

CARLA VICENTE

Jurista

*no Gabinete de Documentação e Direito Comparado
da Procuradoria-Geral da República*

**A AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS
NO(S) PROCEDIMENTO(S)
ADMINISTRATIVO(S) COMUNITÁRIO(S) ¹**

¹ O presente trabalho foi elaborado no âmbito do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Comunitárias que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano de 1999/2000. Agradece-se à Professora Dr.ª Maria Luísa Duarte as sugestões efectuadas durante a parte escolar do mestrado e, principalmente, aquando da apresentação oral do trabalho. A recolha de bibliografia e jurisprudência terminou em Dezembro de 2000.

ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AG – Advogado-Geral
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CDE – Cahiers de Droit Européen
CMLR – Common Market Law Review
Cons. – Considerando
ELR – European Law Review
EM – Estado-Membro
FDL – Faculdade de Direito de Lisboa
FEOGA – Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola
FSE – Fundo Social Europeu
JO – Jornal Oficial
PE – Parlamento Europeu
Reg. – Regulamento
RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência
RMUE – Révue du Marché Unique Européen
RTDE – Révue Trimestrielle de Droit Européen
RTDP – Rivista Trimestrale di Diritto Público
TC – Tribunais Comunitários
TCE – Tratado da Comunidade Europeia
TJ – Tribunal de Justiça
TPI – Tribunal de Primeira Instância
TT – Tratados Comunitários
TU – Tratado da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I – Procedimento Administrativo e Audiência Prévia no Direito Comunitário

1 – Procedimento administrativo

2 – Audiência prévia

CAPÍTULO II – A audiência prévia em diversas áreas de actuação comunitária

1 – Regras de concorrência aplicáveis às empresas – artigos 81.º a 85.º

2 – Auxílios de Estado

3 – Regras aplicáveis às empresas públicas – artigo 86.º

4 – Antidumping

5 – Aplicação da pauta aduaneira

6 – Fundos comunitários e Apoios financeiros

7 – Considerações finais

CAPÍTULO III – Fundamento normativo da audiência prévia

CAPÍTULO IV – Linhas de evolução do direito à audiência prévia no direito comunitário

CAPÍTULO V – Entidade responsável pela realização da audiência prévia em procedimentos de co-administração

CAPÍTULO VI – Causas que legitimam a não realização da audiência prévia

CAPÍTULO VII – Consequência da não efectivação da audiência prévia

CAPÍTULO VIII – Participação procedimental – Porta aberta para a legitimidade processual?

CAPÍTULO IX – Conclusões

Bibliografia

INTRODUÇÃO

No presente trabalho propomo-nos estudar o princípio da audiência prévia dos interessados nos procedimentos administrativos comunitários dos quais resultam decisões, ainda que sob a forma de regulamento, que afectam a sua esfera jurídica. É neste tipo de procedimento que mais marcadamente se denota o poder unilateral da administração comunitária, *maxime* da Comissão, e que mais se faz sentir a necessidade de defesa dos direitos dos cidadãos comunitários. A Comissão, órgão executivo por excelência, que vela pela aplicação das disposições do TCE ² e das medidas tomadas por força deste tem também, nos termos do artigo 211, poder decisório próprio. Nos respectivos procedimentos exerce várias funções: instrução, elaboração, execução e fiscalização da decisão.

Adoptámos uma perspectiva externa deste direito, isto é, não nos vamos preocupar com os direitos na audiência, o seu *modus operandi* material, que nos levaria para a matéria da notificação, fundamentação do acto e acesso à documentação ³. Preocupar-nos-emos sim com o direito à audiência, a formalidade em si que consubstancia uma verdadeira garantia jurídico-material: tentaremos apurar os pressupostos que levam ao seu reconhecimento, as consequências da sua não efectivação, as causas que legitimam a sua não realização, etc. Vai-nos interessar essencialmente a problemática de quem deve ser ouvido, se apenas os destinatários da decisão ou também os chamados

² Debruçar-nos-emos exclusivamente sobre o TCE. Deste modo sempre que não referirmos qualquer diploma legal os artigos mencionados são do TCE.

³ Pedro Machete considera que estes direitos, juntamente com o direito à audiência e à possibilidade de contestação da imparcialidade de quem decide, constituem o núcleo duro dos direitos no procedimento, in *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, pág. 89.

“terceiros”⁴, não nos preocupando tanto com quem possam ser esses “terceiros”, pois essa determinação resulta principalmente de uma análise, em concreto, do objecto do procedimento.

Não estudaremos a aplicação deste princípio no procedimento disciplinar da função pública na medida em que a audiência prévia do interessado está aí devidamente consagrada (assim sucedendo igualmente no direito nacional), e porque as suas particularidades – o vínculo jurídico-laboral existente e as qualidades pessoais e profissionais que são objecto de análise – justificariam um estudo autónomo. De todo o modo referir-nos-emos a este procedimento especial sempre que seja útil para o objecto do nosso trabalho. Por outro lado também não nos interessa o direito à audiência dos EM porquanto tal matéria sai do âmbito do nosso seminário embora se faça a mesma ressalva relativamente à utilidade da jurisprudência comunitária nesta matéria.

Dada a limitação de tempo e “espaço” para o desenvolvimento do tema fica alguma legislação secundária por analisar. Seleccionámos algumas áreas de actuação da Comunidade Europeia onde foi reconhecido o direito a ser ouvido e onde os tribunais comunitários já proporcionaram algum esclarecimento sobre o seu alcance.

Duas precisões terminológicas impõe-se: falaremos em termos equivalentes da audiência prévia e do direito a ser ouvido, embora a jurisprudência comunitária nunca tenha adoptado esta última expressão. Trata-se de uma terminologia que melhor se adapta ao instituto jurídico similar que existe no nosso ordenamento jurídico. Na terminologia do direito comunitário é utilizada a expressão “administração directa” do direito comunitário pela Comissão. Não vamos utilizar esta expressão dada a sua utilização comum no direito português para representar uma outra realidade bem diferente. Preferimos optar pela expressão “aplicação imediata” contraposta à expressão “aplicação mediata”, neste caso pela intervenção da administração dos EM.

⁴ Vasco Pereira da Silva – *Em busca do acto administrativo perdido*, Colecção Teses, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pág. 234. De acordo com este autor estes, indevidamente denominados “terceiros” são “partes” ou “sujeitos de uma relação multilateral”. Ao longo do trabalho chamámo-los interessados indirectos, na medida em que não são destinatários directos da decisão mas apenas eventual e indirectamente afectados pela mesma. Esta é, aliás, a terminologia utilizada (“Interessados directos”) no Reg. (CE) n.º 2842/98, de 22 de Dezembro, JO n.º L354, de 30 de Dezembro de 1998, p. 18, relativo às audições previstas no Reg. n.º 17/62, do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, JO 13, de 21 de Fevereiro de 1962, pág. 204.

CAPÍTULO I

Procedimento administrativo e audiência prévia no direito comunitário

1 – Procedimento administrativo

O direito administrativo é tipicamente um ramo de direito nacional⁵ pelo que ao nível da ordem jurídica comunitária só recentemente se tem colocado a questão da sua existência. Consequentemente a elaboração doutrinária nesta área é ainda escassa. Ainda não se pode afirmar que existe um conjunto consolidado e sistemático de princípios e regras administrativas comunitárias constitutivas de um novo ramo de direito na ordem jurídica comunitária⁶, mas é cada vez mais nítida e constante a influência recíproca entre o direito administrativo de cada EM e o direito administrativo comunitário⁷ (*in fieri*).

⁵ Javier Vazquez – “Hacia el derecho público europeo”, *in* El procedimiento administrativo en el derecho comparado, Monografías Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1993, p. 32; no mesmo sentido mas limitado à análise do procedimento administrativo, João Loureiro considera que o procedimento administrativo é um conceito recortado historicamente, condicionado pelo modelo institucional e pela tradição jurídica específica do país ou do ciclo cultural, João Loureiro – O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações), *Studia Iuridica* n.º 13, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 40. A própria capacidade de adaptação do aparelho administrativo nacional ao comunitário depende do estágio de evolução do sistema político-administrativo nacional e das suas características, primordialmente a sua flexibilidade. Para mais desenvolvimentos v.d. Calliope Spanou – “La integración europea en términos administrativos: un marco para el análisis y el caso griego”, *in* Gestión y Análisis de Políticas Públicas, n.º 15, 1999, pág. 40 e seguintes.

⁶ No mesmo sentido v.d. Javier Vazquez, cit., pp. 34 e 50 e Jürgen Schwarze – “Tendances vers un droit administrative commun en Europe”, *in* RTDE, n.º 29 (2), Abr.-Jun. 1993, pp. 235-245. Uma das grandes dificuldades de consolidação do direito administrativo na ordem jurídica comunitária resulta da inexistência de uma clara distinção entre função normativa e administrativa e também da polivalência funcional, normativa e administrativa, dos diversos órgãos comunitários. Para desenvolvimento sobre esta e outras causas da “prolongada desatenção” face ao procedimento administrativo v.d. Giacinto della Cananea – “I procedimenti amministrativi della Comunità Europea”, *in* Tratado di Diritto Amministrativo Europeo, Parte Generale, direcção de Mario P. Chiti e Guido Greco, Giuffrè Editore, 1997, pág. 225 e seguintes.

⁷ Inicialmente as preocupações administrativas dos EM resumiam-se a adaptar o seu sistema institucional à adesão à CE. Para mais desenvolvimentos v.d. Fausto de Quadros – “A nova dimensão do direito administrativo. O direito administrativo português na perspectiva comunitária”, Almedina, Coimbra, 1999; Jürgen Schwarze “Tendances vers un droit...”, cit. e Javier Vazquez, cit., pág. 41 e seguintes. Este autor distingue cinco áreas de interinfluência entre o direito administrativo comunitário e o direito administrativo nacional, sem intenção de exaustividade, a saber: a) articulação do procedimento administrativo comunitário com o dos EM; b) aquando da aplicação do direito comunitário pelas entidades nacionais; c) violação do direito comunitário como consequência da actividade administrativa nacional; d) actuação das administrações nacio-

Ao nível dos TT apenas está expressamente consagrado o dever de fundamentação, a obrigatoriedade de publicação ou notificação, quer dos actos normativos quer dos actos individuais e concretos e, em termos muito genéricos, o procedimento a prosseguir nos auxílios de Estado. Por outro lado verifica-se que tem existido, na legislação secundária, escassa em regulamentar-se o procedimento administrativo consequentemente os direitos procedimentais dos particulares embora esta tendência se esteja paulatinamente a inverter. Existe apenas, em certos procedimentos, alguma regulamentação materialmente limitada e não exaustiva em termos formais. Não nos impressiona se pensarmos que em Portugal apenas em 1991 ⁸ se regulamentou, em termos gerais, esta matéria, apesar de ser uma exigência constitucional já de há vários anos.

O projecto comunitário dirigia-se inicialmente, *prima facie*, a objectivos económicos, de paz e segurança e não tanto à protecção dos direitos dos cidadãos ⁹. Todavia, a evolução na integração comunitária e a jurisprudência do TJ desde cedo levaram à percepção que estávamos perante a emergência de uma nova ordem jurídica que se impunha aos cidadãos comunitários, quer através da imposição de determinados deveres quer através da atribuição de determinados direitos. Sujeitos de direito comunitário são não apenas os EM mas também os seus cidadãos. Coerentemente o TJ afirmou, no Caso Os Verdes (86) ¹⁰, estarmos perante uma “Comunidade de Direito”. Reconhece-se assim a vinculação da actividade comunitária ao direito, quer ao nível do conteúdo das normas que a regem quer ao nível do modo como estas são aplicadas. A expansividade crescente da actividade comunitária, com reflexos na

nais como agentes de mercado; e) harmonização do direito administrativo. Esta interinfluência tem-se exercido quer na organização administrativa, quer no próprio procedimento administrativo ou na justiça administrativa. Verificam-se igualmente fenómenos de interinfluência entre o direito administrativo de cada um dos EM que, “absorvido” pelo direito comunitário, perpassa para o direito administrativo nacional dos outros EM. Não existe, no entanto, uma política comum para a integração administrativa pelo que esta convergência só pode existir como meio instrumental e não como objectivo principal, v.d. Calliope Spanou, cit., pág. 41.

⁸ Na Alemanha, um dos países fundadores da CE, a primeira Lei do Procedimento Administrativo foi criada em Janeiro de 1977.

⁹ Os objectivos iniciais foram políticos (paz e segurança na Europa) mas os meios de consecução foram essencialmente económicos, Amaryllis Verhoeven – “How democratic need European Members be? Some thoughts after Amsterdam”, in ELR, Junho de 1998, p. 218. Os objectivos económicos para além de servirem como meio constituem igualmente fins da integração europeia mas são fins secundários ao contrário dos fins políticos que são fins primários, v.d. Fausto de Quadros – Direito das Comunidades Europeias, Sumários desenvolvidos, AAFDL, 1983, págs. 23-24.

¹⁰ Para maior facilidade de leitura os acórdãos serão mencionados através do nome de uma das partes e pelos dois últimos algarismos do ano em que foi proferido. No final encontrar-se-á a referência completa.

esfera jurídica dos particulares, exige a correspondente importância que deve ser dada ao modo como se desenrola formal e materialmente, de modo a que não corresponda a uma diminuição dos direitos dos particulares.

Nesta sequência a valorização do procedimento tem vindo a ser cada vez mais acentuada pela doutrina e jurisprudência ¹¹. Já não se encaram as regras procedimentais como uma mera regulação formal dos trâmites conducentes à decisão mas como um instrumento de realização material da justiça ¹², onde o apuramento e composição dos vários interesses afectados é realizada.

A formalização legal do procedimento administrativo comunitário permitiria garantias de certeza e segurança jurídica porquanto o modo formal como a Administração analisa materialmente o caso concreto seria pré-determinado, o que retiraria necessariamente alguma discricionariedade na construção decisória. Todavia, a inexistência de uma formalização não significa liberdade de actuação da administração ¹³ e, conseqüentemente, menor protecção dos particulares. Em termos gerais exige-se sempre uma necessária observância dos direitos fundamentais, nomeadamente os procedimentais ¹⁴. Desde logo, no artigo 6 do TU consagram-se os direitos fundamentais como base do funcionamento da própria União, constituindo as “fundações” da construção que se erige assente

¹¹ Ricardo Alonso García faz notar que estando já consolidadas as bases de integração e impulsionada a concretização do mercado interno, o TJ prossegue uma política integradora até outros terrenos onde se incluem as condições administrativas e jurisdicionais em que deve produzir-se a efectiva e prevalente aplicação do direito comunitário nos EM, “Actividad judicial v. Inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros)”, in *Revista de Administración Pública* n.º 151, Enero/Abril 2000, Madrid, pág. 87. Também noutros ordenamentos jurídicos foi a construção jurisprudencial que primeiro erigiu os direitos procedimentais a princípios gerais de direito e a direitos fundamentais. Veja-se o caso francês e claro, o caso inglês. Para este último ver D.J. Galligan – *Due Process and Fair Procedures – a Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996. Para a construção igualmente jurisprudencial do caso austríaco veja-se Pedro Machete, cit., págs. 107 e segs. onde este autor assinala como limitações desta construção o seu carácter fragmentário e de estabilidade precária.

¹² O TJ fez notar esta perspectiva logo no Caso Alemanha (62) ao afirmar que a obrigação de motivação das decisões não correspondia apenas a uma exigência formal mas visava dar às partes a possibilidade de defender os seus direitos, ao tribunal a possibilidade de exercer o seu controlo e aos EM e a todos os interessados a possibilidade de conhecerem as condições em que a Comissão aplicou o Tratado. Para uma análise desenvolvida sobre as funções do procedimento administrativo v.d. João Loureiro, pág. 65 e seguintes.

¹³ João Loureiro, cit., pág. 58.

¹⁴ Neste sentido Paulo Otero – *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 268, “A participação dos privados no procedimento surge assim, cada vez mais, como o contraponto da maior liberdade decisória da Administração decorrente do crescimento e da complexificação das tarefas administrativas”, Vasco Pereira da Silva, *Em busca ...*, cit., pág. 401.

em três pilares: os direitos fundamentais serão respeitados pela União tal como os garante a CEDH ¹⁵, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos EM ¹⁶, enquanto princípios gerais de direito comunitário. Vinculam e conformam não apenas a actividade dos órgãos comunitários mas também a dos órgãos nacionais enquanto aplicam direito comunitário ou normas nacionais que se inserem no âmbito do direito comunitário ¹⁷.

2 – Audiência prévia

Do acima exposto resulta que também não é de surpreender a constatação de que não existe uma regra escrita em direito comunitário que garanta, em termos gerais, a audiência prévia dos interessados no(s) procedimento(s) administrativo(s) comunitário(s). Os TT reconhecem expressamente a necessidade de se respeitar esta formalidade no âmbito dos auxílios de estado e existe legislação de direito comunitário derivado que prevê a realização da audiência prévia, em determinadas circunstâncias, mas não o faz senão sectorial e parcialmente. A protecção dos direitos procedimentais dos particulares no direito comunitário, decorre essencialmente do labor jurisprudencial do juiz comunitário ao fazer face a situações não previstas nas regras escritas, ao descobrir novas potencialidades de aplicação das já existentes e ao generalizar as soluções consagradas em legislação sectorial. Assim sucedeu com o direito à audiência prévia relativamente ao qual, logo em 1974, o TJ deixou antever a potencialidade da sua aplicação vindo mais tarde a reconhecê-lo como princípio geral de direito comunitário que consubstancia um direito fundamental ¹⁸.

¹⁵ Para mais desenvolvimentos sobre a consagração de direitos procedimentais na CEDH, nomeadamente quanto à problemática da sua aplicação ou não em procedimentos administrativos, v.d. D. J. Galligan, cit., pág. 215. A CEDH consagra o direito à audiência prévia sem ser clara a sua aplicação a estes procedimentos sendo defendido por alguns que se deve aplicar apenas em sede de recurso judicial, v.d., por todos, *idem*, pág. 221.

¹⁶ A conformação dos direitos fundamentais ao nível comunitário é assim condicionada pelo direito comparado que se erige não só como via interpretativa, mas também como sua fonte privilegiada, Javier Vazquez, cit., pág. 31.

¹⁷ Neste sentido v.d. Ricardo A. García, cit., pág. 129. Mas a aplicação destes princípios no direito interno nacional tem muitas das vezes, voluntariamente, ultrapassado o âmbito do direito comunitário assumindo o legislador nacional tais princípios como próprios do seu ordenamento jurídico, *idem*, pág. 130. Esta aplicação não deixa de ser problemática nomeadamente quanto à questão da competência do TJ para a interpretação das normas nacionais daí resultantes, veja-se quanto a este assunto o Caso A. Leur-Bloem (97).

¹⁸ Se numa primeira fase o TJ entendeu que não lhe competiria proteger os direitos fundamentais, posteriormente, e face aos obstáculos levantados desde logo pelo Tribunal Constitucional Ale-

É essencialmente no domínio do direito da concorrência e dos procedimentos disciplinares da função pública que primeiro nos surge a consagração, quer legislativa quer jurisprudencial, deste direito embora se tenha vindo a ultrapassar largamente este domínio. Assim sucedeu igualmente com a ordem jurídica portuguesa e com outras. Se primeiro se perspectiva este direito como meio de defesa a evolução leva a reconhecer que deve ser assegurado não apenas aquando de uma qualquer acusação mas também face a quaisquer actos que sejam lesivos para particulares.

Sendo reiterada a necessidade de aproximar a União dos cidadãos torna-se elementar a necessidade de estes participarem nas decisões que lhes vão dizer imediata e directamente respeito.

O direito a ser ouvido tem uma dimensão funcional que se traduz na contribuição do particular para o apuramento dos factos relevantes mas tem também uma dimensão garantística¹⁹. Na primeira valoriza-se o facto de os particulares carregarem para o procedimento as informações necessárias à decisão com vista à sua instrução completa, através de um procedimento dialogante, favorecendo-se igualmente a legitimação das decisões. Na última concretiza-se a participação dos interessados enquanto indivíduos portadores de interesses próprios que importa salvaguardar no procedimento, permitindo-lhes que transmitam o seu ponto de vista sobre o caso em apreço, de modo a não os reduzir a meros objectos da actividade administrativa.

Em qualquer das suas dimensões trata-se de um meio de que os particulares dispõem para desde logo controlar e influenciar a actividade da Administração comunitária numa fase em que a decisão ainda não está tomada. Evita que

mão, o TJ erigiu os direitos fundamentais a princípios gerais de direito o que, permitindo-lhes gozar de uma supralegalidade comunitária, permite vencer uma dura batalha entre os dois Tribunais e as duas ordens jurídicas da qual nenhum sairia decerto a ganhar. O reconhecimento dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária não se faz, pois, através do reconhecimento prévio nos TT. O seu apuramento e protecção resultam essencialmente da jurisprudência do TJ que tem vindo casuisticamente a determinar quais são os direitos que assim devem ser considerados. Para mais desenvolvimentos sobre aquela evolução e sobre a irrelevância deste casuismo para um nível adequado de protecção v.d. Maria Luísa Duarte – “A União Europeia e os direitos fundamentais – métodos de protecção”, *in Studia Juridica*, Coimbra, 1999, págs. 33 e seguintes. Devido à existência de opiniões no sentido contrário discute-se agora a integração de uma Carta de Direitos Fundamentais nos TT, v.d. António Vitorino – “La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne”, RDUE n.º 3/2000, págs. 499-508.

¹⁹ Para mais desenvolvimento v.d. Sérvulo Correia – “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, *in* Cadernos de Ciência de Legislação n.º 9/10, INA, 1994, pág. 151 e segs. e Pedro Machete, *cit.*, pág. 274.

sejam confrontados com factos consumados restando-lhes, nesse caso, apenas a possibilidade de recorrer judicialmente da decisão. Pode evitar, potencialmente, o recurso ao processo judicial não só pela maior aceitabilidade da decisão que proporciona ²⁰, mas porque permite igualmente, desde logo, um auto e heterocontrolo decisório e uma antecipação da conflitualidade ²¹. Posteriormente poderá ser difícil a consideração de interesses que contrapostos no procedimento, poderiam levar a outra decisão e que de outro modo não chegariam ao conhecimento da Administração comunitária. A aquisição procedimental dos interesses ²² passa pela intervenção dos portadores desses mesmos interesses, muitas das vezes os seus melhores conhecedores, por forma a permitir a sua ponderação no conjunto dos restantes interesses. Esta intervenção permite que os particulares possam defender o seu ponto de vista “podendo moldar, afinal, o conteúdo da decisão que os vai afectar” ²³ limitando-se assim a margem de livre apreciação do órgão decisório ²⁴. De facto a participação dos interessados não cumpre, por si só, o objectivo que se pretende porquanto deve ser igualmente obrigatória a ponderação do seu resultado pela entidade decisora.

Como o próprio nome indica a audiência deve ser prévia a uma tomada de decisão e depois de se terem reunido os elementos necessários que irão servir de base à decisão. Não faz sentido proceder-se a uma audiência dos interessados logo no início do procedimento onde ainda não houve qualquer fase instrutória que permita delimitar o objecto do procedimento. Foi isto que o juiz comunitário reiteradamente afirmou em vários processos (v.d. por exemplo Caso Eyckeler, 98) ao reconhecer que não se preencheria a função essencial do direito a ser ouvido se a Comissão não tivesse tomado uma posição provisória sobre os factos em apreço. Por outro lado a própria realização da audiência pode alertar

²⁰ Paulo Otero faz, no entanto, notar certas opiniões que vão no sentido oposto: a informação prévia da decisão origina a idealização de uma decisão por parte do administrado a qual como nem sempre coincidirá com a decisão final pode fomentar a discórdia e resistência à decisão, cit., p. 268.

²¹ Não só com a entidade decisora mas também entre os vários intervenientes caso haja possibilidade de contraditoriedade entre eles, David Duarte – Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 41 e 168.

²² Ou a introdução de apenas uma nova perspectiva ou de novos elementos dos diversos interesses já recolhidos, David Duarte, cit., pág. 175.

²³ Jorge Miranda – “O Direito de informação dos administrados”, in *O Direito* n.º III/IV, 1988, Lisboa, pág. 459.

²⁴ Limita-se assim a discricionariedade administrativa quer quanto ao tipo de actos instrutórios a levar a cabo quer ao conjunto de interesses a ponderar. A crescente “porosidade” legislativa ao permitir ampla margem de apreciação ao órgão decisor deve exigir também uma crescente participação procedimental de modo a obter-se um completo apuramento formal dos interesses a prosseguir e consequentemente uma decisão materialmente correcta.

para a necessidade de recolha de novos elementos e condicionar a própria actividade instrutória.

Uma função terminal do direito à audiência reflecte-se ao nível do contencioso em duas vias: por um lado possibilita um maior controlo por parte do TJ e, por outro, pode permitir, com maior facilidade, a legitimação processual dos intervenientes no procedimento administrativo.

Mas a realização integral das funções da audiência prévia está condicionada à reunião de um conjunto de condições formais e materiais, nomeadamente a fase processual em que se realiza a informação recolhida, comunicada e/ou disponibilizada sob pena de perder a sua substancialidade ²⁵. É aliás a propósito do direito de acesso à informação que o TJ teve oportunidade de se pronunciar mais frequentemente sobre o direito à audiência prévia ²⁶.

A audiência dos interessados é bastante problemática no âmbito do direito comunitário, quer pela distância do centro de decisão quer pelo facto do poder executivo ser bastante fragmentado e complexo. Se por um lado não existe apenas um órgão comunitário encarregue desta função (regra geral o poder é próprio do Conselho mas deve preferencialmente ser delegado na Comissão), por outro também os EM detêm um amplo poder executivo. Assim, como os tribunais nacionais são o juiz comum do direito comunitário, também os EM se podem considerar, cada vez mais, o executivo comum do direito comunitário. Dada esta disseminação e como não existe um procedimento uniforme, quer nos vários EM, quer na ordem jurídica comunitária, poderia suceder que os particulares gozassem de mais ou menos garantias consoante as mesmas regras materiais fossem aplicadas pela Comissão ou pelas entidades nacionais competentes. É necessário acautelar esta situação o que tem sido efectuado primacialmente pela jurisprudência comunitária.

Neste quadro existe também o problema da eficiência da actuação comunitária, da celeridade procedimental e do próprio funcionamento de toda a máquina comunitária. “O direito do procedimento vive, por conseguinte, nesta tensão entre eficiência administrativa e garantia dos particulares [...] por

²⁵ Também neste sentido David Duarte, cit., pág. 151. Para mais desenvolvimentos sobre a conexão funcional entre o direito à informação e o direito de participação v.d. Sérvulo Correia, cit., pág. 133 e segs. e Pedro Machete, cit., pág. 492 e seguintes.

²⁶ Tem crescido a preocupação na consecução da transparência administrativa nomeadamente, quanto ao acesso, em geral, aos documentos dos órgãos comunitários ao ponto de se lhe dedicar o artigo 255 do TCE. Esta nova política tem tradução ao nível dos procedimentos administrativos, nomeadamente na legislação comunitária mais recente.

isso todos os institutos procedimentais têm de ser sempre interpretados à luz da consideração conjunta destes dois princípios tendencialmente contraditórios”²⁷.

Por outro lado a complexidade crescente das relações jurídicas e o seu reconhecimento, à semelhança do que sucede em relação ao direito administrativo nacional, exige a consideração de uma relação jurídica não apenas bilateral mas também multilateral²⁸. A distinção entre partes e interessados indirectos, apesar de definível em termos abstractos, apenas pode ser determinada, com precisão, a partir de cada situação jurídico-concreta a qual vai determinar o âmbito subjectivo dos participantes no procedimento e será condicionante da sua posição formal perante o mesmo. “Uma das linhas de evolução do direito do procedimento vai ser precisamente o alargamento progressivo das possibilidades de participação. Os sujeitos do procedimento deixam de ser apenas a Administração e o eventual destinatário da medida administrativa preconizada, para incluir os contra-interessados, entidades que defendam interesses difusos e, por vezes, até titulares de meros interesses de facto”²⁹.

CAPÍTULO II

O direito a ser ouvido em diversas áreas de actuação comunitária

A análise desta matéria por sectores de actuação comunitária justifica-se porquanto não só a legislação é díspar, ou em alguns casos inexistente, como também os tribunais comunitários negam constantemente a analogia jurídica, atentas as especificidades de cada sector. Por outro lado, a inexistência de um conjunto uniforme de normas aplicáveis aos diversos procedimentos administrativos justificam esta opção.

²⁷ Pedro Machete, cit., pág. 87.

²⁸ “A generalização da audiência dos interessados [...] tende a potenciar as situações triangulares e, cada vez mais, a fazer relevar interesses até então não perceptíveis pela Administração”, Pedro Machete, cit., pág. 76.

²⁹ Pedro Machete, cit., pág. 89. Para desenvolvimento desta perspectiva nomeadamente sobre o alargamento aos concorrentes e consumidores, idem, pág. 157 e seguintes.

1 – Regras de concorrência aplicáveis às empresas – artigos 81.º a 85.º

Foi neste domínio que surgiu o primeiro procedimento administrativo exaustivamente definido em legislação e, talvez por isso, a primeira sentença que permitiu um *volte face* na consagração da audiência prévia. O desenvolvimento desta matéria levou que também fosse neste domínio que o TJ pela primeira vez reconhecesse que os direitos de defesa são direitos fundamentais³⁰. Através das disposições dos TT, do Reg. n.º 17/62³¹, e do Reg. n.º 4064/89³², visa-se implementar uma política de livre concorrência, da qual derivam direitos subjectivos, nomeadamente procedimentais, para os agentes económicos e seus concorrentes, que importa salvaguardar³³. Inicialmente, numa interpretação muito restritiva do Reg. n.º 17/62, o TJ entendia que o direito à audiência prévia dos destinatários das decisões era obrigatório apenas quando a Comissão lhes dirigia uma acusação passível de sanção³⁴.

³⁰ Caso Dow Chemical Iberica SA (89). O TJ entende que integram os direitos de defesa não só o direito à audiência prévia mas também o direito de assistência jurídica, à confidencialidade da correspondência entre advogado e cliente - Caso AM & S (82) - direito ao silêncio e um especialmente relacionado com o direito a ser ouvido, o acesso aos ficheiros. Não tem assim razão Lenaerts e Vanhamme quando afirmam que os direitos de defesa equiparam-se ao direito a ser ouvido com justiça, cit., pág. 534 (nota 7).

³¹ Consagrou-se, quanto aos acordos restritivos de concorrência, um sistema de proibição com reserva de autorização, ainda que possa ser efectuada através de regulamentos de isenção por categoria. A Comissão tem competência exclusiva para autorizar isenções mas já não para controlar os acordos. No exercício da função fiscalizadora nem os processos são de natureza criminal (tal é claramente afirmado no artigo 15.º n.º 4, do Reg. n.º 17/62) nem a Comissão se transforma em órgão jurisdicional. Age ainda no âmbito da sua função executiva.

³² Reg. (CE) n.º 4064/89, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, JO n.º L 395, de 30 de Dezembro de 1989. Em matéria de concentrações entre empresas consagrou-se um poder exclusivo da Comissão de controlo prévio. Este regulamento prevê direitos procedimentais idênticos aos previstos no Reg. n.º 17/62, salvo para os denunciante para os quais, no Reg. n.º 4064/89, não se estabelece qualquer procedimento especial de denúncia. O TJ sempre se recusou a efectuar qualquer analogia com o Reg. n.º 17/62 (v.d., por exemplo Caso Kaysersberg, 97). Também na legislação sectorial, relativa aos transportes, existem disposições idênticas relativamente aos direitos procedimentais dos particulares. Pelas semelhanças analisaremos essencialmente a legislação do Reg. n.º 17/62, ao abrigo do qual foi proferida a jurisprudência mais marcante e abundante.

³³ Para além da necessária previsão de direitos procedimentais a legislação em matéria de concorrência não pode deixar de constituir um instrumento para um correcto funcionamento do mercado. Dada a falência de todo o sistema devido à excessiva centralização de poderes na Comissão, que já não consegue responder adequadamente a todas as solicitações, está-se a preparar a reorganização de todo o sistema; veja-se neste sentido a Proposta de Reg. do Conselho relativo à execução das regras de concorrência aplicáveis às empresas previstas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado e que altera os Regulamentos (CE) n.º 1017/68, (CE) n.º 2988/74, (CE) n.º 4056/86 e (CE) n.º 3975/87, ("Regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE").

³⁴ Lenaerts e Vanhamme – "Procedural rights of private parties in the community administrative process", CMLR, n.º 3, Kluwer Law International, Junho/1997, p. 535. O TJ afirmou claramente

O *volte face* verificou-se no emblemático Caso Transocean Marin (74). O litígio surgiu porque a Comissão entendia que a obrigatoriedade de ouvir os destinatários apenas se aplicaria quando efectuasse uma acusação como resultava textualmente da legislação, e não quando impunha condições a uma decisão de isenção. O TJ, numa interpretação teleológico-sistemática, afirmou peremptoriamente que as normas do Reg. n.º 17/62 aplicam a **regra geral** segundo a qual aos **destinatários das decisões** das autoridades públicas **que afectam de maneira sensível os seus interesses, deve-lhes ser proporcionada a possibilidade de fazer conhecer utilmente o seu ponto de vista**. Resulta da natureza do processo de audição e do seu objecto, como dos artigos 5, 6 e 7 do Reg. n.º 99/63³⁵, que assim é, **mesmo para além dos casos específicos em que a Comissão efectua acusações e aplica sanções**³⁶. Naqueles artigos (à semelhança do que sucede actualmente no Reg. n.º 2842/98) reconhecia-se a obrigatoriedade da Comissão efectuar a audiência prévia às pessoas singulares ou colectivas que demonstrassem um interesse relevante³⁷ e solicitassem a audição e também aos denunciante que invocassem um interesse legítimo³⁸, no caso de entender que não se justificava

no Caso Hoffman-La Roche AG (79) que essa obrigação constitui um **princípio fundamental de direito comunitário** que deve ser observado mesmo que se trate de um **procedimento administrativo**.

³⁵ Reg. n.º 99/63, da Comissão, de 25 de Julho de 1963, JO n.º 127 de 20 de Agosto de 1962, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19 do Reg. n.º 17 do Conselho revogado pelo já referido Reg. n.º 2842/98.

³⁶ O TJ aditou, especialmente quando se trata de condições, como no caso em apreço, que impõem encargos não negligenciáveis e de um grande alcance. Nesta sequência o Reg. n.º 2842/98, que desenvolve a disciplina do Reg. n.º 17/62, em matéria de audiência substitui a palavra “acusações” por “objecções”.

³⁷ Paolo Cesarini faz-nos saber que resulta da prática da Comissão que os concorrentes, os fornecedores ou os clientes das empresas em causa, assim como os consumidores e as suas organizações, são considerados como tendo um interesse suficiente para serem ouvidas se demonstrarem que a sua posição no mercado ou as suas possibilidades de venda ou de compra são susceptíveis de ser afectadas pela decisão final da Comissão. Pelo contrário, adianta, um interesse geral de informação ou um interesse mais específico sem relação com o objecto do procedimento não são tidos como suficientes para justificar o pedido de intervenção. A importância crescente dada aos direitos dos particulares levou à instituição de um Conselho Auditor, em 1992, o qual tem competência para realizar as audiências (inicialmente regia a Decisão da Comissão de 25/09/82, JO n.º C251 e actualmente rege a Decisão da Comissão de 21/12/94, JO n.º L330). Para desenvolvimentos sobre esta matéria v.d. Paolo Cesarini – “Le droit d’être entendu dans les procédures communautaires en matière de concurrence”, *in* RMUE, n.º 1/1995.

³⁸ Não existe qualquer definição legal de interesse legítimo ou relevante (nem seria desejável que houvesse porquanto estar-se-ia a limitar, em abstracto, algo apenas definível concretamente). Mas a definição seria, em certo aspecto, irrelevante dado que a Comissão pode iniciar o procedimento oficiosamente e pode, se considerar necessário, ouvir quaisquer outros interessados. A interpretação dada pela jurisprudência comunitária quanto aos “interessados” tem sido bastante

dar seguimento à denúncia³⁹. Por maioria de razão, terá concluído o TJ, todos os destinatários directos dessas decisões deverão ser obrigatoriamente ouvidos pela Comissão. O TJ ainda que ancorado numa disposição legal retirou dela um sentido bastante amplo e justificou o direito do particular dar a conhecer o seu ponto de vista num princípio geral que vigoraria, pela sua própria natureza, para além da mera consagração legislativa e exerceria assim a sua função não apenas de interpretação das regras legais mas seria mesmo aplicável na inexistência de tais regras⁴⁰.

Mas os direitos processuais podem ter diferente conteúdo consoante se trate dos directos destinatários das decisões ou não. De acordo com a jurisprudência comunitária, aos denunciante deverá ser dada a possibilidade de salvaguardarem os seus interesses legítimos no âmbito do procedimento administrativo e a Comissão é obrigada a examinar o conjunto dos elementos de facto e de direito levados ao seu conhecimento. Contudo os seus direitos procedimentais não são tão amplos como o direito de defesa das empresas que são objecto do inquérito e encontram os seus limites quando ponham em causa esse direito de defesa. Os denunciante *“não podem invocar o direito de defesa na aceção da jurisprudência”* estabelecida para aquelas empresas. Só aos destinatários directos é reconhecido o direito ao contraditório, os quais devem ser ouvidos sempre que surjam novos factos⁴¹. O facto da Comissão ter acrescentado

permissiva. Os seus titulares podem ser concorrentes ou todas as pessoas ou entidades cujas actividades económicas sofreram prejuízos ou perdas como resultado directo da alegada infracção - ex: Caso Metro (86). Já foi inclusivamente admitida a recorrer, sem que a Comissão tenha contestado, uma Associação de consumidores - Caso BEUC (94) - o que poderá dar a entender que interesse legítimo ou relevante inclui a defesa de interesses difusos. A aceitação de ampla participação no procedimento pode ter reflexos, como veremos, ao nível da flexibilização dos critérios da legitimidade processual. Em contraposição a esta ampla interpretação Emil Paulis entende que o interesse legítimo deveria coincidir com o da pessoa directa e individualmente afectada concentrando-se a Comissão apenas sobre queixas que põem em causa as restrições de concorrência mais importantes, *“La position de la partie plaignante en matière de concurrence”*, in RTDE, n.º 4, 1987, pág. 631. A ponderação da necessidade da audição, caso não resulte de um direito do particular, está dentro dos poderes discricionários da Comissão. É óbvio que não deverá deixar de ouvir os particulares que puderem trazer ao processo elementos importantes ou sejam afectados na sua posição juridicamente protegida.

³⁹ Os denunciante gozam assim de uma protecção especial em termos procedimentais. Para mais desenvolvimentos, Charles-Étienne Gudin - *“Le droit d’être entendu dans les procédures communautaires”*, in RAE, n.º 4, 1994, págs. 42-48.

⁴⁰ O TJ afirma inclusivamente a existência de um princípio geral de igualdade de armas entre a Comissão e a empresa, Caso Solvay (95).

⁴¹ Caso Bat e Reynolds (87), cons. 19. Apesar da obrigação de segredo profissional ser atenuada em relação aos denunciante o TJ afirma neste Acórdão que o princípio geral consagrado no Caso Transocean Marin (74) dizia respeito apenas ao direito de defesa das empresas que são objecto do inquérito da Comissão.

novos argumentos, após a audição de outros interessados, não cria a obrigação de ouvir de novo os denunciante. Todavia, de acordo com o novo Reg. n.º 2842/98, os interessados que demonstrem um interesse legítimo, e caso o tenham requerido, podem desenvolver os seus argumentos na audição oral dos destinatários das decisões entrando aí em contraditoriedade. Esta nova legislação, de acordo com o referido pela Comissão no XXVIII.º Relatório sobre a política de concorrência, datado de 1998, foi elaborada, não só com o intuito de simplificação de procedimentos, mas igualmente para consagrar os avanços efectuados pelo TJ verificando-se, todavia, que em alguns casos a ultrapassou.

Para além dos casos já enunciados consagrou-se igualmente no Reg. n.º 17/62 que, aquando da emissão de certificados negativos ou de isenção, a Comissão deverá publicar o essencial do conteúdo do pedido ou da notificação em causa, convidando os **terceiros interessados** a apresentarem as suas observações num prazo a fixar ⁴².

Mas a consagração de direitos processuais neste domínio não constitui garantia suficiente porquanto a Comissão tornea estas obrigações ao não adoptar uma decisão formal mas apenas a denominada “carta administrativa” (comfort letter). Estas cartas não impedem a Comissão de, *a posteriori*, iniciar um verdadeiro procedimento formal de apreciação dos acordos. Não são objecto de publicação e muito menos são, por regra, sujeitas à audiência de quaisquer dos interessados. Pode-se afirmar que estas cartas administrativas são “fruto da necessidade de curto-circuitar o processo de adopção de uma decisão formal, à custa das garantias reconhecidas no Regulamento n.º 17/62 a favor de terceiros” ⁴³.

2 – Auxílios de Estado

Para a prossecução da política de concorrência, nos termos do artigo 88, todos os auxílios devem ser notificados pelos EM à Comissão, e não podem ser

⁴² A Comissão declarou que esta obrigação também deve ser aplicável no caso das “comfort letters” (XII.º relatório, 1982) mas, na prática, não se tem verificado o seu cumprimento.

⁴³ Fernando Pereira Ricardo – A aplicação dos artigos 85.º e/ou 86.º do TCE, a título incidental, pelos tribunais portugueses, AAFDL, Lisboa, 1999, p. 173. Céline Gauer e Gianfranco Rocca fazem-nos saber que 90% dos casos notificados são encerrados através destas cartas que só são publicadas em casos excepcionais (em 1997 apenas 3% dos casos foi publicado). Estes autores defendem uma reformulação total do sistema dado que o actual, para além de não garantir a segurança jurídica das empresas, não garante a transparência e constitui um entrave burocrático excessivo para as empresas obrigadas a efectuar a notificação. Para estas e outras críticas v.d.

concedidos sem que esta aprecie se é um auxílio e, se sim, se é compatível com o TCE. O TCE divide a apreciação, relativamente a novos auxílios ⁴⁴, em duas fases, o que tem consequências para o nosso tema: a fase preliminar instituída pelo n.º 3 do artigo 88 tem, segundo a jurisprudência comunitária, apenas por objectivo permitir à Comissão formar uma primeira opinião sobre a compatibilidade do auxílio e deve ser célere – dois meses no caso de auxílios notificados (artigo 4, n.º 5, do Reg. n.º 659/99) ⁴⁵. Nesta fase a notificação do auxílio não é publicada nem comunicada a qualquer parte eventualmente interessada, pelo que quaisquer outros interessados não terão conhecimento do início deste procedimento ⁴⁶. Não havendo qualquer decisão no *terminus* deste prazo considera-se, nos termos do artigo 4, n.º 6, Reg. n.º 659/1999, do Conselho ⁴⁷, que houve deferimento tácito sendo o auxílio considerado autorizado. Neste caso o EM em causa pode executar as medidas em questão mas previamente tem de informar a Comissão. Durante o prazo de 15 dias úteis a contar da recepção da informação a Comissão pode tomar uma decisão. Deve-se enfatizar que este prazo é estabelecido como modo de protecção dos interesses do EM cumpridor,

“Livre blanc sur la modernization des règles d’application des articles 81 et 82 du Traité”, in Competition Policy Newsletter n.º 3, October 1999, págs. 1-5.

⁴⁴ Quanto a auxílios já existentes rege o artigo 88, n.º 1.

⁴⁵ Reg. (CE) n.º 659/1999, do Conselho de 22 de Março, JO, n.º L 083, de 27 de Março. Este prazo de dois meses resultava já da jurisprudência comunitária – Caso Lorenz (73), cons. 4 – e foi inspirado no prazo previsto no artigo 230.º e artigo 232.º Foi estabelecido devido à necessidade da Comissão ter em consideração os interesses do EM em ver esclarecida rapidamente a compatibilidade da sua intervenção em domínios onde impera a urgência. De facto, os auxílios de estado acabam por constituir um instrumento de política económica dos EM pelo que também estes são seus beneficiários.

⁴⁶ No Caso ARAP (99) o TPI recusou a alegada falta de transparência no sistema de exame de auxílios de Estado porque os direitos de terceiros estão suficientemente assegurados. O TPI entende que a protecção dos particulares é suficientemente assegurada através da interposição de acção de anulação contra a decisão proferida nesta 1.ª fase para o que está disposto a flexibilizar os “temidos” critérios de legitimidade processual. Transcreve-se a passagem do acórdão: “*é verdade que a análise sumária de um auxílio de Estado no âmbito da fase preliminar, com base no n.º 3 do artigo 88.º CE, não permite que a Comissão atenda aos interesses de terceiros. Esta solução é, contudo, acompanhada de garantias suficientes, justificando-se assim plenamente para responder às exigências de rapidez quando, manifestamente, a medida notificada pelo Estado-Membro em causa, ou denunciada em queixa de terceiro, não constitua auxílio de Estado compatível com o mercado comum. Com efeito, a protecção dos direitos de terceiros é assegurada pelo direito que lhes é reconhecido de agir, sendo caso disso, contra a decisão da Comissão de não instaurar o procedimento do n.º 2 do artigo 88.º CE*”. Esta afirmação pressupõe a equivalência entre o processo administrativo e o processo judicial que não se verifica nem formal nem materialmente.

⁴⁷ Reg. (CE) n.º 659/1999. Apesar do próprio TT prever a necessidade de regulamentação do artigo 88, só em 1999 se cumpriu tal designio. Consagrou-se nesta legislação muitas das soluções que decorriam da jurisprudência e doutrina.

isto é, que notificou o auxílio previamente à sua execução⁴⁸. A preocupação com os interesses dos EM não se reflectiu, no entanto, nos restantes interessados não só porque não lhes é permitida a audiência durante a 1.ª fase, mas também porque no caso de se tratar de um auxílio ilegal aquele prazo não é aplicável: considera-se que, se o EM está em incumprimento, não merece a protecção do curto prazo de apreciação. Esta situação leva à falta de garantias, quer para os beneficiários quer para as empresas concorrentes, dado que esta 1.ª fase pode prolongar-se indefinidamente sem que estes possam participar: é grave para os beneficiários dado que o auxílio pode ser suspenso ou devolvido provisoriamente gerando-se situações de incerteza na sua manutenção; é grave para as empresas concorrentes, caso não haja devolução da quantia indevidamente atribuída, porque terão de suportar a concorrência da empresa beneficiada sem que possam contestar esse mesmo auxílio quer no procedimento administrativo quer judicial (neste caso porque ainda não há acto)⁴⁹; todavia, nos termos da jurisprudência comunitária a Comissão só pode deixar de iniciar a 2.ª fase (prevista no artigo 88, n.º 2) caso tenha ultrapassado todas as dificuldades suscitadas pela apreciação inicial e consiga, por si e rapidamente, determinar se é auxílio, e se sim, se é compatível. Caso contrário – se tiver dificuldades e/ou o auxílio seja incompatível – o procedimento previsto no n.º 2 do artigo 88 “*reveste um carácter indispensável*”⁵⁰, tendo a Comissão o dever de dar início ao procedimento formal de investigação. Esta 2.ª fase destina-se a permitir à Comissão ter uma informação completa sobre todos os dados, prevendo o TCE a obrigação desta dar aos interessados a oportunidade de apresentarem as suas observações, para o que a decisão é publicitada no JO e os interessados conhecidos são dela notificados⁵¹. Só aqui, de acordo com o

⁴⁸ O incumprimento do dever de notificação antes da concessão de um auxílio torna-o automaticamente ilegal apesar de, *a posteriori*, poder ser autorizado pela Comissão, artigo 1 f) do Reg. n.º 659/1999. Esta situação visa impedir que as entidades nacionais actuem em violação ao direito comunitário aguardando que, *a posteriori*, a Comissão venha a regularizar essa actuação, neste sentido v.d. Stefano Amadeo, Il Foro Italiano, ano CXXIII, n.º 3, Março de 1998, pág. 118.

⁴⁹ Todavia, no Caso Lorenz (73) o TJ afirmou que a proibição da execução dos auxílios de estado prevista no n.º 3 do artigo 88.º tem efeito directo pelo que as jurisdições nacionais são obrigadas a salvaguardar os direitos dos particulares daí advenientes. O efeito directo produz-se durante todo o período em que a proibição vigora, isto é até à apreciação final do auxílio pela Comissão. Trata-se no entanto do efeito directo de uma norma procedimental pelo que não produz ao nível nacional o seu efeito conatural. Terá apenas o efeito “opositivo” de afastar a norma nacional aplicada em desrespeito dessa formalidade procedimental, para mais desenvolvimentos, v.d. Stefano Amadeo, cit., págs. 107-119.

⁵⁰ Caso Cook (93), cons. 29.

⁵¹ São considerados interessados, nos termos da jurisprudência comunitária, o beneficiário do auxílio, as pessoas, empresas ou associações **eventualmente afectadas nos seus interesses** pela

TCE, gozam de protecção procedimental. Todavia o TJ vem mais tarde esclarecer a que título: são essencialmente “fontes de informação para a Comissão” pelo que “longe de poderem invocar os direitos da defesa reconhecidos às pessoas contra quem está aberto um procedimento”⁵² [...] gozam exclusivamente do direito a ser associados ao procedimento administrativo na medida adequada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto”⁵³. Nestes termos, conclui, caso a Comissão já tenha obtido um grau relativamente elevado de informação, a extensão do direito de participar pode ser restringida aos aspectos sobre os quais a Comissão ainda tenha algumas dúvidas. Trata-se de uma abordagem exclusivamente objectiva da participação encarando o interessado indirecto como mero colaborador ao serviço da administração. A sua “utilidade” termina com o desempenho desta função a qual é apreciada apenas do ponto de vista da administração. O interesse próprio de que é portador é irrelevante e está subordinado à correcta instrução do procedimento. A nosso ver, trata-se de uma perspectiva errada ao se encarar os interessados, nomeada e principalmente o beneficiário do auxílio, como um mero meio de prova, a par de qualquer documento probatório, quando têm um direito tão digno de consideração quanto o EM. Todo o procedimento é encarado na perspectiva do EM que é considerado, legal e jurisprudencialmente, o destinatário da decisão⁵⁴. É incompreensível que não se distinga a situação dos beneficiários directos do auxílio estatal dos outros interessados dado que aqueles são potencialmente afectados por uma decisão negativa: os auxílios ilegalmente atribuídos têm de ser devolvidos. Qual então o critério para se admitir a audiência apenas do EM e não também, ao menos, dos beneficiários? A obrigatoriedade dos beneficiários terem de devolver o auxílio não é suficiente para lhes garantir os mesmos direitos do EM. De notar que nada vale realizar, ao nível nacional, a audiência do beneficiário, aquando da execução da decisão

concessão do auxílio, **nomeadamente** as empresas concorrentes (a sua posição concorrencial tem de ser afectada pelo auxílio) e as organizações profissionais. Trata-se de um conjunto indeterminado de destinatários – Caso Intermills (84), cons. 16.

⁵² Nos termos da legislação e da jurisprudência comunitária, o procedimento é aberto apenas contra os EM pelo que só este é digno de protecção, veja-se neste sentido os considerandos 9, 11 e 21 e artigo 6.º, n.º 2, artigo 7.º, n.º 6, 13.º, n.º 2, e artigo 25.º do Reg. (CE) n.º 659/1999.

⁵³ Caso British Airways, (98), cons. 59 e 60.

⁵⁴ Artigo 25.º do Reg. n.º 659/1999. Piet Jan Slot conclui que, dirigindo-se as regras procedimentais aos EM e à Comissão, todas as outras partes envolvidas são consideradas terceiros incluindo os particulares beneficiários da ajuda, “EC Policy on State aid: are the procedures «user friendly»? The rights of third parties”, in *Understanding State Aid Policy in the European Community: Perspectives on Rules and Practice*, Sanoussi Bilial and Phedon Nicolaides Editors, European Institute of Public Administration, Maastrich, Netherlands, 1999, p. 81.

de devolução, porquanto a decisão já está tomada⁵⁵. Esta jurisprudência é, aliás, totalmente diversa da existente quanto aos beneficiários dos fundos comunitários e das empresas públicas beneficiárias de medidas estatais. Poder-se-ia explicar a divergência, por um lado, pelo condicionalismo temporal assinalado para a decisão na 1.^a fase. A 2.^a fase, em contraposição, tem um prazo de decisão bastante alargado – pelo menos 18 meses⁵⁶. Se se estabelecesse um procedimento instrutório na 1.^a fase semelhante ao da 2.^a fase não seria possível o cumprimento do prazo de dois meses estabelecido para o decurso daquela. Como veremos mais à frente não parece ter sido apenas esta condicionante temporal que levou o juiz comunitário a não reconhecer o direito dos beneficiários serem ouvidos. De todo o modo deve-se notar que o que está em causa não é um prazo qualquer mas um prazo para proteger os interesses

⁵⁵ Neste caso as autoridades nacionais não dispõem de nenhum poder de apreciação estando, consequentemente, obrigadas a revogar a decisão de concessão do auxílio. O acto de concessão de um auxílio é um acto administrativo que tem de ser desaplicado por força da execução da decisão da Comissão. Não se estando num sistema federal a sanção para os actos desconformes com o direito comunitário é a desaplicação dos mesmos, não a sua nulidade, v.d. Cons. 17 do Caso Simmenthal (78). O TJ afirma que embora a ordem jurídica comunitária não se possa opor a uma legislação nacional que assegure o respeito da confiança legítima e da segurança jurídica, dado o carácter imperativo do controlo dos auxílios de Estado, as empresas beneficiárias não podem, em princípio, ter confiança legítima na regularidade de um auxílio a não ser que tenha sido concedido no respeito do procedimento previsto pelo direito comunitário. O operador económico diligente deve normalmente estar em condições de se assegurar que esse procedimento foi respeitado. De outro modo não pode beneficiar da confiança legítima, Caso Comissão/Alemanha (90), cons. 13 e 14. Para a problematização deste dever de devolução e o princípio da confiança, v.d. Peter M. Huber – “«Aiuti» ex artt. 87 e 88 del trattato CE 1999 e tutela dell’affidamento nel diritto comunitario e nel diritto amministrativo nazionale”, in RTDP, n.º 2, 2000, págs. 321-341. A recuperação “*deve ocorrer, em princípio, de acordo com as disposições pertinentes do direito nacional, sem prejuízo, todavia de serem aplicadas de forma a não tornar praticamente impossível a recuperação exigida pelo direito comunitário [...] em especial o interesse comunitário deve ser respeitado em toda a sua extensão aquando da aplicação de uma disposição que sujeita a revogação de um acto administrativo ilegal à apreciação dos diferentes interesses em causa*”, Caso Land Rheinland-Pfalz (97). Vigora o princípio da autonomia institucional e procedimental, inclusivamente alguma autonomia relativamente a questões de fundo, Caso Comissão/Alemanha, 90. A situação é ainda mais grave para o beneficiário se constatarmos que se não recorrer judicialmente da decisão da Comissão que determina a devolução do auxílio não pode depois impugnar a decisão do EM que a executa nos tribunais nacionais, v.d. Caso Land Rheinland-Pfalz (97). A eficácia do procedimento de devolução é bastante importante para a prossecução dos objectivos de todo o sistema porquanto importa não só proibir os auxílios ilegais mas também eliminar de um mercado, que se pretende único, os respectivos efeitos perturbadores.

⁵⁶ Antes da actual regulamentação não existia qualquer prazo, estabelecido legal ou jurisprudencialmente, para o decurso da 2.^a fase embora o TJ tenha anulado uma decisão da Comissão pelo facto de esta fase ter durado 26 meses, Caso RSV (87). O prazo ora consagrado legalmente pode ser prorrogado com o acordo, note-se, **do EM**. Terminado o prazo, **o EM** pode solicitar que a Comissão decida, para o que esta dispõe de um prazo de dois meses. Caso ainda tenha dúvidas tomará uma decisão negativa. Nesta fase, ainda que já seja reconhecido ao beneficiário do

do EM em ver apreciado com celeridade uma ajuda que pode nem sequer ser qualificada auxílio e sendo-o pode ser compatível⁵⁷. Outra tentativa de explicação poderá residir no facto do procedimento em causa não visar punir as empresas beneficiárias do auxílio, apesar destas serem afectadas nos seus interesses, porquanto o eventual comportamento faltoso é exclusivamente imputado ao EM (só este é responsabilizado perante a Comissão). O EM autor da ilegalidade – devido a isso⁵⁸ – é o único interveniente que goza plenamente dos direitos procedimentais. Por outro lado esta opção do TJ pode indiciar que o princípio geral da audiência prévia não prima sob os TT⁵⁹ ou que não é tão abrangente como poderíamos pensar a partir do Caso *Transocean* (74). O critério não é a afectação de interesses como “prometeu” o TJ neste caso. Podemos ainda tentar outra explicação: os beneficiários não são afectados negativamente se a decisão terminar na 1.ª fase, ou seja, se for no sentido de não se considerar tal préstimo como auxílio ou sendo-o se concluir que não é incompatível. Tratando-se de uma decisão que lhes é favorável não é necessário garantir a sua intervenção no procedimento. Temos, no entanto, de reconhecer que esta explicação já não é válida se entretanto a Comissão decidir pela devolução provisória do auxílio ainda na 1.ª fase, como é agora previsto no artigo 11

auxílio a possibilidade de apresentar as suas observações, e assim influenciar o decurso do procedimento, a incerteza na manutenção do auxílio é muita.

⁵⁷ Veja-se neste sentido o Caso *ARAP* (99).

⁵⁸ Piet Jan Slot entende que é precisamente este circunstancialismo que explica que as regras procedimentais relativas aos auxílios de Estado sejam desvantajosas para os ditos “terceiros” quando, nomeadamente, comparadas com as regras de concorrência, *cit.*, pág. 81.

⁵⁹ Maria Luísa Duarte defende que os princípios gerais consubstanciam “uma protecção reforçada dado que [...] primam sobre o direito comunitário derivado e mesmo sobre os próprios Tratados sempre que acolham direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, os quais pela sua fundamentalidade ético-jurídica são insusceptíveis de derrogação”, Maria Luísa Duarte, “A União Europeia e os direitos fundamentais ...”, *cit.*, pág. 35. Acaso seja este o entendimento da jurisprudência comunitária e não se aceitando outra explicação para a não audiência dos beneficiários na 1.ª fase, teríamos de concluir pela não consideração, pelo TJ, do direito à audiência prévia como direito inerente à dignidade da pessoa humana. Pedro Manchete considera que o direito à audiência prévia não é um direito fundamental porquanto, ao contrário do que sucede com os direitos de defesa nos procedimentos sancionatórios, lhes falta a essencialidade da conexão com a dignidade da pessoa humana, *cit.*, pág. 517. Já Vasco Pereira da Silva entende que hodiernamente “e perante a importância da actividade administrativa no quotidiano dos cidadãos, a dignidade da pessoa humana necessita também de ser garantida não apenas através do Estado-Administração, mediante a consagração de direitos económicos e sociais, mas também em face dele, através da consideração do indivíduo como sujeito de direito nas relações administrativas, titular de direitos substantivos e procedimentais. Os direitos de procedimento surgem, assim, como o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana num Estado pós-social de Direito ou, dito de outra maneira, como uma manifestação desse princípio nas relações jurídicas administrativas”, *Em busca ...*, *cit.*, pág. 431.

do Reg. n.º 659/1999. O mesmo se dirá do caso em que a Comissão autoriza o auxílio mas onera-o com a imposição de determinadas obrigações à percepção do auxílio. Neste caso, se funcionasse o critério da afectação dos interesses do caso *Transocean Marin* (74), determinaria, sem dúvida, a audição dos beneficiários do auxílio, apesar de tal não ser previsto no referido Regulamento. Face à jurisprudência ulterior pensamos, no entanto, que a explicação decisiva se consubstancia na intenção do juiz comunitário não contrariar o previsto no TCE onde se estabeleceu, no artigo 88, uma diferença de regimes que o TJ não pretende ultrapassar (veja-se neste sentido o cons. 59 do Caso *Sytraval*, 98).

O não reconhecimento do direito de participação dos “terceiros” na 1.ª fase é aplicável também aos autores de denúncia de auxílio ilegal pelo que não se lhes reconhece o direito a serem ouvidos. O TPI tentou minorar esta preterição no Caso *Sytraval* (95): tratava-se um de auxílio não notificado, cuja instrução durou 51 meses. O TPI entendeu que, *“quando a Comissão decide não acolher uma denúncia, [...] sem lhe [ao denunciante] permitir pronunciar-se, antes da adopção da decisão definitiva, sobre os elementos colhidos, tem a obrigação de examinar oficiosamente as acusações que o denunciante não deixaria de formular se tivesse podido tomar conhecimento desses elementos”*. A não realização da audiência prévia seria compensada pela obrigação da Comissão se colocar na posição do denunciante e supor quais seriam as suas potenciais acusações. Esta obrigação seria decerto mais onerosa do que a realização da audiência prévia no seguimento da qual teria apenas de se ater à efectiva argumentação do denunciante. Bem se vê aqui a tentativa (desesperada) do TPI de compensar os interessados pelo facto de não disporem, legalmente, do direito à realização da audiência prévia ⁶⁰. O TPI acaba por anular o acto por falta de fundamentação, o que não consideramos adequado não só (1) pela errada qualificação do vício mas também (2) pela consequência que o TPI daí retirou para a função instrutória da Comissão. Quanto à primeira razão de discordância trata-se, no fundo, da necessidade de distinção dos vícios que são detectáveis através da fundamentação e dos vícios da própria fundamentação ⁶¹. O vício em causa encontrava-se não na fundamentação mas na deficiente instrução do procedimento. Uma coisa é o método escolhido para elaboração de uma decisão outra a sua justificação ⁶². Considere-

⁶⁰ De notar que já lhes tinha sido reconhecido o direito de impugnar a decisão judicialmente, Caso *Cook* (93).

⁶¹ David Duarte, cit., pág. 218.

⁶² Não concordamos assim com João Loureiro quando afirma que o vício do “procedimento de

ramos que foi violado do próprio *iter* procedimental que padeceu de lacunas. Se a fundamentação do acto fez transparecer essas mesmas lacunas então cumpriu uma das suas funções primordiais que é permitir a exteriorização do *iter* lógico-argumentativo, de cariz factual e jurídico, que levou àquela decisão^{63, 64}. Faltando um dos interesses que deveria ter sido considerado e não o foi, ou existindo uma deficiente ponderação dos vários interesses não se trata de um vício de fundamentação. A fundamentação não supre uma invalidez procedimental ou substancial da decisão nem esta determina necessariamente a invalidez da fundamentação. A fundamentação, conseqüentemente, goza de autonomia, nomeadamente, face aos juízos de desvalor de que o *iter* procedimental ou a decisão sejam objecto. O TPI adoptou uma visão “actocêntrica”⁶⁵ porquanto ao invés de controlar directamente as diversas fases de produção do acto controlou apenas o produto final imputando todas as falhas à sua exteriorização e não ao modo interno como foi produzido⁶⁶. Quanto à segunda razão de discordância deve-se notar que o TPI vai ainda mais longe ao afirmar que a obrigação de fundamentação “*pode requerer, em determinadas circunstâncias, um debate contraditório com o denunciante visto que, para justificar de modo juridicamente suficiente [...] a Comis-*

ponderação” não é um vício de procedimento, mas um vício de motivação e/ou de fundamentação, cit., págs. 25-26.

⁶³ Outra função é a recondução da decisão a uma justificação axiológico-normativa. Trata-se da distinção entre uma dimensão formal e uma dimensão substancial da fundamentação presente igualmente em Vieira de Andrade – “O dever da fundamentação expressa de actos administrativos”, Coleção Teses, Almedina, 1992, pág. 11.

⁶⁴ Transporta do interior da decisão para o exterior, a sua existência, David Duarte, cit., pág. 188. Não negamos, à semelhança deste autor, que a fundamentação ao instigar a racionalidade da decisão acaba por indirectamente instigar a sua correcção material, na medida em que se se visa a exteriorização lógico-argumentativa de um procedimento este deve ser estruturado de um modo tal que permita ser causalmente a fonte dessa logicidade argumentativa. Todavia, apesar da fundamentação impelir a correcta estruturação da decisão, este efeito deve ser justificado, não pela forma, mas pela própria justiça material a realizar pela decisão. O dever de fundamentação exige *a priori*, da parte dos órgãos comunitários, o conhecimento das circunstâncias que podem influenciar a decisão. É na instrução do procedimento que se intersecta o direito da fundamentação com o direito à audiência prévia. D. J. Galligan considera que o dever de fundamentação como um aspecto de um “fair hearing” está agora assente na doutrina, cit., pág. 220. Aliás, a própria transparência da construção da decisão permitida pela fundamentação é um factor dissuasor da não realização de uma ponderação de interesses completa e efectiva.

⁶⁵ Vasco Pereira da Silva, Em busca do acto ..., cit., pág. 367. Para uma análise do acto administrativo como conceito central do Direito administrativo e a evolução desta perspectiva ao longo da história v.d. pág. 43 e seguintes.

⁶⁶ João Loureiro considera que, nesta perspectiva, o procedimento não é mais do que o acto administrativo visto retrospectivamente, cit., pág. 41, no mesmo sentido Gomes Canotilho, – “Procedimento administrativo e defesa do ambiente”, RLJ, ano 123, Coimbra Editora, Coimbra, 1990/1991, 3794, pág. 136.

são tem necessidade de conhecer a sua posição sobre os elementos que recolheu [...]. Esta obrigação constitui o prolongamento necessário da obrigação que incumbe à Comissão de assegurar o tratamento diligente e imparcial da instrução do processo, recolhendo todos os pareceres necessários”⁶⁷. Cria assim um direito a ser ouvido, na 1.ª fase, directamente do princípio da fundamentação, contrariando-se a própria letra da lei na distinção que faz das duas fases. Àquele direito acresceria um dever virtual da Comissão ouvir o que não foi alegado. Em sede de recurso o TJ contraria este entendimento quanto aos dois aspectos criticados. Entende desde logo que o TPI não poderia ter retirado do dever de fundamentação a necessidade de um debate contraditório. Tal obrigação não poderia decorrer do dever de fundamentação. Não existe qualquer justificação para impor à Comissão que proceda, no âmbito da fase preliminar, a um debate contraditório com o denunciante o que podia conduzir a uma discordância face ao regime processual diferenciado previsto no artigo 88⁶⁸. O TJ adianta ainda que o critério que obriga a Comissão,

⁶⁷ A problemática doutrinal existente sobre o assunto, ao nível doutrinal, situa-se precisamente no sentido oposto: se a participação exclui ou atenua a obrigatoriedade de fundamentação, dado que nesse momento o particular teria oportunidade para conhecer os fundamentos da futura decisão. Contra, v.d. David Duarte que apenas aceita uma redução das exigências de fundamentação da decisão por imperativos de eficiência (e não de desnecessidade prática) no caso de procedimentos em série, cit., págs. 208 e seguintes. Pensamos todavia que nestes casos se trata de uma fundamentação que é necessariamente menos particularizada pela própria natureza dos procedimentos, mas não deixa de ser igualmente exigível a sua suficiência e também a sua particularização sempre que tal resultar dos casos em apreço. Desta feita a participação não exclui a fundamentação: ainda que os particulares tenham acesso a todo o *dossier* a apreciação que a entidade decisória produz sobre essa documentação não é totalmente conhecida; por outro lado, a fundamentação não visa proteger apenas os destinatários das decisões ou em geral os intervenientes no procedimento, há que ter igualmente em consideração terceiros ou mesmo destinatários das decisões que, por qualquer razão não intervieram no procedimento. Neste sentido e para mais desenvolvimentos, v.d. Vieira de Andrade, “O dever de fundamentação ...”, cit., pág. 120. Por outro lado, a participação implica sempre um acrescido requisito na fundamentação: trata-se de mais um elemento que acresce necessariamente à ponderação que leva à decisão e que por isso tem de ser explicitado na fundamentação. Paulo Otero e Freitas do Amaral também entendem que a participação amplia o dever de fundamentação, devendo a administração fundamentar as razões que levaram a não acolher as sugestões apresentadas pelo particular, respectivamente cit., págs. 267-268 e “O novo Código do Procedimento Administrativo”, in O Código do Procedimento Administrativo, INA, Lisboa, 1992, pág. 36. O conhecimento dos fundamentos da decisão pelos particulares aquando da participação poderá ter, isso sim, consequências quanto à (ir)relevância da violação desta formalidade relativamente aos que participaram.

⁶⁸ A argumentação do TJ, até-m-se à letra da lei, neste caso dos TT originários. Ainda que seja de aplaudir esta atitude de contenção do TJ não se deixa de estranhar que o faça quando em ocasiões anteriores ultrapassou esta argumentação jurídica reconhecendo, por exemplo, legitimidade processual ao PE em contradição com a letra do TCE e contra a vontade dos próprios autores que, em sede de revisão, não o alteraram.

a colocar-se na situação do recorrente não é adequado para delimitar a obrigação de instrução que incumbe à Comissão mas reitera que tal não invalida que, no interesse de uma boa administração das regras fundamentais do Tratado, esta tenha a obrigação de “*proceder a um exame diligente e imparcial da denúncia, o que pode implicar que proceda ao exame dos elementos que não foram expressamente invocados pelo denunciante*”. De facto a Comissão tem formas e meios mais eficazes e apropriados à recolha de informações sobre a situação do que o denunciante. Assim o TJ substitui um critério excessivamente subjectivo, totalmente vinculativo, por um critério objectivo⁶⁹ com uma maior maleabilidade. Esta obrigação de se proceder a um exame diligente e imparcial dos argumentos do particular, traduzida no princípio da boa administração, é chamada a desempenhar uma função de respeito pelo particular, mas é também um modo de garantir que o procedimento seja levado a cabo com uma instrução tão completa quanto possível⁷⁰. Trata-se de garantir a inexistência de um défice cognoscitivo e lógico⁷¹, resultante da não ponderação ou errada ponderação dos vários interesses no procedimento. Pensamos que tal obrigação se pode traduzir no princípio da justa ponderação de interesses (Abwägungsgebot)⁷² que exige o desenvolvimento de “um esquema metódico de ponderação de interesses cujos passos se podem resumir da seguinte forma:

- proibição de “falta” de ponderação: a administração deve determinar o quadro normativo em que se deve mover a sua tarefa de confrontação e ponderação de interesses;
- proibição de défice de ponderação: todos os interesses relevantes devem ser incluídos no procedimento de ponderação;
- proibição de juízo de ponderação insuficiente: a administração deve expressamente reconhecer o relevo dos bens públicos e privados de forma a alicerçar a decisão concreta;

⁶⁹ Jan Winter – “The rights of complainants in state aid cases: judicial review of commission decisions adopted under article 88 (ex 93) EC”, in CMLR, n.º 36, 1999, pág. 562

⁷⁰ O procedimento instrutório é determinante do conteúdo material da decisão. As diversas diligências formais a levar a cabo na instrução estão pré-determinadas, explícita ou implicitamente, nas normas que definem o regime jurídico da situação em causa. Independentemente do órgão decisor dispor de poderes discricionários quanto ao conteúdo material da decisão, a instrução é vinculada quanto ao conjunto de interesses a considerar pois estes integram a norma aplicável.

⁷¹ Giovanni Sala – “Parti e interessi tra procedimento e processo: la formazione della materia del giudizio”, in Diritto processuale amministrativo n.º 1/1998, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 60.

⁷² António Francisco de Sousa – “A discricionariedade administrativa”, Editora Danúbio, Lisboa, 1987, págs. 162-163.

- proibição de ponderação desproporcionada: na balança de interesses e na harmonização de direitos a administração não deve proceder a uma ponderação de interesses objectivamente desproporcionada”⁷³.

Como balanço relativamente à legislação e jurisprudência do TJ entendemos, à semelhança de Gyselen⁷⁴, que este artigo é algo paradoxal na medida em que se a regra é a incompatibilidade do auxílio, a audiência de outros interessados, que não o EM⁷⁵, não é considerada obrigatória quando a decisão final seja de compatibilidade do auxílio ou seja quando a decisão mais os pode atingir⁷⁶. Nesta fase intervém apenas o mais directo interessado nessa decisão e o procedimento é totalmente opaco para qualquer outro.

3 – Regras aplicáveis às empresas públicas – artigo 86.º

O artigo 86.º exige que os EM não tomem qualquer medida contrária às regras da concorrência na sua actuação relativamente às empresas públicas. A Comissão vela pela aplicação do disposto neste artigo e poderá dirigir aos EM, quando necessário, directivas ou decisões adequadas. As medidas contrárias ao previsto no TCE podem assim ser objecto de um juízo de censura por parte da Comissão que pode daí retirar algumas consequências com reflexos, naturalmente, na esfera jurídica das empresas beneficiárias dessas medidas. O artigo 86.º não prevê qualquer procedimento que garanta o respeito pelos direitos das empresas beneficiárias, mas tal não impediu (até permitiu⁷⁷) o TJ de reconhecer, sem qualquer dificuldade, no Caso Países Baixos (92), que, segundo jurisprudência constante, **mesmo na falta de normas expressas o princípio geral do respeito pelos direitos da defesa se**

⁷³ Gomes Canotilho – “Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo”, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.º 1, Junho, 1994, Almedina, Coimbra, pág. 61.

⁷⁴ Luc Gyselen – “La transparence en matière d’aides d’état: Les droits des tiers”, in Cahiers de Droit Européen, n.ºs 3 e 4, 1993, págs. 419 e seguintes.

⁷⁵ Exceptuam-se igualmente os beneficiários do auxílio para os quais a decisão é favorável. Todavia, como já verificámos, a decisão pode não ser totalmente favorável devido à sujeição de obrigações ou à imposição da devolução provisória do auxílio.

⁷⁶ Como veremos esta situação tem um contrabalanço no amplo reconhecimento do juiz comunitário quanto à legitimidade destes interessados para impugnarem a decisão de não abertura da 2.ª fase.

⁷⁷ O juiz comunitário tem assim plena liberdade de fazer actuar o princípio geral de direito sem estar condicionado por qualquer limitação do TCE.

impõe a qualquer instituição comunitária que deva adoptar **um acto** susceptível de **afectar os interesses do destinatário, pelo que se impõe que seja dado à pessoa em questão a possibilidade de dar a conhecer em tempo útil a sua posição** quanto aos elementos considerados pela Comissão para adoptar o seu acto. No Caso Air Inter (97) o TPI reforça este entendimento afirmando que a aplicação deste princípio fundamental não pode ser excluído ou limitado por uma disposição regulamentar devendo ser garantido quer na total ausência de regulamentação específica quer perante uma regulamentação que não tem em conta o referido princípio. Embora reconhecendo que o procedimento, de adopção de medidas ao abrigo do artigo 86.º, se desenrola entre a Comissão e o EM – contra este – contraria o entendimento da Comissão ao afirmar que as empresas **têm direito a ser ouvidas porque são beneficiárias directas da medida estatal impugnada** e são **ainda expressamente destinatárias da decisão impugnada, suportando directamente as suas consequências económicas** e são **nominalmente designadas na lei nacional**. É de criticar, desde já, que a referência nominal na legislação nacional seja considerada como critério para o reconhecimento do direito à audiência porquanto se trata de um factor externo, formal e não determinante da condição substancial de beneficiário de determinada medida. Os direitos dos particulares não podem depender da aleatoriedade do decisor nacional referir ou não determinado particular na legislação, têm antes de ser definidos em atenção à sua situação jurídico-material ou procedimental. É de questionar se acaso o particular não fosse nominalmente mencionado na legislação mas as outras condições se verificassem já não lhe seriam reconhecidos direitos?

Feito este breve reparo é de referir que a argumentação do Tribunal para reconhecer o direito a ser ouvido às empresas públicas é semelhante à produzida em sede das empresas beneficiárias de fundos comunitários: sofrem directamente as consequências da decisão. Não procede, no entanto, do mesmo modo quanto aos beneficiários dos auxílios de estado, como já verificámos. Uma das explicações que então ensaiámos para justificar a não audição destes últimos – o curto prazo de decisão – deve agora ser novamente questionada. No Caso Air Inter (97), já referido, a regulamentação em discussão estabelecia o prazo de um mês para a Comissão adoptar uma decisão. Apesar da Comissão ter alegado que seria praticamente impossível o respeito desse prazo se o número de beneficiários a ouvir fosse elevado, tal não impediu o TPI de lhes reconhecer o direito à audiência ⁷⁸. Como já analisámos, o TJ não decidiu neste

⁷⁸ Todavia o TJ deixou para mais tarde se a resposta seria a mesma no caso de haver um número indefinido de beneficiárias afirmando que não haveria que analisar essa questão geral no caso

sentido quanto aos auxílios de Estado, apesar de (ou devido a isso), como veremos, lhes reconhecer automaticamente legitimidade processual sem necessidade de preenchimento adicional do requisito formal de designação nominal do beneficiário pela decisão da Comissão.

De referir ainda que o juiz comunitário, à semelhança da jurisprudência nos auxílios de Estado, não reconhece o direito de contraditório aos outros interessados (nomeadamente a empresa beneficiária) que não os EM. A explicação desta situação pode estar numa passagem do Caso Países Baixos (92) que confirma o que anteriormente colocámos como hipótese: “*em ambos os casos a Comissão tem competência para intervir não em relação à empresa a quem foi dada possibilidade de iludir as regras de concorrência, mas sim em relação ao Estado-Membro responsável pela violação da concorrência*”. Em ambos os casos a responsabilidade do comportamento ilegal é directamente imputável ao EM e não à empresa.

Os queixosos também não têm neste domínio quaisquer direitos reconhecidos legalmente e, jurisprudencialmente, não são muito protegidos como se constata do Caso Ladbroke (94): um denunciante não pode invocar os direitos processuais concedidos pelo Reg. n.º 17/62 tendo em consideração que, dispondo de ampla margem de apreciação, a Comissão não está obrigada a agir. Não tem assim de lhes comunicar porque não prossegue com o procedimento e muito menos ouvir as suas observações sobre tal procedimento. De notar que a margem de livre apreciação da Comissão afasta quaisquer garantias procedimentais, ao contrário do que, como veremos, sucede noutros casos que a justifica. No entanto, há que dizer desde já que estes outros casos são relativos aos interessados directos e não aos indirectos como sucede no caso em apreço. Por outro lado, no artigo 86.º, a discricionariedade é exercida em primeira linha em relação aos EM pelo que, à semelhança do que sucede com a acção por incumprimento, para além de uma questão jurídica trata-se de uma questão política relativamente à qual a Comissão pode entender não intervir ⁷⁹. Esta discriciona-

concreto (estava em causa apenas uma beneficiária). Vasco Pereira da Silva entende que o direito à audiência prévia deve existir mesmo nos denominados procedimentos de massa, pois apesar de atingirem um grande número de pessoas não deixam, por isso, de atingir pessoal e individualizadamente cada uma delas. Admite porém, excepções baseadas na urgência ou prejuízo grave para a própria decisão ou por esta ser favorável. De todo o modo tal tem de ser apreciado em concreto e não pode ser afastado abstractamente, “Em busca ..., cit., pág. 428.

⁷⁹ A Comissão pode agir inclusivamente através de directivas não podendo os particulares exigir a sua adopção. Por outro lado, à Comissão é permitido não apenas exigir que o Estado cesse a violação como também impor algumas obrigações.

riedade tem permitido frequentemente a resolução extrajudicial de questões melindrosas para a própria construção comunitária evitando-se assim o confronto judicial com os EM.

4 – Antidumping

Os direitos antidumping são instituídos, através de regulamentos, sempre que a introdução de um determinado produto em livre prática na Comunidade cause prejuízo. O direito antidumping não constitui uma sanção mas é um instrumento de política comercial que visa, primordialmente, defender a economia comunitária⁸⁰. O procedimento para o apuramento destes direitos é normalmente iniciado através de denúncia, por qualquer pessoa actuando em nome da indústria comunitária, sendo o seu início publicitado no JO com um resumo das informações recebidas. Este procedimento tem sofrido uma significativa evolução relativamente aos direitos dos intervenientes. Nos termos do artigo 5, n.º 10, do Regulamento Base n.º 384/96⁸¹ qualquer parte interessada (incluindo os denunciante⁸²) pode dar-se a conhecer⁸³, apresentar por escrito as suas observações e solicitar uma audiência demonstrando, neste caso, que é susceptível de ser afectada pelo resultado do processo e que existem razões específicas para ser ouvida. Aos exportadores, importadores e associações representativas destes, conhecidos como interessados, e aos autores da denúncia será comunicado, pela Comissão, o início do procedimento e terão a oportunidade de, a seu pedido, se encontrarem com as partes que tenham interesses contrários. Aos exportadores conhecidos será fornecido o texto integral da

⁸⁰ O TJ entende precisamente que a instituição de direitos antidumping não constitui a sanção de um comportamento anterior mas uma medida de defesa e de protecção contra a concorrência desleal resultante das práticas de dumping, Caso *Industrie des poudres sphériques* (00).

⁸¹ Reg. (CE) n.º 384/96, de 22 de Dezembro de 1995, relativo à defesa contra as importações objecto de dumping de países não membros da Comunidade Europeia, JO n.º L056, de 6 de Março, pág. 1.

⁸² A legislação base de antidumping reconhece há muito (desde o Reg. n.º 3071/79) direitos procedimentais aos denunciante, nomeadamente o direito a serem ouvidos.

⁸³ Hans Meyer explica esta exigência, de serem os próprios interessados que têm o ónus de se dar a conhecer, pelo temor de se incorrer facilmente em vícios de forma dado que nem sempre é constatável quem é afectado na sua qualidade de terceiro por um acto administrativo, Hans Meyer – “El procedimiento administrativo en la Republica Federal de Alemania”, in *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Monografias Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1993, pág. 298. Deste modo exime-se a administração da obrigação de procurar os interessados. A não participação destes interessados só a eles pode ser imputada. A administração apenas tem de notificar os que, à partida, são conhecidos.

denúncia salvo se o seu número for especialmente elevado. Aos outros interessados será fornecido se o solicitarem. Os autores da denúncia, os importadores, os exportadores e as associações representativas, os utilizadores e as organizações representativas de consumidores que se tenham dado a conhecer poderão, nos termos do artigo 6.º, n.º 7, mediante pedido escrito, verificar todas as informações fornecidas por qualquer parte num inquérito com excepção das informações que sejam confidenciais ou documentos internos. Parece-nos que este Regulamento é, sem dúvida, dos que mais protege os direitos dos particulares interessados quanto à sua participação no procedimento. Para além da regulamentação legal o TJ também reconheceu neste domínio, de modo amplo, o direito a ser ouvido.

No primeiro acórdão que se pronunciou sobre a audiência prévia neste domínio – Caso Al-Jubail (91) – o AG, notando que ainda não existia jurisprudência e elaboração doutrinária sobre este princípio em matéria de dumping, conclui pelo carácter híbrido do Regulamento. Constata que este pode conduzir a uma decisão que diz directa e individualmente respeito a certas empresas pois o direito antidumping tem consequências financeiras comparáveis às resultantes da aplicação de uma coima nos termos dos artigos 81.º e 82.º do TCE, com a subsequente perda de mercado comunitário⁸⁴. Nesta sequência o TJ dá um grande passo em frente nesta matéria e afirma que os **direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito** cujo respeito o TJ garante. As exigências decorrentes dos direitos de defesa impõem-se **não apenas no quadro de processos susceptíveis de dar origem a sanções**, mas **igualmente nos processos de inquérito** que procedam à adopção de regulamentos antidumping que, apesar do seu carácter geral, podem afectar as empresas interessadas de **forma directa e individual** e comportar para elas **consequências desfavoráveis**⁸⁵. Às empresas deve ser garantido, durante o procedimento administrativo, a possibilidade **de darem a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade, a relevância dos factos e circunstâncias alegadas**, sobre os elementos de prova considerados pela Comissão e sobre o prejuízo que daí resultaria.

⁸⁴ Reconhece, no entanto, que a jurisprudência em matéria de concorrência não é integralmente transponível em matéria de dumping face à especificidade desta (são medidas adoptadas através de disposições normativas e os inquéritos podem pôr em causa comportamentos de países terceiros). Peter Neuhöfer afirma que a principal diferença consiste no facto de a Comissão não poder aplicar medidas coercivas no procedimento antidumping, cit., pág. 74.

⁸⁵ Não é assim correcta a afirmação de Weiler e Lockhart relativamente à delimitação dos direitos de defesa quando se aplicam multas e do direito a ser ouvido quando se aplicam sanções, “«Taking rights seriously» seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence – part I”, in CMLR, n.º 1, 1995, Netherlands, pág. 86.

Mas este avanço jurisprudencial não foi extensível a uma Associação de Defesa dos Consumidores ou a um importador independente, tendo o TJ afirmado (respectivamente Caso BEUC, 91 e Caso Nölle, 95) que o processo antidumping e as medidas eventualmente adoptadas no seu termo não são dirigidas contra práticas imputáveis àqueles, pelo que o procedimento não pode conduzir a um acto que lhes cause prejuízo porque nenhuma acusação lhes é feita. É criticável que o TJ venha delimitar esta questão por referência à inexistência de “acusação”. De facto, nem todos os actos que causam prejuízo advêm de uma acusação: veja-se o caso dos beneficiários de auxílios Estado ou das empresas públicas. A prova que os importadores independentes sofrem um grave prejuízo resulta claramente provado no Caso Nölle: tratava-se de um importador independente que se viu obrigado a pagar um direito antidumping para o que contraiu um empréstimo, pagando os respectivos juros. Na sequência da contestação do respectivo acto nacional de aplicação do Regulamento antidumping, o tribunal nacional colocou em dúvida a validade do Regulamento perante o TJ. A acção obteve provimento junto do TJ, nomeadamente pelo facto dos órgãos comunitários não terem atendido, durante o procedimento, os argumentos de Nölle. Nesta sequência a empresa interpõe uma acção de responsabilidade extracontratual contra a Comissão e o Conselho, alegando violação dos direitos de defesa. O TPI insiste que o procedimento não poderia prejudicar Nölle com base no facto de não ter sido aberto contra ela. Todavia, este argumento, sem mais, é criticável porque é o próprio importador, nomeadamente o independente, que sofre redução dos seus lucros através da obrigatoriedade de pagamentos dos direitos antidumping instituídos. Diferente será o argumento de não serem os importadores (ou os consumidores) os responsáveis, com o seu comportamento, pela criação do direito antidumping ao contrário dos exportadores, produtores ou importadores deles dependentes. Talvez esteja aqui a explicação da diferenciação dos direitos atribuídos pela jurisprudência comunitária.

5 – Aplicação da pauta aduaneira

A dispensa ou o reembolso do pagamento de direitos aduaneiros pode ser concedida, pelas autoridades nacionais, desde que sejam invocados determinados motivos ⁸⁶ que não sejam o resultado de artifício ou negligência manifesta

⁸⁶ Elencados nos artigos 900 a 903 do Reg. (CE) n.º 2454/93, da Comissão, de 2 de Julho de 1993, que fixa determinadas disposições de aplicação do Reg. (CE) n.º 2913/92, do Conselho que estabeleceu o Código Aduaneiro Comunitário, JO n.º L253, de 11 de Outubro.

por parte do requerente interessado. Trata-se de um dos domínios onde existe uma repartição de exercício de competência entre a administração nacional e comunitária, intervindo a Comissão apenas quando a autoridade decisória nacional tiver dúvidas ou se se verificar uma “situação especial”. Nestes dois casos o processo será enviado pelo EM para a Comissão. No procedimento que decorre perante a Comissão o EM é o interlocutor privilegiado mas, nesta área também tem sido proferida uma jurisprudência bastante importante para protecção dos particulares afectados.

No Caso Hauptzollamt (91), proferido na sequência de uma questão prejudicial colocada por um Tribunal Alemão, estava em causa o direito aduaneiro sobre a importação de um aparelho científico cuja dispensa de pagamento estava condicionada à inexistência, na Comunidade, de aparelhos científicos, com características similares. O Tribunal Alemão que colocou esta questão começou por criticar a jurisprudência do TJ quanto à importação de aparelhos científicos, por este entender que apenas dispõe de um poder de controlo limitado. De acordo com essa jurisprudência, o TJ não poderia declarar inválida uma decisão da Comissão a não ser no caso de erro manifesto, tendo em conta o carácter técnico das questões que se colocam. O Tribunal Alemão pede a confirmação desta orientação tendo em consideração que o carácter amplamente técnico do exame comparativo dos aparelhos científicos não altera em nada a exigência de protecção jurídica efectiva consagrada pelo direito comunitário ⁸⁷. O TJ começa por afirmar que é necessário que a Comissão goze de um determinado poder de apreciação para desempenhar as suas funções quando se trata de avaliações técnicas complexas. Porém, correspondentemente, **o respeito das garantias atribuídas pela ordem jurídica comunitária nos processos administrativos assume uma importância mais fundamental. De entre essas garantias constam, nomeadamente, a obrigação da instituição de examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso em apreço, o direito do interessado dar a conhecer o seu ponto de vista, bem como o direito a uma fundamentação suficiente da decisão.**

⁸⁷ O que o Tribunal Alemão claramente critica é a consideração da denominada “discricionariedade técnica” como discricionariedade. Esta preocupação ocupa cada vez mais a doutrina que tende a adoptar a posição aqui defendida pelo Tribunal Alemão. Concordamos com António Francisco de Sousa quando afirma precisamente que a doutrina contrária não tem fundamento científico porque se o juiz não conhece, nem tem o dever de conhecer todos os ramos de ciência, poderá ouvir peritos para poder controlar as decisões “altamente técnicas”. Quem julga tem o dever de se esclarecer sobre os factos que decide. Da dificuldade de controlo não se deve retirar uma liberdade para a administração decidir. Esta liberdade deve decorrer da lei e não da dificuldade de controlo jurisdicional, cit., pág. 309.

O TJ reconhece claramente o procedimento administrativo e o respeito dos direitos procedimentais como modo de realização material da justiça e não apenas como um conjunto de regras formais que racionalizam o modo de obtenção de uma decisão. Este reconhecimento funciona como contrapartida exigida perante o amplo poder de apreciação da Comissão. Só assim, conclui, pode verificar se os elementos de facto e de direito, de que depende o exercício do poder de apreciação, estão reunidos⁸⁸. O Tribunal afirma ainda que, apesar da regulamentação aplicável **não prever o direito a ser ouvido**, o tipo de procedimento administrativo em causa (é a instituição importadora que melhor conhece as características técnicas do aparelho científico e a Comissão dispõe de amplo poder de apreciação) **exige** que a parte interessada tenha a oportunidade de **tomar posição e de apresentar em tempo útil o seu ponto de vista sobre a pertinência dos factos, bem como**, se for caso disso, sobre os **documentos de que a instituição comunitária dispõe**. De notar que o TJ não menciona os direitos de defesa mas sim o direito a ser ouvido.

Neste caso, à semelhança do caso das empresas públicas não está em causa o comportamento da empresa. Não podemos igualmente deixar de notar que, à semelhança da situação das empresas públicas, já analisada, e dos beneficiários dos fundos e apoios comunitários que iremos analisar de seguida, estamos perante uma decisão que afecta directamente e com certeza a esfera jurídica patrimonial do particular. Mas não parece ter sido este o motivo decisivo pois a participação do particular manifestava-se igualmente necessária para trazer informações ao procedimento que de outro modo não poderiam ser obtidas ou dificilmente o seriam. Da escassa jurisprudência ulterior sobre o assunto parece que o factor decisivo para o reconhecimento do direito a ser ouvido foi este último argumento. O TPI, no Caso Vereniging (95), confirma esta afirmação: não resulta da jurisprudência, nomeadamente do Caso Hauptzollamt (91), que mesmo na falta de disposições expressas nesse sentido a Comissão tenha de ouvir os particulares. As circunstâncias particulares que

⁸⁸ Este acórdão é igualmente significativo porque o TJ vai ao ponto (e bem, do nosso ponto de vista) de criticar a composição do grupo de peritos que a Comissão consultou: a instrução levada a cabo pela Comissão não foi conduzida de modo a permitir estabelecer com certeza os factos de que dependia a recusa da concessão da franquia aduaneira. Apesar da Comissão ter seguido sempre o parecer do grupo de peritos isso denotou-se irrelevante na medida em que este só poderia desempenhar as suas funções se fosse constituído por pessoas que possuíssem os conhecimentos técnicos exigidos para os diferentes domínios de utilização dos aparelhos científicos em causa ou se os membros desse grupo fossem aconselhados por peritos. Não resultava, nem das actas das reuniões nem dos debates perante o TJ, que tal tivesse sucedido. Assim, o TJ conclui que a Comissão não cumpriu a sua obrigação de examinar com cuidado e imparcialidade todos os elementos do caso em apreço.

estiveram na origem do Caso Hauptzollamt (91) não estão reunidas: neste caso a Comissão não adoptou as decisões contestadas para resolver uma situação que dizia respeito, especificamente a um único operador económico bem determinado; por outro lado, não se trata de uma situação que, por definição, os particulares conheçam melhor as características da matéria em causa. Concluímos assim que os particulares são chamados a ser ouvidos em razão da sua situação individual e porque têm algo a trazer ao procedimento ou seja, os seus conhecimentos particulares sobre o assunto que de outro modo a Comissão dificilmente conseguiria obter.

Os outros dois casos a assinalar neste domínio foram proferidos no âmbito de pedidos de reembolso dos direitos de importação na sequência dos quais as autoridades nacionais remeteram o processo à Comissão. Em ambos estava em causa, ao contrário do caso Hauptzollamt (91), a análise do comportamento das empresas que requeriam esse reembolso, se agiram com ou sem negligência, de boa ou má fé.

No Caso France-Aviation (95), o TPI entende que o **direito** da empresa a **ser ouvida num procedimento** deste tipo **deve** efectivamente **ser garantido**, antes de mais, no âmbito das relações entre o interessado e a administração nacional. Apesar da legislação aplicável apenas prever contactos entre a administração nacional e o interessado e entre aquela e a Comissão, isso não significa que a Comissão possa contentar-se com as informações que a administração nacional lhe transmita pois pode solicitar ao EM a comunicação de informações complementares. Propõe-se então examinar se, no caso vertente, tal pedido de comunicação se impunha à Comissão para garantir o respeito do direito da recorrente a ser ouvida, dado que *“não é só o carácter especialmente técnico de um processo que é susceptível de gerar o direito do interessado a ser ouvido pela Comissão, mas também o poder de apreciação de que esta dispõe na matéria”*. Estes dois pressupostos não são, portanto cumulativos. No caso concreto estava em causa uma ampla margem de apreciação não só quanto à noção de “situações especiais” mas também de “negligência manifesta”⁸⁹ o que leva o TJ a concluir que havia um poder de apreciação pelo menos equivalente ao que o TJ reconheceu no Caso Hauptzollamt (91) pelo que o respeito do direito de ser ouvido deve ser garantido nos procedimentos de reembolso de direitos aduaneiros. Tendo a Comissão

⁸⁹ A existência de “situações especiais” ou de “negligência manifesta” podem justificar a dispensa ou não do pagamento de direitos aduaneiros.

feito à recorrente uma censura severa (negligência) neste caso ainda se impunha mais o direito a esta ser ouvida do que no Caso Hauptzollamt (91) onde só estava em causa o exame objectivo de um aparelho científico (e não uma apreciação do comportamento). Por outro lado dado que a Comissão pretendia afastar-se da solução proposta pelas autoridades francesas tinha o dever de fazer com que as autoridades francesas ouvissem a recorrente. Mas o TPI preparava-se para ir mais longe e no Caso Eyckeler (98) ⁹⁰ afirma pela primeira vez, neste domínio, que se trata do respeito dos direitos de defesa que é um princípio fundamental de direito comunitário. Tal direito **deve ser especialmente garantido nestes processos onde a Comissão detém um amplo poder de apreciação**. Contraria a alegação da Comissão, segundo a qual, a única função das garantias processuais, em matéria de dispensa de pagamentos de importação, seria pôr a Comissão ao corrente dos factos e argumentos considerados pertinentes pelo requerente pois o *“princípio do respeito do direito de defesa exige que seja dada a possibilidade, a qualquer pessoa, contra a qual possa ser adoptada uma decisão que afecte os seus interesses, de dar a conhecer em tempo útil a sua posição, pelo menos, quanto aos elementos que lhe são contrários e que a Comissão utilizou para fundamentar a sua decisão”*. A empresa em causa tem direito não só a transmitir o seu ponto de vista sobre os factos invocados pela Comissão como a consultar todos os documentos do procedimento e não só os que a Comissão considere relevantes. Tem direito ao contraditório.

6 – Fundos comunitários e apoios financeiros

A problemática da audiência prévia dos interessados tem vindo a expandir-se para outras áreas onde a administração comunitária exerce não apenas um poder fiscalizador mas também, nomeadamente através dos EM, uma actividade prestadora através da concessão de auxílios financeiros, sob a forma de fundos e apoios comunitários. A actuação da Comissão é, nestes casos, subsidiária e complementar em relação à dos EM. Na actual legislação dos Fundos Estruturais ⁹¹ prevê-se uma colaboração, nomeadamente, administrativa

⁹⁰ Confirmado posteriormente no Caso Primex Produkte Import (98).

⁹¹ Regulamento (CE) n.º 1260/1999, do Conselho, de 21 de Junho, JO n.º L161, de 26 de Junho. Para uma análise desta legislação. v.d. Frank Bollen *et al* – EU Structural Funds beyond Agenda 2000: Reform and implications for current and future Member States, European Institute of Public Administration, Maastrich, Netherlands, 2000. Os EM são, à luz desta legislação, os primeiros

a estabelecer com os EM sem que esteja regulamentada a questão da audiência prévia.

Desde sempre a legislação aplicável concedeu a possibilidade aos EM de apresentarem observações caso a Comissão vise cancelar, suspender ou reduzir um fundo ou apoio. Esta possibilidade nunca foi concedida legalmente aos beneficiários dos fundos. Todavia, a jurisprudência comunitária não se sentiu coibida por isso de reconhecer um princípio fundamental de direito comunitário que exige que estes sejam ouvidos.

No Caso Lisrestal (94), estava em causa uma decisão da Comissão que exigia a devolução de fundos comunitários. O TPI relembra que *“o respeito pelos direitos de defesa, em qualquer processo iniciado contra um terceiro e susceptível de culminar num acto que afecte os seus interesses, constitui um princípio fundamental de direito comunitário e deve ser garantido, mesmo na falta de regulamentação específica. [...] Este princípio exige que todas as pessoas em relação às quais possam ser tomadas decisões que afectem os seus interesses sejam colocadas em condições de dar utilmente a conhecer o seu ponto de vista em relação às acusações que contra elas existem e em que a Comissão se baseia para tomar a decisão em causa”*. Se na primeira parte desta frase existe uma ampla abertura dos possíveis intervenientes – basta que os seus interesses sejam afectados – na 2.^a parte parece querer-se restringir aos casos em que haja uma acusação. Da análise da situação em causa o TPI conclui que a decisão é susceptível de afectar os interesses das empresas afirmando que a decisão impugnada priva as empresas beneficiárias de uma parte da contribuição inicialmente acordada sem que se atribua ao EM poder de apreciação próprio ⁹². No recurso o TJ entende que **o processo** que conduziu à decisão impugnada **foi desencadeado contra as recorridas**, e apesar do papel central que o EM desempenha no sistema do regulamento em causa as recorridas

responsáveis pela investigação de irregularidades podendo suprimir total ou parcialmente a participação financeira comunitária. A Comissão só age caso detecte que o EM não cumpriu as suas obrigações, v.d. artigos 38.º, n.º 4, 39.º, n.º 2, e 39.º, n.º 3, do Reg. n.º 1260/1999.

⁹² Todo o exercício de um poder de apreciação sobre a oportunidade de exigir ou não a restituição dos fundos comunitários indevida ou irregularmente atribuídos seria incompatível com a obrigação das administrações nacionais recuperarem as respectivas somas, Caso Deutsche Milchkontor (83). A jurisprudência aqui estabelecida é idêntica, como não poderia deixar de ser, à da recuperação de auxílios de Estado, v.d. Caso Land Rheinland-Pfalz (97). Todavia, para a identificação de algumas dissemelhanças na jurisprudência a propósito, nomeadamente, do princípio da confiança legítima, v.d. Peter M. Huber, cit., pág. 331 e seguintes., onde faz notar a degradação dos órgãos administrativos nacionais em simples órgãos executivos dos titulares europeus do poder decisório.

são directamente afectadas pelo processo de inquérito. Apesar do EM ser o único interlocutor cria-se uma ligação directa entre a Comissão e os beneficiários da contribuição. Se é certo que a decisão da Comissão foi dirigida contra as autoridades nacionais que **eram nomeadas** (critério exterior e totalmente na disponibilidade do órgão decisor) e **expressamente visadas**⁹³ as recorrentes **enquanto beneficiárias directas** da contribuição. As **recorrentes sofrem directamente as consequências económicas da decisão**. O TJ basta-se com o facto de a **decisão afectar de modo sensível** os interesses das recorridas não aceitando a argumentação da Comissão quanto ao facto de não se tratar de uma sanção ou penalidade. Não se trata, de facto, de uma sanção porquanto o que interessa é o carácter lesivo do comportamento. Visa-se evitar um prejuízo para as finanças comunitárias. Assumindo a Comissão exclusivamente a responsabilidade jurídica pelo acto impugnado, não podia ter tomado a decisão em causa sem ter dado às recorrentes, ou verificado que a estas tinha sido dada a possibilidade de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista. Se a justificação para o reconhecimento do direito a ser ouvido é o prejuízo económico das beneficiárias não poderemos deixar de verificar que se trata **ainda da censura** do ordenamento jurídico quanto a um **comportamento seu**. Não podemos concordar com Damian Chalmers quando este afirma que o direito a ser ouvido é atribuído para a protecção de um direito que visa proteger a propriedade privada e a participação é gozada, não enquanto sujeito cidadão mas enquanto sujeito proprietário⁹⁴. O princípio da audiência prévia, em primeira linha, protege o cidadão enquanto tal, não os seus direitos em relação ao seu património.

7 – Considerações finais

Se fizermos uma análise retrospectiva da jurisprudência analisada verificamos que o que está em causa, quanto aos fundos comunitários e apoios financeiros, é a apreciação de um comportamento imputável às empresas beneficiárias e não ao Estado. Também no domínio do direito da concorrência é ainda um comportamento (ilegal) das empresas que origina o procedimento. Nos procedimentos antidumping é por seu turno o comportamento das empresas exportadoras e produtoras que é igualmente causa do procedimento. Na

⁹³ V.d. igualmente Caso Air Inter (97), cons. 61.

⁹⁴ Damian Chalmers, *European Union Law*, vol. I: Law and EU Government, Aldershot, Dartmouth Ed., 1998, pág. 507.

medida em que é o seu comportamento que está em causa, estes sujeitos têm todos direito a ser ouvidos e direito ao contraditório, ao abrigo do princípio geral de direito que consubstancia um direito fundamental. O TJ deixou antever este critério no caso National Panasonic (80) mas nunca mais o repetiu: o direito a ser ouvido tem aplicação nos procedimentos administrativos que visam fazer cessar uma infracção ou constatar uma incompatibilidade legal. Sendo o seu comportamento que está em apreciação, a decisão vai afectar directa e inelutavelmente a esfera sua jurídica porque é a ela que se dirige. A jurisprudência Hauptzollamt é elucidativa dado que se reconhece o direito do interessado a ser ouvido apenas porque poderia acrescentar algo que, de outro modo, a Comissão dificilmente obteria. Neste caso tratava-se do interessado directo mas não era o seu comportamento que estava em apreciação. No que concerne aos auxílios de estado e à actuação dos EM em relação às empresas públicas é o comportamento do EM e não das beneficiárias que está em apreciação. Já a mesma situação não se passa, por exemplo, com os concorrentes, com os consumidores, com os beneficiários dos auxílios de Estado. Estes não são, em princípio, responsáveis pela infracção em causa, a decisão final não se lhes dirige directamente, pelo que não se lhes reconhece o direito a ser ouvidos, salvo se tal for legalmente previsto. Na medida em que possam ser afectados pelo procedimento em curso podem participar no mesmo mas esta participação tem não tanto um pendor garantístico no sentido de defesa dos seus próprios interesses mas é, as mais das vezes, funcionalizado ao correcto exercício da actividade instrutória da Comissão.

Os interessados indirectos são tidos como portadores de uma situação jurídica que se altera eventual⁹⁵ e indirectamente, em resultado da alteração directa e inelutável na esfera jurídica de outrem, e portanto não lhes são reconhecidos os mesmos direitos que a estes. Embora a decisão possa afectar a situação dos interessados indirectos, de modo equiparado ao de uma decisão desfavorável para o interessado directo, o TJ ainda não fez esta equiparação ao nível dos direitos procedimentais que lhes são reconhecidos. Deste modo não os protege ao abrigo do princípio geral mas tão-só através das regras procedimentais existentes na legislação aplicável. A sua protecção exige uma averiguação concreta, não definível em termos abstractos, pois depende da sua relação com o objecto do procedimento e eventualmente com os destinatários

⁹⁵ O TJ adoptou precisamente o argumento da eventualidade no Caso Kaysersberg (97): “aos terceiros, uma vez que são apenas susceptíveis, *eventualmente*, de sofrer os efeitos incidentes da decisão” não é reconhecida a mesma posição processual que aos interessados directos.

directos da decisão. Por outro lado, mesmo que se lhes reconheça o direito a ser ouvido o conteúdo deste não é sempre o mesmo ⁹⁶. O direito ao contraditório é apenas assegurado relativamente ao directo interessado. Nos restantes casos o particular aparece não como titular de um direito abstracta e geralmente válido mas como auxiliar da instrução promovida pela Comissão o que é bastante diferente: de um lado é um direito do particular e do outro uma faculdade do órgão instrutor. Todavia, ainda que, em certos casos, a jurisprudência reconheça que não é uma faculdade mas um dever, trata-se de um dever não relacional ⁹⁷, que não implica um correspondente direito do particular a ser ouvido. Este será apenas colaborador na recolha das informações necessárias para a decisão. Os interessados indirectos têm apenas oportunidade de dar a conhecer as suas observações sem se poderem pronunciar sobre as observações das outras partes. Fazem-no assim sempre antes do directo interessado ao qual é reconhecido o direito de contraditar as suas observações. O direito do contraditório do interessado directo, por sua vez, é accionado já não numa perspectiva funcional, para dar a conhecer novos factos, mas para ter a possibilidade de dar a conhecer o seu ponto de vista sobre todos os factos apurados. “A administração surge nesta fase como sujeito do direito de ouvir e não como titular do poder discricionário de solicitar informações” ⁹⁸. A diferente posição reconhecida aos interessados directos e aos interessados indirectos poderá igualmente ter relevância quanto à invalidade da decisão pela não participação no procedimento porque enquanto aqueles são partes necessárias no procedimento estes são partes eventuais ou possíveis ⁹⁹.

Numa situação especial estão as empresas públicas (artigo 86.º) cujo comportamento não é objecto de apreciação pela Comissão. Estas, apesar de não

⁹⁶ Jorge Miranda afirma que a participação do administrado no procedimento não pode restringir-se ao conteúdo mínimo do *audi alteram partem*, mas requer que o procedimento se desenvolva segundo um contraditório, em que a paridade da Administração e do administrado seja assegurada. Conclui que o direito de acesso aos *dossiers* por parte dos particulares intervenientes no procedimento constitui exactamente consequência necessária do princípio do contraditório e das garantias da defesa, cit., pág. 459. D. J. Galligan distingue o direito a ser ouvido e o direito de defesa. Entende que o direito a ser ouvido é essencial mas admite que a forma possa variar entre um completo procedimento oral até simples procedimentos de consulta. Já o direito de defesa vai para além da simples audiência e inclui certas condições que são necessárias de modo a que a audiência seja efectiva, nomeadamente o direito à informação quanto aos factos na base dos quais se tenciona actuar, cit., pág. 224.

⁹⁷ Gomes Canotilho –“Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia, Coimbra, 1991, págs. 461 e seguintes.

⁹⁸ Sérvulo Correia, cit., pág. 156.

⁹⁹ Vasco Pereira da Silva, Em busca ..., cit., pág. 422.

serem os destinatários formais da decisão final do procedimento são, no entanto, directa e necessariamente afectadas pela mesma. Em virtude desta situação é-lhes reconhecido automaticamente o direito a serem ouvidas mas ainda assim com algumas limitações ao nível do contraditório.

Não podemos deixar de criticar a posição que é reconhecida aos interessados indirectos: ainda que se possa admitir que os seus direitos procedimentais podem não ser do mesmo teor que o dos interessados directos, quando são afectados na sua posição jurídico-material não devem ser tratados como meros auxiliares da administração.

CAPÍTULO III

Fundamento normativo da audiência prévia

O TJ nunca sentiu a necessidade de fundamentar o surgimento do princípio geral ¹⁰⁰ da audiência prévia, mas terá sido decerto influenciado pelas conclusões do Advogado-Geral, que caso *Transocean* (74), na sequência da realização de um estudo de direito comparado, reconhece a existência, na maior parte dos países, da regra segundo a qual a administração deve atender ao que o particular tem a dizer sobre a questão em causa, mesmo quando a lei não o exige: “*audi alteram partem*” ou “*auditur et altera pars*”. Prossegue afirmando que no direito inglês ¹⁰¹ a regra é centenária e está firmemente estabelecida sendo mesmo considerada uma regra de justiça natural ou, mais modestamente, nos países de língua francesa um princípio geral de direito. Conclui, da comparação que realizou, que “*o direito a ser ouvido faz parte integrante dos direitos que protegem ‘o Direito’ que está em causa no artigo 164 do Tratado [actual artigo 220] o qual, em consequência é dever do Tribunal assegurar*”.

¹⁰⁰ Nem nas tradições constitucionais comuns aos EM, nem nas Constituições destes ou na Convenção Europeia de Direitos do Homem. Jean Boulouis considera-o como um princípio inerente a todo o sistema jurídico organizado, “*Droit institutionnel des communautés européennes*”, 5.ª edição, Montchrestien, Paris, 1995, p. 208 e segs. T.C. Hartley trata o “right to a hearing” no âmbito dos princípios gerais de direito, *The Foundations of European Community Law*, 3.ª edição, Oxford, Clarendon Law Series, 1994, pág. 158 e segs., assim como Rébecca-Emmanuèla Papadopoulou – *Principes généraux du droit et droit communautaire, origines et concrétisation*, Sakkoulas, Athenes, Bruylant, Bruxelles, 1996, pág. 166.

¹⁰¹ Para desenvolvimento sobre “procedural fairness” na Common Law e sua contraposição ao sistema americano, v.d. D. J. Galligan, cit., pág. 167 e seguintes.

Independentemente da fonte deste princípio, quando a sua aplicação é efectuada no âmbito do direito comunitário adquire uma feição particular, com um conteúdo e âmbito de aplicação próprios, devido por um lado à especificidade deste ordenamento jurídico e por outro à importância crescente dos direitos dos particulares na ordem jurídica comunitária¹⁰².

O princípio do direito a ser ouvido é reconhecido pela jurisprudência comunitária, como já verificámos, como um **princípio geral (fundamental) de direito comunitário**. Mas a jurisprudência vai mais longe e considera as garantias procedimentais tão fulcrais que chegam a ser erigidas não apenas como modo de protecção de um direito mas como um direito fundamental em sentido próprio^{103, 104}. O direito do interessado a ser ouvido não é atribuído pelas normas que o prevêm e existe para além delas. Estas não podem diminuir a sua operacionalidade dado que constituem apenas a consagração de um direito fundamental que é protegido no direito comunitário como princípio geral. A vantagem, em geral, da incorporação no direito comunitário, dos direitos fundamentais em princípio gerais de direito é sem dúvida a possibilidade de beneficiarem de uma aplicação plena pelos tribunais comunitários e nacionais. Este princípio pode inclusivamente justificar o afastamento de determinadas normas ou a criação de determinadas obrigações não previstas no direito nacional dos EM procedendo-se assim à harmonização das legislações dos vários EM, sem necessidade de uma regra escrita¹⁰⁵. Conformam-se assim a actividade da administração pública nacional só, mas sempre que aplica direito que se situe no quadro do direito comunitário¹⁰⁶.

¹⁰² No mesmo sentido D. J. Galligan, cit., pág. 223.

¹⁰³ O reconhecimento do direito a ser ouvido como direito fundamental foi efectuado explicitamente apenas a partir dos finais da década de 80, o que não significa que o TJ não partisse deste pressuposto anteriormente. Neste sentido Weiler e Lockhart, cit., pág. 89, nota 81, v.d. igualmente Caso Petrotub (99). Justificando igualmente a necessidade de protecção deste direito procedimental como direito fundamental, E. Schmidt-Abmann – El procedimiento administrativo en el derecho comparado, Monografias Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1993, pág. 331; Vasco Pereira da Silva, “Verdes são também os direitos do homem”, in *Studia Iuridica*, n.º 40, Congresso Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, pág. 132. Pedro Machete apenas reconhece como direito fundamental o direito a ser ouvido nos procedimentos disciplinares, por contravenções ou transgressões, v.d., cit., pág. 506 e seguintes.

¹⁰⁴ O juiz comunitário aderiu “a um conceito materialmente amplo de Direitos que visa tutelar a pessoa humana na sua dimensão plural de indivíduo, agente económico e cidadão”, Maria Luísa Duarte, “A União Europeia e os direitos fundamentais ...”, cit., pág. 31, nota 5.

¹⁰⁵ O facto deste princípio geral de direito consubstanciar um direito fundamental pode-lhe valer uma supremacia absoluta sobre outros princípios gerais desprovidos de idêntico conteúdo material, a saber o princípio da economia processual ou da eficácia.

¹⁰⁶ Caso Friedrich Kremzow (97).

A potencialidade de aplicação do princípio da audiência prévia é bastante ampla dada a evolução da integração comunitária que cada vez mais interfere na esfera jurídica dos particulares. O TJ tem algum cuidado em matéria de direitos fundamentais devido aos antecedentes que já conhecemos, e afirma no Caso Al-Jubail (91) que **“a acção das instituições comunitárias deve ser tanto mais escrupulosa quanto, no estado actual do seu desenvolvimento, a regulamentação [...] não prevê todas as garantias processuais de protecção dos administrados que podem existir em certos direitos nacionais”**¹⁰⁷. Denota-se uma especial preocupação em aproximar a protecção concedida pelo ordenamento jurídico comunitário face à protecção dos direitos fundamentais que é conferida pelos direitos nacionais¹⁰⁸.

Porém, como já verificámos, o princípio geral já não é válido para os interessados indirectos os quais só gozam dos direitos que lhes forem reconhecidos expressamente em diploma legal.

De todo o modo é necessário garantir, quer relativamente aos interessados directos quer aos interessados indirectos, que quando sejam ouvidos as suas observações sejam efectivamente objecto de ponderação no procedimento conducente à decisão. O princípio da ponderação dos interesses exige, como já verificámos, não só uma efectiva ponderação entre os vários interesses como, previamente, a proibição de *deficit* de ponderação: todos os interesses relevantes devem ser incluídos no procedimento.

Na jurisprudência comunitária esta situação é garantida através do princípio da solicitude (*Fürsorgepflicht*). Este princípio surgiu e foi primeiramente tratado apenas no âmbito do direito da função pública¹⁰⁹. Trata-se de um princípio importado do direito da função pública alemão e que não tem correspondência ao nível do Estatuto do trabalhador comunitário: a autoridade adminis-

¹⁰⁷ De notar que esta afirmação do TJ é tanto mais importante porquanto é efectuada no âmbito de um procedimento (antidumping) susceptível de terminar, não na aplicação de uma sanção mas, na produção de um efeito negativo. O direito a ser ouvido é autonomizado e exige-se independente de se estar perante uma sanção. Por outro lado, não nos parece correcto aceitar-se uma aceção demasiado ampla do termo “sanção” a qual abrangeria qualquer medida que provocasse uma perda ou uma restituição. A sanção não tende à reparação de um prejuízo mas visa essencialmente punir o infractor para impedir a reiteração de comportamentos equivalentes. Não há necessidade de reconduzir tudo a esta noção ampla quando há outras mais apropriadas que podem, com a mesma valia, e sem retirar direitos aos particulares, exercer a mesma função.

¹⁰⁸ Não se trata de uma uniformização nem tende a ser pelo nível mais elevado de protecção dos direitos fundamentais. Em muitos casos há um “processo de reciclagem que lhes confere especificidades relativamente ao âmbito de aplicação que os caracterizava” ao nível do direito nacional. Maria Luísa Duarte – A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados Membros, LEX, Lisboa, 1997, pág. 290 e seguintes.

¹⁰⁹ Rébecca-Emmanuèla Papadopoulou, cit., pág. 128, v.d. por exemplo Caso Kuhner (80).

trativa deve Ter, nas decisões que toma, em consideração não somente o interesse do serviço mas igualmente o interesse do funcionário a não ser lesado na carreira. O TJ adoptou este princípio no direito da função pública com o seguinte sentido: uma administração que toma, ainda que legalmente, **medidas que lesam gravemente** os interesses dos particulares deve **permitir-lhes dar a conhecer o seu ponto de vista**. Todavia, fora deste âmbito, o TJ tem traduzido este princípio como *“a obrigação para a instituição competente de examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso em apreço”*, Caso Hauptzollamt (91). Parece-nos resultar da jurisprudência que este princípio consubstancia, em primeiro lugar, um dever que incumbe ao órgão instrutor. Daqui decorre um direito do particular em ver garantida a ponderação, na decisão final, dos interesses que levou ao procedimento, com cuidado e imparcialidade. Efectivamente, (95) o princípio da solicitude, no Caso Nölle, não exige o direito a ser ouvido mas antes a garantia que, quando o mesmo seja obrigatório, quer porque constitui um direito fundamental do destinatário da decisão quer porque constitui um dever da entidade instrutora, os argumentos do particular são tidos em consideração. Recordando o Caso Hauptzollamt (91) o TJ concluiu que o carácter protector do **princípio da solicitude** que constitui uma *“obrigação de a instituição competente de examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso em apreço”* não pode ser posto em causa *“se bem que os direitos conferidos às partes implicadas num processo antidumping sejam função da fase do processo [elemento processual], da qualidade em que elas nele participam (exportador em causa, importador a ele vinculado, importador independente) [elemento subjectivo] bem como das diferentes disposições do Regulamento base [elemento normativo], não é menos exacto que, quando o importador independente invoca com sucesso um interesse suficiente, enquanto «parte interessada», para efeitos da sua participação no processo¹¹⁰ e que a Comissão apesar das dúvidas que a argumentação dele suscita [...], se abstém, em violação da obrigação que sobre ela incide de examinar de modo sério e aprofundado a justeza dos seus argumentos ou propostas comete uma violação do princípio da solicitude que é uma regra que protege os particulares”*. Não nos parece correcto

¹¹⁰ O TJ nega a Nölle possibilidade de invocar os direitos de defesa dado que o processo não foi aberto contra ele (tratava-se de um importador independente) e consequentemente a possibilidade de intervenção no procedimento por força desse princípio geral, mas reconhece essa possibilidade com base nas disposições do regulamento base dado que foi invocado um interesse suficiente para ser ouvido.

dizer-se, como Hanns Peter Nehl, que o direito a ser ouvido foi reconhecido, neste caso concreto, com base no princípio da solicitude ¹¹¹.

O princípio da solicitude, a nosso ver, não garante ao particular o direito a ser ouvido mas impõe antes o dever à administração de, caso seja obrigatório ouvir o particular porque o âmbito da norma aplicável determina a consideração daquele interesse, ponderar esse mesmo interesse. Pensamos que a função essencial do princípio da solicitude é atribuir essencialidade à audiência do particular como elemento a ter em consideração aquando da ponderação dos vários interesses no procedimento.

Da jurisprudência comunitária fica a dúvida se se considera de igual conteúdo o princípio da solicitude e o da boa administração ¹¹². No Caso Comissão/Sytraval o TJ refere que a Comissão é obrigada “(62) no interesse de uma boa administração das regras fundamentais do Tratado [...] a proceder a um exame diligente e imparcial da denúncia, o que pode implicar que proceda ao exame dos elementos que não foram expressamente invocados pelo denunciante”. Trata-se precisamente do mesmo conteúdo que o TJ havia dado ao princípio da solicitude no Caso Nölle (95).

Independentemente desta questão terminológica deve-se enfatizar que estes princípios regem a actuação da administração comunitária e são susceptíveis de controlo pelo TJ. Exigem que se entenda o requerente não como objecto do procedimento mas como sujeito do mesmo titular de direitos (materiais ou procedimentais) oponíveis. Limitam os poderes discricionários da administração de modo a existir uma ponderação efectiva, completa e também uma equilibrada valoração dos interesses em causa.

¹¹¹ Peter Nehl, cit., pág. 131.

¹¹² Albrecht Weber também afirma que o princípio da boa administração não está completamente delimitado, continuando em dúvida se se deve considerar um princípio geral de direito em matéria de procedimento ou se deveria estar vinculado ao princípio da legalidade. Albrecht Weber – “Comunidad Europea, el procedimiento administrativo en el derecho comunitario, El procedimiento administrativo en el derecho comparado”, in Monografias Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1993, pág. 88. No Caso Nölle, (95), o AG considera que as noções de boa administração, de justiça, de equidade e do dever de solicitude parecem ser apenas traduções jurídicas diferentes de uma só e mesma preocupação sem a qual não pode haver relações harmoniosas no seio de uma administração. Javier Vazquez pronuncia-se igualmente quanto à necessidade de a análise comparada e a correcta valoração das particularidades nacionais terem em conta que, para além das diferenças terminológicas, é fácil reconduzir o conteúdo material e a função que cumpre determinado princípio a outras técnicas ou princípios que são familiares noutros ordenamentos, cit., pág. 53.

CAPÍTULO IV

Linhas de evolução do direito a ser ouvido no direito comunitário

Rébecca-Emmanuèla Papadopoulou faz notar que existe uma “constância exemplar” em matéria do direito à audiência que contrasta com a jurisprudência no domínio dos direitos fundamentais ¹¹³, o que não nos parece corresponder à realidade. Verifica-se antes uma evolução exemplar que muito provavelmente ainda agora começa a dar os seus mais valiosos frutos: se o TJ começou por reconhecer que o direito à audiência prévia deveria ser garantido nos procedimentos abertos contra um particular que pudessem culminar numa sanção, avança posteriormente para a imposição deste dever ainda que a consequência do procedimento consista (apenas) numa decisão que afecte sensivelmente os interesses do particular, mas sempre que esteja em causa o seu comportamento ¹¹⁴ e/ou que a sua esfera jurídica seja directa e inelutavelmente atingida. Teoricamente a afectação dos interesses tanto pode resultar da subtracção de um direito, na imposição de uma obrigação ou na não atribuição de determinado benefício para o qual o sujeito é elegível ¹¹⁵. Como veremos o TJ ainda não reconheceu o direito a ser ouvido neste último caso e poderá ser esta uma das linhas de evolução da jurisprudência. O critério da afectação dos interesses (v.d nomeadamente caso *Transocean Marine*), ainda que de modo sensível, pode vir a abrir novas perspectivas para este direito. Está assim aberto o caminho para alargar potencialmente esta obrigação e ainda não está claro até onde nos pode levar. Até ao momento tem claramente proporcionado um incremento da protecção procedimental dos particulares, inclusivamente pela influência que tem no reconhecimento de direitos que são conexos com o direito à audiência prévia como é o direito de acesso ao *dossier*.

Outra linha de evolução poderá consistir no reconhecimento de mais direitos aos interessados indirectos que, salvo raras excepções legais, estão reduzi-

¹¹³ Rébecca-Emmanuèla Papadopoulou, cit., pág. 167.

¹¹⁴ Segundo David Duarte parece já não existirem razões para bipolarizar radicalmente o direito de defesa em procedimentos sancionatórios e a restante participação no procedimento, dado que em ambos os casos se descobrem afloramentos do princípio da protecção jurídica (Estado de Direito) e, genericamente, do princípio democrático e em ambos os casos a participação significa colaboração dos destinatários na formação da decisão, cit., pág. 143. Todavia há que reconhecer que, por exemplo, o reconhecimento de excepções à observância deste direito, no caso de procedimentos sancionatórios, é bastante mais restrito.

¹¹⁵ D. J. Galligan, cit., pág. 353.

dos apenas a meios de prova. A tendência inicial do TJ em associar o direito a ser ouvido à defesa contra uma sanção levou a que não se reconhecesse desde logo este direito a outros interessados, salvo nos casos expressamente previstos na legislação. Esta atitude está em consonância com a perspectiva de se considerar que no procedimento sancionatório está em causa a violação do interesse público e não interesses de particulares, pelo que o que interessaria seria infligir uma sanção ao infractor e não obter uma vantagem para qualquer outro administrado ¹¹⁶. Entendemos que devem ser reconhecidos direitos aos interessados indirectos, desde que demonstrem que de algum modo são afectados sendo portanto, titulares de uma posição juridicamente tutelável ¹¹⁷. Devem ser dadas as garantias inerentes no sentido do particular não ser tratado como um objecto, como mais um elemento instrutório, mas antes como um verdadeiro sujeito que deve gozar de determinados direitos procedimentais. Caso não sejam afectados terão direito a intervir no procedimento embora possam ser chamados a fazê-lo caso seja considerado necessário pela entidade instrutora do procedimento. Neste caso não haverá uma garantia procedimental da sua posição material porquanto a mesma não é, no caso em concreto, juridicamente tutelável. Embora possam influenciar a actuação do órgão decisório a sua não intervenção não invalida o procedimento. Esta distinção vai depender necessariamente do normativo aplicável ao caso concreto e do âmbito subjectivo de protecção da norma ¹¹⁸.

O direito à audiência não pode ser garantido a toda e qualquer pessoa, sob pena de uma maior lentidão e burocracia nos procedimentos, sem que a mais valia resultante da sua participação compense. Caso houvesse a extensão dos direitos procedimentais a todos os sujeitos que alegadamente fossem afectados pela decisão tornar-se-ia de difícil, senão impossível, a gestão do procedimento porquanto a administração ir-se-ia desdobrar em esforços de notificações, au-

¹¹⁶ Peter Nehl a este propósito questiona se os interesses de um denunciante seriamente afectado por um acordo ilegal devem ser menos protegidos do que os interesses financeiros dos visados no procedimento, presumivelmente culpados da violação da legislação, cit., pág. 73. Hartley refere que não há razão para acreditar que os direitos de defesa não se possam aplicar igualmente ao denunciante. T.C. Hartley, cit., pág. 159.

¹¹⁷ À semelhança de Vasco Pereira da Silva não vemos necessidade na distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo. As razões invocadas pelo autor para o ordenamento jurídico português são igualmente válidas para o comunitário porquanto aquela distinção tem uma origem circunstanciada no ordenamento jurídico italiano que, por razões várias, mas nem por isso válidas, foram extensíveis a outros ordenamentos, Vasco Pereira da Silva – Para um contencioso administrativo dos particulares, esboço de uma teoria subjectivista do recurso de anulação, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pp. 90 e seguintes.

¹¹⁸ Mário Esteves de Oliveira *et al.* – Código do Procedimento Administrativo Anotado, vol. I, Almedina, Coimbra, 1993, pág. 268 e seguintes.

dições contraditórias o que, como refere Pedro Machete, facilmente tornaria qualquer procedimento em procedimento de massas ¹¹⁹. Para que o sujeito tenha o direito a ser ouvido tem de ser afectado juridicamente e não meramente de facto.

Para além das duas linhas de evolução já referidas há lugar para uma terceira que, afastando-se da dimensão de defesa ínsita na audiência prévia, valoriza interesses difusos quer ao nível processual quer ao nível procedimental. Neste sentido o (BEUC) ¹²⁰ já foi admitido a intervir num procedimento comunitário como titular de um interesse legítimo para denunciar uma infracção ao abrigo do artigo 3, n.º 2, do Reg. n.º 17/62, e nessa sequência foi admitido pelo TPI a impugnar a decisão da Comissão arquivar a denúncia. Também nos procedimentos antidumping o mesmo recorrente foi admitido a impugnar uma decisão de negação de acesso ao processo não confidencial (Caso BEUC, 91). O TJ entendeu, no entanto, que competia ao legislador comunitário, e não aos tribunais, decidir se deveria conceder a uma associação representativa dos interesses dos consumidores o direito de consultar o processo. Anos mais tarde o legislador decide, no Regulamento n.º 3283/94 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, relativo à defesa contra as importações objecto de *dumping* de países não membros da Comunidade Europeia (JO L 349, p. 1), introduzir, pela primeira vez de modo expresso, a possibilidade das organizações de consumidores intervirem nos procedimentos com especiais direitos procedimentais. No Regulamento Base n.º 384/96, actualmente em vigor, as organizações de consumidores que se tenham dado a conhecer como partes interessadas, podem pedir para ser ouvidas demonstrando que são partes interessadas susceptíveis de serem afectadas pelo resultado do processo. Nesta legislação caminha-se assim, não só para o alargamento do conceito de interessados no procedimento, mas igualmente, como sugerimos há pouco, para uma maior concessão de direitos aos interessados indirectos. Se a jurisprudência comunitária, como analisaremos mais à frente, continuar a dar relevância à participação procedimental e *maxime* à titularidade de direitos procedimentais para abrir a porta da legitimidade processual tornar-se-á fácil a sua abertura aos titulares de interesses difusos se titulares desses mesmos direitos procedimentais ¹²¹.

¹¹⁹ Pedro Machete, cit., pág. 419, nota 866.

¹²⁰ Caso BEUC, (94). O Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) é uma Associação Internacional de direito belga que representa, junto das instâncias comunitárias, as associações nacionais de consumidores constituídas nos Estados-Membros e noutros países europeus.

¹²¹ Colaço Antunes entende que “o procedimento deve ser não só a antecâmara da tutela do interesse difuso [...] mas também o lugar de aquisição da própria legitimação, para efeitos de recurso aos meios contenciosos”, Colaço Antunes – “Colocação institucional, tutela jurisdiccional dos interes-

CAPÍTULO V

Entidade responsável pela realização da audiência prévia em procedimentos de co-administração

A Comissão, enquanto órgão executivo, caracteriza-se por ser predominantemente um órgão de administração mediata embora disponha de poderes de administração imediata em diversos sectores, tal como o da concorrência. Todavia, os órgãos executivos por excelência do direito comunitário são as administrações nacionais¹²². Mas a divisão do exercício de competências nem sempre obedece ao figurino de divisão estanque porquanto, em alguns casos, verificam-se fenómenos de co-responsabilidade entre as duas administrações que intervêm subsidiária ou alternativamente¹²³.

Os EM, na execução do direito comunitário, estão sujeitos ao artigo 10, o qual consagra o princípio da cooperação leal, que se consubstancia numa obrigação de *facere e non facere*. O princípio da cooperação leal atravessa transversalmente toda a actividade dos EM quer seja, legislativa, judicial ou adminis-

ses difusos e 'acção popular de massas' ", in TEXTOS-Ambiente, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1994, pág. 103.

¹²² Nas palavras de Sabino Cassese, a administração nacional transforma-se em agente do interesse comunitário, "Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione", in RTDP, ano XLI, 1991, pág. 773.

¹²³ Estas novas formas de actuação levam, legitimamente, Giacinto della Cananea, cit., pág. 44, a colocar em questão a divisão entre gestão directa e indirecta da função executiva comunitária. De facto esta divisão é efectuada, essencialmente, a partir do acto final, o que não permite apreender a verdadeira realidade que lhe está subjacente. Este autor dá um exemplo claramente ilustrativo da falibilidade desta divisão: na regulamentação FEOGA, apesar de ser o EM que tem poder para apreciar os requisitos necessários à concessão do subsídio e de irregularidades na sua utilização (gestão indirecta da Comunidade), a Administração Comunitária exerce uma função complementar podendo verificar por ela própria irregularidades e transmitir orientações aos EM. Estas orientações não são consideradas, pelo juiz comunitário como impugnáveis pelos particulares. Apenas os actos nacionais de execução pelos EM o são (Caso Nutral, 95). Todavia, estes agem condicionados àquelas orientações, pelo que não se pode dizer que a gestão seja totalmente indirecta. O AG a este propósito afirma que se as orientações da Comissão não vinculam o EM muito menos poderiam vincular os particulares. Contraopondo sempre diremos que, não vinculando, a consequência jurídica da inobservância, pelo EM, das orientações da Comissão – na decisão de liquidação das contas do FEOGA a Comissão poderá negar-se a aceitar as ajudas indevidamente concedidas e não recuperadas - será devidamente instigadora para um comportamento consentâneo com essas mesmas orientações. Mais ilustrativo desta situação é a que ocorre relativamente à obrigatoriedade de devolução de auxílios de Estado indevidamente prestados. O TJ já afirmou por várias vezes que o acto administrativo nacional é desprovido de qualquer conteúdo discricionário pelo que, apesar de se tratar de um acto nacional a interferir na esfera jurídica dos particulares, o seu conteúdo é totalmente pré-determinado pela Comissão.

trativa. Todavia, a este nível, existe o fenómeno da co-administração onde a vinculação da actividade estadual está para além da mera cooperação leal. São casos onde existe uma administração directa dos EM mas que pode ser substituída por uma administração imediata da Comissão quando se verificar que os EM falharam as suas obrigações ou em complemento do cumprimento destas. Nestes casos há um controlo directo da actuação da administração nacional pela Comissão ¹²⁴, pelo TJ e pelos Tribunais nacionais (dentro dos limites de competência de cada um destes órgãos) ¹²⁵. Este fenómeno verifica-se cada vez mais em obediência ao princípio da subsidiariedade. Existe uma tendência para permitir um exercício mais alargado de poderes pelos EM, guardando-se a Comissão para um papel de supervisão e de determinação, por via normativa ou até a título informal, dos princípios reguladores da actividade nacional, gerando-se assim alguma interpenetração entre administração mediata e imediata ¹²⁶. Neste sentido “If the community is to apply ‘a lighter touch’, then the national authorities will have to be more responsive to their Community responsibilities” ¹²⁷.

Na ausência de normas comunitárias que prescrevam o modo de execução do direito comunitário, podem os EM actuar de acordo com as normas

¹²⁴ Que pode intervir quer oficiosamente quer a pedido de um EM (v.d. por exemplo o artigo 38.º, n.º 5, do Reg. n.º 1260/1999). Estes procedimentos levantam ainda a questão da relevância de vícios dos actos endoprocedimentais adoptados por um órgão comunitário num procedimento nacional ou vice-versa, Giacinto della Cananea, cit., pág. 244, v.d. as soluções dos Casos France Aviation (95), Air Inter (97) e Eyckeler (98).

¹²⁵ Sabendo-se que não estamos ainda numa estrutura judicial de tipo federal, o tipo de vícios controlados pelo TJ e pelos Tribunais nacionais diferem necessariamente, desde logo porque ao TJ não é reconhecida competência para controlar os vícios de um acto administrativo nacional com base em legislação nacional nem há uma estrutura hierárquica judicial. Se o vício do acto nacional decorre da violação da legislação comunitária, o controlo possível limita-se à condenação do EM em sede de uma acção por incumprimento (com as devidas limitações, como é óbvio) e não à declaração de nulidade ou anulação do acto administrativo nacional.

¹²⁶ Foi o que sucedeu com a nova Regulamentação dos Fundos Comunitários e é também esta a tendência das propostas de alteração da política comunitária de concorrência. Para desenvolvimentos sobre alternativas à actual política de concorrência, v.d. O Livro branco sobre a modernização da aplicação dos artigos 81.º e 82.º do TU; para desenvolvimentos sobre a questão do princípio da subsidiariedade e o direito administrativo, v.d. Sabino Cassese – “L’aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea”, in *Il foro italiano*, parte V-16, 1995, p. 374 e ss. Este autor defende inclusivamente que este princípio opera a favor da Comunidade ao nível legislativo e em sentido inverso ao nível administrativo, porquanto se ali basta que um Estado não possa intervir para que seja legítima a intervenção da Comunidade, aqui os Estados são autónomos entre si na aplicação do direito administrativo, pág. 377.

¹²⁷ Imelda Maher – “Legislative review by EC Commission: Revision without radicalism”, *New legal dynamics of European Union*, direcção de Jo Shaw e Gillian More, Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 241.

administrativas nacionais ¹²⁸. Gozam de autonomia institucional e procedimental mas, pelo menos, duplamente limitada, a saber: o procedimento administrativo não deve ser tão oneroso que torne praticamente impossível a execução do direito comunitário e a protecção dada aos administrados não deve ser menor que a proporcionada em procedimentos nacionais equivalentes. No caso de estes limites negativos não estarem assegurados, os EM devem tomar as medidas necessárias, quer através da criação de normas quer através da adopção de práticas administrativas consentâneas. Mas na sua jurisprudência o Tribunal não se limita a reconhecer estes limites negativos mas impõe com clareza deveres positivos ¹²⁹. Pode-se dizer que estes limites positivos resultam hoje desde logo do artigo 6.º, n.º 1, do TU que dá como pressuposto que os princípios da liberdade, da democracia e do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais são comuns aos EM ¹³⁰. O “bloco de legalidade” ¹³¹ a que os órgãos nacionais estão sujeitos, ainda que não haja normas comunitárias que expressamente regulem determinada situação, encontra-se necessariamente alargado por força da necessária observância dos princípios gerais de direito comunitário que integram aquele mesmo bloco. Constituindo o direito a ser ouvido, nos termos em que verificámos, um princípio geral de direito comunitário que consubstancia um direito fundamental, pela inerência da sua força normativa, atendendo ao seu posicionamento na hierarquia das normas e ao primado do direito comunitário, permite-se a sua invocabilidade directa nos procedimentos administrativos nacionais de aplicação do direito comunitário ¹³² e, subsequentemente nos tribunais nacionais. Concretiza-se assim uma função

¹²⁸ Sobre as competências de execução dos EM, v.d. Maria Luísa Duarte, *A teoria dos poderes implícitos ...*, cit., pág. 350 e seguintes.

¹²⁹ Emblemático é o Caso Unectef (87) onde o TJ retirou do direito fundamental à livre circulação de trabalhadores a obrigação de a autoridade nacional dar a conhecer os fundamentos em que baseou uma recusa a este direito e a exigência do direito nacional prever o recurso jurisdicional dessa decisão.

¹³⁰ Hélène Gaudin fala a este propósito na coexistência de um princípio de abstenção a favor da estrutura dos EM – princípio da autonomia institucional e processual – e a afirmação formal (resultante do artigo 6.º, n.º 1) de um direito de verificar a observância de certos critérios políticos (os quais, acrescentamos, se traduzem em obrigações jurídicas), “Amsterdam l’*échec* de la hiérarchie des normes?”, *Révue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 35 (1), Jan/Março 1999, pág. 12.

¹³¹ Maria Luísa Duarte – “O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição (notas de uma reflexão crítica)”, *in* Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, FDL, LEX, 1995, pp. 700 e seguintes. Partilhamos a sua opinião no sentido de ser precisamente o alargamento deste bloco de legalidade que permite fundar os deveres supra-referidos no texto.

¹³² Apesar das entidades nacionais pertencerem à Administração pública nacional, concordamos com Weiler e Lockhart quando afirmam que actuam sob o “chapéu comunitário”. Se ao TJ, por força da sua função de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do direito comunitário, é reconhecido o poder de controlar o exercício do poder legislativo nacional (ex: transposição de

de integração dos sistemas administrativos. O TJ arroga-se da competência de controlar a actuação das autoridades nacionais caso estas actuem “para ou em nome da Comunidade – como seu “agent” ou *executive branch* – ou quando a medida estatal é expressamente exigida pela medida comunitária”^{133, 134}.

A este nível levanta-se desde logo a problemática geral da actuação da administração caso exista lei nacional divergente da legislação comunitária ou de um princípio geral de direito comunitário. Claramente a administração está obrigada a interpretar o direito nacional conforme ao direito comunitário¹³⁵. No caso de tal não ser possível deverá aplicar a norma comunitária? Esta situação é clara se se tratar de um direito fundamental, solução que o regime constitucional português facilita dado que estes gozam de aplicabilidade imediata e vinculação directa das entidades públicas¹³⁶.

Respeitados os limites assinalados para a execução do direito comunitário pela administração nacional, nomeadamente o respeito dos direitos fundamen-

uma directiva) e se por outro lado a aplicação do direito comunitário não se limita a este poder mas também abrange o executivo, não vejo qualquer problema no controlo pelo TJ desta actuação, com base nos direitos fundamentais, com as limitações assinaladas no texto - autonomia institucional e processual – e as inerentes à margem de livre apreciação inerente a cada caso concreto. Também o controlo efectuado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem abrange a actuação das autoridades administrativas e tal não levanta quaisquer problemas. No mesmo sentido, mas sem indicação de quaisquer limites, v.d. Weiler e Lockhart, cit., pág. 74.

¹³³ Weiler e Lockhart, cit., pág. 64. Estes autores levantam conseqüentemente o pertinente problema dos limites do direito comunitário, tendo em consideração que tende potencialmente a ampliar o seu campo de aplicação em termos dinâmicos e provavelmente ilimitados. De referir que só assim sucederá se os EM assim o pretenderem. A alteração dos TT ainda é efectuada por unanimidade dos EM. Esta tendência hoje é parcialmente travada através do funcionamento do princípio da subsidiariedade. Dizemos parcialmente porque quando os EM actuam ao abrigo do princípio da subsidiariedade ainda o fazem para atingir objectivos comunitários. Quando o teste da subsidiariedade é efectuado, tal significa que estão em causa, em último termo, a consecução de objectivos comunitários. Deste modo, a liberdade de actuação dos EM está desde logo condicionada a esta finalidade e, claro, entre outros, ao princípio da lealdade comunitária (v.d. neste sentido o ponto 8 do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade) v.d. igualmente neste sentido Fausto de Quadros – O princípio da subsidiariedade e no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 50-51. Segundo Koen Lenaerts e Patrick Van Ypersele é a própria Comunidade que escolhe o campo sobre o qual se medirá a aptidão dos EM, “Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l’article 3 B du Traité CE in CDE, n.ºs 1-2, 1994, págs. 3-83.

¹³⁴ V.d. Caso Klensch (86). Para a problemática discussão sobre as reais intenções do TJ nesta jurisprudência nomeadamente como potenciadora do processo de integração ou como uma parte desse mesmo processo de integração, v.d. Weiler e Lockhart, cit., pág. 72.

¹³⁵ Caso Klensch (86), cons. 21.

¹³⁶ Para o desenvolvimento desta problemática, nomeadamente quanto aos seus limites, v.d. Maria Luísa Duarte, “O Tratado da União Europeia ...”, cit., pág. 700 e seguintes, e Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, pág. 923 e seguintes.

tais, entre eles os direitos de defesa, “*é o direito nacional que define as modalidades processuais adequadas para garantir o respeito dos direitos das empresas*” e a Comissão está obrigada a respeitar as garantias processuais previstas para esse efeito pelo direito nacional – Caso Dow Chemical Iberica SA (89).

É evidente que “a invocação de certos direitos, junto dos tribunais nacionais ou junto dos tribunais comunitários, a título de princípios gerais de direito como fundamento de um juízo de desvalor sobre a legislação nacional só é procedente na exacta medida em que a matéria regulada pelo decisor nacional integra o âmbito material de aplicação do direito comunitário”¹³⁷.

A jurisprudência comunitária tem a este propósito adoptado uma solução engenhosa em plena observância dos direitos fundamentais dos particulares. Esta jurisprudência verifica-se nos casos já referidos de co-administração, em que intervêm não só as autoridades nacionais mas também as autoridades comunitárias, quando surge a dúvida quanto à determinação de qual a autoridade obrigada a proceder à audiência prévia.

Nos dois casos que serão analisados estava em questão o reembolso de direitos de importação. Como já referimos, o procedimento processa-se ao nível das autoridades nacionais salvo se surgir alguma dúvida ou exista alguma “situação especial”, situação em que a decisão será da competência da Comissão. O TPI entende que o direito do particular a ser ouvido deve em primeiro lugar ser garantido no âmbito das relações entre o interessado e a administração nacional (Caso France-Aviation, 95). Mas esta situação não significa que a Comissão possa demitir-se da obrigação de assegurar que esse direito seja efectivamente cumprido. Se acaso a Comissão pretenda afastar-se da posição tomada pelas autoridades nacionais “*tinha o dever de fazer com que as autoridades*” nacionais ouvissem a interessada pois só poderia decidir após ter reunido os dados factuais pertinentes. Vislumbra-se o pendor claramente garantístico que a jurisprudência comunitária assinala ao direito a ser ouvido: no caso concreto as autoridades nacionais tinham-se pronunciado num sentido favorável aos particulares pelo que, se a Comissão pretendia decidir num sentido desfavorável tinha de fazer com que as autoridades nacionais ouvissem o particular. Se se poderia admitir que as autoridades nacionais não tivessem ouvido o particular por a decisão lhe ser favorável, já não seria admissível tal caso se a decisão lhes fosse prejudicial. Provavelmente este dever já não seria afirmado pelo TJ no caso de a Comissão pretender decidir igualmente de modo favorável em relação ao particular.

¹³⁷ Maria Luísa Duarte, “A União Europeia e os direitos fundamentais ...”, cit., pág. 36.

O Caso Eyckeler (98) vem, em situação semelhante, complementar o Caso France-Aviation (95) imputando a obrigação de ouvir o particular, apesar de as normas não o preverem, directamente à Comissão no procedimento que decorra perante ela. Esta jurisprudência já teve como consequência a alteração da legislação comunitária aplicável. No Reg. n.º 2454/93, exige-se que o processo enviado pelas entidades nacionais à Comissão contenha uma declaração assinada pelo requerente do reembolso ou da dispensa do pagamento que certifique que tomou conhecimento do processo e que nada mais tem a acrescentar. O TPI já se pronunciou sobre esta situação e considerou, contrariando a Comissão, que esta declaração é insuficiente porque, se permite ao interessado exercer eficazmente o seu direito a ser ouvido aquando da primeira fase do procedimento, a qual se desenrola ao nível nacional, não garante de forma alguma o respeito dos direitos de defesa aquando da segunda fase, pelo que a obrigatoriedade da Comissão ouvir o interessado permanece pois *“a declaração de processo é, efectivamente, apresentada num momento em que a Comissão ainda não teve oportunidade nem de examinar a situação do interessado, nem a fortiori, de tomar provisoriamente posição sobre o seu pedido de reembolso”* (Caso Mehibas, 00). Esta obrigatoriedade já foi igualmente consagrada naquele Regulamento (artigo 906-A) por via de nova alteração legislativa.

Mas esta jurisprudência expandiu-se entretanto para outras áreas, nomeadamente no caso dos fundos comunitários (Comissão/Lisrestal, 96, cons. 49) e defesa da concorrência. No Caso Air Inter (97), na sequência do Caso Lisrestal (96), o TPI arrega-se da competência para analisar se a audiência foi respeitada em concreto, quer directamente nas relações do particular com a Comissão ou indirectamente através das autoridades nacionais, ou pelo efeito combinado de ambas as vias administrativas. Conclui-se assim que a Comissão deve, em caso de insuficiência ou inexistência da audiência ao nível nacional, suprir essa deficiência, quer directamente quer exigindo que as autoridades nacionais o façam.

Garante-se assim uma dupla protecção no sentido de uniformização dos *standards* de protecção, imputando-se ao nível comunitário a irregularidade cometida no nível nacional, evitando-se que seja o particular o prejudicado pelo facto do procedimento decorrer ao nível nacional e comunitário.

Por um lado a Comissão tem o dever de garantir o respeito dos direitos dos particulares que decorrem de princípios fundamentais de direito comunitário e por isso imperativos; por outro lado, a jurisprudência comunitária adopta critérios e exigências de direito comunitário decorrentes de direitos fundamentais que são impostos à administração nacional quando esta aplica este direito,

ainda que tal não decorra das normas nacionais e necessariamente quando as contrariem. Ver-se-ão assim os EM obrigados a conformar-se com o nível de protecção de direitos atingido ao nível comunitário, adaptando os seus procedimentos e legislação.

Se a violação dos direitos fundamentais, ao nível nacional, não relevasse ao nível do procedimento comunitário seria paradoxal e dificilmente se explicaria a necessidade de existência de regras procedimentais nacionais para a aplicação do direito comunitário se no final fossem de todo irrelevantes e, conseqüentemente não protegessem o particular. Acaso a irregularidade não fosse imputável à Comissão, o particular estaria impedido de recorrer directamente aos tribunais comunitários ¹³⁸. Restar-lhe-ia impugnar o acto ao nível dos tribunais nacionais, o que atrasaria qualquer procedimento com os inerentes prejuízos para os particulares que, *a posteriori*, tivessem de impugnar igualmente o acto comunitário por qualquer outra razão ¹³⁹.

Não é, assim, de admirar que um dia os TC condenem um EM pela inobservância do direito fundamental dos particulares a ser ouvidos antes da tomada de uma decisão no âmbito do direito comunitário caso haja discrepâncias ao nível da sua protecção ¹⁴⁰.

¹³⁸ Poderia fazer uma queixa à Comissão mas esta tem um poder discricionário relativamente à interposição de uma acção de incumprimento contra os EM. A acção por incumprimento não é pois uma via judicial de protecção dos particulares. Se a violação dos direitos fundamentais resultar de um acto ou comportamento estadual o cidadão não pode impugná-los nos TC, mas pode levar ao conhecimento da Comissão os factos atinentes à violação, a qual no exercício do seu poder discricionário, interporá ou não uma acção de incumprimento contra o EM faltoso, Maria Luísa Duarte – A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário, Coimbra Editora, 1992, pág. 255.

¹³⁹ O TJ no Caso Borelli (92) decidiu que o particular tinha de impugnar o acto nacional nos tribunais nacionais não podendo imputar os seus vícios ao acto da Comissão. Todavia neste caso não estava em causa a violação de um direito fundamental, mas sim o alegado desvio de poder ou erro nos pressupostos da decisão nacional, cujos fundamentos a Comissão não podia senão aceitar. O poder decisório da Comissão era, de acordo com a legislação aplicável, inexistente dado que em caso de parecer negativo do EM esta tinha de limitar-se a indeferir o requerimento do particular. Desta forma não adoptava os fundamentos da decisão nacional na sua decisão baseando-se exclusivamente na ausência de parecer favorável (v.d. Conclusões do Advogado-Geral). Não podia decidir de outro modo. O TJ coerentemente recusou-se a controlar o acto nacional, consubstanciado num parecer, e retira deste caso a obrigatoriedade do EM respeitar o princípio geral de direito comunitário de controlo jurisdicional de qualquer decisão nacional, desde que se insira num procedimento que conduza à adopção de uma decisão comunitária (cons. 15). Mais recentemente, no Caso Kesko Oy (99), o Tribunal pronunciou-se no mesmo sentido. Estava todavia em causa a incompetência de uma instituição nacional para efectuar um determinado pedido à Comissão, o que relevava das regras de repartição nacional de competência, não do direito comunitário. Recorde-se aqui a jurisprudência “no quadro do direito comunitário”, Caso Friedrich Kremzow (97).

¹⁴⁰ Maria Luísa Duarte aceita igualmente a competência directa do TJ para aferir a legalidade da actuação das autoridades nacionais por referência aos Direitos Fundamentais, no quadro de uma acção por incumprimento, v.d. A teoria dos poderes implícitos ..., cit., pág. 290, nota 10, *in fine*.

O reconhecimento pelo TJ da obrigatoriedade de audiência dos interessados pela Administração nacional não traz problemas particulares a Portugal porquanto temos, ao nível constitucional, uma cláusula aberta de direitos fundamentais os quais gozam de vinculatividade directa sem necessidade de mediação legislativa. De todo o modo o direito à audiência prévia está consagrado na CRP e é considerado, como já constatámos, pela doutrina maioritária e pelos tribunais como um direito fundamental.

CAPÍTULO VI

Causas que legitimam a não realização da audiência prévia

Mesmo quando se reconhece a obrigatoriedade de realizar a audiência prévia no direito comunitário este direito não é, à semelhança de outros, absoluto, e muitas das vezes tem de se efectuar uma concordância prática com outros valores juridicamente tutelados, o que pode levar à preterição daquela formalidade ¹⁴¹. As causas que legitimam, no ordenamento jurídico comunitário, a não realização da audiência prévia, já reconhecidas pelo TJ, são em muito semelhantes às admitidas nos ordenamentos jurídicos nacionais, quer português quer de outros EM.

Em primeiro lugar não se reconhece o direito a ser ouvido quando estejam a efectuar-se apenas diligências instrutórias com vista a recolher a documentação necessária para verificar a realidade e a extensão de uma determinada situação de facto e de direito. Só no caso da recolha de tais elementos justificar a abertura de um procedimento é que os interessados devem ser ouvidos ¹⁴².

Por outro lado, o TJ reconhece que a obrigação da Comissão ouvir os interessados, antes de uma decisão de adopção de medidas cautelares, dificil-

¹⁴¹ “Os direitos fundamentais reconhecidos pelo Tribunal não devem, todavia, ser entendidos como prerrogativas absolutas, antes devendo ser tomados em consideração com referência à sua função na sociedade. Por conseguinte podem ser introduzidas restrições ao exercício desses direitos [...] desde que essas restrições tenham, efectivamente por fundamento objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade e não constituam face a esses objectivos, uma intervenção desproporcionada e intolerável susceptível de atentar contra a própria essência desses direitos”. Caso Wachauf (89). Existe assim, de acordo com a jurisprudência do TJ, um núcleo essencial nos direitos fundamentais que deve ser sempre respeitado. Para uma análise dos limites dos direitos fundamentais e da noção de conteúdo essencial veja-se Vieira de Andrade – Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Almedina, Coimbra, 1987, pág. 215 e seguintes.

¹⁴² Caso Nacional Panasonic (80).

mente seria compatível com a própria natureza dessas medidas, as quais são adoptadas em caso de urgência ¹⁴³. No âmbito desta linha o Reg. n.º 4064/89, do Conselho de 21 de Dezembro prevê, no artigo 18, n.º 2, que as decisões de prorrogação da suspensão ou de dispensa da suspensão de operações de concentração de empresas podem ser tomadas a título provisório sem dar às pessoas, empresas e associações de empresas interessadas a oportunidade de se pronunciarem previamente, na condição de a Comissão lhes fornecer essa oportunidade o mais rapidamente possível após a tomada da decisão.

Por outro lado se o juiz comunitário é particularmente cuidadoso quando está em causa a subtracção de um direito do particular, já assim não é quanto à recusa da concessão de uma determinada vantagem que ainda não tenha ingressado na esfera jurídica do sujeito. O TJ distingue o Caso Windpark (98) – concurso para apoio financeiro – do Caso Lisrestal (96), este último já analisado, porquanto naquele caso nenhum apoio financeiro tinha sido concedido à recorrente, pelo que não havia qualquer prejuízo que afectasse os interesses do particular. Justifica-se com o facto de o concurso em causa precisar que *«uma vez submetida a proposta, solicita-se aos proponentes que não transmitam outros elementos à Comissão, a menos que os serviços desta o reclamem expressamente»*. O processo de selecção é efectuado com base nos documentos apresentados pelos requerentes ¹⁴⁴. Continua afirmando que, em princípio, os candidatos já não são ouvidos durante o processo de selecção, o que se explica tendo em conta exigências ligadas à avaliação de um grande

¹⁴³ Caso Vereniging (95).

¹⁴⁴ David Duarte aceita este tipo de excepção com base no facto de o tipo de decisão em causa ter inerente a impossibilidade de retirar vantagens da audiência, dado que está em causa a avaliação de qualidades pessoais ou científicas de um candidato, de acordo com elementos fornecidos pelo próprio. Entende que tal vale de igual modo para o caso de escolha de co-contratante com base em critérios de adjudicação previamente publicitados. Para este autor nem na perspectiva contraditória, nem na perspectiva do fornecimento da informação, a audiência dos interessados poderá atingir objectivos que não tenham já sido realizados com a instrução, porque o juízo de apreciação que subjaz à ponderação depende da instrução procedimental de factos e interesses já realizados na subfase de instrução os quais não são decisoriamente susceptíveis de contradição, David Duarte, cit., pág. 130. Se concordamos com a primeira excepção (veja-se por exemplo o caso de realização de provas de conhecimentos) já a segunda não consideramos aceitável. David Duarte generalizou (cremos que indevidamente) um exemplo dado por Pedro Machete que é válido apenas para a particular legislação analisada por este autor, a qual prevê numa primeira fase (abertura das propostas e admissão dos concorrentes) a possibilidade de os interessados efectuarem observações, ao que este autor afirma que na 2.ª fase (adjudicação) já não é necessária nova audiência, cit., págs. 479-480. Se concordamos com a necessidade de se definir, em sede de concurso, um momento a partir do qual novos factos e interesses não possam ser considerados por razões de igualdade e imparcialidade, não só entre os concorrentes mas também em respeito aos que potencialmente poderiam ter concorrido, entendemos, todavia, que David Duarte tem aqui uma visão redutora, das

número de projectos (700 no caso concreto) e não constitui, portanto, uma violação do direito de ser ouvido. Conclui ainda que resulta da jurisprudência comunitária que a exigência de ouvir os interessados antes da adopção do acto que lhes diz respeito só se impõe quando a Comissão tencione aplicar uma sanção ou adoptar uma medida susceptível de afectar a situação jurídica daqueles.

A justificação da não realização da audiência prévia no caso Windpark perde-se em vários argumentos sem que saibamos qual o decisivo ou se o são cumulativamente: concurso meramente documental, o elevado número de concorrentes ou insusceptibilidade da decisão afectar a situação jurídica dos particulares. Quanto a esta última não podemos deixar de notar que o TJ entende que o particular não é afectado num procedimento concursal dado que “*não cria qualquer direito na esfera jurídica [...] e o seu indeferimento deixa inalterada a situação jurídica em que o interessado se encontra*”. Mesmo os partidários da distinção entre interesse legítimo e direitos subjectivos entendem que há aqui uma situação a ser tutelada embora sem a força de um direito subjectivo – interesse em que a decisão seja tomada com legalidade. O argumento do TJ pressupõe uma relação parasitária¹⁴⁵ dos direitos procedimentais com os direitos subjectivos (contrapostos a interesses legítimos). Poder-se-ia chegar à conclusão que nestes casos qualquer procedimento ou mesmo a sua inexistência seria aceitável ainda que limitado ao cumprimento da lei e à observância do princípio da igualdade¹⁴⁶. Trata-se assim de um domínio onde o princípio geral da audiência prévia não se aplica ficando à discricionariedade do legislador comunitário impor ou não o direito à audiência prévia. Resta-nos a dúvida se, acaso os concorrentes fossem poucos, o TJ teria afirmado a desnecessidade de realização de audiência prévia. O TJ parece já ter respondido a esta questão embora em termos contraditórios: no Caso Comissão/Lisrestal (96) a Comissão alegava que “*a administração do FSE torna extremamente difícil a consulta directa dos beneficiários pela Comissão que*

funções de audiência prévia que a nosso ver contradiz o que afirma mais atrás: mesmo que já tenha havido algum envolvimento procedimental dos interessados é aqui que os sujeitos apresentam uma leitura pessoal da questão procedimental, defendendo assim os seus pontos de vista e fazendo uma composição subjectiva dos conflitos, cit., pág. 126, reconhecendo-lhe não só uma função de fornecimento de informação, mas também de protecção jurídica (argumentação defensiva relativa aos interesses individuais) e de realização do bem comum, cit., págs. 166 e 173.

¹⁴⁵ D. J. Galligan, cit., pág. 105.

¹⁴⁶ Peter Nehl questiona-se sobre qual o grau de impacto negativo que uma decisão deve ter para que o direito a ser ouvido seja aplicável o que fica em aberto com esta sentença, cit., pág. 85. D. J. Galligan entende que parece suficiente que o particular seja afectado pela decisão ou acção de um modo significativo e evidente, cit., pág. 223.

confia inteiramente ao EM a incumbência de administrar os projectos aprovados o que alteraria o sistema de administração do FSE em vigor.” O TJ anula a decisão por violação dos direitos de defesa afirmando que **uma dificuldade de ordem prática não pode, por si só, justificar a violação de um princípio fundamental como o respeito pelos direitos de defesa.** Esta jurisprudência só não será contraditória com a do Caso Windpark (98) se concluirmos que o TJ efectivamente reconhece o direito dos particulares serem ouvidos, qualquer que seja o seu número.

Finalmente verificámos, pela análise da jurisprudência, que o juiz comunitário reconhece o direito a ser ouvido quando a decisão seja desfavorável ao particular. De facto se a decisão se apresentar potencialmente favorável ao particular, poder-se-á considerar não haver obrigatoriedade em ouvi-lo ¹⁴⁷.

CAPÍTULO VII

Consequência da não efectivação da audiência prévia

Nos termos do artigo 230 só as formalidades essenciais podem dar aso a um recurso de anulação. Como podemos, no entanto, determinar o que é uma formalidade essencial? À semelhança de ALBRECHT WEBER pensamos que tal passa pela análise da razão substancial pela qual foi instituída a formalidade, sendo igualmente decisivo se esta consubstancia ou não um direito fundamental ou aplicação de um princípio geral de direito ¹⁴⁸. A sua essencialidade é directamente dependente da teleologia e da axiologia que lhe subjaz. Deve-se evitar o excessivo formalismo e a inobservância do princípio da economia

¹⁴⁷ Se a própria potencial decisão condiciona a instrução, também o desenrolar desta condiciona aquela. O interessado nada poderia acrescentar salvo se fornecesse informações prejudiciais para si próprio, Pedro Machete, cit., pág. 477. No mesmo sentido David Duarte, cit., pág. 128; artigo 103.º, n.º 2, do CPA. Também Freitas do Amaral entende que neste caso o direito não tem grande significado, “Direitos fundamentais dos administrados”, in Nos dez anos da Constituição, Organização de Jorge de Miranda, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986, pág. 16. Segundo este autor o particular só precisa de ser garantido e defendido se a Administração se prepara para tomar uma decisão que lhe seja desfavorável, cit., pág. 35. Todavia, esta situação não se verifica no caso de a pretensão do particular apenas ser parcialmente provida e, importando-se a argumentação de Vieira de Andrade a propósito da fundamentação mas igualmente válida nesta matéria, também no caso de decisões de conteúdo discricionário cujo sentido não seja, em absoluto, a decisão possível mais favorável ou já tenha havido tratamento mais favorável em casos anteriormente decididos, O dever de fundamentação ..., cit., pág. 119.

¹⁴⁸ Albrecht Weber, cit, p. 66.

procedimental. Repetir o procedimento para se obter a mesma decisão não valeria a pena caso, por exemplo, se tratasse apenas da não indicação da base jurídica e se for possível por outro modo determinar qual foi a base jurídica utilizada. A não realização da audiência prévia constitui sempre uma formalidade essencial ou dever-se-á ter em consideração as consequências da não realização da audiência, quer para o interessado quer para a própria decisão, dada a necessidade de se ponderar o princípio da economia processual? Nenhuma disposição do TT ou da legislação secundária nos permite chegar a uma conclusão negativa ou positiva.

O TJ já se pronunciou a este propósito em vários acórdãos e de alguma forma a título contraditório. No Caso Hoffman La Roche (79) o TJ entendeu que se a violação dos direitos de defesa, consubstanciada na recusa de facultar determinada documentação para que a empresa pudesse fazer conhecer utilmente o seu ponto de vista, *“foi remediada efectivamente no decurso do processo perante o TJ não implica necessariamente a anulação da decisão atacada desde que os direitos de defesa não se encontrem afectados por essa regularização tardia [dado] que se estabeleceu no TJ um debate contraditório sobre os documentos em falta”*¹⁴⁹. Não compreendemos como é que a regularização da preterição de uma determinada formalidade no procedimento administrativo pode ser sanada no processo judicial. O juiz comunitário continua as actividades da Comissão? Em que medida? Poder-se-á considerar que se o juiz comunitário realizar audiência (judicial) o vício fica sanado? Alegamo-nos quanto à não repetição desta infortunada decisão¹⁵⁰. Tal significaria que a Comissão poderia violar, no procedimento administrativo, o direito a ser ouvido com total impunidade dado que, posteriormente, no decurso do processo judicial e no decurso de um debate contraditório, o juiz comunitário supriria essa deficiência. As partes teriam assim de recorrer necessariamente ao Tribunal para que vissem efectivado este princípio que também é reconhecido como fundamental no procedimento administrativo. Seria a total irrelevância e

¹⁴⁹ O TPI negou expressamente esta possibilidade no Caso Solvay (95), cons. 98: *“a violação dos direitos de defesa ocorrida na fase do procedimento administrativo também não pode ser regularizada durante o processo no Tribunal, que se limita a um controlo jurisdicional apenas no âmbito dos fundamentos invocados, e que não pode por conseguinte substituir uma instrução incompleta do processo no âmbito de um procedimento administrativo”*. A primeira lei alemã sobre o procedimento administrativo foi precedida precisamente pela discussão doutrinária se o acesso à documentação deveria ser facultado durante o procedimento administrativo se já o era em momento eventualmente posterior, no processo judicial. A solução adoptada, de consulta no próprio procedimento administrativo, fez prevalecer a dimensão garantística à da celeridade do procedimento administrativo.

¹⁵⁰ Igualmente neste sentido, Rébecca-Emmanuèla Papadopoulou, cit., pág. 186.

postergação da observância do direito a ser ouvido e a afirmação meramente simbólica da essencialidade deste princípio fundamental. Não se pode considerar que o controlo jurisdicional é um substituto da falta de participação procedimental sob pena daquele perder a sua substancialidade. A jurisprudência Hoffman-LaRoche mais uma vez denotou a tendência dos tribunais comunitários para valorar “o produto final” e não o modo como se obtém o mesmo. Denota igualmente a adopção da tradicional perspectiva monista em que o processo judicial seria o prolongamento do procedimento administrativo mas agora levado a cabo por um órgão independente ¹⁵¹. Poderemos interpretar esta jurisprudência como um rascunho totalmente ignorado, *a posteriori*, sem que alguma vez tenha servido de base à obra completa que já vimos aqui elogiada. A função da audiência prévia é, nomeadamente permitir que o particular influencie a decisão final, quer através da introdução de novos factos quer através da sua apreciação sobre esses mesmos factos. Nestes termos deve ser prévia à decisão final. Poderá o juiz comunitário tentar “adivinhar” a consequência da sua não realização para concluir da irrelevância da sua preterição?

No Caso Reino da Bélgica/Comissão (90), o TJ entendeu que a violação dos direitos de defesa (no caso a não audição de um EM) só conduz à anulação, caso o resultado fosse diferente se essa irregularidade não se tivesse verificado. No Caso France-Aviation (95) – relativamente à não audição desta empresa – o TPI considerou que não se pode substituir à autoridade administrativa competente nem antecipar o resultado a que esta chegará no termo de um novo procedimento administrativo. Poderíamos pensar que o juiz comunitário diferenciava as suas conclusões consoante se tratasse de uma empresa ou de um EM. Pensamos todavia que se trata de um avanço jurisprudencial do juiz comunitário no sentido de valorizar a protecção de direitos dos particulares perante o valor da eficácia administrativa que também é necessário acautelar. Entendendo-se que caso a decisão não fosse diferente, a não realização da audiência não levaria à invalidade do acto significaria não reconhecer-se qualquer valor substancial a esta formalidade para além mera possibilidade de proporcionar alternidade decisória ¹⁵². Não é decerto devido a esta função que o

¹⁵¹ Para mais desenvolvimentos, v.d. David Duarte, cit., pág. 19 e seguintes. O Tribunal Administrativo Alemão ao adoptar semelhante jurisprudência foi criticado por tribunais inferiores e pela doutrina, *in* Jürgen Schwarze, *Droit Administratif Européen*, vol. II, Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, Bruylant, 1994, pág. 1335 e Pedro Machete, cit., pág. 123.

¹⁵² David Duarte, cit., pág. 223. Não se nega que a audiência do interessado está condicionada ao resultado do procedimento, pois caso este não afecte os interesses do particular ou os afecte favoravelmente este não será ouvido. Nas decisões desfavoráveis a pessoa é ouvida não só mas

TJ reconhece esta formalidade como direito fundamental, protegida a título de princípio geral de direito comunitário.

Não concordamos com RÉBECCA-EMMANUÈLA PAPADOPOULOU¹⁵³ quando afirma que a avaliação da influência da violação dos direitos de defesa sobre a decisão final demonstra justamente a necessidade de respeitar a fronteira entre as funções do TJ e a ampla margem de apreciação da Comissão. Pelo contrário, entendemos que se o TJ valorasse apenas a preterição desta formalidade, sem mais, bastaria a sua verificação sem quaisquer outras considerações para anular o acto. Se ao invés se propõe averiguar da incidência da não realização da audiência prévia no acto final, tem de apreciar materialmente a decisão e inclusivamente substituir-se à Comissão e ao devir dos acontecimentos, realizando um juízo de prognose *a posteriori* sobre a consequência que a Comissão retiraria da realização da audiência. Muito dificilmente se obterá a certeza que a audiência, a ter-se realizado, não teria influenciado a decisão¹⁵⁴. A audiência prévia existe precisamente para influenciar a decisão num momento em que esta ainda não está tomada.

Se uma das finalidades da audiência é a possibilidade de influir na decisão a sua concretização *a posteriori* inviabiliza o seu cumprimento.

também porque pode influenciar o sentido decisório. Mas a razão por detrás da sua participação é mais elevada: reconhecer-se a possibilidade ao interessado de defender os seus interesses, baseada em última instância na dignidade da pessoa humana. No caso de decisões totalmente favoráveis os interesses do particular estão defendidos. Para mais desenvolvimentos, v.d. D.J. Galligan, cit., pág. 136.

¹⁵³ Rébecca-Emmanuèla Papadopoulou, cit., pág. 186.

¹⁵⁴ O TPI no Caso Solvay (95) afirma consentaneamente que “*não compete ao Tribunal decidir definitivamente quanto ao valor probatório de todos os meios de prova utilizados pela Comissão em apoio da decisão impugnada*”. Ainda que neste caso o tenha afirmado para a documentação escrita utilizada pela Comissão, o argumento é igualmente válido para a influência que a audiência poderia ter tido no prosseguimento do procedimento. Na legislação alemã (artigo 46 VwVfG) determina-se que o acto não deve ser anulado se, apesar da falta cometida, não se puder adoptar outra decisão. Todavia, este artigo é apenas válido para os actos totalmente vinculados: aqueles em que, verificando-se um determinado pressuposto de facto, a lei deriva uma consequência jurídica obrigatória. Para mais desenvolvimentos, v.d. Hans Meyer, cit., pág. 312 e seguintes. No entanto, deve-se referir que muitas das vezes é a própria determinação do pressuposto de facto que está em causa face ao qual as partes podem influir através do exercício dos seus direitos procedimentais. Raros serão os casos em que a decisão pode ser uma única. Vieira de Andrade afirma que, apesar da prevalência do direito material, tal não impõe a degradação dos preceitos formais em preceitos acessórios exclusivamente destinados a facilitarem uma decisão correcta ou uma comprovação da legitimidade do conteúdo encontrado, porquanto os dois pressupostos de que tal depende só raramente se verificam: a admissibilidade de uma “única decisão legítima” para cada caso e a possibilidade do juiz refazer cada decisão. O dever de fundamentação ..., pág. 312. Pedro Machete afirma que a não realização da audiência é um vício insuprível salvo se se puder afirmar, em abstracto, que a decisão só poderia ter o conteúdo que teve em concreto, cit., pág. 529.

Diferente do critério da não alteração da decisão é o aproveitamento do acto no caso de os valores jurídico-materiais, que o direito a ser ouvido visa tutelar tenham sido realizados noutro momento do procedimento que não necessariamente no fim da instrução.

Se o interessado ao longo do procedimento tiver tido oportunidade para se pronunciar sem que tenha havido, *a posteriori*, a consideração de outros factos novos, a realização da audiência prévia pode ser dispensada atendendo a que o excesso de formalismo pode constituir a própria perversão da norma de garantia ¹⁵⁵. Da análise da jurisprudência comunitária parece-nos que tem sido esta a linha seguida apesar de a justificação consistir normalmente na irrelevância, da violação deste princípio no conteúdo da decisão. Consta-se que a análise dos tribunais comunitários passa pela verificação concreta de se tratar ou não de factos novos e não pela “adivinhação” da relevância que a Comissão daria às alegações dos particulares ¹⁵⁶.

CAPÍTULO VIII

Participação procedimental – porta aberta para a legitimidade processual?

O facto de estarmos perante uma “Comunidade de Direito” implica que tem de existir um controlo jurisdicional efectivo dos actos de aplicação do direito comunitário. Todavia, é do conhecimento comum que não só é difícil um particular transpor a porta da legitimidade processual, de acordo com os critérios fixados nos TT e do modo como são interpretados pelo TJ, como também retirar um critério sistematizador desta jurisprudência ¹⁵⁷. Todavia, tem vindo a

¹⁵⁵ Francisco López Menudo – “Los principios generales del procedimiento administrativo” *in* El procedimiento administrativo en el derecho comparado, Monografías Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1993, pág. 135.

¹⁵⁶ No caso Solvay (95) o TPI é claro quando afirma que perante a existência de documentos essenciais à defesa do recorrente que não lhe foram comunicados, o tribunal não pode excluir que a Comissão poderia ter considerado a infracção do particular menos grave do que a considerou na decisão tomada.

¹⁵⁷ Sobre esta problemática existe abundante bibliografia, v.d. em especial Anthony Arnulf – “Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC treaty”, *in* CMLR, n.º 1, Netherlands, 1995; Marta Ortega – “El acceso de los particulares a la justicia comunitaria”, Ariel Practicum, Barcelona, 1999. Ricardo Alonso García critica a leitura restritiva do TJ relativamente à legitimidade processual (cit., pág. 97) fazendo notar que foi precisamente através de acções interpostas pelos particulares, mas nos tribunais nacionais, que o TJ tem proferido os acórdãos mais notórios da construção europeia, cit., pág. 102.

existir alguma abertura por parte do juiz comunitário, na interpretação destes critérios, o que tem permitido não só um aumento da possibilidade de controlo do exercício dos poderes da Comissão como também um alargamento da legitimidade processual ¹⁵⁸.

Da jurisprudência comunitária, supra-analisada, resulta que o direito a ser ouvido é reconhecido aos destinatários das decisões que sejam afectados na sua esfera jurídica directa e inelutavelmente, ainda que de modo sensível, desde que esteja em causa a apreciação do seu comportamento ou sofram uma subtracção na sua esfera jurídica patrimonial. Aos restantes interessados é-lhes reconhecido esse direito desde que lhes seja legalmente atribuído e sempre que assim o imponha o dever de instrução. Naquele caso o particular é *normalmente* admitido a intervir porque de algum modo o procedimento interfere com a sua situação jurídico-material. Ora estes critérios são sem dúvida diferentes do critério estabelecido para efeitos de legitimidade processual. Neste não basta a afectação jurídica da situação do particular; é necessário que este demonstre que se encontra numa posição que o caracterize em relação a quaisquer outros particulares e o individualize de modo análogo ao destinatário do acto.

A interdependência entre a legitimidade procedimental e processual poderá resvalar numa explosão processual. Não podemos analisar a jurisprudência comunitária sem primeiro tecer algumas considerações teóricas.

Existem vários modelos de relacionamento entre a legitimidade processual e a legitimidade procedimental e vice-versa. Em primeiro lugar pode não haver qualquer elemento de conexão ¹⁵⁹ ou, no outro extremo, uma condicionar

¹⁵⁸ Para uma enumeração destes casos e a sua investigação, v.d. Anthony Arnall, cit., pág. 30 e seguintes.

¹⁵⁹ “Processo e procedimento são vistos como realidades distintas e mesmo contraditórias, entendendo-se que o procedimento não é relevante senão na medida em que se traduz num acto administrativo, e que, portanto, somente o acto e o contencioso administrativo possuem “dignidade dogmática”.” Vasco Pereira da Silva, *Em busca ...*, cit., pág. 381. Trata-se de um modelo inaceitável face aos actuais valores atendendo a que importa sempre garantir uma relação entre o modo de actuar da administração e o controlo dessa mesma actuação. A irrelevância total do procedimento é tributária de uma época onde vigorava uma perspectiva “actocêntrica” da actuação administrativa. Tratava-se, por outro lado, da idealização da auto-suficiência da legislação na sua função de pré-definir o interesse público a prosseguir. Hoje é aceite, por grande parte da doutrina, a limitação legislativa face à complexidade da realidade. O apuramento do interesse final a prosseguir resulta em grande parte da interacção das teias de interesses abrangidos pelo âmbito material da norma, valorados e devidamente ponderados no procedimento. Giovanni Sala leva ao extremo considerando que este a pré-determinação legal passa não tanto pela definição do interesse a prosseguir quanto pela definição do procedimento através do qual é apurado, cit., pág. 48 e seguintes.

necessariamente a outra ¹⁶⁰. Poderá igualmente existir uma situação de alternidade que se traduz numa função de compensação: reconhece-se legitimidade procedimental como modo de compensar a restrição à legitimidade processual ou vice-versa ¹⁶¹. Existe, no entanto, uma abertura para soluções intermédias que João Loureiro denomina o **carácter indiciário** da participação que se consubstancia num modelo de complementaridade: em princípio quem pode participar no procedimento administrativo terá legitimidade processual ¹⁶². Todavia, mesmo neste caso não há necessariamente identidade subjectiva no procedimento e no processo, desde logo porque as respectivas finalidades também diferem. É evidente que aos sujeitos a quem, de modo particular, é **legalmente** reconhecida a legitimidade procedimental deverá corresponder a legitimidade processual, ao menos para aferir do cumprimento da legislação ¹⁶³.

Nos casos em que a matéria não é regulada legislativamente ou, sendo-o, não se preveja a participação de determinados sujeitos, estes tanto podem intervir voluntariamente como a pedido do órgão instrutor, quer numa mera função de colaboração com a administração quer pelo facto de serem **efectiva ou potencialmente** afectados pelo resultado do procedimento. No caso de intervirem, como meros colaboradores não se alarga propriamente o âmbito subjectivo do procedimento mas sim objectivamente o material a ser ponderado ¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Trata-se da decorrência de uma concepção monista segundo a qual os Tribunais ficam vinculados ao juízo de legitimidade efectuado pelo órgão decisor. Corresponde à lógica de um entendimento objectivista do contencioso, v.d. Vasco Pereira da Silva, *Em busca ...*, págs. 395-396.

¹⁶¹ Para um desenvolvimento desta perspectiva em vários ordenamentos jurídicos, v.d. João Loureiro, *cit.*, pág. 72. Exemplo de ordenamentos jurídicos onde os direitos dos particulares são essencialmente tutelados ao nível do procedimento administrativo, veja-se o caso austríaco, *idem*, pág. 79 e seguintes. Quando o procedimento se substitui ao processo este modelo “caracteriza-se por uma visão do procedimento como instrumento de resolução de conflitos de interesses, antecipando-se e substituindo-se ao processo contencioso (que é, em regra, admitido apenas em termos limitados)”, Vasco Pereira da Silva, *Em busca ...*, pág. 383. Este modelo parte de uma equivalência entre as duas funções (administrativa e judicial) que não se verifica no direito comunitário. À semelhança do que sucede no ordenamento jurídico português procedimento e processo são “realidades orgânicas, formal e materialmente diferenciadas, enquanto correspondem ao exercício de funções” distintas, *idem*, pág. 396.

¹⁶² João Loureiro, *cit.*, pág. 55. Anthony Arnall concorda com este critério, mas constata que é difícil conciliá-lo com a restante jurisprudência comunitária, *cit.*, pág. 34. No modelo de complementaridade “procedimento e processo não se contrapõem nem se excluem reciprocamente, enquanto instrumentos de protecção dos privados perante a Administração, antes se completam e se aperfeiçoam um ao outro, na realização desse objectivo”, Vasco Pereira da Silva, *Em busca ...*, *cit.*, pág. 388.

¹⁶³ Anthony Arnall verifica que este critério constitui uma garantia que os interesses que o legislador pretendeu que fossem considerados o foram efectivamente, *cit.*, pág. 11.

¹⁶⁴ Giovanni Sala, *cit.*, pág. 59.

Nesta sequência não é igualmente alargada a legitimidade processual mas sim o objecto processual. Os meros colaboradores detêm, ao contrário de outros particulares, uma mera posição jurídico-formal no procedimento e não jurídico-material. Deste modo nem todos os sujeitos aos quais a administração reconhece legitimidade procedimental (critério formal) podem ser considerados interessados (critério material). É sem dúvida o caso das testemunhas ou peritos cuja intervenção é efectuada apenas para efeitos probatórios. No caso dos particulares serem efectiva ou potencialmente afectados pelo resultado do procedimento aí sim poderá haver um alargamento da legitimidade processual.

Da análise da jurisprudência comunitária é bastante clara a opção, salvo raras excepções, pelo “critério indiciário”: a participação procedimental constitui um factor indiciário para a atribuição de legitimidade processual. Verifica-se esta situação em todos os sectores de actividade analisados quer estejam em causa denunciante ¹⁶⁵ quer outros interessados indirectos. Assim o é sem dúvida quando é a própria legislação aplicável ao caso concreto que reconhece aos participantes determinados direitos pelo que, no âmbito desses direitos expressamente atribuídos é-lhes reconhecida legitimidade processual para a sua defesa ¹⁶⁶ “[...] *nos casos em que um regulamento concede às empresas*

¹⁶⁵ No Caso BEUC (94) e Metro (86) o TJ entendeu que é do interesse de uma boa administração da justiça como de uma correcta aplicação dos artigos 85.º e 86.º que as pessoas singulares e colectivas que estão habilitadas a apresentar queixa possam, se o seu pedido não for decidido favoravelmente, no todo ou em parte, dispor de uma via de recurso, destinada a proteger os seus interesses legítimos. Os queixosos têm direito a uma decisão da Comissão relativamente à queixa que apresentam o que nos parece resultar do artigo 6.º do Reg. n.º 2842/98: se se lhes solicita observações quando a Comissão entende não prosseguir com a denúncia é porque posteriormente haverá uma decisão (não faria sentido a audiência prévia se a decisão já tivesse sido tomada). Podem impugnar uma decisão da Comissão, de encerrar o inquérito, ou recorrer da sua omissão (Caso Guérin Automobiles, 97) dado que o TJ considerou (Caso BAT, 87) que os actos que põem fim ao inquérito são decisões, no seu conteúdo e efeitos, dado que contêm em si uma apreciação dos acordos e impedem as requerentes de exigir a reabertura do inquérito. Este facto basta para individualizar a empresa tutelando-se assim os direitos procedimentais que lhes são expressamente reconhecidos. Não têm, no entanto, direito a uma decisão quanto à existência ou não de uma infracção, salvo se o objecto da denúncia depender da competência exclusiva da Comissão (Caso Bemim, 95, cons. 62). Emil Paulis entende que a jurisprudência favorável que o TJ desenvolveu em matéria dos queixosos no domínio antidumping e de auxílios de estado (relativamente à legitimidade processual) não é transponível para as regras de concorrência aplicáveis às empresas porquanto nesses domínios, ao contrário deste, não têm a possibilidade de impugnar a decisão nos tribunais nacionais, salvo quanto ao artigo 88, n.º 3, que tem efeito directo, cit., pág. 627.

¹⁶⁶ “no quadro da posição jurídica que é definida em seu favor pelo regulamento”, cons. 31 do Caso Fediol (83). No Caso Federolio (97) o TPI confirma que o direito dos queixosos de interpor recurso de anulação da recusa da Comissão instaurar um procedimento antidumping apenas lhes é reconhecido tendo em conta as garantias procedimentais conferidas pelo regulamento de base nesta matéria.

*queixosas garantias processuais facultando-lhes exigir à Comissão verificar uma infracção às normas comunitárias, estas empresas devem dispor de uma via de recurso destinada a proteger os seus interesses legítimos*¹⁶⁷. Há, no entanto, que ter em atenção que, quando o legislador atribui expressamente determinados direitos procedimentais e não apenas a possibilidade de intervenção (como sucede com os peritos ou testemunhas), fá-lo em ordem à situação jurídico-material do interessado à qual reconhece uma consistência suficiente para dispor desses direitos. Nestes termos quando lhes é reconhecido o direito a participar isso significa que o legislador reconheceu, em termos abstractos, a sua posição material como digna de consideração. Assim será errada a conclusão que a mera participação formal por si só permite a legitimidade processual, porquanto o reconhecimento na legislação do direito a participar teve como pressuposto a existência de uma situação jurídico-substancial. É o caso por exemplo dos denunciante, mas também de qualquer interessado que para participar tem de provar que tem um interesse legítimo (veja-se o caso dos concorrentes no Reg. n.º 17/92).

O domínio dos direitos antidumping é de algum modo especial porquanto são estabelecidos através de regulamentos que, pelo seu inerente carácter normativo, transformam a saga de acesso ao TJ ainda mais difícil. Todavia, também aqui o TJ tem dado passos significativos na consideração da participação procedimental como factor de abertura à legitimidade processual. A este propósito é importante termos em consideração a jurisprudência do TJ estabelecida desde o Caso Allied (84), confirmada e desenvolvida por jurisprudência posterior, onde se reconhece como critério de legitimidade processual a participação das empresas produtoras e exportadoras no procedimento, mais especificamente o facto de serem abrangidas pelos inquéritos preparatórios ou identificadas no acto¹⁶⁸. Os **importadores**, por seu turno, mesmo que tenham participado nas fases sucessivas do inquérito que precederam a adopção do

¹⁶⁷ Caso Cofaz (86). Curioso verificar que o TJ profere este considerando reportando-o à “referida situação de facto” enunciada no Caso Plaumann (“(23) *No que diz respeito mais particularmente à referida situação de facto, o Tribunal tem repetidamente decidido que nos casos em que um regulamento concede ...*”) para caracterizar o particular em relação a qualquer outra pessoa e por isso o individualizar de maneira análoga à do destinatário pelo modo como o acto o atinge. É uma correspondência bastante forçada nos seus termos desde logo porque se trata antes de uma “situação de direito” e por outro lado não é pelos efeitos do acto mas sim pelo modo como é produzido o acto que o particular é individualizado.

¹⁶⁸ Como já afirmámos o critério de identificação nominal dos particulares nos actos é um critério completamente aleatório se não for relacionado com outro. Deixa nas mãos do órgão decisor a legitimidade processual dos particulares. Imaginando o pior aquele poderia optar por nunca mencionar qualquer particular de modo a obviar a qualquer recurso.

regulamento não têm, só por esse facto, legitimidade para interpirem um recurso ¹⁶⁹. Para que lhes seja reconhecida legitimidade processual tem de ficar provado que os **preços à exportação foram fixados em função dos seus preços de revenda** e não em função dos preços de exportação praticados pelos produtores, exportadores ou importadores destes dependentes ¹⁷⁰ *“uma vez que a distinção entre o regulamento e a decisão apenas se pode fundar na natureza do próprio acto e nos efeitos jurídicos que produz e não sobre as modalidades da sua adopção”* ¹⁷¹. O TJ admite o que chama “um direito de recurso indirecto” para os produtores e exportadores através do mesmo motivo (modalidade de adopção do acto) ¹⁷², que serve para o negar aos importadores. Invoca contra estes as razões tradicionais (natureza e efeitos do acto) que normalmente afastam a legitimidade dos particulares do acesso à via jurisdicional, exigindo a existência de uma situação de facto que os caracterize em relação a qualquer outra pessoa. Deste modo não basta que os importadores independentes participem no procedimento para se lhes reconhecer legitimidade processual, porquanto se exige também que essa participação tenha tido reflexo no conteúdo material da decisão ¹⁷³. Todavia, os critérios parecem mas não são opostos: também a questão da relevância da participação para o conteúdo material da decisão é, implicitamente, condicionante da legitimidade processual dos produtores, exportadores ou importadores dependentes ¹⁷⁴. Também a simples participação destes não é suficiente e portanto, o

¹⁶⁹ Despacho Sermes (87).

¹⁷⁰ Por exemplo no caso de associação estreita com os exportadores, v.d. NTN Toyo Bearing (79) e Despacho Sermes (87).

¹⁷¹ Cons. 19 do Despacho Sermes (87).

¹⁷² Por exemplo no Caso Timex (85) relativo à legitimidade de denunciar este motivo foi invocado pela Comissão e pelo Conselho sem que tenha merecido qualquer comentário pelo TJ, cons. 9. Note-se que Timex era não só co-autora da denúncia mas também produtora.

¹⁷³ Esta situação não impede que possam ser considerados individualmente afectados por outra razão, v.d. por exemplo o Caso Extramet (91) onde o TJ continuou sem dar qualquer importância à participação da empresa importadora mas considerou-a individualmente afectada pelo facto de ser mencionada no Regulamento, pelo facto deste afectar seriamente as suas actividades económicas e devido a ser o mais importante importador e o utilizador final desse produto. Arnulf entende que através deste acórdão o TJ flexibilizou ainda mais o critério de legitimidade nos casos de dumping, cit., págs. 34-35.

¹⁷⁴ O TJ veio precisamente explicitar este critério mas de um modo mais alargado tendo em consideração não apenas o efeito da participação sobre o acto final e, portanto, sobre o conteúdo desse mesmo acto mas também sobre a causa de agir *ab initio*: é necessário que a empresa ou a sua identificação no regulamento *“tenha de uma maneira ou de outra, determinado a intervenção das instituições comunitárias ou seja abrangida de qualquer modo pela razão de ser do referido regulamento”* (Caso Euromin, 00). Não deixa de ser curioso que o TJ explicitasse este critério pela primeira vez, invocando não um acórdão mas as conclusões do AG no Caso Unines coopératives

critério utilizado continua a ser o “indiciário”; senão veja-se: o direito antidumping é estabelecido na sequência de inquéritos que abrangem necessariamente as empresas exportadoras e produtoras, e eventualmente as importadoras delas dependentes. Utilizam-se os dados provenientes da sua actividade comercial, e portanto os preços por elas praticados, pelo que a sua participação procedimental é sempre necessária. Trata-se de situação idêntica à dos importadores independentes quando o direito antidumping é estabelecido em função do seu preço de revenda. Em ambos os casos participação procedimental sem influenciar o direito antidumping é irrelevante sendo aplicado o “critério indiciário” o qual, por definição, exige um outro factor. Ginderachter alega que é este o critério indiciário inadequado e deveria ser substituído pelo da participação no procedimento tal como é feito, segundo a sua opinião – que difere da nossa – quanto aos produtores, exportadores e quanto aos denunciante¹⁷⁵. Já concordamos com este autor quando afirma que deste modo a possibilidade de impugnação do Regulamento por um importador independente fica nas mãos da Comissão que é livre de escolher o método de cálculo, e que o importador independente pode estar mais dependente que um importador dependente se utilizar, por exemplo, o produto objecto de antidumping, como matéria prima para a produção de

proferidas onze anos antes (89) e, como o próprio TJ refere, num contexto diferente. O AG pronunciava-se neste acórdão sobre a possibilidade de se impugnar uma decisão tomada sob a forma de um regulamento em virtude de os destinatários serem identificados ou identificáveis, afirmando que tal não bastava pois seria *“igualmente indispensável que a circunstância que permitiu a identificação dos destinatários do acto tenha determinado, de uma ou outra forma, a intervenção da instituição e faça, assim, parte do próprio fundamento do acto”*. Da conjugação deste acórdão com o proferido no Caso Sinochem (96) resulta que *“esta conclusão não é posta em causa pelo facto de a Comissão ter finalmente decidido não tomar em consideração as informações fornecidas pela recorrente e relativas ao mérito da causa”*, cons. 47.

¹⁷⁵ Também quanto ao denunciante se tem em consideração a sua influência na decisão final. No Caso Timex (85) o TJ teve em consideração o papel desta empresa no procedimento, nomeadamente o facto de ter participado na queixa que esteve na base da abertura do procedimento; o desenvolvimento do inquérito ter sido determinado pelas suas observações; a sua posição sobre o mercado (o direito antidumping foi estabelecido em função das consequências que traria para esta empresa que era o principal fabricante na CE e o único do RU). Mas neste caso em concreto não foi só aquele o facto decisivo. Se à primeira vista nos poderíamos impressionar com a argumentação formal da participação no procedimento e concluir com Anthony Arnull (cit., pág. 32) que se tratava do único requisito para admitir a sua legitimidade processual, não é a essa conclusão a que chegamos porquanto o TJ cumula a apreciação da situação procedimental da recorrente com a material (a sua posição sobre o mercado) e conclui inclusivamente que o regulamento é instituído com base na situação individual da requerente (cons. 12 e 15). O AG entende inclusivamente que é pela sua situação material que lhe é atribuída legitimidade pois nesta perspectiva preenche os requisitos do Caso Plaumann (63). Deste modo o argumento decisivo foi não só o modo como o regulamento foi elaborado mas também os efeitos que teve sobre a empresa.

outro produto essencial à sua actividade¹⁷⁶. São aliás os importadores que irão pagar qualquer direito antidumping. Todavia, deve-se notar que o facto do importador participar ou não no procedimento em nada interfere com a subsistência da sua posição jurídico-material afectada pelo procedimento. A exigência da contribuição destes sujeitos para a decisão releva ainda de um entendimento objectivista do procedimento porquanto o que interessa não é tanto “uma qualquer defesa das posições dos particulares, antes a colaboração destes no processo decisório administrativo. A participação dos privados no procedimento administrativo, mais do que uma garantia dos particulares, é vista como instrumento de uma correcta organização administrativa”¹⁷⁷.

O TJ ao recusar aos importadores independentes qualquer protecção ao nível comunitário, teve o cuidado de afirmar que a solução adoptada é compatível com o sistema de vias de recurso instituído pelo direito comunitário, podendo os importadores, segundo as regras de direito nacional, impugnar perante os órgãos jurisdicionais nacionais os actos de aplicação do regulamento pelas autoridades nacionais¹⁷⁸, salvaguardando assim alguma contestação quanto à sua jurisprudência. Não será esta a motivação principal que leva o TJ a abrir as portas da legitimidade processual aos exportadores e produtores de países terceiros e já não aos importadores¹⁷⁹? O Caso Nölle (91), proferido na sequência de um processo de questões prejudiciais, já analisado, é emblemático a este propósito: o importador não só participou no inquérito como também foi ouvido por ter invocado um interesse suficiente de acordo com o Regulamento Base; o motivo do seu recurso foi precisamente o facto da sua argumentação não ter sido tomada em consideração. Se acaso o importador tivesse interposto a acção junto dos tribunais comunitários decerto que não teria sido admitida a sua legitimidade apesar de ter sido ouvido, ter participado no procedimento por

¹⁷⁶ E. Van Ginderachter – “Recevabilité des recours en matière de dumping”, in CDE, n.º 6, 1987, pág. 649 e seguintes. O TJ veio a admitir esta situação, em circunstâncias excepcionais no Caso Extramet (91), como já verificámos.

¹⁷⁷ Vasco Pereira da Silva, *Em busca ...*, cit., pág. 412.

¹⁷⁸ Os exportadores ou produtores de países terceiros não dispõem da possibilidade de impugnar esta medida comunitária no seu ordenamento jurídico, Despacho Sermes (87), cons. 20. Para a enumeração das limitações desta solução, v.d. E. Van Ginderachter, cit., pág. 652 e segs. e AG do Caso Extramet (91).

¹⁷⁹ Marta Ortega considera que é difícil conciliar a letra do TCE com a admissibilidade de recursos dos particulares contra regulamentos antidumping. Faz notar que os recursos interpostos contra regulamentos agrícolas são declarados inadmissíveis na maioria dos casos, cit., pág. 27, nota 34. Na sequência da questão colocada sempre diremos que também os produtores agrícolas dos EM têm as mais das vezes acesso aos tribunais nacionais para impugnar os actos nacionais de aplicação daqueles regulamentos.

força do Regulamento Base e a causa de pedir consistir precisamente na violação deste direito procedimental (acrescente-se: não conseguindo assim influenciar o acto final).

Pensamos, no entanto, que se deverá admitir a legitimidade processual aos importadores independentes, participantes no procedimento administrativo, ao menos para defesa dos seus direitos procedimentais não se ignorando, no entanto, que este reconhecimento pressupõe a afectação da sua situação substancial. Ainda assim, quer participem quer não, deve-lhes ser reconhecida a possibilidade de provarem que os efeitos do acto os atingem do modo exigido pelo jurisprudência Plaumann, o que já sucedeu no Caso Extramet. Ainda que à data dos primeiros acórdãos analisados os importadores não tivessem direitos procedimentais reconhecidos no Regulamento Base, considera-se que hoje se lhes reconhece uma posição procedimental, desde que aleguem que “são partes interessadas susceptíveis de serem afectadas pelo resultado do processo”, (artigo 6, n.º 5, do Reg. n.º 384/96).

Apesar do critério predominante ser o carácter indiciário da participação, a jurisprudência comunitária adopta um outro critério: *alternidade*. É o que sucede nos auxílios de estado, mas apenas se o procedimento terminar na 1.ª fase. O juiz comunitário reconhece legitimidade processual aos particulares que teriam gozado da legitimidade procedimental caso a decisão da Comissão tivesse sido tomada ao abrigo do n.º 2 do artigo 88.º (2.ª fase) pois “*os beneficiários das garantias processuais só podem conseguir que elas sejam respeitadas se tiverem a possibilidade de impugnar perante o Tribunal de Justiça aquela decisão da Comissão*”¹⁸⁰. De outro modo não teriam qualquer protecção nem procedimental nem processual. Assim o particular só pelo simples facto de ser “*uma empresa interessada, na acepção do n.º 2 do artigo 93.º [actualmente artigo 88.º]*”¹⁸¹ tem legitimidade processual. O juiz comunitário não analisa, contra o sugerido pela Comissão, se a posição dos particulares é ou não afectada substancialmente¹⁸², critério que utiliza para aferir a legitimidade processual na 2.ª fase. O juiz comunitário, de facto, já tinha definido “*os beneficiários das garantias procedimentais*” e de um modo minimalista – os **eventualmente** afectados nos seus interesses pela concessão do auxílio¹⁸³. Parece assim acolher a opinião do AG Tesouro no sentido

¹⁸⁰ Caso Comissão/Sytraval e Brink's France (98), cons. n.º 39 e 40 e cons. n.º 23 do Caso Cook (93).

¹⁸¹ Cons. n.º 25 do Caso Cook (93).

¹⁸² Na sequência do Caso Cofaz (86), Cons. n.º 25 do Caso Cook (93).

¹⁸³ Cons. n.º 16 do Caso Intermills/Comissão (84) - As pessoas, empresas ou associações **eventual-**

deste critério ser encarado com um limite mínimo de admissibilidade, de modo a recusar-se o direito de agir, nos termos do artigo 230, unicamente às empresas que não são **concorrentes efectivas** da empresa auxiliada e que, por isso, só são marginalmente interessadas face à decisão que declara a compatibilidade do auxílio analisado. O TJ equipara o requisito de legitimidade procedimental ao processual abrindo claramente a sua porta aos particulares interessados que teriam, ainda que potencialmente, gozado daquela. Todavia esta abertura, é limitada à salvaguarda das garantias procedimentais pois se o motivo da interposição da acção de anulação for outro *“o simples facto de as recorren-tes poderem ser consideradas como partes ‘interessadas’ na acepção do artigo 93.º [88.º], n.º 2, do Tratado, não pode bastar para admitir o recurso”*¹⁸⁴.

Resta-nos a dúvida se acaso o particular seja ouvido na 1.ª fase ainda assim lhe será permitida a interposição do recurso para garantia de um direito procedimental já exercido? Parece que não se tomarmos em consideração a jurisprudência relativa à 2.ª fase. De facto, caso a decisão da Comissão seja tomada no final da 2.ª fase, não basta ser interessada procedimental para recorrer judicialmente. Neste caso *os terceiros interessados beneficiaram efectivamente das suas garantias processuais*, de modo que deixam de poder ser considerados, apenas em razão desta qualidade, como individualmente atingidos pela referida decisão dado que *“a participação no processo acima referido não constitui, eventualmente, mais do que um dos elementos que permitem provar que uma pessoa singular ou colectiva é individualmente atingida pela decisão cuja anulação pede”*¹⁸⁵. Neste caso o TJ

mente afectadas nos seus interesses pela concessão do auxílio, **nomeadamente** as empresas concorrentes e as associações comerciais. No Caso Comissão/Sytraval (98), cons. 48 vem de certo modo apertar o cerco aditando um critério de certeza: as empresas *“figuram incontestavelmente entre os beneficiários das garantias”* procedimentais. No Caso Waterdeiling (98), cons. 61, o TJ clarifica que apesar de utilizar a expressão “nomeadamente” sempre adoptou um critério de afectação – nos processos que deram lugar aos Acórdãos Cook (93) e Sytraval (98), as recorrentes, **como concorrentes directas dos beneficiários da medida estatal denunciada, tinham claramente a qualidade de interessadas na acepção do artigo 88.º, n.º 2, do Tratado** e além disso **os recursos visavam o respeito das garantias processuais previstas por esta última disposição**. Resulta ainda do Caso Kahn Scheepvaart (96), cons. 49 e 50 que se a posição concorrencial da recorrente no mercado não for afectada pela concessão do auxílio, nomeadamente porque tem uma relação concorrencial apenas indirecta e potencial com o beneficiário do mesmo, não terá a qualidade de interessada.

¹⁸⁴ Caso Skibsværftsforeningen (96), cons. n.º 45.

¹⁸⁵ Idem, cons. n.º 51 e v.d. igualmente, Caso Cofaz (86), n.º 25, e despacho do TPI no caso Comité d'entreprise de la société française de production (98).

exige que a sua posição no mercado seja substancialmente afectada¹⁸⁶ (Caso Cofaz, 86) voltando-se a aplicar de novo o “critério indiciário”^{187, 188}. O TJ encosta a porta da legitimidade processual que só se abre se os particulares provarem que são directa e individualmente afectados por outra razão. GYSELEN entende que, embora o TJ se proponha analisar a situação de facto, de acordo com o critério Plaumann, “*situação de facto que o caracteriza em relação a qualquer outra pessoa*” os critérios estabelecidos no Caso Cofaz (86) não são suficientemente individualizadores: uma decisão final positiva que afecte a posição de terceiros concorrentes da empresa beneficiária, ainda que substancialmente, afecta todos esses terceiros da mesma maneira em razão da sua qualidade objectiva de concorrentes da empresa beneficiária¹⁸⁹.

Da análise de todos estes acórdãos verifica-se que a conclusão simplista de que qualquer participação procedimental daria o prémio de legitimar o tão difícil recurso aos TC não é correcta. Além da participação no procedimento – modo de formação do acto – há também que ter em consideração os efeitos do acto em termos materiais (jurisprudência Plaumann), ainda que a consideração dos efeitos do acto esteja implícita no reconhecimento legal de direitos procedimentais ao particular. A consideração dos efeitos do acto quando considerados conjuntamente com o critério do “modo de formação do acto” faz com que aquele deixe de ser considerado de um modo tão rigoroso como o que decorre da jurisprudência Plaumann. Leva a uma menor rigidez na consideração deste: de facto, a simples circunstância do particular ter efectuado uma denúncia pode provar que se sente mais afectado que os outros, não que

¹⁸⁶ Caso Cofaz (86). O juiz comunitário justifica o aditamento deste elemento devido ao facto do artigo 88.º, n.º 2, reconhecer em termos gerais a faculdade às empresas interessadas de apresentar as suas observações à Comissão, sem dar, no entanto, indicações suplementares.

¹⁸⁷ O juiz comunitário não deixa por isso de analisar a função desempenhada pela empresa no quadro do processo pré-contencioso: a parte **esteve na origem da queixa** que levou à abertura do procedimento, as suas **observações foram ouvidas** no decorrer do procedimento **o qual foi largamente determinado por elas**. Embora com esta ressalva não podemos concordar com Anthony Arnall, cit., pág. 34, quando afirma que o único critério tido em consideração pelo TJ foi o do papel desempenhado no procedimento.

¹⁸⁸ A prova da utilização do “carácter indiciário” verifica-se também na situação inversa: se os particulares não tiverem participado, apesar de se lhes reconhecer legalmente esse direito, são “penalizados” pois os tribunais comunitários são mais exigentes na apreciação da afectação individual, exigindo a existência de uma situação **particular** que os caracterize em relação a qualquer outro particular Caso Aspec (95) e Caso BP Chemicals (98). O não exercício dos direitos processuais não exclui, no entanto, a legitimidade, pois os particulares podem alegar outras circunstâncias que os individualizem, Caso Vittel (95), cons. 47.

¹⁸⁹ Gyselen, cit., pág. 434.

o seja ¹⁹⁰; a mera participação de um particular no procedimento não implica necessariamente que o acto o afecte mais. De acordo com a jurisprudência analisada, o efeito do acto perde o carácter de única “chave” possível para abrir a porta e passa a ser relevante igualmente o procedimento que levou à adopção desse acto. São critérios cumulativos porquanto. Todavia, estes dois critérios não têm o mesmo peso: se o critério dos efeitos do acto funciona isoladamente o “carácter indiciário” da participação, por o ser, não funciona autónoma e isoladamente em relação aos efeitos do acto. É um factor decisivo, embora não suficiente, de legitimidade processual ¹⁹¹.

Se o TJ aplicar o direito a ser ouvido, de acordo com o critério da “afectação dos interesses” dos particulares, veremos que a abertura da porta é considerável porquanto todos os particulares cujos interesses sejam afectados e que participem no procedimento comunitário serão admitidos a recorrer da decisão final.

Mas se aqui ainda há dúvidas quanto à possibilidade de extensão desta jurisprudência mais benévola, o mesmo já não se pode dizer da abertura da porta da legitimidade processual quando estiver em causa a defesa de direitos procedimentais. No Caso Vittel (95) o TPI sistematiza a jurisprudência do TJ ao afirmar que este, tanto em matéria de concorrência e de auxílios de estado, como em matéria de dumping e de subvenções, tomou unicamente em conside-

¹⁹⁰ Gyselen, cit., pág. 434; Anthony Arnall, cit., pág. 34. O TPI chegou a afirmar no Caso BEMIM (95) que, se o recorrente tem um interesse legítimo para apresentar uma denúncia ao abrigo do Reg. n.º 17/62 também deve ser considerado como tendo interesse suficiente em agir contra a decisão da Comissão que indeferiu o seu pedido.

¹⁹¹ Também a jurisprudência relativa às associações tem em atenção o “critério indiciário”. No Caso Federolio (97) o TPI resume a jurisprudência relativamente à relevância da participação de Associações no procedimento como critério necessário mas não suficiente para o reconhecimento da sua legitimidade processual associando-a a outros critérios necessários (cons. 61):
a) quando uma disposição legal lhes reconhece expressamente uma série de faculdades de natureza procedimental (Caso Fediol, 83 e Vittel, 95);
b) quando representa os interesses de empresas que têm legitimidade para agir (Caso Aitec, 95);
c) quando a Associação é individualizada por os seus próprios interesses serem atingidos enquanto Associação, designadamente pelo facto de a sua posição de negociadora ter sido afectada pelo acto cuja anulação se pede (Caso Van der Kooy, 88; CIRFS, 93 e Exporteurs in Levende, 95).
No Caso Van der Kooy (88) o TJ reconheceu que a Associação, representativa dos interesses de determinados produtores, não poderia deixar de ser considerada como parte legítima na impugnação da decisão. Embora a decisão não a afectasse directa e individualmente a Associação havia sido afectada nas suas funções institucionais, no caso concreto, na sua função de negociadora. Foi-lhe reconhecida legitimidade processual não por ter sido afectada pelo conteúdo material da decisão, relativamente ao qual não havia sido atingida ao ponto de ser individualizada para efeitos da jurisprudência Plaumann, não apenas por ter participado no procedimento que conduziu à adopção do acto mas porque foi afectada pela decisão enquanto titular de uma posição que é inerente à função que desempenhou no procedimento e portanto porque interveio no procedimento no exercício dessa função que lhe é própria.

ração a **participação de terceiros qualificados** no processo administrativo para decidir que, **em determinadas circunstâncias especiais, ela acarreta uma presunção a favor da admissibilidade do recurso** por eles interposto tendo em vista que o órgão analise não apenas se os seus direitos processuais foram respeitados, mas também se a decisão adoptada no termo do processo está ou não viciada de erro manifesto de apreciação ou de desvio de poder. Conclui: “*quando um regulamento concede direitos processuais a terceiros, estes devem dispor de um meio processual destinado a proteger os seus legítimos interesses, de acordo com jurisprudência bem assente [...]. A este respeito, e no que toca mais em especial ao contencioso das pessoas singulares ou colectivas, deve salientar-se, em especial, que o direito dos terceiros qualificados a serem regularmente ouvidos, a seu pedido, durante o processo administrativo, só pode ser, em princípio, confirmado pelo órgão jurisdicional comunitário na fase de fiscalização da legalidade da decisão final da Comissão [...] com o objectivo preciso de se verificar se as garantias processuais a que tinham direito no processo administrativo [...] foram ignoradas*”. No caso concreto, o recurso de Vittel foi “*julgado inadmissível na parte em que não tinha como objectivo assegurar a protecção das garantias processuais conferidas aos recorrentes ao longo do procedimento administrativo*”, porquanto os recorrentes não eram directamente afectados pelo teor material da decisão “*só se este último requisito estivesse preenchido é que os recorrentes [...] teriam legitimidade, nos termos do artigo 173.º [actual artigo 230.º], do Tratado, para solicitarem ao Tribunal de Primeira Instância a apreciação da fundamentação e da regularidade da decisão*”. Trata-se claramente da distinção pelo Tribunal da situação jurídico-processual, legalmente atribuída ao particular, da sua situação jurídico-substancial. A lesão daquela dá mais fácil acesso ao Tribunal do que a lesão desta.

Peter Nehl denomina este desenvolvimento da jurisprudência comunitária como circular: a participação dos particulares nos procedimentos administrativos leva a *locus standi* e permite-lhes pôr em causa o resultado do procedimento decisório perante os tribunais comunitários; os Tribunais comunitários, por seu turno, nas suas decisões tendem a reforçar o *status* procedimental dessas partes ¹⁹². Esta situação é tanto mais circular quanto o TJ também

¹⁹² Peter Nehl, cit., pág. 63. Para uma visão crítica da teoria do “*status activus processualis*”, que para além de deficitária face ao enquadramento de todas as posições de índole procedimental é controversa a sua validade e utilidade no estado Constitucional, v.d. João Loureiro, cit., pág. 196 e seguintes.

adopta a legitimidade processual como motivo para confirmar a legitimidade para participação procedimental: no Caso Lisrestal (94), o TPI ao analisar se a Comissão devia ouvir as beneficiárias do FSE antes de tomar uma decisão de redução da contribuição afirma *“a justeza desta análise é corroborada pelo facto de, segundo jurisprudência constante, as empresas beneficiárias de contribuição do FSE terem legitimidade para agir contra as decisões que as privam daquela contribuição [...] o que pressupõe serem por elas afectadas, não só individualmente, mas também directamente”*¹⁹³.

Não podemos esquecer que no procedimento administrativo se visa carrear para o processo todos os interesses passíveis de consideração, enquanto que ao nível judicial se visa verificar se um ou vários interesses dos recorrentes foram devidamente considerados¹⁹⁴.

Pensamos que a equiparação entre direito de participação procedimental/legitimação processual passa essencialmente por averiguar se no caso concreto a parte interveio para a defesa de um interesse próprio ou apenas numa actividade probatória, como auxiliar de instrução, quer da Comissão quer do próprio destinatário da decisão¹⁹⁵. Neste caso parece-nos que quem poderá contestar a não consideração das observações destes interessados será o próprio destinatário da decisão e não os meros intervenientes a título probatório. Se o interessado interveio aduzindo algumas observações durante o procedimento administrativo tal não significa que tenha legitimidade para contestar a decisão tomada salvo se defender um interesse próprio juridicamente tutelado, ainda que traduzido em direitos predominantemente procedimentais. Concordamos assim com a jurisprudência comunitária no sentido de alargar a legitimidade processual a quem sejam reconhecidos direitos procedimentais para verificação da sua observância. Como já notámos, normalmente o reconhecimento do direito de intervir no procedimento corresponde ao reconhecimento, pelo legislador, de uma situação material digna de tutela jurídica.

A abertura da porta através da participação procedimental poder-se-á enquadrar numa política geral do TJ em flexibilizar os critérios de legitimidade,

¹⁹³ Em sede de recurso a Comissão alegou que o TPI tinha confundido entre legitimidade processual e direito a ser ouvido, sem que o TJ tenha dado qualquer resposta a este argumento.

¹⁹⁴ Nas palavras de Pedro Machete, no primeiro caso trata-se do direito material perspectivado como norma de acção que fixa os critérios e modos da actuação administrativa a realizar; no segundo como norma de julgamento, apenas como critério de decisão sobre a regularidade de uma actuação verificada, cit., pág. 73.

¹⁹⁵ Por exemplo, no decorrer do procedimento ao abrigo do Reg. n.º 2842/98, as empresas podem propor à Comissão a audição de pessoas que possam confirmar os factos alegados pelas empresas.

o que se enquadra numa tendência mais global existente em vários sistemas nacionais ¹⁹⁶.

CAPÍTULO IX

Conclusões

Sendo o direito administrativo um ramo do direito tipicamente nacional só recentemente se tem vindo a discutir a sua existência no direito comunitário. A doutrina é, no entanto, quase unânime em afirmar que ainda não existe um conjunto de normas e princípios suficientemente consolidados que permitam concluir pela positiva. Tem sido mais uma vez o labor jurisprudencial o responsável pelo desenvolvimento nesta área.

A audiência dos interessados é bastante problemática no direito comunitário não só pela distância do centro de decisão como também pela fragmentação do poder executivo. É imperativo acautelar que os particulares não gozem de mais ou menos direitos consoante o poder executivo caiba à Comissão, ao Conselho ou aos EM.

O TJ deixou antever em 1974, na decisão proferida no Caso *Transocean Marin* a potencialidade deste princípio: é reconhecido sempre que uma decisão afecte sensivelmente os interesses dos particulares. Resulta, no entanto, da jurisprudência comunitária que este princípio não pode contrariar o previsto nos TT – é o caso dos auxílios de Estado.

A jurisprudência comunitária ao entender que o direito dos particulares à audiência prévia é um direito fundamental consubstanciado num princípio geral de direito permite a sua vigência mesmo que inexistam normas legais e sempre que estas contrariem aquele direito. A sua invocação é assim possível não só nos procedimentos comunitários mas também nos procedimentos nacionais administrativos sempre que se aplique direito que cabe no âmbito do direito comunitário. É, no entanto, reconhecida autonomia procedimental e institucional aos EM desde que respeitem aquele limite positivo (respeito dos direitos fundamentais) e dois limites negativos: que não impeçam o direito comunitário

¹⁹⁶ Neste sentido, v.d. Anthony Arnulf. Este autor defende como teste básico de legitimidade processual que o particular seja afectado negativamente pelo acto, tendo a questão da legitimidade fosse resolvida pelos Tribunais. De facto o critério da participação procedimental ou da natureza do acto adoptado, sem mais, faz depender a maior ou menor abertura à legitimidade processual da actividade dos órgãos decisórios e não dos de fiscalização, cit., pág. 49.

de produzir plenamente os seus efeitos tornando demasiado oneroso o procedimento e que respeitem o princípio da não discriminação. A garantia dos particulares passa ainda pela recente orientação da jurisprudência comunitária que, em casos de co-administração, imputa a preterição deste direito ao nível nacional à própria Comissão quando esta intervém subsidiária ou complementarmente em relação à actividade das autoridades estatais.

Pela análise da jurisprudência comunitária verificámos que o direito à audiência prévia é reconhecido sempre que o comportamento dos particulares seja objecto de apreciação e/ou sofram uma evicção na sua esfera jurídico-patrimonial directa e inelutavelmente (interessados directos). Já o mesmo não sucede com os particulares a quem a decisão apenas afecte eventualmente por força da alteração na esfera jurídica de outrem. Estes interessados (indirectos) só serão ouvidos se tal resultar da atribuição expressa desse direito pelo legislador ou do dever de instrução da Comissão. Mas neste último caso trata-se de um dever não relacional pois não gera o correspondente direito na esfera jurídica do particular. Verifica-se ainda que o próprio direito a ser ouvido pode ter diferente conteúdo: aos interessados indirectos, ao contrário do que sucede com os interessados directos, não é reconhecido o direito ao contraditório salvo se, mais uma vez, a lei expressamente o reconhecer. Em contrapartida as observações produzidas por qualquer deles beneficia do dever que é imposto à Comissão de examinar com diligência e imparcialidade todos os elementos relevantes do caso concreto, isto é, do dever decorrente do princípio da solicitude.

Concluimos que o direito à audiência constitui uma formalidade essencial cuja preterição não pode ser suprida no decurso do processo judicial. Só no caso do particular ter tido oportunidade, ainda que num outro momento que não o *terminus* do procedimento decisório, para se pronunciar sobre todos os factos em apreço poderá o juiz comunitário deixar de invalidar o acto. Neste caso os valores jurídico-materiais que se pretendem tutelar com a participação procedimental são respeitados. Não entendemos correcta a atitude de juiz de, numa tentativa de adivinhação, tentar antecipar-se ao resultado a que chegaria o órgão decisório no caso do particular ter sido ouvido. Trata-se da própria divisão de poderes que pode ser posta em causa.

A participação dos cidadãos nas decisões comunitárias que os afectem introduz um novo elemento de ponderação na fase decisória, diminuindo a discricionariedade, e também a alteração de todo o procedimento ao qual a administração comunitária se tem de adaptar para a prossecução do tão almejado fim de aproximação das decisões aos cidadãos.

Verificámos ainda que o juiz comunitário tem permitido uma maior abertura nos critérios de legitimidade processual ao entender como critério indiciário a participação do particular no procedimento administrativo. Pela sua própria natureza o critério indiciário não pode actuar autonomamente. Deste modo apesar de não ser preterida jurisprudência Plaumann (efeitos do acto) junta-se-lhe um outro critério (modalidade de adopção do acto) que diminui as suas exigências.

O funcionamento pleno deste novo critério verifica-se quando é atribuída legalmente a possibilidade de participação no procedimento. Dentro do quadro normativo definido para a posição procedimental do particular o juiz comunitário reconhece-lhe legitimidade processual mesmo que o conteúdo material da decisão não lhe diga directamente respeito (Caso Vittel, 95). Todavia, mesmo neste caso verificamos que o critério dos efeitos do acto não é preterido tendo em consideração que o reconhecimento desses direitos procedimentais pelo legislador teve implícito o reconhecimento de uma posição jurídica material suficientemente subsistente que justificou a atribuição desses direitos. Mas o reconhecimento desta legitimidade processual é limitada à defesa dos seus direitos procedimentais. Se o particular quiser contestar o conteúdo material da decisão terá de provar que é por ela afectado.

A abertura da porta da legitimidade processual poderá ter implícito o reconhecimento, pelo juiz comunitário da necessidade de proteger os particulares na actividade administrativa que por força do processo de integração, passou a ser exercida pela Comissão. Só peca por não ter surgido mais cedo dado que com o princípio da subsidiariedade o exercício destas competências está novamente a ser devolvido aos EM.

BIBLIOGRAFIA

AMADEO, Stefano – Il Foro Italiano, ano CXXIII, n.º 3, Março de 1998, págs. 107-119.

ANTUNES, Colaço – “Colocação institucional, tutela jurisdicional dos interesses difusos e ‘acção popular de massas’ ”, in TEXTOS-Ambiente, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1994, págs. 93-108.

ARNULL, Anthony – “Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC treaty”, in CMLR, n.º 1, Netherlands, 1995, págs. 7-49.

BOLLEN, Frank; HARTWIG, Ines; NICOLAIDES, Phedon – EU Structural Funds beyond Agenda 2000: Reform and implications for current and future Member States, European Institute of Public Administration, Maastricht, Netherlands, 2000.

BOULOUIS, Jean – “Droit institutionnel des communautés européennes”, 5.ª edição, Montchrestien, Paris, 1995.

BOULOUIS, Jean; DARMON, Marco – “Contentieux communautaire”, DALLOZ, 1997.

CANANEA, Giacinto della – “I procedimenti amministrativi della Comunità Europea”, Trattato di Diritto Amministrativo Europeo, Parte Generale, direcção de Mario P. Chiti e Guido Greco, Giuffrè Editore, 1997, págs. 225-251.

CASSESE, Sabino – “Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione”, in RTDP, n.º 3, ano XLI, 1991, págs. 769-774.

CASSESE, Sabino – “L’aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea”, in Il foro italiano, parte V-16, 1995, págs. 374-378.

CESARINNI, Paolo – “Le droit d’être entendu dans les procédures communautaires en matière de concurrence”, in RMUE n.º 1/1995, págs. 145-156.

CHALMERS, Damian – “European Union Law”, vol. I: Law and EU Government, Aldershot, Dartmouth Ed., 1998.

DUARTE, David – Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório, Almedina, Coimbra, 1996.

DUARTE, Maria Luísa – “A União Europeia e os direitos fundamentais – métodos de protecção”, in *Studia Iuridica*, n.º 40, Congresso Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, págs. 27-49.

DUARTE, Maria Luísa – “O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição (notas de uma reflexão crítica)”, in Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, FDL, LEX, 1995, págs. 669-715.

DUARTE, Maria Luísa – A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário, Coimbra Editora, 1992.

DUARTE, Maria Luísa – A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados Membros, LEX, Lisboa, 1997.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário; GONÇALVES, Pedro C.; AMORIM, João P. – Código do Procedimento Administrativo Anotado – vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1993.

FREITAS DO AMARAL, Diogo– “Direitos fundamentais dos administrados”, in Nos dez anos da Constituição, Organização de Jorge de Miranda, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986, págs. 11-28.

FREITAS DO AMARAL, Diogo– “O novo Código do Procedimento Administrativo”, in O Código do Procedimento Administrativo, INA, Lisboa, 1992, págs. 21-37.

GALLIGAN, D.J. – Due Process and Fair Procedures – a Study of Administrative Procedures, Clarendon Press, Oxford, 1996.

GARCIA, Ricardo – “Actividad judicial v. Inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros)”, in Revista de Administración Pública n.º 151, Enero/Abril 2000, Madrid, págs. 77-132.

GAUDIN, Hélène – “Amsterdam: l’échec de la hiérarchie des normes?”, RTDE n.º 35 (1), 1999, Jan/Março 1999, págs. 1-20.

GAUER, Céline; ROCCA, Gianfranco – “Livre blanc sur la modernization des règles d’application des articles 81 et 82 du Traité”, in Competition Policy Newsletter n.º 3, October 1999, págs. 1-5.

GINDERACHTER, E. Van – “Recevabilité des recours en matière de dumping”, in CDE, n.º 6, 1987, págs. 635-666.

GOMES CANOTILHO, J. J. – “Procedimento administrativo e defesa do ambiente”, RLJ, ano 123, Coimbra Editora, Coimbra, 1990/1991, 3794, págs. 134-137.

GOMES CANOTILHO, J. J. – “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia, Coimbra, 1991, págs. 461-500.

GOMES CANOTILHO, J. J. – Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, 1993.

GOMES CANOTILHO, J. J. – “Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo”, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.º 1, Junho/1994, Almedina, Coimbra.

GUDIN, Charles-Étienne – “Le droit d’être entendu dans les procédures communautaires”, in RAE n.º 4, 1994, págs. 42-48.

GYSELEN, Luc – “La transparence en matière d’aides d’état: Les droits des tiers”, in CDE n.º 3 e 4, 1993, págs. 417-444.

HARTLEY, T.C. – “The Foundations of European Community Law”, 3.ª edição, Oxford, Clarendon Law Series, 1994.

HUBER, Peter M. – “ ‘Aiuti’ ex artt. 87 e 88 del trattato CE 1999 e tutela dell’affidamento nel diritto comunitario e nel diritto amministrativo nazionale”, in RTDP, n.º 2, Giuffrè Editore, Milano, 2000, págs. 321-341.

LENAERTS, Koen; YPERSELE, Patrick Van – “Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l’article 3B do Traité CE”, in CDE, n.º 1-2, 1994, págs. 3-83.

LENAERTS, Koen; VANHAMME, Jan – “Procedural rights of private parties in the community administrative process”, Common Market Law Review, n.º 3, Kluwer Law International, Junho/1997, págs. 531-569.

LOCKHART, Nicolas J.S.; WEILER, J. H. H. – “ ‘Taking rights seriously’ seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence – part I”, in CMLR, vol. 32, n.º 1, 1995, Netherlands, págs. 51-94.

LOUREIRO, João Carlos – O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações), *Studia Iuridica* n.º 13, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

MACHETE, Pedro – A audiência dos interessados no procedimento administrativo, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996.

MAHER, Imelda – “Legislative review by EC Commission: Revision without radicalism”, New legal dynamics of European Union, direcção de Jo Shaw e Gillian More, Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 235-251.

MENUDO, Francisco López – “Los principios generales del procedimiento administrativo”, in *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Monografias Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1993, págs. 91 a 158.

MEYER, Hans – “El procedimiento administrativo en la Republica Federal de Alemania”, *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Monografias Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1993, págs. 281-316.

MIRANDA, Jorge – “O Direito de informação dos administrados”, in *O Direito* n.º III/IV, 1988, Lisboa, págs. 457-462.

MOTA DE CAMPOS, João – *Direito Comunitário*, vol. I, 8.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

MOTA DE CAMPOS, João – *Direito Comunitário*, vol. II, 4.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1994.

NEHL, Hanns Peter – *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

ORTEGA, Marta – “El acceso de los particulares a la justicia comunitaria”, *Ariel Practicum*, Barcelona, 1999.

OTERO, Paulo – *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

PAPADOPOULOU, Rébecca-Emmanuèla – *Principes généraux du droit et droit communautaire, origines et concrétisation*, Sakkoulas, Athenes, Bruylant, Bruxelles, 1996.

PAULIS, Emil – “La position de la partie plaignante en matière de concurrence”, in *RTDE*, n.º 4, 1987, págs. 621-632.

PEREIRA da SILVA, Vasco – “Verdes são também os direitos do homem”, in *Studia Iuridica*, n.º 40, Congresso Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, 1999, págs. 127-140.

PEREIRA da SILVA, Vasco – *Em busca do acto administrativo perdido*, Colecção Teses, Livraria Almedina, Coimbra, 1996.

PEREIRA da SILVA, Vasco – *Para um contencioso administrativo dos particulares, esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989.

QUADROS, Fausto de – *A nova dimensão do direito administrativo. O direito administrativo português na perspectiva comunitária*, Almedina, Coimbra, 1999.

QUADROS, Fausto de – *Direito das Comunidades Europeias*, Sumários desenvolvidos, AAFDL, 1983.

QUADROS, Fausto de – *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995.

RICARDO, Fernando Pereira – A aplicação dos artigos 85.º e/ou 86.º do TCE, a título incidental, pelos tribunais portugueses, AAFDL, Lisboa, 1999.

SALA, Giovanni – “Parti e interessi tra procedimento e processo: la formazione della materia del giudizio”, *in* Diritto processuale amministrativo n.º1/1998, Giuffrè Editore, Milano, 1998, págs. 49-66.

SCHMIDT-ASSMANN, E. – “El procedimiento administrativo en el derecho comparado”, Monografias Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1993, pp. 317-337.

SCHWARZE, Jürgen – “Droit Administratif Européen”, vol. II, Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, Bruylant, 1994.

SCHWARZE, Jürgen – “Tendances vers un droit administrative commun en Europe”, *in* RTDE, n.º 29 (2), Abr.-Jun 1993, págs. 235-245.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel – “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, *in* Cadernos de Ciência de Legislação n.º 9/10, INA, 1994, págs. 133-164.

SIMON, Denys – “Le système juridique communautaire”, Presses Universitaires de France, 2.ª ed., 1998.

SLOT, Piet Jan – “EC Policy on State aid: are the procedures ‘user friendly’? The rights of third parties”, *in* Understanding State Aid Policy in the European Community: Perspectives on Rules and Practice, Sanoussi Bilial and Phedon Nicolaidis Editors, European Institute of Public Administration, Maastrich, Netherlands, 1999, págs. 81-97.

SOUSA, António Francisco de – “A discricionariedade administrativa”, Editora Danúbio, Lisboa, 1987.

SPANOU, Calliope – “La integración europea en términos administrativos: un marco para el análisis y el caso griego”, *in* Gestión y Análisis de Políticas Públicas, n.º 15, 1999, págs. 39-50.

VAZQUEZ, Javier Barnès – “Hacia el derecho público europeo”, *in* El procedimiento administrativo en el derecho comparado, Monografias Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1993, págs. 31-56.

VERHOEVEN, Amaryllis – “How democratic need European Members be? Some thoughts after Amsterdam”, *in* ELR, Junho de 1998, p. 218.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C.– “O dever da fundamentação expressa de actos administrativos”, Coleção Teses, Almedina, 1992.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C.– Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Almedina, Coimbra, 1987.

VITORINO, António – “La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne”, *in* RDUE n.º 3/2000, págs. 499-508.

WEBER, Albrecht – “Comunidad Europea, el procedimiento administrativo en el derecho comunitario, El procedimiento administrativo en el derecho comparado”, *in* Monografias Civitas, 1.^a ed., Madrid, 1993, págs. 57-90.

WINTER, Jan A. – “The rights of complainants in state aid cases: judicial review of commission decisions adopted under article 88 (ex 93) EC”, *in* CMLR, n.º 3, vol. 36, 1999, págs. 521-568.

JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA UTILIZADA

Regras de concorrência aplicáveis às empresas – artigos 81.º a 85.º do TCE

Ac. de 23.10.74, Transocean Marine Paint Association/Comissão, Proc. 17/74, Rec. 1974, p. 1063.

Ac. de 13.02.79, Hoffman-La Roche & CO.AG/Comissão, Proc. 85/76, Rec. 1979, pág. 461.

Ac. de 26.06.80, National Panasonic/Comissão, Proc. 136/79, Rec. 1980, pág. 2033.

Ac. de 10.07.80, Distillers/Comissão, Proc. 30/78, Rec. 1980, pág. 2229.

Ac. de 22.10.86, Metro/Comissão, Proc. 75/84, Col. 1986, pág. 3021.

Ac. de 17.11.87, BAT and Reynolds/Comissão, Proc. 142 e 156/84, Col. 1987, pág. 4487.

Ac. de 17.10.89, Dow Chemical Iberica SA/Comissão, Proc. 97, 98 399/87, Col. 1989, pág. 3165.

Ac. de 18.05.94, BEUC/Comissão, Proc. T-37/92, Col. 1994, pág. II-285.

Ac. de 24.01.95, Ladbroke Racing/Comissão, Proc. T-74/92, Col. 95, pág. II-115.

Ac. de 27.04.95, Vittel/Comissão, Proc. T-12/93, Col. 1995, pág. II-1247.

Ac. de 29.06.95, Solvay/Comissão, Proc. T-31/91, Col. 1995, pág. II-1821.

Ac. de 18.09.95, Ladbroke Racing/Comissão, Proc. T-548/93, Col. 1995, pág. II-2565.

Ac. de 18.03.97, Caso Guérin Automobiles/Comissão, C-282/95, pág. I-1503.

Ac. de 27.11.97, Kaysersberg/Comissão, Proc. T-290/94, Col. 1997, pág. II-2137.

Auxílios de estado – artigos 87.º a 89.º do TCE

- Ac. de 14.11.84, Intermils/Comissão, Proc. 323/82, Rec. 1984, pág. 3809.
- Ac. de 28.01.86, Cofaz/Comissão, Proc. 169/84, Col. 86, pág. 391.
- Ac. de 24.11.87, RSV/Comissão, Proc. 223/85, Col. 1987, pág. 4617.
- Ac. de 02.02.88, Van der Kooy/Comissão, Proc. 67, 68, 70/85, Col. 88, pág. 219.
- Ac. de 21.03.90, Reino da Bélgica/Comissão, Proc. C-142/87, Col. 90, pág. I-959.
- Ac. de 20.09.90, Comissão/Alemanha, Proc. C-5/89, Col. 1990, pág. I-3437.
- Ac. de 19.05.93, William Cook/Comissão, Proc. C-198/91, Col. 93, pág. I-2487.
- Ac. de 18.09.95, Tiercé Ladbroke SA/Comissão, Proc. T-471/93, Col. 95, pág. II-2537.
- Ac. de 28.09.95, Sytraval/Comissão, Proc. T-95/94, Col. 95, pág. II-2651.
- Ac. de 05.06.96, Kahn Scheepvaart/Comissão, Proc. T-398/94, Col. 96, pág. II-477.
- Ac. de 22.10.96, Skibsvaerftsforeningen e o./Comissão, Proc. T-266/94, Col. 96, pág. II-1399.
- Ac. de 20.03.97, Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland, Proc. C-24/95, Col. 1997, pág. I-1591.
- Ac. de 18.02.98, Comité d'entreprise de la SFP /Comissão, Proc. T-189/97, Col. 98, pág. II-339.
- Ac. de 02.04.98, Comissão/Sytraval, Proc. C-367/95P, Col. 98, pág. I-1719.
- Ac. de 15.09.98, BP Chemicals/Comissão, T-11/95, Col. 98, p. II-3235.
- Ac. de 16.09.98, Waterleiding/Comissão, Proc. T-188/95, Col. 98, pág. II.
- Ac. de 17.06.99, ARAP/Comissão, Proc. T-82/96, Col. 99, pág. II-1893.

Regras de concorrência aplicáveis às empresas públicas (em sentido amplo) – artigo 86.º do TCE

- Ac. de 12.02.92, Países Baixos e PTT Nederland/Comissão, Proc. C-48/90 e C-66/90, Col. 1992, pág. I-565.
- Ac. de 27.10.94, Ladbroke Racing/Comissão, Proc. T-32/93, Col. 1994, pág. II-1015.

Ac. de 24.01.95, BEMIM/Comissão, Proc. T-114/92, Col. 1995, pág. II-147.

Ac. de 19.06.97, Air Inter SA/Comissão, Proc. T-260/94, Col. 97, pág. II-997.

Ac. de 08.07.99, Vlaamse Televisie/Comissão, Proc. T-266/97, Col. 99, II-2329.

Antidumping

Ac. de 29.03.79, NTN Toyo Bearing/Conselho, Proc. 113/77, Rec. 79, pág. 1185.

Ac. 21.02.84 Allied/Comissão, Proc. 239/82, Rec. 1994, pág. 1005.

Ac. de 20.03.85, Timex/Conselho e Comissão, Proc. 264/82, Rec. 85, pág. 849.

Ac. de 08.07.87, SA Sermes/Comissão, Proc. 279/86, Col. 87, pág. 3109.

Ac. de 16.05.91, Extramet Industrie/Conselho, Proc. C-358/89, Col. 91, pág. I-2501.

Ac. de 27.06.91, Al-Jubail/Conselho, Proc. C-49/88, Col. 91, pág. I-3187.

Ac. 22.10.91, Eugen Nölle/Hauptzollamt, Proc. C-16/90, Col. 1991, pág. I-5163.

Ac. de 28.11.91, BEUC/Comissão, Proc. C-170/89, Col. 91, pág. I-5709.

Ac. de 18.09.95, Detlef Nölle/Conselho e Comissão, Proc. T-167/94, Col. 1995, pág. II-2589.

Ac. de 11.07.96, Sinochem/Conselho, T-161/94, Col. 1996, pág. II-695.

Ac. de 25.09.97, Shangai Bicycle/Conselho, T-170/94, Col. 97, pág. II-1383.

Ac. 15.12.99, Petrotub/Conselho, T-33/98 e T-34/98, não publicado.

Ac. de 20.06.00, Euromin/Conselho, T-597/97, não publicado.

Ac. de 03.10.00, Industrie des poudres sphériques/Comissão, Proc. C-458/98, não publicado.

Pauta aduaneira

Ac. de 21.11.91, Hauptzollamt München-Mitte/Technische Universität, Proc. C-269/90, Col. 91, pág. I-5469.

Ac. de 09.11.95, France-Aviation/Comissão, Proc. T-346/94, Col. 95, pág. II-2841.

Ac. de 19.02.98, Eyckeler & Malt AG/Comissão, Proc. T-42/96, Col. 98, pág. II-401.

Ac. de 17.09.98. Primex Produkte Import, Proc. T-50/96, Col. 98, pág. II-3773.

Ac. de 18.01.00, Mehibas/Comissão, Proc. T-290/97, não publicado.

Fundos comunitários e apoios financeiros

Ac. de 21.09.83, Deutsche Milchkontor/Alemanha, Proc. 205 a 215/82, Rec. 1983, p. 2633.

Ac. de 07.05.91, Isidoro Oliveira/Comissão, Proc. C-304/89, Col. 1991, pág. I-2283.

Ac. de 03.12.92, Borelli/Comissão, Proc. C-97/91, Col. 1992, pág. I-6313.

Despacho de 21.10.93, Nutral/Comissão, Proc. T-492/93, Col. 1993, pág. II-1023.

Ac. de 06.12.94, Lisrestal/Comissão, Proc. T-450/93, Col. 1994, pág. II-1177.

Ac. de 23.11.95, Nutral/Comissão, Proc. C-476/93 P, Col. 1995, pág. I-4125.

Ac. de 13.12.95, Windpark Groothusen/Comissão, Proc. T-109/94, Col. 95, pág. II-3007.

Ac. de 24.10.96, Comissão/Lisrestal, Proc. C-32/95P, Col. 96, pág. I-5373.

Ac. de 14.05.98, Windpark Groothusen/Comissão, Proc. C- 48/96P, Col. 98, pág. I-2873.

Agricultura

Ac. de 25.11.86, Klensch/Luxemburgo, Proc. 201 e 202/85, Colec. 1986, pág. 3477.

Ac. de 13.07.89, Wachauf/Bundesamt, Proc. 5/88, Col. 1989, pág. 2609.

Ac. de 13.12.95, Vereniging/Comissão, Proc. T-481/93 e T-484/93, Col. 95, pág. II-2941.

Ac. de 30.09.97, Federolio/Comissão, Proc. T-122/96, Col. 97, pág. II-1561.

Funcionalismo público

Ac. de 28.05.80, Richard Kuhner/Comissão, Proc. 33 e 75/79, Rec. 80, pág. 1677.

Outros

Ac. de 15.07.63, Plaumann/Comissão, Proc. 25/62, Rec. 63, pág. 199.

Ac. de 04.07.63, Alemanha/Comissão, Proc. 24/62, Rec. 63, pág. 131.

Ac. 09.03.78, Amministrazione della Finanze/Simmenthal, Proc. 106/77, Rec. 1978, pág. 629.

Ac. de 18.05.82, AM & S/Comissão, Proc. 155/79, Rec. 1982, pág. 1575.

Ac. 04.10.83, Fediol/Comissão, Proc. 191/82, 1983, Rec. 83, pág. 2913.

Ac. de 23.04.86, Os Verdes/Parlamento, Proc. 294/83, Col. 86, pág. 1339.

Ac. de 15.10.87, Unectef/Heylens, Proc. 222/86, Colec. 1987, pág. 4097.

Ac. de 21.11.89, Caso Usines Coopératives/Comissão, Proc. 244/88, Col. 89, pág. 3811.

Ac. de 29.05.97, Kremzow/Áustria, Proc. C-299/95, Col. 1997, pág. I-2629.

Ac. de 17.07.97, Leur-Bloem/Inspector, Proc. C-28/95, Col. 1997, pág. I-146.