoridade competente apreciar se há suspeitas graves de que, no quadro das suas actividades nessa organização, cometeu um crime grave de direito comum ou praticou actos contrários aos objectivos e princípios das Nações Unidas, ou instigou à prática desse crime ou desses actos, ou participou neles de outra forma, na acepção desta directiva.

Em primeiro lugar, resulta desta conclusão que a mera circunstância de a pessoa em causa ter pertencido a uma dessas organizações não tem como consequência automática que deva ser excluída do estatuto de refugiado. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça observou que a mera participação nas actividades de um grupo terrorista também não é susceptível de desencadear a aplicação automática das cláusulas de exclusão previstas na mesma directiva, na medida em que esta pressupõe um exame completo de todas as circunstâncias próprias de cada caso individual.

O Tribunal de Justiça constatou em seguida que a exclusão do estatuto de refugiado ao abrigo de uma das referidas cláusulas de exclusão não está subordinada à condição de a pessoa em causa representar um perigo actual para o Estado-Membro de refúgio. As cláusulas de exclusão destinam-se apenas a punir actos cometidos no passado. No sistema desta directiva, outras disposições permitem que as autoridades competentes tomem as medidas necessárias quando uma pessoa representar um perigo actual.

Por último, o Tribunal de Justiça interpretou a referida directiva no sentido de que os Estados-Membros podem reconhecer um direito de asilo ao abrigo do seu direito nacional a uma pessoa excluída do estatuto de refugiado por força de uma das cláusulas de exclusão desta directiva, desde que este outro tipo de protecção não comporte um risco de confusão com o estatuto de refugiado na acepção da mesma directiva.

Nos processos *Salahadin Abdulla e o.* (acórdãos de 2 de Março de 2010, C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08), o Tribunal de Justiça debruçou-se sobre as condições de cessação do estatuto de refugiado por motivos relacionados com a alteração de circunstâncias que justificaram o seu reconhecimento, na acepção do artigo 11.º, n.º 1, alínea e), da Directiva 2004/83 já referida.

O Tribunal de Justiça considerou que uma pessoa perde o estatuto de refugiado quando, após uma alteração de circunstâncias de carácter profundo e duradouro, ocorrida no país terceiro em questão, as circunstâncias que tinham justificado o receio que tinha de ser perseguida tiverem deixado de existir e não houver outros motivos para recear uma perseguição. Para chegar à conclusão de que o receio do refugiado de ser perseguido já não é fundado, as autoridades competentes devem verificar que o agente ou os agentes de protecção do país terceiro, a que se refere o artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 2004/83, tomaram medidas razoáveis para impedir a perseguição. Assim, devem dispor, nomeadamente, de um sistema judicial eficaz para detectar, accionar judicialmente e punir os actos que constituem perseguição. As autoridades competentes

devem também garantir que o nacional em questão, em caso de cessação do seu estatuto de refugiado, terá acesso a tal protecção.

Em seguida, o Tribunal de Justiça analisou a hipótese de as circunstâncias que levaram à concessão do estatuto de refugiado terem deixado de existir e precisou as condições segundo as quais as autoridades competentes devem verificar, se necessário, se não existem outras circunstâncias que justifiquem que a pessoa em questão receie ser perseguida. No âmbito desta análise, o Tribunal de Justiça referiu, nomeadamente, que tanto na fase da concessão do estatuto de refugiado como na fase do exame da questão da sua manutenção, a apreciação versa sobre a mesma questão de saber se as circunstâncias estabelecidas constituem ou não uma ameaça de perseguição tal que a pessoa em questão possa fundadamente recear, dada a sua situação individual, ser efectivamente objecto de actos de perseguição. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça concluiu que o critério de probabilidade para a apreciação do risco de perseguição é o mesmo que o aplicado para efeitos da concessão do estatuto de refugiado.

Cooperação judiciária em matéria civil e direito internacional privado

A «comunitarização» da cooperação judiciária em matéria civil foi acompanhada, como seria de esperar, de um reforço do papel do juiz comunitário.

No ano de 2010, o Tribunal de Justiça proferiu várias decisões importantes a respeito da interpretação das disposições especiais aplicáveis aos contratos, previstas no Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial⁶³.

Refira-se, em primeiro lugar, o processo *Car Trim* (acórdão de 25 de Fevereiro de 2010, C-381/08), no qual o Tribunal de Justiça se pronunciou sobre a interpretação do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001, que contém duas definições autónomas, uma em matéria de contrato de compra e venda de bens e a outra em matéria de contrato de prestação de serviços, para facilitar a aplicação da regra especial constante do artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, em matéria contratual, que designa o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão. Em matéria de contrato de compra e venda de bens, o artigo 5.º, n.º 1, alínea b), primeiro travessão, deste regulamento define o lugar do cumprimento desta obrigação como o lugar da entrega dos bens, conforme previsto no contrato. Em matéria de contrato de prestação de serviços, o artigo 5.º, n.º 1, alínea b), segundo travessão deste mesmo regulamento refere-se ao lugar da prestação de serviços, conforme previsto no contrato. A questão prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça neste processo dizia respeito, por um lado, à definição dos critérios de distinção entre «venda de bens» e «prestação de serviços» na acepção do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do referido regulamento e, por outro, à determinação do lugar de cumprimento da obrigação de entrega, no caso de uma venda à distância, nomeadamente quando o contrato nada preveja a este respeito.

Quanto à primeira parte da questão, o Tribunal de Justiça respondeu que o artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001 deve ser interpretado no sentido de que os contratos cujo objecto é a entrega de bens a fabricar ou a produzir, mesmo que o comprador tenha formulado determinadas exigências a respeito da obtenção, da transformação e da entrega dos bens, sem que os materiais tenham sido por ele fornecidos, e mesmo que o fornecedor seja responsável pela qualidade e pela conformidade do bem com o contrato, devem ser qualificados de «venda de bens», na acepção do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), primeiro travessão, do regulamento. À segunda

⁶³ Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000 (JO 2001, L 12, p. 1).

parte da questão prejudicial, relativa à determinação do lugar do cumprimento do contrato em caso de venda à distância, o Tribunal de Justiça respondeu, em primeiro lugar, que, em conformidade com o disposto no artigo 5.º, n.º 1, alínea b), primeiro travessão, do Regulamento n.º 44/2001, em caso de venda à distância, o lugar onde os bens foram ou devam ser entregues, por força do contrato, deve ser determinado com base nas disposições do contrato. Precisou, em seguida, que, se for impossível determinar o lugar de entrega nessa base, sem fazer referência ao direito material aplicável ao contrato, esse lugar é o da entrega material dos bens, através da qual o comprador adquiriu ou deva ter adquirido o poder de dispor efectivamente desses bens no lugar do destino final. O Tribunal de Justiça considera não apenas que esta solução responde aos objectivos de previsibilidade e de proximidade, mas também que é conforme com o objectivo fundamental do contrato de compra e venda de bens que consiste na transferência destes do vendedor para o comprador, operação que só fica completa no momento da chegada dos referidos bens ao seu destino final.

Dois processos apensos, *Pammer e Hotel Alpenhof* (acórdãos de 7 de Dezembro de 2010, C-585/08 e C-144/09), que têm igualmente por objecto a aplicação do Regulamento n.º 44/2001 em matéria contratual, chamam também a nossa atenção. Nestes acórdãos, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a interpretação do artigo 15.º do regulamento relativo aos contratos celebrados por consumidores. Mais concretamente, a questão prejudicial comum a estes dois processos tinha por objecto a definição do conceito de «actividade dirigida» ao Estado-Membro onde o consumidor está domiciliado, conforme prevista no artigo 15.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 44/2001. Este conceito, que visa permitir a aplicabilidade das disposições especiais de protecção dos consumidores do regulamento aos contratos celebrados através da Internet, não se encontra definido no referido regulamento. Só uma Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão sobre o artigo 15.º do Regulamento n.º 44/2001 afirma que «o simples facto de [o sítio Internet] ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15.º, é preciso também que esse sítio Internet convide à celebração de contratos à distância e que tenha efectivamente sido celebrado um contrato à distância por qualquer meio». Acrescenta que elementos como a língua ou a moeda utilizadas no sítio Internet não são indícios suficientes.

A fim de precisar os termos do referido regulamento, o Tribunal de Justiça formula uma definição geral do conceito de «actividade dirigida» no contexto do comércio electrónico e fornece, em seguida, uma lista não exaustiva dos indícios que permitem considerar que a actividade do comerciante é dirigida para o Estado-Membro onde o consumidor está domiciliado. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça afirma que o conceito de «actividade dirigida» deve ser interpretado de forma autónoma e declara que um comerciante dirige a sua actividade, através da Internet, ao Estado-Membro do domicílio do réu se, antes da eventual celebração de um contrato com o consumidor, resultar desses sítios Internet e da actividade global do comerciante que este pretendia estabelecer relações comerciais com consumidores domiciliados num ou em vários Estados-Membros, incluindo o do domicílio do consumidor, no sentido de que estava disposto a com eles contratar. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça enuncia, de forma não limitativa, os indícios que o juiz nacional deve verificar, que constituem expressões manifestas da vontade do comerciante de estabelecer relações comerciais com consumidores estabelecidos num Estado-Membro diferente do seu, ou seja, a natureza internacional da actividade, a menção de itinerários a partir de outros Estados-Membros para chegar ao local onde o comerciante está estabelecido, a utilização de uma língua ou moeda diferentes das habitualmente utilizadas no Estado-Membro em que o comerciante está estabelecido, com a possibilidade de reservar e confirmar a reserva nessa língua, a menção de números de telefone com a indicação de um indicativo internacional, a realização de despesas num serviço de referência na Internet para facilitar aos consumidores domiciliados noutros Estados-Membros o acesso ao sítio do comerciante ou a um sítio do seu intermediário, a utilização de um nome de domínio de primeiro nível diferente

do do Estado-Membro em que o comerciante está estabelecido e a menção de uma clientela internacional constituída por clientes domiciliados em diferentes Estados-Membros. Por último, em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça confirma, nestes dois acórdãos, a natureza insuficiente de elementos como a acessibilidade do sítio na Internet do comerciante no Estado-Membro do domicílio do consumidor, a menção de um endereço electrónico ou de outros elementos, ou ainda a utilização da língua ou da moeda que sejam habitualmente utilizadas no Estado-Membro do estabelecimento do comerciante.

Por outro lado, no processo *Pammer*, o Tribunal de Justiça também declarou que uma viagem num cargueiro pode ser qualificada de viagem e alojamento por um preço global na acepção do artigo 15.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, na medida em que preencha os requisitos exigidos para ser qualificada de «viagem organizada» na acepção do artigo 2.º n.º 1, da Directiva 90/314/CEE⁶⁴. Segundo este texto, a viagem tem de incluir, para além do transporte por um preço global, o alojamento e uma duração da viagem superior a 24 horas. Sublinhe-se que, por razões de coerência do Direito Internacional Privado da União, o Tribunal de Justiça decidiu, ao interpretar o artigo 15.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, ter em conta a disposição correspondente do Regulamento (CE) n.º 593/2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, que se refere expressamente ao conceito de «viagem organizada» na acepção da Directiva 90/314 já referida.

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 1347/2000⁶⁵ deu lugar a três acórdãos que merecem ser referidos. Estas decisões têm por objecto pedidos relativos ao regresso de uma criança em caso de deslocação ilícita desta para fora do país da sua residência habitual. Sublinhe-se ainda que duas destas decisões foram proferidas no âmbito da tramitação prejudicial urgente prevista no artigo 104.º-B do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Esta tramitação é aplicável desde 1 de Março de 2008 aos pedidos relativos ao espaço de liberdade, de segurança e de justiça, a fim de permitir ao Tribunal de Justiça tratar num prazo consideravelmente reduzido as questões mais sensíveis, como as que se podem colocar, por exemplo, em certas situações privativas de liberdade, quando a resposta à questão suscitada seja determinante para apreciar a situação jurídica da pessoa detida ou privada de liberdade, ou em matéria de responsabilidade parental e de guarda de crianças, quando a competência do juiz a quem o litígio foi submetido nos termos do Direito da União dependa da resposta à questão prejudicial.

No processo *Povse* (acórdão de 1 de Julho de 2010, C-211/10), o órgão jurisdicional de reenvio austríaco submeteu ao Tribunal de Justiça, ao abrigo da tramitação urgente acima referida, uma série de questões prejudiciais sobre a interpretação das disposições relativas à guarda e ao regresso da criança constantes do Regulamento n.º 2201/2003. O litígio do processo principal opunha os progenitores de uma criança ilicitamente deslocada pela sua mãe do domicílio comum em Itália para a Áustria. A complexidade deste processo resultava do facto de dois processos, um perante os órgãos jurisdicionais italianos e o outro perante os órgãos jurisdicionais austríacos, terem sido intentados em paralelo e terem tido desfechos diferentes. A primeira questão prejudicial tinha por objecto a questão de saber se uma medida provisória, como a que foi proferida pelo órgão jurisdicional italiano, que levantou a proibição feita à mãe de sair do território italiano com a criança e atribuiu provisoriamente a guarda aos dois progenitores, autorizando a criança a residir na Áustria até que fosse adoptada a decisão definitiva, é uma «decisão sobre

⁶⁴ Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (JO L 158, p. 59).

⁶⁵ Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003 (JO L 338, p. 1).

a guarda que não determine o regresso da criança» na aceção do artigo 10.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 2201/2003. O efeito desta decisão proferida pelo órgão jurisdicional do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança consiste em transferir a competência deste para os tribunais do Estado-Membro para o qual a criança raptada foi levada. O Tribunal de Justiça declarou que uma decisão provisória não constitui uma «decisão sobre a guarda que não determine o regresso da criança», na aceção do artigo 10.º, alínea b), iv), do referido regulamento, e não pode constituir fundamento para uma transferência de competências a favor dos tribunais do Estado-Membro para o qual a criança foi ilicitamente deslocada. Esta conclusão decorre da economia do regulamento e corresponde igualmente aos interesses da criança. Com efeito, a solução inversa poderia dissuadir o tribunal competente do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança de proferir as medidas provisórias exigidas no interesse da criança. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça foi questionado sobre a interpretação do artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003. Segundo esta disposição, uma decisão de retenção proferida em aplicação do artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980, como a que foi proferida no caso concreto pelos juízes austríacos a pedido do pai, não se pode opor à execução de qualquer decisão posterior que exija o regresso da criança, proferida por um tribunal competente ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003, como a que foi obtida no processo principal pelo pai junto dos órgãos jurisdicionais italiano, depois de proferida a decisão austríaca de retenção. A questão colocada ao Tribunal de Justiça consistia em saber se, para ser executória, a decisão que ordene o regresso da criança deve ter por base uma decisão definitiva do mesmo tribunal relativa ao direito de guarda da criança. O Tribunal de Justiça deu uma resposta negativa a esta questão, considerando que semelhante interpretação seria dificilmente conciliável com o objectivo de celeridade prosseguido pelo artigo 11.º do mesmo regulamento e com a prioridade dada à competência do tribunal de origem. Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça precisou que o artigo 47.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que uma decisão proferida posteriormente por um tribunal do Estado-Membro de execução, que concede um direito de guarda provisório e é considerada executória por força do direito desse Estado, não pode obstar à execução de uma decisão homologada, proferida anteriormente pelo tribunal competente do Estado-Membro de origem e que ordena o regresso da criança. Quanto à existência de um conflito, na aceção do artigo 47.º, n.º 2, segundo parágrafo, deste mesmo regulamento, entre uma decisão homologada e uma decisão executória posterior, esse conflito só pode ser verificado em relação às eventuais decisões proferidas posteriormente pelos tribunais competentes do Estado-Membro de origem. Por último, em quarto lugar, o Tribunal de Justiça declarou que a execução de uma decisão homologada não pode ser recusada no Estado-Membro de execução, com fundamento no facto de, devido a uma alteração das circunstâncias ocorrida depois de ter sido proferida, ser susceptível de prejudicar gravemente o superior interesse da criança. Com efeito, essa alteração constitui uma questão de fundo que incumbe ao tribunal competente do Estado-Membro de origem.

A questão do direito de guarda e da deslocação ilícita de uma criança no âmbito da aplicação do Regulamento n.º 2201/2003 esteve igualmente no centro do processo *McB* (acórdão de 5 de Outubro de 2010, C-400/10), que foi também objecto de tramitação prejudicial urgente. Este processo põe em evidência as diferenças que existem entre os direitos nacionais dos Estados-Membros no que respeita ao direito de guarda do pai não casado com a mãe da criança. Com efeito, nalguns direitos nacionais o pai natural da criança não goza de um direito de guarda pleno, estando a aquisição deste direito sujeita à obtenção de uma decisão do órgão jurisdicional nacional que lhe atribua esse direito. É o caso do direito irlandês, aplicável ao litígio do processo principal. Daqui resulta que, não havendo uma decisão que lhe atribua a guarda da criança, o pai não pode provar o carácter ilícito da deslocação da criança na aceção do artigo 2.º, n.º 11, do Regulamento n.º 2201/2003, de modo a requerer o seu regresso ao país da sua residência habitual. O pedido de decisão prejudicial submetido ao Tribunal de Justiça no processo *McB* tinha por objecto a questão de saber se o direito de um Estado-Membro que sujeita a atribuição do direito

de guarda ao pai de uma criança, que não é casado com a mãe desta, à obtenção de uma decisão judicial é compatível com o Regulamento n.º 2201/2003, interpretado em conformidade com o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia relativo ao respeito da vida privada e familiar.

O Tribunal de Justiça sublinhou, num primeiro momento, que embora o conceito de «direito de guarda» esteja definido de forma autónoma no regulamento em causa, decorre do artigo 2.º, n.º 11, alínea a), do referido regulamento que a questão da designação do titular do direito é da competência do direito nacional aplicável, definido como sendo o direito do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção. Num segundo momento, o Tribunal de Justiça declarou que o facto de o pai natural não ser, diversamente da mãe, automaticamente titular de um direito de guarda do seu filho na acepção do artigo 2.º do Regulamento n.º 2201/2003 não afecta o conteúdo essencial do seu direito à vida privada e familiar, enunciado no artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, desde que o seu direito de requerer o direito à guarda no tribunal competente seja salvaguardado.

Por último, referiremos o processo *Purrucker* (acórdão de 15 de Julho de 2010, C-256/09), no qual o Tribunal de Justiça se pronunciou sobre a aplicabilidade das disposições do Regulamento n.º 2201/2003, relativas ao reconhecimento e à execução das decisões proferidas pelo órgão jurisdicional de outro Estado-Membro, a medidas provisórias adoptadas em matéria de direito de guarda baseadas no artigo 20.º do referido regulamento. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça recordou a distinção entre as regras dos artigos 8.º a 14.º do referido regulamento, que estabelecem a competência quanto ao mérito, e a regra do artigo 20.º, n.º 1, deste regulamento, que permite a um tribunal de um Estado-Membro, ainda que a sua competência quanto ao mérito não tenha sido definida, adoptar medidas provisórias ou cautelares, desde que estejam reunidas três condições, isto é, que as medidas adoptadas sejam urgentes, que sejam tomadas em relação às pessoas ou bens que se encontrem no Estado-Membro onde esse tribunal tem a sua sede e que revistam natureza provisória. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça declarou que o sistema de reconhecimento e de execução previsto nos artigos 21.º e seguintes do Regulamento n.º 2201/2003 não é aplicável a medidas provisórias cuja adopção se tenha baseado no artigo 20.º do referido regulamento. Com efeito, o Tribunal de Justiça salientou que o legislador da União não quis essa aplicabilidade, como resulta tanto da história legislativa como das disposições equivalentes de instrumentos anteriores, como o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 e a Convenção de Bruxelas II. Além disso, o Tribunal de Justiça reconheceu que uma aplicação em qualquer outro Estado-Membro, incluindo no Estado competente para o conhecimento do mérito, do sistema de reconhecimento e da execução previsto no Regulamento n.º 2201/2003 no que respeita às medidas provisórias criaria um risco de desvio às regras de competência previstas neste regulamento e de «forum shopping». Essa situação seria contrária aos objectivos prosseguidos pelo dito regulamento, designadamente à tomada em consideração do superior interesse da criança através da adopção das decisões que lhe digam respeito pelo tribunal geograficamente próximo da sua residência habitual, considerado pelo legislador da União como o mais bem colocado para apreciar as medidas a adoptar no interesse da criança. Por último, em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a necessidade de permitir ao demandado no processo urgente interpor recurso contra a decisão que decreta medidas provisórias. Com efeito, o Tribunal de Justiça considerou que, tendo em conta a importância das medidas provisórias, quer estas sejam adoptadas por um juiz competente ou não para conhecer do mérito, que podem ser ordenadas em matéria de responsabilidade parental, é importante que uma pessoa à qual o processo diga respeito, mesmo que tenha sido ouvida pelo órgão jurisdicional que adoptou as medidas, possa tomar a iniciativa de interpor recurso da decisão que decretou essas medidas provisórias. É essencial que essa pessoa possa fazer controlar, num tribunal diferente daquele que adoptou as referidas medidas e que se pronuncie o mais rapidamente possível, a competência

para conhecimento do mérito que a si próprio se tenha reconhecido o tribunal que adoptou as medidas provisórias, ou, não resultando da decisão que o órgão jurisdicional é competente ou se reconheceu competente para conhecer do mérito ao abrigo deste regulamento, o respeito dos requisitos previstos no artigo 20.º do referido regulamento.

Cooperação policial e judiciária em matéria penal

O instrumento emblemático no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, o mandado de detenção europeu, continuou a alimentar a jurisprudência.

No processo *Mantello* (acórdão de 16 de Novembro de 2010, C-261/09), o Tribunal de Justiça interpretou o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI⁶⁶, que permite à autoridade judiciária do Estado-Membro de execução recusar a execução de um mandado de detenção europeu se das informações de que dispõe a autoridade judiciária de execução resultar que a pessoa procurada foi «definitivamente julgada pelos mesmos factos» por um Estado-Membro. Interrogado em primeiro lugar sobre a interpretação do conceito de «mesmos factos», o Tribunal de Justiça declarou que, para efeitos da emissão e da execução de um mandado de detenção europeu, o conceito de «mesmos factos» que figura no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão-Quadro 2002/584, constitui um conceito autónomo de Direito da União. Por outro lado, este conceito de «mesmos factos» figura também no artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, e foi, neste quadro, interpretado no sentido de que visa apenas a materialidade dos factos, abrangendo um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si, independentemente da qualificação jurídica destes factos ou do interesse jurídico protegido. Tendo em conta o objectivo comum do artigo 54.º da referida convenção e do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão-Quadro, que consiste em evitar que uma pessoa seja de novo submetida a um procedimento penal ou julgada pelos mesmos factos, a interpretação deste conceito apresentada no quadro da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen é por conseguinte igualmente válida no contexto da Decisão-Quadro 2002/584.

Em seguida, o Tribunal de Justiça salientou que uma pessoa procurada é considerada definitivamente julgada pelos mesmos factos quando, na sequência de um processo penal, a acção pública fica definitivamente extinta. O carácter «definitivo» da sentença resulta do direito do Estado-Membro onde foi proferida essa sentença. Por conseguinte, uma decisão que, segundo o direito do Estado-Membro que instaurou os procedimentos penais, não extingue definitivamente a acção pública a nível nacional em relação a determinados factos, não constitui um obstáculo processual a que sejam eventualmente instauradas ou prosseguidas acções penais por esses mesmos factos contra essa pessoa num dos Estados-Membros da União. Quando, em resposta a um pedido de informações formulado pela autoridade judiciária de execução, a autoridade judiciária de emissão do mandado de detenção europeu tenha expressamente declarado, nos termos do seu direito nacional, que a sua anterior sentença proferida no seu ordenamento jurídico não é uma sentença definitiva que abrange os factos visados no seu mandado, a autoridade judiciária de execução não pode, recusar a execução do mandado de detenção europeia.

Política Externa e de Segurança Comum

No âmbito da Política Externa e de Segurança Comum, o Tribunal de Justiça, a pedido do Oberlandesgericht de Düsseldorf, precisou o alcance das medidas restritivas específicas de combate

⁶⁶ 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).

ao terrorismo dirigidas contra determinadas pessoas e entidades (acórdão de 29 de Junho de 2010, C-550/09) e precisou a sua interpretação dos artigos 2.º e 3.º do Regulamento (CE) n.º 2580/2001⁶⁷.

Para implementar certas resoluções da Organização das Nações Unidas, o Conselho adoptou a Posição Comum 2001/931/PESC⁶⁸ e o Regulamento n.º 2580/2001, que determina o congelamento de fundos das pessoas e entidades inscritas numa lista elaborada e periodicamente actualizada através de decisões do Conselho. O referido regulamento proíbe, além disso, que esses fundos sejam, directa ou indirectamente, postos à disposição das pessoas e entidades inscritas nessa lista.

Até Junho de 2007, foram adoptadas decisões sem que fossem comunicadas, às pessoas e entidades que figuram na lista, razões específicas para a sua inscrição nessa lista. Na sequência de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância⁶⁹, que invalidou a inscrição de um grupo pelo facto de, nomeadamente, o Conselho não ter fundamentado essa inscrição sendo assim impossível a fiscalização judicial da legalidade, o Conselho alterou o seu procedimento de inscrição. Quando da adopção de uma nova decisão que actualizou a lista⁷⁰, que entrou em vigor em 29 de Junho de 2007, o Conselho forneceu assim às pessoas e aos grupos abrangidos uma exposição de motivos justificando a sua inscrição. O Tribunal de Primeira Instância, em acórdãos posteriores, invalidou a inscrição de várias outras entidades pelos mesmos motivos que haviam sido enunciados no seu acórdão T-228/02 já referido. Em 2 de Maio de 2002, a organização Devrimci Halk Kurtulus Partisi-Cephesi (DHKP-C) foi inscrita na lista em questão. Desde então, o Conselho adoptou diversas decisões que actualizaram esta lista. O DHKP-C continuou a figurar na lista.

O processo no âmbito do qual foi pedida a intervenção do Tribunal de Justiça dizia respeito a dois cidadãos alemães contra os quais havia sido iniciado um procedimento penal na Alemanha. Os senhores E e F eram acusados de, entre 30 de Agosto de 2002 e 5 de Novembro de 2008, terem sido membros do DHKP-C. Tinham sido colocados em prisão preventiva por pertencerem a um grupo terrorista, tendo sido dado início a um procedimento penal. Confrontado com dúvidas relativas à validade da inscrição do DHKP-C na lista, o órgão jurisdicional de reenvio perguntou ao Tribunal de Justiça se, no contexto dos acórdãos do Tribunal Geral que anularam a inscrição de certas pessoas e entidades em violação das garantias processuais, a inclusão do DHKP-C deve, para o período anterior a 29 de Junho de 2007, também deve ser considerada inválida, apesar de o DHKP-C não ter requerido a anulação dessa inscrição.

A título preliminar, o Tribunal de Justiça salientou que o processo no órgão jurisdicional nacional podia conduzir a sanções penais privativas de liberdade. Neste contexto, sublinhou que a União Europeia é uma União de direito cujas instituições estão sujeitas à fiscalização da conformidade dos seus actos, nomeadamente, com o Tratado FUE e com os princípios gerais do direito. No contexto de um processo nacional, qualquer parte tem o direito de alegar a invalidade de disposições contidas nos actos da União que servem de fundamento para uma decisão ou para um acto nacional tomados contra si e de levar o órgão jurisdicional nacional a interrogar o Tribunal de

⁶⁷ Regulamento (CE) n.º 2580/2001 do Conselho, de 27 de Dezembro de 2001, relativo a medidas restritivas específicas de combate ao terrorismo dirigidas contra determinadas pessoas e entidades (JO L 344, p. 70).

⁶⁸ Posição Comum 2001/931/PESC, de 27 de Dezembro de 2001, relativa à aplicação de medidas específicas de combate ao terrorismo (JO L 344, p. 93).

⁶⁹ Acórdão de 12 de Dezembro de 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conselho*, (T-228/02).

⁷⁰ Decisão do Conselho, de 28 de Junho de 2007, que dá execução ao n.º 3 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 2580/2001, relativo a medidas restritivas específicas de combate ao terrorismo dirigidas contra determinadas pessoas e entidades e que revoga as Decisões 2006/379/CE e 2006/1008/CE (JO L 169, p. 58).

Justiça a esse respeito através de uma questão prejudicial sobre a questão de saber se essa parte não dispunha do direito de interpor um recurso directo no Tribunal contra essas disposições.

Quanto à validade das decisões do Conselho, anteriores a Junho de 2007, o Tribunal de Justiça observou que nenhuma dessas decisões continha uma fundamentação sobre as condições legais de aplicação do Regulamento n.º 2580/2001 ao DHKP-C nem uma exposição das razões específicas e concretas pelas quais o Conselho considerou que a inscrição do DHKP-C na lista era ou continuava a ser justificada. Os arguidos vêem-se assim privados dos elementos necessários para verificar a procedência da inscrição do DHKP-C na lista durante o período anterior a 29 de Junho de 2007, e de garantirem em especial a exactidão e a pertinência dos elementos que levaram a essa inscrição, e isto apesar de essa inscrição contribuir para fundamentar a acusação de que são objecto. A falta de fundamentação de que enferma a inscrição é também susceptível de frustrar uma fiscalização jurisdicional adequada da sua legalidade material. Ora, a possibilidade de uma tal fiscalização revela-se indispensável para permitir assegurar um justo equilíbrio entre as exigências do combate ao terrorismo internacional e a protecção das liberdades e dos direitos fundamentais.

Quanto à questão de saber se a decisão de Junho de 2007 validou de forma retroactiva a inscrição do DHKP-C na lista, o Tribunal de Justiça constatou que esta decisão não podia, em nenhum caso, contribuir para justificar uma condenação penal por factos relativos ao período anterior à sua entrada em vigor. Semelhante interpretação violaria o princípio da não retroactividade das disposições susceptíveis de fundamentar uma condenação penal. Nestas condições, o Tribunal de Justiça declarou que incumbe ao órgão jurisdicional nacional não aplicar, no contexto do processo principal, as decisões do Conselho adoptadas antes de Junho de 2007, que não podem, conseqüentemente, contribuir para justificar os procedimentos penais instaurados contra os senhores E e F, relativamente ao período anterior a Junho de 2007.

Por último, o Tribunal de Justiça interpretou de forma ampla a proibição, constante do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 2580/2001, de colocar fundos à disposição de pessoas ou entidades que figuram na lista. Segundo o Tribunal de Justiça, esta proibição engloba qualquer acto cuja prática seja necessária para permitir a uma pessoa, grupo ou entidade que figura na lista prevista no artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2580/2001 obter efectivamente o poder de dispor de forma plena dos fundos, outros activos financeiros e recursos económicos em causa. Segundo o Tribunal de Justiça, este significado é independente da existência, ou não, de relações entre o autor e o destinatário do acto de colocação à disposição em causa.

No processo *M e o.* (acórdão de 29 de Abril de 2010, C-340/08), o Tribunal de Justiça debruçou-se sobre a questão de saber se as prestações de segurança social e de assistência – como os subsídios de subsistência, os abonos de família, os subsídios à habitação – concedidos às mulheres dos pretensos terroristas inscritos na lista do Regulamento (CE) n.º 881/2002⁷¹ entram no âmbito dos fundos congelados ao abrigo deste regulamento.

O Tribunal de Justiça declarou que, uma vez que existiam certas divergências entre as diferentes versões linguísticas do referido regulamento e a Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas que este regulamento visa implementar, há que interpretar o regulamento em função do

⁷¹ 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 que proíbe a exportação de certas mercadorias e de certos serviços para o Afeganistão, reforça a proibição de voos e prorroga o congelamento de fundos e de outros recursos financeiros aplicável aos talibã do Afeganistão (JO L 139, p. 9).

seu objecto, que é combater o terrorismo internacional. O objectivo do regime do congelamento de activos consiste em impedir as pessoas em causa de terem acesso a recursos económicos ou financeiros, independentemente da sua natureza, que possam utilizar para apoiar actividades terroristas. Em especial, este objectivo deve ser entendido no sentido de que o congelamento dos fundos é apenas aplicável aos activos que possam ser convertidos em fundos, bens ou serviços susceptíveis de serem utilizados para apoiar actividades terroristas. O Tribunal de Justiça observou que não foi defendido que as mulheres em causa entreguem esses fundos aos seus maridos em vez de os destinarem às despesas de base da sua família e não foi contestado que os fundos em causa são efectivamente utilizados pelas mulheres para fazer face às necessidades essenciais da família da qual fazem parte as pessoas inscritas na lista. Ora, a possibilidade de conversão dos referidos fundos em meios que possam servir para apoiar actividades terroristas dificilmente parece plausível porque as prestações são fixadas a um nível que visa exclusivamente fazer face às necessidades estritamente vitais das pessoas em questão. Consequentemente, o Tribunal de Justiça concluiu que o benefício que uma pessoa da lista pode retirar indirectamente das prestações pagas à sua mulher não põe em causa o objectivo deste regulamento. Por conseguinte, o referido regulamento não se aplica ao pagamento de prestações de segurança social ou de assistência às mulheres de pessoas inscritas na lista de congelamento de fundos.