

Reflexões a propósito do acórdão *PO Kokkelvisserij* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: do direito de resposta às conclusões do advogado-geral junto do TJUE

PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS*

1. Introdução

I. Como é amplamente sabido, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”)¹ é composto por duas categorias de magistrados: os juízes, a quem compete decidir os litígios e administrar a justiça, e os advogados-gerais que assumem um papel auxiliar do tribunal, garantindo «uma reflexão prévia, fundamentada e alargada»² dos argumentos das partes na procura de uma solução justa para o caso concreto.

* Assistente da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Seguindo as alterações de nomenclatura introduzidas pelo Tratado de Lisboa (cf. artigo 19.º, n.º 1, TUE), referimo-nos ao TJUE para identificar a instituição jurisdicional da União globalmente considerada, sem precisão dos concretos órgãos jurisdicionais que a integram – incluindo, portanto, o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e os tribunais especializados – reservando a expressão curta – Tribunal de Justiça (“TJ”) – para identificar o órgão jurisdicional colocado no topo da hierarquia dos tribunais da União. Para uma análise das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa relativamente ao TJUE vide BARENTS, René, *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, in *Common Market Law Review*, 2010, 47(3), p. 709-728.

² Cf. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito comunitário*, Coimbra, Almedina, 5.ª ed., 2008, p. 159. Notando que parece haver pouco escrutínio público na nomeação dos juízes

Existem presentemente oito advogados-gerais junto do TJUE³, não vigorando neste domínio o princípio da igualdade dos Estados, ao contrário o que sucede com o número de juízes⁴. Os trabalhos preparatórios dos tratados originários demonstram que, à data, o cargo de advogado-geral foi inspirado na figura dos *commissaires du gouvernement* junto do Conselho de Estado francês⁵.

Nas suas origens, os *commissaires du gouvernement* confundiam-se, na sua denominação, com procuradores do ministério público⁶, muito embora a sua independência fosse amplamente reconhecida, e apenas tenha sido posta em causa uma vez, por ocasião do confisco pelo Estado dos bens da família de Orleães no Segundo Império. Por decisão proferida pelo *Conseil d'Etat*, em 1957, a sua função parece ter ficado definitivamente clarificada⁷:

do TJUE, e nenhum escrutínio por parte das instituições da União *vide* KENNEY, Sally J., *The members of the Court of Justice of the European Communities*, in *Columbia Journal of European Law*, 1998-1999, 5, p. 102.

³ Cf. artigo 252.º TFUE. Alguns autores falam em procuradores-gerais, não sendo todavia esta a designação oficial constante dos Tratados. Cf. QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra, *Contencioso Comunitário*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 29 ss.

⁴ Cf. Artigo 19.º, n.º 2 TUE. Note-se que mesmo entre os juízes nem sempre foi assim. Aquando da adesão da Grécia, o TJUE pediu a alteração do número de juízes para onze nos termos do então § 4 do artigo 221.º TCE, o que o Conselho veio a fazer em 1981. Com a adesão de Portugal e Espanha, em 1986, passaram a treze os juízes do TJ, tendo subido para quinze com a adesão da Áustria, Suécia e Finlândia, em 1995, retomando-se o princípio inicial. O TJ nem sempre pugnou nesse sentido, como ficou claro no *memorandum* de 1978, onde dizia pretender ser constituído por dezassete juízes. Para uma evolução do número de membros do TJUE *vide* DIREITO, Sérgio Saraiva, *A figura do advogado-geral no contencioso comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 92 ss.

⁵ Neste sentido *vide* RITTER, Cyril, *A New Look at the Role and Impact of Advocates-General: Collectively and Individually*, in *Columbia Journal of European Law*, 2005-2006, 12, p. 751, mencionado o relatório da delegação francesa, de 1951, sobre o TCECA. RITTER aponta ainda para a origem dos *commissaires de gouvernement* no ano de 1831. A figura apresenta ainda similitudes com a Advocacia-Geral da União brasileira e a figura do *amicus curiae* existente em alguns países anglo-saxónicos. Para uma análise dos antecedentes e de figuras afins aos advogados-gerais *vide* DIREITO, Sérgio Saraiva, *A figura do advogado-geral no contencioso comunitário*, pp. 38 ss e pp. 101 ss.

⁶ GENEVOIS, Bruno, *Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2000, 16(6), p. 1207. O autor aponta para a denominação insatisfatória de *commissaires du gouvernement*, mas reconhece o seu importante papel no contencioso administrativo francês.

⁷ Acórdão do *Conseil d'Etat*, de 10 de Julho de 1957, no caso *Gervaise*.

«Il a pour mission d'exposer [à la formation de jugement] les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droits applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction».

II. A instituição do advogado-geral junto do TJUE ficou a dever-se às características particulares do contencioso da União. Tem-se considerado que a sua existência, e bem assim das suas conclusões, atenua o facto de grande parte das decisões do TJUE serem adoptadas em primeira e única instância, após deliberação secreta, e sem possibilidade de emitir votos de vencido⁸. A sua contribuição jurisprudencial pretende, também, completar uma ordem jurídica por natureza fragmentária⁹.

A designação dos advogados-gerais junto do TJUE assenta essencialmente em dois vectores de índole pessoal – a independência e a qualificação técnica –, dependendo do consenso dos Estados, e é feita por um período razoavelmente longo¹⁰. Os advogados-gerais são escolhidos, à semelhança dos juízes, de entre personalidades que ofereçam

⁸ Associado, em geral, pela doutrina à ausência de possibilidade de votos de vencido outros autores têm notado que com a criação dos advogados-gerais se pretendeu criar um mecanismo de garantia para o facto de, em muitos casos, o TJUE actuar como tribunal de primeira e última instância. Cf. JACOBS, Francis, *Advocate General and Judges in the European Court of Justice: Some personal reflections*, in *Judicial Review in European Union Law*, Editado por David O'Keefe e Antonio Bavaso, 2000, pp. 17 e 20. Notando que os advogados-gerais compensam a ausência de votos de vencido do TJUE, ultrapassando a sensação de unanimidade que preside às decisões *vide*, nomeadamente, RITTER, Cyril, *A New Look at the Role and Impact of Advocates-General*, p. 763; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União Europeia: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Coimbra, Almedina, 6.^a Ed., 2010, p. 230.

⁹ *Vide* Conclusões do advogado-geral no caso *Arben Kaba* (Acórdão de 6 de Março de 2003, *Kaba*, Proc. C-466/00, Rec. 2003, p. I-2219), parágrafo 114.

¹⁰ São nomeados de comum acordo pelos governos dos Estados-membros por um período de seis anos e parcialmente substituídos de três em três anos, nas condições previstas no Estatuto. Apesar de não haver nenhum requisito de nacionalidade, juízes e advogados-gerais têm sido sempre cidadãos do Estado que os designou. Inicialmente cinco Estados tinham direito a ter um advogado-geral em permanência, nos termos da Declaração comum relativa ao artigo 31.º da decisão que adapta os instrumentos de adesão dos novos Estados-membros à União Europeia, JO L 1, de 01/01/1995, p. 0221. Actualmente, por acordo não escrito, quatro cargos de advogado-geral são atribuídos a título permanente à Alemanha, à França, à Itália e ao Reino Unido, sendo os quatro restantes atribuídos rotativamente aos demais Estados-membros.

todas as garantias de independência e reúnam as condições exigidas, nos respectivos países, para o exercício das mais altas funções jurisdicionais, ou que sejam jurisconsultos de reconhecida competência¹¹.

O Tribunal Geral (“TG”) não inclui advogados-gerais, mas os seus juízes podem ser chamados, nas condições previstas pelo Regulamento de Processo, a exercer a função de advogado-geral, não podendo nesse caso participar na elaboração do acórdão que vier a ser proferido no respectivo processo¹². Não está ainda prevista a intervenção de advogados-gerais no âmbito dos tribunais especializados.

Aos advogados-gerais compete nos termos do Tratado e do Estatuto do Tribunal de Justiça (“TJ”) apresentar publicamente, com toda a imparcialidade e independência, *conclusões fundamentadas* sobre as causas a decidir pelo TJ, excepto sobre aquelas que o tribunal considerar como não suscitando questões de direito novas¹³. A missão dos advogados-gerais não é, pois, representar o interesse geral da União, já que isso é assegurado pelos serviços jurídicos das diferentes instituições, e, em particular, pela Comissão. A sua missão é, sim, «servir o direito, de acordo com critério objectivos e sem atender a qualquer categoria de interesses»¹⁴. Nestes termos, os advogados-gerais estão sujeitos ao mesmo estatuto que os juízes, nomeadamente no que se refere às imunidades e às causas de impedimento, participando pública e pessoalmente no processo de elaboração da decisão do TJ e, por conseguinte, no desempenho da função jurisdicional confiada ao tribunal.

As funções e o estatuto dos advogados-gerais estabelecidos inicialmente no Tratado de Roma permaneceram, na sua essência, intocados ao longo das sucessivas revisões dos Tratados. O Tratado de Nice viria a prever a possibilidade de o TJ decidir sem necessidade de audição do advogado-geral nos casos onde não se suscitassem questões novas¹⁵, e mais recentemente, o Tratado de Lisboa introduziu a necessidade de consultar, previamente à sua nomeação, um comité estabelecido pelo

¹¹ Cf. artigo 253.º TFUE.

¹² Cf. artigo 49.º do Estatuto do TJ e artigos 2.º, n.º 2, 17.º a 19.º do Regulamento do Processo do TG. Notando que esta possibilidade é muito raramente utilizada, *vide* RITTER, Cyril, *A New Look at the Role and Impact of Advocates-General*, p. 12. Para uma análise histórica da conveniência da existência de advogados-gerais no TG *vide* DIREITO, Sérgio Saraiva, *A figura do advogado-geral no contencioso comunitário*, p. 162 ss.

¹³ Cf. artigos 252.º do TFUE e 20.º, último parágrafo do Estatuto do TJ.

¹⁴ Cf. DIREITO, Sérgio Saraiva, *A figura do advogado-geral no contencioso comunitário*, p. 63.

¹⁵ Cf. artigo 20.º do Estatuto do TJ.

Conselho «composto por sete personalidades, escolhidas de entre antigos membros do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, membros dos tribunais supremos nacionais e juristas de reconhecida competência, um dos quais será proposto pelo Parlamento Europeu»¹⁶ a quem compete dar parecer sobre a adequação dos candidatos ao exercício das funções de juiz ou de advogado-geral junto do TJ e do TG.

III. As conclusões dos advogados-gerais, apresentadas depois de encerrada a fase oral do processo e imediatamente antes da prolação do acórdão pelo tribunal, não se encontram sujeitas a debate contraditório entre as partes, o que, tendo sido já afirmado pelo próprio TJ¹⁷, tem suscitado dúvidas à luz do direito fundamental a um processo contraditório garantido pelo n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (“CEDH”)¹⁸.

Na verdade, a «instituição da contradição eficaz implica a necessidade de pôr à disposição dos interessados todas as regras processuais, concedendo-lhes a possibilidade de conhecer os motivos de uma decisão que os pode afectar, bem assim como de lhes responder»¹⁹. O princípio do contraditório convive, assim, de perto com o *direito de audiência* que pretende, por sua vez, evitar as “decisões surpresa”. Modernamente destaca-se ainda no princípio do contraditório o direito de influenciar a decisão, ou seja de «incidir activamente no desenvolvimento e êxito do processo»²⁰.

¹⁶ Cf. artigo 255.º TFUE.

¹⁷ Despachos de 4 de Fevereiro de 2000, *Emesa Sugar*, Proc. C-17/98, Rec. 2000, p. I-665 e Acórdão de 8 de Fevereiro de 2000, *Emesa Sugar*, Proc. C-17/98, Rec. 2000, p. I-675; Acórdão de 10 de Fevereiro, *Schröder*, Proc. C-50/96, Rec. 2000, p. I-743; Acórdão de 10 de Fevereiro de 2000, *Vick e Conze*, Proc. apensos C-234/96 e C-235/96, Rec. 2000, p. I-799; Conclusões do advogado-geral no caso *Arben Kaba*, Proc. C-466/00.

¹⁸ Cf. PALLARO, Paolo, *Il diritto all'equo processo nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionali*, 2000, 39(3), p. 509; CRAIG, Paul; DE BURCA, Grainne, *EU Law: Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 4.ª Ed., 2008, p. 426. Note-se, todavia, que o artigo 61.º do Regulamento de Processo do TJ permite que, ouvido o advogado-geral, seja reaberta a fase oral do processo, de forma a impedir que o caso seja decidido com base num argumento não debatido entre as partes.

¹⁹ DIREITO, Sérgio Saraiva, *A figura do advogado-geral no contencioso comunitário*, p. 125, 126, nota 264.

²⁰ FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais à luz do Código Revisto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.º Ed., 2006, pp. 96, 97.

O princípio perpassa igualmente todo o contencioso da União. Assim, e apenas a título de exemplo, as partes têm obrigatoriamente de ser ouvidas antes da decisão de apensação de processos²¹, da realização de diligências instrutórias²², da dispensa de prestação de juramento pelas testemunhas ou pelos peritos²³, da decisão de adiar o julgamento²⁴, da renovação ou ampliação das diligências instrutórias²⁵, no processo de tramitação acelerada²⁶, e na divergência sobre despesas reembolsáveis²⁷.

2. O caso *PO Kokkelvisserij*²⁸

I. No caso *PO Kokkelvisserij*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”) teve a oportunidade de se pronunciar, pela primeira vez, sobre a figura do advogado-geral junto do TJUE, e nomeadamente sobre a questão de saber se a ausência da possibilidade de resposta às suas conclusões violava ou não o artigo 6.º da CEDH.

O caso, que começou por correr termos nos tribunais holandeses, opôs uma associação holandesa – a *Cooperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij U.A.* – ao Governo dos Países Baixos. Nesta acção, a requerente impugnou uma decisão do *Raad van State*, que havia anulado uma decisão do Secretário de Estado da Agricultura concedendo uma licença para a pesca mecânica de berbigão, com fundamento na violação do direito a um processo equitativo protegido pela CEDH.

No âmbito do litígio principal, o Conselho de Estado holandês dirigiu uma questão prejudicial ao TJUE relativa à interpretação da Directiva 92/43, sobre a preservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens (a chamada “Directiva Habitats”). No âmbito desse reenvio prejudicial, o particular requereu a reabertura da fase oral do processo, alegando que alguns dados constantes das conclusões do advogado-geral estavam, factual e juridicamente, errados²⁹. O TJUE recusou, todavia,

²¹ Cf. artigo 43.º do Regulamento do Processo do TJ.

²² Cf. artigo 45.º, n.º 1 do Regulamento do Processo do TJ.

²³ Cf. artigos 47.º, n.º 5, § 3, e 49.º, n.º 6, § 3, do Regulamento do Processo do TJ.

²⁴ Cf. artigo 55.º, n.º 2, § 2, do Regulamento do Processo do TJ.

²⁵ Cf. artigo 60.º do Regulamento do Processo do TJ.

²⁶ Cf. artigo 62.º-A do Regulamento do Processo do TJ.

²⁷ Cf. artigo 74.º do Regulamento do Processo do TJ.

²⁸ *Cooperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Países Baixos*, n.º 13645/05, TEDH, 20 de Janeiro de 2009.

²⁹ Acórdão de 7 de Setembro de 2004, *Waddenvereniging et Vogelsbeschermingvereniging*, Proc. C-127/02, Rec. 2004, p. I-7405.

esse pedido, alegando que não obstante a possibilidade de reabertura da fase oral do processo se encontrar prevista no artigo 61.º do Regulamento do Processo, a mesma só se verifica quando o tribunal considera que foi insuficientemente informado ou que o caso deve ser decidido com base num argumento não discutido pelas partes³⁰. Assim sendo, não tendo a requerente, no entender do TJUE, apresentado informações precisas suficientes que sugerissem que a reabertura da fase oral se revelava útil ou necessária ao julgamento da causa, o pedido foi-lhe negado. Nesta sequência, o TJUE veio a decidir a questão prejudicial no sentido sugerido pelas conclusões apresentadas pelo advogado-geral no processo.

Devolvido o processo ao *Raad van State*, a requerente alegou que o acórdão do TJUE deveria ser desconsiderado no caso concreto, tendo em conta que a impossibilidade de responder às conclusões do advogado-geral junto do TJUE tinha violado o seu direito a um processo equitativo. O *Raad van State* recusou, porém, este entendimento, considerando que a decisão proferida no litígio principal se baseava apenas em argumentos discutidos pelas partes no âmbito do processo nacional, sem influência de nenhuma das questões suscitadas pelo advogado-geral nas suas conclusões.

II. Nesta sequência contra os Países Baixos, a PO Kokkelvisserij apresentou uma queixa individual junto do TEDH. A confirmação por parte deste último tribunal de que existira efectivamente uma violação do artigo 6.º da CEDH poderia afectar gravemente as relações entre as jurisdições de Estrasburgo e do Luxemburgo, e poderia ter consequências consideráveis na organização processual do TJUE³¹. Não foi, todavia, isso que aconteceu.

Na sua decisão, o TEDH começou por evidenciar que o artigo 6.º da CEDH se devia considerar aplicável ao procedimento hoje constante do artigo 267.º TFUE, e que no caso concreto o mesmo procedimento havia afectado os direitos e obrigações civis dos requerentes³². Todavia, relativa-

³⁰ Despacho de 28 de Abril de 2004, *Waddenvereniging et Vogelsbeschermingvereniging*, Proc. C-127/02, Não publicado.

³¹ VAN DE HEYNING, Catherine, *Case Comment PO Kokkelvisserij v. The Netherlands*, Application no. 13645/05, Judgment of 20 January 2009, in *Common Market Law Review*, 2009, 46(6), p. 2118.

³² Sobre o âmbito de aplicação do artigo 6.º da CEDH *vide* por exemplo, FABRE, Martine, *Le droit à un procès équitable: étude de jurisprudence sur l'application de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH*, in *La Semaine Juridique*, 1998, 72(31-35), p. 1425; SPADEA, Giovanni, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU*

mente à questão de saber se houvera violação do artigo 6.º, no caso concreto, o TEDH começou por considerar que a Comunidade Europeia – hoje União – tem personalidade jurídica internacional³³ e não é, por ora, parte na CEDH. Consequentemente, a CEDH não se aplicaria *rationae materiae* ao caso *sub judice*, devendo as queixas apresentadas directamente contra a União ser consideradas inadmissíveis nos termos do n.º 4 do artigo 30.º da CEDH³⁴. Não obstante, uma tal constatação não dispensava o TEDH de averiguar se os Países Baixos tinham incorrido numa violação da CEDH.

Aqui, o TEDH recordou a decisão proferida no caso *Boivin*³⁵ onde o mesmo tribunal considerou que uma decisão adoptada por um tribunal internacional não sujeito à jurisdição das partes contratantes, no âmbito de um conflito laboral entre o queixoso e uma organização internacional dotada de personalidade jurídica independente, não podia ser controlada à luz da CEDH. Não obstante, o caso *PO Kokkelvisserij* deveria ser diferenciado, na medida em que envolvia uma queixa baseada na intervenção directa do TJUE requerida por um tribunal nacional no âmbito de um processo pendente na ordem jurídica interna. Neste tipo de casos, não se podia, por conseguinte, considerar que o Estado não se encontrava, de forma alguma, envolvido no litígio.

Seguidamente, recordando a sua doutrina *Bosphorus*³⁶, e a presunção de cumprimento aí estabelecida, o TEDH considerou que não se verificara, no caso concreto, uma manifesta insuficiência protecção. Certo que o TEDH chamou a atenção para o facto de o caso *sub judice* não ser totalmente idêntico ao caso *Bosphorus Airways*, uma vez que a questão central não se reconduzia à implementação pelo Estado-membro de um acto da União, mas às concretas garantias oferecidas pelo sistema jurisdicional da União. Não obstante, segundo o TEDH, a natureza específica do mecanismo do reenvio prejudicial não podia ser ignorada³⁷. Este trata-se, na verdade, de

e con cenni al caso italiano, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2000, 10(2) pp. 367-379.

³³ Hoje consagrada no artigo 47.º TUE.

³⁴ Vide Decisão *Confédération française démocratique du travail c. As Comunidades Europeias, e alternativamente: os Estados-membros, conjunta (a) ou separadamente (b)*, n.º 8030/77, Com.EDH, 10 de Julho de 1978.

³⁵ Acórdão *Boivin c. França e 33 outros Estados*, n.º 73250/01, TEDH, 9 de Setembro de 2008.

³⁶ Acórdão *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, n.º 45036/98, TEDH, 30 de Junho de 2005.

³⁷ O que já havia sido reconhecido já no caso *Pafitis e outros c. Grécia*, n.º 20323/92, TEDH, 26 de Fevereiro de 1998.

um mecanismo suscitado voluntariamente pelo tribunal nacional e cujo resultado é obrigatório para a jurisdição nacional. Desta forma, o TEDH deixou claro que a presunção-*Bosphorus* se aplica não só às actuações do Estado-membro, mas igualmente aos procedimentos adoptados pela própria organização internacional e, em particular, aos processos junto do TJUE.

A este respeito o TEDH recordou, por um lado, que a protecção assegurada no âmbito da organização internacional – no caso, a União – não precisa de ser idêntica à que é garantida pelo artigo 6.º da CEDH, e por outro, que a presunção de cumprimento apenas se considera ilidida, se nas circunstâncias de um caso concreto, se demonstrar que a protecção foi manifestamente deficiente. Neste âmbito, ao examinar se o processo junto do TJUE oferecia garantias que assegurassem uma protecção equivalente à garantida pela CEDH, o TEDH sublinhou a importância do artigo 61.º do Regulamento do Processo, uma possibilidade que segundo as conclusões da advogada-geral SHARPSTON apresentadas no caso *Government of the French Community and Walloon Government/ Flemish Government*³⁸, deve ser considerada realística e não meramente teórica. Ora, no caso *PO Kokkelvisserij*, o TJUE havia considerado que as requerentes não tinham feito prova da necessidade ou utilidade da reabertura da fase oral do processo. Ainda, o TEDH chamou a atenção para o facto de o tribunal nacional ter tido a possibilidade de iniciar um segundo reenvio prejudicial se considerasse que o primeiro acórdão era insuficiente para decidir o caso concreto, o que não fez. Por outro lado, a decisão final de anulação da licença de pesca da requerente não se tinha ficado a dever ao teor do acórdão prejudicial do TJUE.

Tudo visto e considerado, o TEDH considerou que a requerente não demonstrou que a protecção assegurada pelo sistema jurisdicional da União era manifestamente deficiente em consequência de não ter podido responder às conclusões do advogado-geral, falhando o propósito de ilidir a presunção segundo a qual os procedimentos seguidos pelo TJUE garantem uma protecção dos seus direitos processuais equivalente à assegurada pela CEDH. Em conformidade, a queixa foi considerada inadmissível por maioria dos juízes³⁹.

³⁸ Acórdão de 1 de Abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*, Proc. C-212/06, Rec. 2008, p. I-1683. Vide parágrafos 156-157 das conclusões da advogada-geral.

³⁹ Não tendo havido votos de vencido, fica por saber quais e quantas foram as resistências internas do TEDH a esta decisão.

III. Pelo exposto, pode concluir-se que ao ter decidido aplicar a doutrina *Bosphorus* ao caso *PO Kokkelvisserij*, o TEDH de alguma forma “fugiu à questão”, e evitou a difícil tarefa de se pronunciar directa e claramente sobre a eventual violação do artigo 6.º da CEDH decorrente da impossibilidade de resposta às conclusões do advogado-geral no contencioso da União.

Na verdade, o TEDH não entrou na análise dos motivos que levaram o TJUE a considerar que não devia proceder à reabertura da fase oral, nem tão-pouco dos argumentos das partes apresentados nesse sentido. Aqui, o TEDH aceitou em toda a linha a apreciação feita pelo TJUE a este propósito, ignorando o facto de a possibilidade de reabertura da fase oral constituir uma decisão discricionária daquele tribunal não dependente da vontade das partes. A decisão do TEDH ignorou ainda que, tendo em conta a evolução da jurisprudência do TJUE, são muito raros os casos em que houve efectivamente reabertura da fase oral, e que permanecem por elaborar orientações jurisprudenciais claras e precisas a este respeito.

Noutro plano, ao apontar para a garantia da possibilidade de um segundo reenvio prejudicial, o TEDH não teve em consideração que este mecanismo não se encontrava, igualmente, na disponibilidade da requerente, não constituindo um direito subjectivo das partes em processo, estando sempre dependente de uma apreciação discricionária do juiz nacional.

Não obstante, o TEDH parece ter sugerido que quanto menor for a influência do acórdão prejudicial na decisão final do caso concreto, maior a probabilidade de eventuais limitações dos direitos processuais das partes serem aceites pelo TEDH⁴⁰. Uma tal sugestão deixa em aberto a possibilidade de, no futuro, outros queixosos poderem valer-se da *intensidade dos efeitos* do acórdão prejudicial na sua situação jurídica de forma a evitar decisões semelhantes à proferida no caso *PO Kokkelvisserij*.

Por fim, deve notar-se que a aplicação da doutrina *Bosphorus* permitiu ao TEDH ignorar em toda a linha a sua jurisprudência anterior a propósito de figuras afins do advogado-geral existentes em alguns dos Estados contratantes da CEDH.

⁴⁰ Neste sentido *vide* também, VAN DE HEYNING, Catherine, *Case Comment PO Kokkelvisserij v. The Netherlands*, p. 2123. Este parece ter sido o argumento determinante para o *Raad van State*.

3. Do direito de “responder” ao advogado-geral

3.1 A jurisprudência do TEDH

I. O TEDH tem sido, por diversas vezes, chamado a pronunciar-se sobre a legalidade de certos institutos e normas nacionais relacionados com a tramitação processual e a organização judiciária dos Estados parte da CEDH, à luz das garantias estabelecidas no artigo 6.º e do direito a um processo equitativo. Neste domínio, o TEDH teve já a oportunidade de se pronunciar sobre o papel do ministério público, em particular junto dos tribunais superiores, quando os procuradores públicos intervêm sem que seja dada às partes o direito de responder à sua posição final. A discussão foi, com o tempo, alargada à figura dos *commissaires du gouvernement* que inspirou a figura dos advogados-gerais junto do TJUE. A questão que aqui se coloca é a de saber se a doutrina do TEDH sobre estas figuras é transponível para os advogados-gerais, uma vez que a analogia parece evidente: as partes não podem responder no contencioso da União às conclusões dos advogados-gerais e estas têm uma influência muito significativa na decisão do tribunal⁴¹.

II. No acórdão *Borgers*⁴², o TEDH começou por assumir uma postura rígida na interpretação do conceito de processo equitativo e das garantias que devem estar previstas nos sistemas nacionais para que estes sejam conformes com as exigências da CEDH. Neste caso colocaram-se essencialmente duas questões: em primeiro lugar, saber se (i) a impossibilidade de as partes, num processo criminal, perante a *Cour de Cassation*, responderem às conclusões do ministério público violava as exigências do processo contraditório e, em segundo lugar, saber se (ii) a presença de membros do ministério público na reunião de deliberação dos juízes comprometia aquele princípio. Tratavam-se, na verdade, de questões particularmente relevantes, uma vez que o ministério público assumia nestes processos a função de aconselhar o tribunal – ainda que de forma fundamentada, imparcial, independente e objectiva – sobre o sentido da decisão, e a sua presença na deliberação final fornecia-lhe uma oportunidade adicional de o fazer, sem a presença das partes.

⁴¹ Notando a extraordinária influência das conclusões dos advogados-gerais no sentido das decisões do TJUE *vide* RITTER, Cyril, *A New Look at the Role and Impact of Advocates-General*, pp. 757 ss.

⁴² Acórdão *Borgers c. Bélgica*, n.º 12005/86, TEDH, 30 de Outubro de 1991.

O TEDH, revogando a sua jurisprudência *Delcourt*⁴³, sublinhou no seu acórdão *Borgers* a importância das aparências na apreciação do respeito pelo princípio da igualdade de armas, e a sensibilidade acrescida da percepção pública de uma correcta administração da justiça⁴⁴. Muito embora não questionando a sua natureza objectiva e independente, o TEDH considerou que as conclusões do ministério público não podiam ser consideradas neutras, uma vez que tomavam partido em favor do acusado ou da vítima⁴⁵. À luz destas considerações, entendeu o tribunal que a restrição ao direito de resposta era inadmissível, considerando também que a presença do magistrado na reunião final de juizes potenciava o reforço da sua posição – ainda que tal sucedesse de forma meramente aparente – numa fase processual particularmente relevante, uma vez que antecedia imediatamente a tomada da decisão, e que, como tal, era incompatível com o princípio da igualdade de armas.

A decisão não foi unânime⁴⁶. Os votos de vencido orientaram-se essencialmente em torno de duas ideias fundamentais, sublinhando, por um lado, que o ministério público deve ser considerado um membro extraordinário do tribunal que participa no processo jurisdicional que conduz à decisão, e, por outro lado, que o TEDH havia dado excessiva importância à teoria das aparências, o que o levou a “intrrometer-se” nos sistema de organização processual dos Estados para além do que a CEDH permitia, agindo desta forma *ultra vires*⁴⁷. De acordo com os juizes que

⁴³ No caso *Delcourt* (n.º 2689/65), decidido por acórdão de 17 de Janeiro de 1970, o TEDH havia considerado que a presença dos procuradores-gerais durante as deliberações do Supremo Tribunal, no sistema processual belga, não violava o artigo 6.º da CEDH. Da mesma forma, a decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 9 de Dezembro de 1986, no caso *Kaufmann* (n.º 10938/84), considerou que a intervenção do ministério público belga, apesar de não sujeita a contraditório, não violava o artigo 6.º da CEDH, uma vez que aquele não ocupava uma posição assimilável às partes em processo.

⁴⁴ Cf. parágrafo 24 do acórdão. A teoria das aparências, tão cara ao TEDH, encontra as suas raízes num *dictum* de LORD HEWAT: «*it is not merely of some importance, but it is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*». Cf. DIREITO, Sérgio Saraiva, *A figura do advogado-geral no contencioso comunitário*, p. 130.

⁴⁵ Cf. parágrafo 26 do acórdão. Ficou em aberto, neste caso, a questão de saber se o ministério público deve ser considerado parte no processo, e como tal sujeito ao princípio da igualdade de armas.

⁴⁶ O caso foi julgado em tribunal pleno e a deliberação adoptada por maioria de dezoito contra quatro.

⁴⁷ Considerando excessiva a posição do TEDH, por entender que a mesma implica uma certa «cegueira histórica» relativamente a tradições jurídicas e instituições dos

votaram vencidos, apenas nos casos de violação grave e objectiva do artigo 6.º da CEDH, poderia e deveria o TEDH imiscuir-se nos sistemas nacionais de organização judiciária.

Em 1996, a questão voltaria a ser discutida no caso *Vermeulen*⁴⁸, que envolveu novamente o Estado belga. As questões aí suscitadas foram em tudo idênticas às que estavam em causa no caso *Borgers*, mas desta vez no âmbito do processo civil, o que levantava uma dificuldade adicional, já que neste domínio existem duas partes perfeitamente determinadas no processo. Todavia, na sua decisão, o TEDH considerou que a natureza das funções do ministério público não variam consoante a natureza do processo. Assim, relativamente à possibilidade de conhecimento e de resposta às conclusões do ministério público, que visavam ajudar o Tribunal de Cassação a decidir e contribuir para a manutenção da uniformidade da jurisprudência, o TEDH considerou que a impossibilidade de o recorrente replicar a estas conclusões antes do encerramento da audiência violava a regra do contraditório: com efeito, este direito implica, por princípio, a faculdade de as partes receberem e discutirem todos os documentos ou observações apresentadas ao juiz por uma magistratura independente, com vista a influenciar a sua decisão. Desta forma, no entender do TEDH, as conclusões do ministério público contêm um parecer que vale pela autoridade da instituição *per se* e que, como tal, se destinam a influenciar a decisão final do tribunal, devendo por isso estar sujeitas a contraditório entre as partes⁴⁹. Tinha, assim, sido violado o n.º 1 do artigo 6.º por dois motivos:

«[o] facto de não ter sido possível ao Sr. Vermeulen responder às conclusões do advogado-geral antes de terminada a audiência violou o direito ao processo contraditório. Este implica, em princípio, a faculdade de as partes em processo, penal ou civil, terem conhecimento de todas as peças e observações apresentadas ao juiz, ainda que por um magistrado independente, com vista a influenciar a sua decisão, e de as discutir (...).

Estados sedimentadas e aceites como justas, *vide* DIREITO, Sérgio Saraiva, *A figura do advogado-geral no contencioso comunitário*, p. 128.

⁴⁸ Acórdão *Vermeulen c. Bélgica*, n.º 19075/91, TEDH, 20 de Fevereiro de 1996, decidido por uma maioria de quinze votos contra quatro.

⁴⁹ A doutrina *Borgers* e *Vermeulen* foi transposta para o domínio laboral no acórdão *Lobo Machado c. Portugal*, n.º 15764/89, TEDH, 20 de Fevereiro de 1996, que curiosamente foi decidido por unanimidade. *Vide* ainda Acórdão *Van Orshoven c. Bélgica*, n.º 20122/92, TEDH, 25 de Junho de 1997; Acórdão *J.J. c. Países Baixos*, n.º 21351/93, TEDH, 27 de Março de 1998, e Acórdão *K.D.B. c. Holanda*, n.º 21981/93, TEDH, 27 de Março de 1998.

O Tribunal considera que essa circunstância em si mesma constituiu uma violação do artigo 6.º, n.º 1.

A violação em causa foi agravada pela participação do advogado-geral na deliberação do Tribunal da Cassação, ainda que no exercício de uma competência meramente consultiva. As deliberações conferiram, pelo menos na aparência, uma oportunidade adicional de defender as suas conclusões em privado, ao abrigo do contraditório⁵⁰.»

Mais tarde, o TEDH atenuaria o rigor da sua jurisprudência *Vermeulen*. Em *Reinhardt e Slimane-Kaïd*⁵¹, o tribunal, tendo em conta que a *Cour de Cassation* julgava apenas questões de direito, e que as partes estavam representadas por advogados altamente qualificados, entendeu que a prática de o ministério público informar as partes, antes da audiência, sobre o conteúdo geral das suas conclusões, sendo-lhes dada a possibilidade de responder oralmente ou por *note en délibéré*, era suficiente para salvaguardar o princípio do contraditório. Contudo, o caso suscitava uma questão nova uma vez que nem os recorrentes, nem o respectivo mandatário, tinham sido notificados dos relatórios e do projecto de sentença do juiz-relator, antes da audiência, os quais tinham sido, ao invés, comunicados integralmente ao *avocat général*. O TEDH considerou que havia, aqui, uma violação do artigo 6.º, n.º 1 da CEDH uma vez que a causa não fora examinada equitativamente pelo tribunal de recurso⁵².

III. À luz desta jurisprudência, sempre se poderia dizer que os advogados-gerais junto do TJUE não se assemelham a procuradores do ministério público, pelo que estas considerações não lhes seriam aplicáveis, ou pelo menos não de forma automática. Não obstante, em 2001, o TEDH teve oportunidade, no caso *Kress*⁵³, para se pronunciar especificamente sobre o papel dos *commissaires du gouvernement* junto do Conselho de Estado francês, cujas similitudes com os advogados-gerais são difíceis de ignorar.

⁵⁰ Parágrafos 33 e 34 do acórdão.

⁵¹ Acórdão *Reinhardt e Slimane-Kaïd c. França*, n.ºs 23043/93; 22921/93, TEDH, 31 de Março de 1998.

⁵² Parágrafos 105-107 do acórdão. Também em Itália se levantou a questão relativamente às conclusões do procurador público, mas uma recente sentença da *Corte Costituzionale* (Sentença n.º 403, de 29 de Outubro de 1999) considerou que não constituía uma violação do direito de defesa o facto de o Procurador-Geral falar depois de as partes terem apresentado a sua defesa.

⁵³ Acórdão *Kress c. França*, n.º 39594/98, TEDH, 7 de Junho de 2001.

A defesa apresentada pelo Governo francês no caso *Kress* chamou a atenção para as diferenças institucionais e funcionais entre ministério público e *commissaires du gouvernement* junto de alguns tribunais superiores. Estes últimos são, na realidade, magistrados independentes e imparciais, nomeados pelo presidente do *Conseil d'Etat*, para exercer funções num determinado período de tempo, mantendo, no entanto, o seu estatuto e categoria. Ao contrário dos magistrados do ministério público, que representam o interesse público e asseguram a continuidade da jurisprudência, os *commissaires* exprimem a sua opinião individual e convidam os juízes a decidir num certo sentido. Gozam, por isso, de total liberdade de opinião, e não dependem de ninguém. Não se encontram, aliás, organizados hierarquicamente, nem submetidos a qualquer tipo de dever de obediência a magistrados superiores. Actuam dentro do processo, não carreando elementos novos e exteriores para os autos, e enxertando-se no *iter* de deliberação do tribunal. O facto de os *commissaires* não votarem permite assegurar o segredo das deliberações, em nada contribuindo para a sua não equiparação aos juízes que decidem o caso.

O TEDH, tendo em conta as especificidades da organização processual do *Conseil d'Etat*, entendeu que, relativamente ao direito de resposta, não existia violação do princípio do contraditório. Em primeiro lugar, porque os mandatários podiam pedir antecipadamente ao *commissaire* que os informasse do sentido geral das suas conclusões. Em segundo lugar, o mecanismo da *note en délibéré* – ou seja, a possibilidade dada às partes de se pronunciarem através de um memorando sobre as suas conclusões – assegurava adequadamente o direito de resposta da parte em juízo. Em terceiro lugar, se o *commissaire* suscitasse uma questão nova não discutida pelas partes, o tribunal suspendia o processo e abria o contraditório novamente. Acresce que, por natureza, as conclusões do *commissaire* nunca poderiam ser apresentadas às partes antes da sua apresentação pública, uma vez que ninguém, nem mesmo os juízes do caso, a elas podiam aceder antes deste momento.

Ao invés, o facto de o *commissaire* se encontrar presente na deliberação final dos juízes, comprometia na óptica do TEDH a equidade processual. Na verdade, em *Kress*, o TEDH considerou que é contraditório assumir que o *commissaire* é apenas mais um magistrado de entre o corpo dos juízes e, simultaneamente, não permitir que vote na decisão final. Segundo o TEDH, a ausência de direito de voto constitui um indício de que os *commissaires du gouvernement* não se tratam de verdadeiros juízes, ou que a sua função não é verdadeiramente a de julgar, uma vez

que os juízes não se podem abster na deliberação⁵⁴. Por fim, o TEDH notou ainda que de acordo com a doutrina das aparências, a presença do *commissaire* na deliberação final contribui para reforçar a sua posição e influência na decisão do tribunal, sem que as partes estejam presentes. Na verdade, importa não esquecer que a opinião do *commissaire* – tornada pública –, implica uma tomada de posição a favor de uma das partes⁵⁵.

O Governo francês havia chamado a atenção para o facto de uma decisão do TEDH, considerando que os *commissaires du gouvernement* e a sua posição processual violam as garantias do artigo 6.º da CEDH implicar uma desautorização da posição assumida pelo TJ no caso *Emesa Sugar*⁵⁶. Na verdade, o TJ já havia entendido, à data, que a figura dos advogados-gerais no contencioso da União não implicava nenhuma violação ao princípio do contraditório. O argumento não foi, todavia, aceite pelo TEDH, habituado a afastar-se da jurisprudência do seu congénere europeu. Esta é aliás uma das questões em que parece não existir concordância entre os tribunais de Estrasburgo e do Luxemburgo.

3.2 A jurisprudência do TJUE

I. No despacho proferido no caso *Emesa Sugar*, o TJ teve oportunidade de expor a sua posição sobre o tema que agora nos ocupa. Não terá sido, contudo, esta a primeira situação em que a questão se colocou. No caso *Alvarez*⁵⁷, o TJUE já havia notado que as partes não podiam responder às conclusões do advogado-geral a não ser que o tribunal decidisse reabrir a fase oral. Deste modo, as sucessivas tentativas das partes foram respondidas por uma nota do secretário do tribunal, sem mais⁵⁸. O caso

⁵⁴ Este argumento foi muito criticado pela doutrina. Vide DIREITO, Sérgio Saraiva, *A figura do advogado-geral no contencioso comunitário*, p. 152.

⁵⁵ É curioso notar que o TEDH entendeu ainda que esta debilidade processual é confirmada pelo facto de, a nível da União, o advogado-geral não estar presente nas deliberações do colectivo de juízes no TJUE.

⁵⁶ Despacho *Emesa Sugar*, Proc. C-17/98, atrás referido.

⁵⁷ Acórdão de 6 de Outubro de 1982, *Alvarez/Parlamento*, Proc. 206/81, Rec. 1982, p. 3369.

⁵⁸ LAWSON aponta para a existência de outros casos em que as partes tentaram responder às conclusões do advogado-geral, mas receberam uma resposta breve por parte do secretário do tribunal. Cf. LAWSON, Rick, *Case Comment, Case C-17/98, Emesa Sugar (Free Zone), NV v. Aruba, Order of the Court of Justice of 4 February 2000*, nyr: *Full Court*, in *Common Market Law Review*, 2000, 37(4), p. 986.

Emesa Sugar foi, todavia, o primeiro onde o TJ se debruçou directa, e mais longamente, sobre o assunto.

O caso teve origem num pedido de decisão prejudicial efectuado pelo presidente do *Arrondissementsrechtbankte's-Gravenhage* (Países Baixos), destinado a obter, num litígio entre a *Emesa Sugar (Free Zone) NV* e a Aruba, uma decisão sobre a validade de uma Decisão do Conselho, relativa à associação dos países e territórios ultramarinos à então Comunidade Económica Europeia. Depois de o advogado-geral ter apresentado as suas conclusões, a 1 de Junho de 1999, a *Emesa* fez um pedido visando a apresentação de observações escritas. Desconhece-se, pela leitura do despacho, quais seriam os motivos subjacentes ao pedido, mas supõe-se que estivesse em causa a análise factual e jurídica feita pelo advogado-geral⁵⁹. Ora, tanto o Estatuto do TJ como o respectivo Regulamento de Processo não previam – como não prevêm – a possibilidade de as partes apresentarem observações em resposta às conclusões apresentadas pelo advogado-geral. Não obstante, a *Emesa* invocou jurisprudência do TEDH relativa ao alcance do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, e em especial o acórdão proferido no processo *Vermeulen*, atrás referido. Recorde-se que, ali, o TEDH havia entendido que o direito a um processo contraditório implica, em princípio, “a faculdade de as partes no processo, penal ou civil, tomarem conhecimento de qualquer documento ou observação apresentada ao juiz, mesmo por um magistrado independente, com o objectivo de influenciar a sua decisão, e de a discutir”⁶⁰.

Recordando a jurisprudência *Vermeulen*, e bem assim o fundamento jurídico da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União⁶¹, o TJ apressou-se a traçar as diferenças entre os advogados-gerais e os procuradores do ministério público. Sublinhando que advogados-gerais e juízes do TJUE partilham o mesmo Estatuto, o TJ chamou a atenção para o facto de os advogados-gerais, entre os quais não existe

⁵⁹ Cf. LAWSON, Rick *Case Comment, Case C-17/98, Emesa Sugar (Free Zone), NV v. Aruba*, p. 983.

⁶⁰ Parágrafo 6 do Despacho *Emesa Sugar*.

⁶¹ O TJ afirmou que «segundo jurisprudência constante, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça (...). Para este efeito, o Tribunal de Justiça inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem com as quais os Estados-Membros cooperam ou aderem. A CEDH reveste-se, a este respeito, de um significado particular». Cf. parágrafo 8 do Despacho.

qualquer vínculo de subordinação, não serem acusadores, nem membros de um ministério público, e não dependerem de qualquer autoridade, ao contrário do que acontece na organização judiciária de determinados Estados-membros. No exercício das suas funções, os advogados-gerais «não estão encarregados da defesa de qualquer interesse que seja»⁶². As suas conclusões, que põem termo à fase oral do processo, situam-se fora do debate entre as partes, e dão início à fase de deliberação do tribunal. Não se tratam, assim, «de um parecer destinado aos juízes ou às partes que provém de uma autoridade externa ao Tribunal de Justiça (...), mas da opinião individual, fundamentada e expressa publicamente, de um membro da própria instituição»⁶³. Assim, o advogado-geral participa pública e pessoalmente no processo de elaboração da decisão do TJ e, por conseguinte, no desempenho da função jurisdicional confiada ao TJ. Em conformidade, as suas conclusões são publicadas com o acórdão do TJ. À luz destas considerações, o TJ concluiu que o entendimento consignado na jurisprudência do TEDH não podia ser transposto para o ordenamento jurídico da União.

Em seguida, num parágrafo algo misterioso, o TJ recordou ainda que:

«[t]endo em conta dificuldades específicas inerentes ao processo judicial comunitário, ligadas nomeadamente ao seu regime linguístico, o reconhecimento às partes do direito de formularem observações em resposta às conclusões do advogado-geral, tendo como corolário o direito de as outras partes (e, nos processos prejudiciais, que representam a maioria dos processos submetidos ao Tribunal de Justiça, todos os Estados-Membros, a Comissão e as outras Instituições interessadas) responderem a essas observações, confrontar-se-ia com importantes dificuldades e prolongaria consideravelmente a duração do processo»⁶⁴.

Todavia, logo em seguida, o TJ desconsiderou a força deste argumento, afirmando que «as dificuldades inerentes à organização judiciária comunitária não podem justificar a não observância do direito fundamental a um processo contraditório»⁶⁵. Na verdade, considerando que a finalidade do contraditório é evitar que o TJ seja influenciado por argumentos que não possam ter discutidos pelas partes, e que o TJ pode, oficiosamente ou sob proposta do advogado-geral ou ainda a pedido das partes, determinar a reabertura da fase oral se considerar que não está suficientemente esclarecido ou que o processo deve ser decidido com base

⁶² Parágrafo 12 do Despacho.

⁶³ Parágrafo 14 do Despacho.

⁶⁴ Parágrafo 17 do Despacho.

⁶⁵ Parágrafo 18 do Despacho.

num argumento que não foi debatido entre as partes⁶⁶, o TJ considerou que não existiu no caso violação desse direito, ficando por esclarecer, afinal, qual a relevância as considerações relativas à *difficil* organização judiciária da União.

A argumentação do TJ no caso *Emesa Sugar* foi censurada por vários autores, em particular pela relutância do TJ em fazer uso da faculdade de reabrir a fase oral do processo⁶⁷. A posição ali assumida, não obstante ter sido proferida no âmbito de um pedido prejudicial, deve considerar-se transponível para todas as acções que correm no TJUE⁶⁸.

II. Certo é que o entendimento do TJ seria reiterado em jurisprudência posterior. São particularmente elucidativas as conclusões do advogado-geral RUIZ-JARABO COLOMER, no caso *Kaba*⁶⁹.

O caso envolveu um reenvio prejudicial efectuado pelo *Immigration Adjudicator* do Reino Unido, relativo à interpretação dos princípios gerais de direito que regem a tramitação processual no TJ. Na verdade, o tribunal nacional havia, num momento anterior, submetido uma questão prejudicial ao TJ relativa à liberdade de circulação de pessoas, e sentiu necessidade de esclarecer a resposta aí obtida. Neste segundo reenvio, o juiz britânico não se limitou, no entanto, a pedir uma nova análise dessa questão, solicitando também ao TJ que definisse, de maneira geral, quais os mecanismos de que o órgão jurisdicional nacional e as partes no processo principal dispõem para garantir que a tramitação processual no TJ satisfaz as exigências da CEDH, e que declarasse se, aquando do primeiro reenvio prejudicial, tais exigências haviam sido respeitadas. Com

⁶⁶ *Vide*, nomeadamente, quanto à reabertura do processo, Despacho de 22 de Janeiro de 1992, *Legros e o.*, Proc. C-163/90, não publicado, e Acórdão de 16 de Julho de 1992, *Legros e o.*, Proc. C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625; Despacho de 9 de Dezembro de 1992, *Meng*, Proc. C-2/91, não publicado, e Acórdão de 17 de Novembro de 1993, *Meng*, Proc. C-2/91, Rec. 1993, p. I-5751; Despacho de 13 de Dezembro de 1994, *Peterbroeck*, Proc. C-312/93, não publicado, e Acórdão de 14 de Dezembro de 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, Rec. 1995, p. I-4599; Despacho de 23 de Setembro de 1998, *Sürül*, Proc. C-262/96, não publicado e Acórdão de 4 de Maio de 1999, *Sürül*, Proc. C-262/96, Rec. 1999, p. I-2685, bem como o Despacho de 17 de Setembro de 1998, *Verkooijen*, Proc. C-35/98, não publicado.

⁶⁷ Cf. DIREITO, Sérgio Saraiva, *A figura do advogado-geral no contencioso comunitário*, p. 139.

⁶⁸ Cf. LAWSON, Rick, *Case Comment, Case C-17/98, Emesa Sugar (Free Zone), NV v. Aruba*, p. 986.

⁶⁹ Acórdão *Kaba*, Proc. C-466/00.

efeito, Arben Kaba, cidadão jugoslavo que pretendia residir no Reino Unido, havia alegado que as conclusões do advogado-geral apresentadas no primeiro reenvio assentavam numa interpretação errada do direito nacional aplicável e numa apreciação dos factos diferente da efectuada pelo juiz nacional. Todavia, uma vez que não lhe fora dada oportunidade de se pronunciar sobre a interpretação avançada pelo advogado-geral vira o sucesso da sua causa comprometido⁷⁰.

Segundo o advogado-geral no segundo processo de reenvio, o princípio geral de direito segundo o qual todas as pessoas têm direito a um processo equitativo inspira-se, sem dúvida, no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH. O TJ reconhece, além disso, como inerente ao conceito de processo equitativo, o princípio geral que proíbe basear uma decisão judicial em factos ou documentos de que as partes, ou uma delas, não puderam tomar conhecimento e sobre os quais não puderam tomar posição. No entanto, «a técnica que consiste em submeter as alegações das partes e os elementos de prova por elas fornecidos a debate contraditório não está sujeita a exigências de natureza absoluta»⁷¹. Muitas vezes, «pode não ser mais do que um instrumento destinado a facilitar a tarefa da administração da justiça e a abarcar o conjunto das questões, quer de facto quer de direito, que o juiz deve resolver»⁷². É, o que sucede, por exemplo, «no caso dos ordenamentos jurídicos do sistema anglo-saxónico, em que os *'adversarial proceedings'* se reivindicam impermeáveis a qualquer elemento, considerado *'inquisitório'*, susceptível de ter uma incidência

⁷⁰ Segundo os dados constantes do acórdão a audiência no TJ ocorreu em 15 de Junho de 1999 e o advogado-geral apresentou as suas conclusões em 30 de Setembro de 1999. As mesmas foram enviadas a A. Kaba em 27 de Janeiro de 2000. Em 3 de Fevereiro de 2000, A. Kaba enviou um fax ao Tribunal de Justiça informando-o da sua preocupação acerca da exactidão de alguns elementos de facto em que as primeiras conclusões pareciam basear-se. Uma vez que, segundo ele, tais inexactidões constituíam motivos excepcionais que justificavam a reabertura da fase oral, anunciou que iria proceder brevemente à apresentação de observações suplementares. Por fax de 16 de Março de 2000, A. Kaba apresentou as observações suplementares, sugerindo a reabertura da fase oral para esclarecimento de questões em aberto. Por ofício de 31 de Março de 2000, o secretário do Tribunal de Justiça acusou a recepção destas observações suplementares e precisou a A. Kaba que o Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça não prevê a apresentação de observações após o encerramento da fase oral. Nestas condições, as referidas observações foram rejeitadas, não sendo permitida a sua junção aos autos. Cf. parágrafos 23 a 26 do acórdão.

⁷¹ Parágrafo 92 das conclusões.

⁷² *Ibidem*.

sobre a decisão do litígio e que não tenha sido suscitado pelas partes. Nas ordens jurídicas continentais, o domínio do contraditório no processo é mais limitado: por um lado, os órgãos jurisdicionais respeitam a máxima *iura novit curia*, o que permite subtrair as questões de pura aplicação do direito ao contraditório; por outro, a presunção de imparcialidade do órgão jurisdicional é extensiva a actos como o pedido de um relatório interno ou a produção de determinada prova, reduzindo, também aqui, a necessidade de debate.»⁷³

No entender do advogado-geral, as exigências de um processo contraditório «só deverão merecer protecção judicial especial se a sua inobservância violar um direito fundamental, ou seja, quando impossibilitar uma parte de se defender»⁷⁴, tendo o seu âmbito de aplicação típico nos elementos de prova submetidos por uma parte à análise do órgão jurisdicional, uma vez que estes elementos, que, por definição, são exteriores ao órgão jurisdicional, não estão protegidos pela presunção de imparcialidade e independência. Ao invés, «não é necessário submeter a debate contraditório o que for declarado por um magistrado, de demonstrada imparcialidade e independência, no âmbito do exercício da função jurisdicional»⁷⁵. Assim se conclui que à semelhança do que sucede no Conselho de Estado francês, o forte vínculo orgânico e funcional existente entre o advogado-geral e o TJ leva a que não lhe sejam aplicáveis as exigências do processo contraditório.

O advogado-geral, recordando na íntegra o teor do despacho *Emesa Sugar*, chamou ainda a atenção para o facto de, muito embora formalmente as conclusões serem apresentadas na fase oral do processo, esta circunstância, não ter consequências práticas. O que interessa verdadeiramente é que, como resulta do artigo 18.º do Estatuto do TJ e do artigo

⁷³ *Ibidem*. Considerando que os juristas dos sistemas de *common law* e *civil law* terão naturalmente percepções diferentes da função e do papel do advogado-geral junto do TJUE, vide RITTER, Cyril, *A New Look at the Role and Impact of Advocates-General*, p. 751.

⁷⁴ Parágrafo 93 das conclusões.

⁷⁵ Parágrafo 94 das conclusões. O advogado-geral cita, a propósito, o entendimento do *Conseil d'État* francês. Segundo o *Conseil d'État*: «[o] comissário do Governo participa ... na função de julgar atribuída ao órgão jurisdicional de que é membro. O exercício desta função não está sujeito ao princípio do contraditório aplicável à instrução. De onde resulta que, à semelhança das notas do juiz relator ou do projecto de decisão, as conclusões do comissário do Governo – que podem, aliás, não ser escritas – não têm de ser objecto de comunicação prévia às partes, que também não têm de ser convidadas a responder-lhes».

59.º do Regulamento de Processo, as conclusões porem termo à fase oral e darem início à fase de deliberação⁷⁶.

Relativamente ao conteúdo do direito a um processo equitativo, o advogado-geral afirmou que embora «as aparências de equidade de um processo se revistam de uma certa importância, a ‘percepção subjectiva da realidade jurídica por parte de um profano’ raramente atinge um grau de relevância tal que constitua um elemento essencial de um direito fundamental»⁷⁷. Para começar, é difícil conhecer a natureza exacta das aparências cuja protecção é concretamente visada. Além disso, também não parece existir, dado o seu carácter eminentemente subjectivo, um teste fiável capaz de determinar as circunstâncias em que determinado acto processual pode criar uma aparência de iniquidade. Aqui, dificilmente se poderá evitar uma análise limitada ao caso concreto, pois a percepção da realidade pode variar bastante de pessoa para pessoa. Além disso, o exercício de apreciação da compatibilidade com uma norma fundamental requer, em termos gerais, que se pondere os diferentes interesses em jogo: ou seja, que se considere a possível necessidade de proteger as aparências face às repercussões que essa protecção possa ter na administração da justiça.

Acresce que à semelhança do que sucedeu no caso *Kress*, os interessados dispõem no âmbito do sistema jurisdicional da União de garantias não negligenciáveis para proteger os seus direitos de defesa. Aqui se inclui, nomeadamente, a possibilidade de reabertura da fase oral. Certo que é o colectivo de juízes que decide da reabertura da fase oral, quer através de despacho, quer apensando o incidente à questão de mérito, através de decisão sumariamente fundamentada. Todavia, *na prática*, segundo o advogado-geral, qualquer documento apresentado pelas partes depois de apresentadas as conclusões é objecto de análise pelo advogado-geral, pelo juiz relator e pelo presidente do colectivo, a fim de verificar se pode ser considerado um pedido de reabertura da fase oral do processo⁷⁸.

É evidente que para decidir da reabertura da fase oral, o TJ, como não pode deixar de ser, procede a uma apreciação de natureza jurídica que consiste em determinar, por um lado, (i) se o advogado-geral formulou argumentos sobre os quais as partes não se puderam pronunciar (entre as quais se contam os eventuais erros sobre as circunstâncias de facto ou de

⁷⁶ Cf. parágrafo 102 das conclusões.

⁷⁷ Parágrafo 106 das conclusões.

⁷⁸ Ainda que se possa duvidar da veracidade absoluta desta afirmação.

direito em que fundamenta a sua argumentação) e, por outro, (ii) se tais argumentos são susceptíveis de influenciar a sua decisão, isto é, que não se trata, por exemplo, de questões menores, marginais ou conexas. Se, no entender do TJ, estas condições estiverem satisfeitas, não há dúvida que as partes dispõem de um *verdadeiro direito* à reabertura da fase oral. É assim que se deve ser interpretado, correctamente, o disposto no artigo 61.º do Regulamento de Processo. Deve reconhecer-se que, neste ponto, o advogado-geral faz uma interpretação generosa da referida disposição, quase sugerindo uma interpretação em conformidade com os direitos fundamentais, que se pode questionar se corresponde, na verdade, à prática do TJUE neste domínio.

Ao invés, considerou RUIZ-JARABO COLOMER que reconhecer às partes, sistematicamente, o direito de formularem observações em resposta às conclusões do advogado-geral, abrindo o contraditório entre todas, suscitaria importantes dificuldades e prolongaria a duração de um processo já de si muito longo. A isto juntar-se-iam as dificuldades específicas inerentes ao processo judicial da União, relacionadas com o seu complexo regime linguístico e a distância geográfica, que tornariam difícil a realização de uma nova audiência para ouvir as reacções das partes às conclusões do advogado-geral. Não obstante, à semelhança do que acontecera em *Emesa Sugar*, o advogado-geral reconheceu que «as dificuldades inerentes à organização judiciária comunitária não podem justificar a não observância do direito fundamental a um processo contraditório»⁷⁹. Importa, todavia, reconhecer que essas dificuldades prosseguem, também elas, objectivos legítimos destinados a assegurar uma eficaz administração da justiça no contexto próprio da União e devem, por conseguinte, dar origem a uma ponderação dos interesses em jogo ou a uma avaliação das repercussões concretas da introdução de uma determinada exigência processual.

O advogado-geral notou ainda que conceder às partes a última palavra no processo impediria o advogado-geral de exercer a função para a qual foi concebido, uma vez que a eficácia da sua análise exige que ele disponha de todos os elementos submetidos à apreciação de quem tem de decidir definitivamente do processo. Além disso, reduzir-se-ia o peso específico das conclusões como elemento jurisprudencial. O advogado-geral, sabendo que as suas conclusões iriam ser contestadas pelas partes, redigi-las-ia, inevitavelmente, calculando as suas reacções e deixaria de as apresentar com toda a imparcialidade e independência. Para mais, se se aceitasse, em

⁷⁹ Parágrafo 111 das conclusões.

consciência, o princípio segundo o qual todo o documento ou observação submetido ao juiz que decide deve poder ser objecto de discussão entre as partes, ficaria posta em causa a razão de ser da participação do advogado-geral nas diferentes fases do processo. Na verdade, o advogado-geral é ouvido, tanto nas fases escrita e oral, como relativamente a muitos outros incidentes e questões processuais, sem que seja fornecida às partes a menor informação sobre o sentido ou as razões da sua proposta. Consequentemente «seria irónico que a teoria das aparências se concentre única e precisamente na sua intervenção mais pública e transparente»⁸⁰. Se todas estas intervenções devessem ser comunicadas às partes, para que apresentassem, se assim o desejassem, as suas observações, o advogado-geral converter-se-ia naquilo que nunca foi, ou seja, uma parte no processo, o que «desvirtuaria irremediavelmente o seu estatuto orgânico e, com ele, a utilidade da sua instituição e da sua existência»⁸¹.

Por fim, notou o advogado-geral que, na medida em que as conclusões contribuem para conferir publicidade e transparência à função jurisdicional desempenhada pelo TJ, e que facilitam a compreensão dos acórdãos e influenciam a formação e a evolução da jurisprudência, fomentando o debate, elas não só não põem em causa o contraditório, como, pelo contrário, reforçam o seu papel objectivo.

III. Tudo visto e considerado, persiste – ainda que moderada pela jurisprudência *Kress*, que deslocou parcialmente a questão para a forma que a resposta pode revestir – uma divergência entre TEDH e TJUE quanto à possibilidade de abrir o contraditório sobre as conclusões do advogado-geral. Ou seja, não é claro se os princípios do contraditório e da equidade processual implicam, ou não, o direito de as partes responderem às conclusões apresentadas pelos advogados-gerais no âmbito do contencioso da União. Na verdade, enquanto para o TJUE a existência de um direito de resposta sujeito a um crivo jurisdicional discricionário não compromete a existência de um processo equitativo, para o TEDH a garantia essencial reside na possibilidade real de resposta⁸². Este é, sem dúvida, um dos pontos em que a jurisprudência dos dois tribunais não

⁸⁰ Parágrafo 112 das conclusões.

⁸¹ Parágrafo 113 das conclusões.

⁸² Cf. VARJU, Marton, *Case Comment Case C-466/00, Arben Kaba v. Secretary of State for Home Department, Judgment of the Full Court of 6 March 2003, [2003] ECR I-2219*, in *Common Market Law Review*, 2004, 41(3), p. 858.

coincide, e que poderá no futuro, em face da adesão à CEDH pela União Europeia, estar na origem de alterações legislativas e jurisprudenciais no sistema jurisdicional da União.

3.3 Sequência: o entendimento doutrinário

I. Em geral, a doutrina apresenta-se muito crítica da orientação do TEDH relativamente a esta questão. Considera-se que, na sua generalidade, o contencioso da União responde com particular ênfase às exigências do princípio do contraditório⁸³. A jurisprudência do TEDH provocou aliás uma certa agitação no seio das jurisdições administrativas, em particular em França, onde a instituição dos *commissaires du gouvernement* corresponde a uma tradição perfeitamente estabilizada e incontestada⁸⁴. Da mesma forma, o advogado-geral no caso *Kaba* foi crítico da posição assumida pelo TEDH em *Kress*:

«[m]ais do que proteger um direito fundamental, parece que se quer impor uma visão única da organização processual, sem que, para além da ‘doutrina das aparências’, se explique a sua necessidade. É legítimo perguntar – como

⁸³ Mesmo quando se trata de regular formas de processo não contencioso, como acontece no âmbito do reenvio prejudicial (artigo 23.º do Estatuto do TJ e 103.º e 104.º A do Regulamento do Processo do TJ) e com o processo consultivo (artigos 107.º a 109.º do Regulamento de Processo do TJ). Cf. DUARTE, Maria Luísa, *Contencioso Comunitário*, Cascais, Príncipia, 2003, p. 48.

⁸⁴ Notem-se as palavras do *Conseil d'Etat* francês, no caso *Esclatine*, de 29 de Julho de 1998: «*le commissaire du gouvernement, qui a pour mission d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient, prononce ses conclusions après la clôture de l'instruction à laquelle il a été procédé contradictoirement; qu'il participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre; que l'exercice de cette fonction n'est pas soumis au principe du contradictoire applicable à l'instruction; qu'il suit de là que, pas plus que la note du rapporteur ou le projet de décision, les conclusions du commissaire du gouvernement – qui peuvent d'ailleurs ne pas être écrites – n'ont pas à faire l'objet d'une communication préalable aux parties, lesquelles n'ont pas davantage à être invitées à y répondre*». Palavras claramente destinadas a evitar a condenação da França no TEDH. Cf. DELVOLVÉ, Pierre, *L'avocat général devant la Cour de Justice et le droit à un procès équitable: Ordonnance de la Cour de Justice des Communautés européennes, 4 février 2000: Emesa Sugar (Free Zone) NU et Aruba*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2000, 16(2), p. 417; e BELL, John, *The role of the commissaire du gouvernement and the European Convention on Human Rights*, in *European Public Law*, 2003, 9(3), p. 309.

fazem os sete juízes que subscreveram um voto de vencido – se, para efeitos da Convenção, não se estará a ultrapassar os limites do ‘controlo europeu’ relativamente às especificidades nacionais, que continuam a ser legítimas na medida em que cumpram as obrigações de resultado decorrentes das exigências convencionais. Ou então, como observa o juiz MARTENS, no seu voto de vencido emitido juntamente com a decisão de 30 de Outubro de 1991, *Borgers/Bélgica*, ‘a Convenção não pretende uniformizar o direito, mas enunciar directrizes e normas que, como tais, pressupõem uma certa liberdade dos Estados-Membros. Por outro lado, o seu preâmbulo parece convidar o Tribunal a desenvolver normas comuns. Estas tendências contraditórias criam uma certa tensão que impõe que o Tribunal actue com prudência e se esforce por evitar as ingerências sem justificação convincente’»⁸⁵.

A este propósito, TRIDIMAS considera que o acórdão *Kress* perfilha uma concepção de independência e imparcialidade que não é comungada pela generalidade dos Estados-membros da União⁸⁶. O advogado-geral integra o tribunal e exerce “*par excellence*” a função jurisdicional. O facto de as partes não poderem responder às suas conclusões não constitui uma ameaça maior aos seus direitos processuais que a impossibilidade de recorrer das decisões do próprio TJ⁸⁷.

Por seu lado, BELL chama a atenção para o facto de os *commissaires* assumirem a função de assegurar a coerência do desenvolvimento da jurisprudência e da aplicação da lei⁸⁸. Integrando a «equipa judicial», trata-se de membros do tribunal bem informados cujo papel é essencialmente técnico ou informativo. O trabalho de equipa desenrola-se durante o julgamento, quando as propostas de decisão e de conclusões circulam entre os juízes⁸⁹. Ao invés, nota o autor que o TEDH considera os *commissaires* semelhantes a um *amicus curiae*, alguém que oferece o seu parecer imparcial ao tribunal, mas que não integra a equipa de juízes. Segundo BELL, a orientação do TEDH aproxima-se, assim, da tradição anglo-saxónica, onde existe uma clara separação entre advogados e juízes. Esta difere da tradição francesa que aceita, com naturalidade, que os *commissaires du gouvernement* integram o corpo de magistrados. Neste sentido, o TEDH adoptou uma visão rígida destas figuras que não

⁸⁵ Cf. parágrafo 105 das conclusões.

⁸⁶ TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 2.º ed., p. 346.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 347.

⁸⁸ Cf. BELL, John, *The role of the commissaire du gouvernement and the European Convention on Human Rights*, p. 310.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 312.

tem em consideração o contexto, a cultura e as tradições dos sistemas jurídicos nacionais⁹⁰.

Na mesma linha, entre nós, SARAIVA DIREITO entende que as partes não devem, em regra, poder responder às conclusões do advogado-geral junto do TJUE, uma vez que estas não lhes são dirigidas: «situam-se claramente fora dos *‘adversarial proceedings’* e têm como finalidade auxiliar os outros membros do Tribunal»⁹¹. No seu entendimento, mesmo havendo lugar à reabertura da fase oral do processo, o advogado-geral deve poder sempre apresentar as suas conclusões depois de todos os argumentos terem sido discutidos pelas partes. Note-se, todavia, que o autor utiliza a expressão “*em regra*”, deixando aparentemente a porta aberta para que as partes tenham o direito de resposta *em circunstâncias excepcionais*. Fica por saber que circunstâncias devem ser essas e qual a extensão da *regra*, e bem assim da respectiva *excepção*.

Não obstante, o mesmo autor avança ainda com algumas ideias que na sua óptica são determinantes. Sublinha a independência interna do advogado-geral, membro do próprio TJ, não sujeito a qualquer hierarquia interna, comungando do mesmo estatuto dos juizes do TJ⁹². Trata-se, portanto, de um figura que se situa acima das partes, que exprime a sua opinião individual sobre o caso, que tão-pouco é vinculativa, e cuja única particularidade relativamente à decisão final é que é tornada pública. Trata-se em certo sentido de «uma espécie de juiz de primeira instância, só que a sua visão não é vinculativa, não tem autoridade nem força de direito»⁹³. Assim sendo, as partes deverão querer convencê-lo a ele tanto quanto aos juizes, das suas razões. Por fim, o autor recorda ainda que nem todos os documentos ou observações submetidas ao juiz no decurso de um processo estão sujeitas a contraditório⁹⁴.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 312, 313, considerando que o TEDH foi longe demais sugerindo, em *Kress*, que o artigo 6.º da CEDH serve não só para assegurar procedimentos judiciais semelhantes em todos os Estados parte da CEDH, mas também para dar um “*look and feel*” semelhantes a todos esses processos. Esta uniformização não parece ser permitida pelo espírito do CEDH.

⁹¹ Cf. DIREITO, Sérgio Saraiva, *A figura do advogado-geral no contencioso comunitário*, p. 141.

⁹² *Ibidem*, p. 143

⁹³ *Ibidem*, p. 146.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 144. Tal sucede com os vários relatórios da Divisão de Estudos e Documentação, com a acta de audiência, com o relatório preliminar, o relatório para audiência e o projecto de acórdão elaborados pelo juiz-relator.

II. Não obstante, outro sector da doutrina defende a necessidade de assegurar um direito de resposta às conclusões do advogado-geral. PALLARO aponta mesmo este aspecto como uma das debilidades processuais que permanecem por resolver no contencioso da União⁹⁵. SPIELMAN considera que os dois principais critérios invocados pelo TJ para afastar a jurisprudência do TEDH – a independência do advogado-geral e o seu vínculo orgânico e funcional ao TJ –, não são determinantes⁹⁶. IANNONE considera, por seu lado, que a solução encontrada pelo TJ no despacho *Emesa Sugar* necessita de reconsideração futura por parte do TJ, devendo o Regulamento do processo ser alterado no sentido de admitir o direito de resposta⁹⁷.

Por duas ordens de razões, LAWSON considera os argumentos avançados pelo TJ em *Emesa Sugar* pouco convincentes. Em primeiro lugar, o TJ parece pôr o acento tónico na distinção entre a posição dos advogados-gerais e os procuradores gerais junto dos tribunais superiores de alguns Estados-membros. Ora, pode duvidar-se da fundamental diferença entre as várias figuras. Em muitos casos, estão em causa magistrados independentes e imparciais que se limitam a submeter observações ao tribunal com o propósito de influenciar a decisão final⁹⁸. Já em *Vermeulen*, o TEDH considerara que não havia motivos para questionar a independência e imparcialidade dos procuradores gerais em causa⁹⁹. Este não parece tratar-se, por conseguinte, de ser um aspecto determinante. Em segundo lugar, está aqui em causa não tanto a fonte ou a natureza das conclusões

⁹⁵ Cf. PALLARO, Paolo, *Il diritto all'equo processo nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, p. 509. O autor chama ainda a atenção para a importância do relatório do juiz-relator, que não é apresentado às partes, sendo-o ao advogado-geral (cf. artigo 44.º do Regulamento do Processo). Certo que este relatório diz respeito apenas a procedimentos instrutórios e preparatórios que terão lugar no julgamento da causa. Mas, também é verdade que tais questões podem ser determinantes do êxito da causa, onde o advogado-geral pode intervir de forma determinante e condicionar o prosseguimento da acção.

⁹⁶ Cf. SPIELMAN, Dean, *L'indépendance de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes face à l'égalité des armes et au principe du contradictoire*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2000, 43, pp. 585-615.

⁹⁷ Cf. IANNONE, Celestina, *L'avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, 1, pp. 123-141.

⁹⁸ Cf. LAWSON, Rick, *Case Comment, Case C-17/98, Emesa Sugar (Free Zone), NV v. Aruba*, p. 987.

⁹⁹ Considerando que o autor faz confusão entre os conceitos de independência externa e interna, vide DIREITO, Sérgio Saraiva, *A figura do advogado-geral no contencioso comunitário*, p. 144.

apresentadas, mas a impossibilidade de as partes lhes responderem¹⁰⁰. Na verdade, tratando-se de opiniões com autoridade suficiente para influenciar o sentido da decisão do tribunal, o direito ao contraditório determina que as partes tenham a faculdade de resposta.

VARJU chama ainda a atenção para um aspecto que nos parece determinante. Com efeito, no caso *Kaba* o requerente alegou que o advogado-geral baseou as suas conclusões num equívoco relativamente à lei nacional aplicável, o que suscita a questão de saber qual o alcance do princípio *iura novit curia* em direito da União Europeia¹⁰¹. Nomeadamente, no âmbito do mecanismo do reenvio prejudicial, compete ao juiz nacional informar o TJUE acerca de todos os aspectos do caso, incluindo as disposições nacionais relevantes, podendo as partes, igualmente, submeter observações quanto a estes aspectos. Ora, se as disposições nacionais relevantes devem ser consideradas como “factos sujeitos a prova”, o TJUE deve estar aberto a todas as observações apresentadas pelas partes. Consequentemente, a alegação de que o advogado-geral não compreendeu o direito nacional deve servir de fundamento à reabertura da fase oral¹⁰². Pelo contrário, se o direito nacional deve ser considerado enquanto tal, e não enquanto “facto”, então segundo o princípio do *iura novit curia* o TJUE não necessita de ter em consideração as alegações das partes a este respeito.

Por último, o mesmo autor chama ainda a atenção para o facto de no caso *Kaba*, o segundo reenvio prejudicial ter sido, aparentemente, suscitado como uma tentativa de assegurar um recurso da primeira decisão proferida pelo TJUE¹⁰³. O caso suscita assim a questão de saber se deve ser equacionada a necessidade de estabelecimento de um duplo grau de jurisdição no âmbito do reenvio prejudicial, a qual pode passar pela atribuição ao TG de competências neste domínio, solução não só prevista nos Tratados, mas também há muito defendida por grande parte da doutrina.

III. Quando a nós, tendemos alinhar com a doutrina que considera que a questão central não se prende com o estatuto de independência e de imparcialidade dos advogados-gerais, mas com o direito das partes

¹⁰⁰ Cf. LAWSON, Rick, *Case Comment, Case C-17/98, Emesa Sugar (Free Zone), NV v. Aruba*, p. 987.

¹⁰¹ Cf. VARJU, Marton, *Case Comment Case C-466/00, Arben Kaba v. Secretary of State for Home Department*, p. 858.

¹⁰² *Ibidem*, p. 858.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 859.

se pronunciarem sobre todas as observações submetidas ao tribunal. O próprio TJ reconhece a importância desta possibilidade, ao afirmar que a finalidade do contraditório «é de evitar que o Tribunal de Justiça possa ser influenciado por argumentos que não tinham podido ser discutidos pelas partes»¹⁰⁴. É, contudo, duvidoso que a possibilidade discricionária de reabertura da fase oral sirva de contraponto adequado à impossibilidade de resposta ao advogado-geral, como aquele tribunal pretende fazer crer. Chamamos, aqui, a atenção para quatro ideias que nos parecem fundamentais.

Em primeiro lugar, parece-nos existir, neste domínio, uma confusão entre a possibilidade de reabertura da fase oral e a possibilidade de responder às conclusões do advogado-geral. Em *Alvarez*¹⁰⁵, o TJ recusou a reabertura da fase oral solicitada pelo Parlamento, para poder responder a um argumento novo suscitado pelo advogado-geral, porque isso equivaleria a dar possibilidade de resposta às conclusões do advogado-geral, quando o Regulamento do processo não o permite. Ora, as duas questões não se confundem evidentemente. Uma coisa é o poder absolutamente discricionário de o tribunal de reabrir a fase oral do processo para permitir que as partes discutam um argumento novo, ou quando o tribunal não se considera suficientemente esclarecido; outra é a possibilidade de as partes poderem responder directamente às conclusões do advogado-geral, contenham estas argumentos novos ou não, e seja o contraditório exercido por escrito ou oralmente. O facto de a fase oral poder ser reaberta com dois fundamentos distintos revela que as duas questões são distintas.

Em segundo lugar, existe uma tensão entre o fundamento de reabertura fundado na convicção do tribunal de que se considera insuficientemente esclarecido, com o fim próprio do direito ao contraditório que é permitir que as partes possam pronunciar-se e discutir todas as observações e documentos apresentados ao tribunal. Estando em causa um direito subjectivo das partes, este deve ser limitado com respeito pelo princípio da proporcionalidade, não devendo ficar dependente de uma mera apreciação discricionária do juiz acerca da sua convicção pessoal¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Parágrafo 18 do Despacho *Emesa Sugar*.

¹⁰⁵ Acórdão de 6 de Outubro de 1982, *Alvarez/Parlamento*, Pro. 206/81, Rec. 1982, p. 3369.

¹⁰⁶ SPIELMAN, Dean, *L'indépendance de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes face à l'égalité des armes et au principe du contradictoire*, p. 610.

Em terceiro lugar, saber quem decide da existência de uma “questão nova” parece ser, aqui, um ponto fundamental. Na verdade, a decisão sobre a existência de uma questão de facto ou de direito ainda não debatida pelas partes pode, em si mesma, ser controversa, e sobre essa questão de *qualificação* as partes não têm o direito de se pronunciar – não, pelo menos, automaticamente – de forma a despoletar a reabertura da fase oral ou abrir o contraditório. Esta possibilidade depende sempre de uma apreciação discricionária do juiz da União.

Em quarto lugar, é de presumir que os juízes nacionais e as partes no litígio principal têm um conhecimento mais próximo e profundo das disposições nacionais relevantes e sua respectiva interpretação, facto que deveria levar o TJUE a admitir mais facilmente o contraditório sobre pontos complexos relativamente aos quais os magistrados do TJUE não se encontram particularmente familiarizados.

Tudo visto e considerado, parece-nos que na medida em que o actual Regulamento de Processo do TJ não prevê ou não impõe a possibilidade de as partes se pronunciarem – oralmente ou por escrito – sobre eventuais equívocos em que se baseiem as conclusões do advogado-geral, e assim deva ser interpretado, o mesmo compromete o sentido fundamental do princípio do contraditório, violando a garantia estabelecida no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH. Por último, parece-nos ainda que a simples prática de a secretaria notificar, sem mais, da impossibilidade de reabertura da fase oral, quando submetidas observações pelas partes depois de apresentadas as conclusões do advogado-geral, é muito discutível. Na verdade, estando em causa o exercício de um direito fundamental – o direito a ser ouvido e a se defender num processo judicial – uma tal decisão deveria ser objecto de despacho judicial.

4. Da aplicação da doutrina *Bosphorus-Airways* à adesão à CEDH

I. Um dos aspectos mais importantes da decisão do TEDH no caso *PO Kokkelvisserij* prende-se com a aplicação da doutrina *Bosphorus-Airways*¹⁰⁷, num momento em que estão em cima da mesa as negociações de adesão à CEDH por parte da União¹⁰⁸. Note-se que o acórdão

¹⁰⁷ Acórdão *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, n.º 45036/98, atrás referido.

¹⁰⁸ *Vide* Comunicação Conjunta dos Presidentes COSTA e SKOURIS, de 17 de Janeiro de 2011, disponível em <http://www.echr.coe.int>.

foi proferido em Janeiro de 2009, ou seja quase dois meses depois de ter entrado em vigor o Tratado de Lisboa que impõe a adesão¹⁰⁹.

Certo que, muito antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o TEDH já havia encontrado formas de responsabilizar a União, e os respectivos Estados-membros quando estes aplicam direito da União, por eventuais incumprimentos da CEDH. Assim, numa primeira abordagem, a antiga Comissão Europeia dos Direitos do Homem considerou que os Estados parte da CEDH não podiam escapar à sua responsabilidade por violação da convenção pelo mero facto de as suas acções serem impostas em virtude de um tratado internacional, ou de terem aderido a uma organização internacional para a qual transferiram poderes soberanos. Todavia, a Comissão estabeleceu uma excepção para as situações em que a organização em causa se tivesse dotado de um adequado sistema de protecção jurisdicional de direitos fundamentais. Por ter considerado que esse era o caso das Comunidades Europeias, os respectivos Estados-membros não foram considerados responsáveis pela violação da CEDH em causa¹¹⁰. Mais tarde, a questão colocou-se perante o TEDH, no caso *Matthews*¹¹¹ que envolveu uma alegada violação do artigo 3.º do Protocolo 1 à CEDH sobre o direito de voto em eleições livres. Aqui, o TEDH considerou haver responsabilidade colectiva dos Estados-membros da União por violação da CEDH, desconsiderando o facto de estar em causa uma obrigação imposta aos Estados por normas de direito da União. Na verdade, esta orientação era apenas parcialmente conciliável com a orientação anterior da Comissão Europeia, na medida em que tendo o diploma em causa a natureza de direito originário da União, o TJUE não tinha competência para controlar a sua validade, não podendo por conseguinte garantir um adequado sistema de protecção de direitos fundamentais. Mais recentemente, o TEDH voltaria a adoptar uma posição mais próxima da posição inicial da Comissão no caso *Bosphorus-Airways*.

¹⁰⁹ A adesão é obrigatória (cf. artigo 6.º, n.º 2 TUE). O Tratado não deixa margem para que a mesma não aconteça, ainda que a exigência de unanimidade possa atrasar o processo (cf. artigo 218, n.ºs 6 e 8 TFUE) e que redacção do Protocolo n.º 8 e da Declaração n.º 32 anexos ao Tratado de Lisboa deixem alguma latitude relativamente aos termos em que a mesma pode ocorrer.

¹¹⁰ Vide Decisão *M&Co/Alemanha*, n.º 13258/87, Com.EDH, 9 de Fevereiro de 1990; Decisão *Confédération française démocratique du travail c. As Comunidades Europeias, e alternativamente: os Estados-membros, conjunta (a) ou separadamente (b)*, n.º 8030/77, atrás referida.

¹¹¹ Acórdão *Matthews c. Reino Unido*, n.º 24833/94, TEDH, 18 de Fevereiro de 1999.

Neste caso, o TEDH aceitou conhecer da queixa apresentada pela *Bosphorus Airways* contra a Irlanda, com fundamento na violação do direito de propriedade, independentemente de estar em causa um regulamento da União e de esta não ser parte da CEDH¹¹². A decisão do TEDH é complexa, mas pode ser resumida nos seguintes pontos fundamentais:

- (i) A CEDH não impede que um Estado parte transfira parte da sua soberania para uma organização internacional;
- (ii) Todavia, o Estado parte permanece responsável pelos actos e omissões dos respectivos órgãos e instituições, ainda que estes sejam adoptados para cumprir uma obrigação imposta pelo direito dessa organização internacional;
- (iii) Não obstante, uma eventual violação da CEDH por parte desse Estado será justificada desde que a organização em causa proteja, ela própria, os direitos fundamentais – no que respeita às garantias substantivas, vias de recurso e meios de reparação disponíveis – de uma forma pelo menos equivalente à garantida pela CEDH;
- (iv) Assim sendo, fica consagrada uma presunção segundo a qual, no cumprimento de obrigações que decorrem da sua participação em outras organizações internacionais, os Estados parte não violam a CEDH;
- (v) Esta presunção pode, todavia, ser ilidida se, num determinado caso, se demonstrar que a protecção dos direitos constantes da CEDH é, ali, assegurada de forma manifestamente deficiente.

No âmbito desta jurisprudência, a protecção dos direitos fundamentais no seio da organização internacional a que pertencem os Estados

¹¹² Para uma análise pormenorizada da decisão *vide* PEERS, Steve, *Bosphorus European Court of Human Rights: Limited Responsibility of European Union Member States for Actions within the Scope of Community law*, in *European Constitutional Law Review*, 2006, 2, pp. 443-455; BENOIT-ROHMER, Florence, *À propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005: l'adhésion contrainte de l'Union à la convention*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2005, 16(64), pp. 827-853; MELCHIOR, Michel, *L'arrêt Bosphorus c. Irlande de la Cour Européenne des Droits de l'Homme de 30 juin 2005: un arrêt étrange au sujet de la relation entre droit communautaire et droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in *Revue de la Faculté de Droit de la Université de Liège*, 2006, 51(1-2), pp. 245-255; CONSTANTINESCO, Vlad, *C'est comme si ç'était fait?: Observations à propos de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme [grande chambre], Bosphorus Airlines, du 30 juin 2005*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2006, 42(3-4), pp. 363-378.

contratantes da CEDH não tem de ser idêntica à assegurada pela CEDH: basta que seja meramente comparável¹¹³. Todavia, uma tal consideração de equivalência não é, em si mesma, definitiva, sendo susceptível de revisão se, perante as circunstâncias de um caso particular, se verificar uma alteração relevante do nível de protecção dos direitos fundamentais. No caso *Bosphorus Airways*, o TEDH, analisando a evolução do regime de protecção dos direitos fundamentais na União Europeia, concluiu que o nível de protecção podia ser considerado equivalente, ainda que tenha manifestado algumas reservas relativamente a aspectos processuais do sistema jurisdicional da União¹¹⁴. A presunção foi, assim, considerada não ilidida no caso concreto¹¹⁵.

II. À luz da orientação assumida no caso *Bosphorus*, parece poder dizer-se que, para o futuro, serão raros os casos em que os Estados-membros da União venham a ser responsabilizados por violações da CEDH cometidas no cumprimento ou em execução de obrigações que para eles decorram do direito da União. O caso *PO Kokkelvisserij* veio corroborar esta afirmação e adicionar um elemento novo. Com efeito, dele parece poder inferir-se que nem os Estados-membros, nem a própria União Europeia, serão considerados responsáveis por uma violação da CEDH a não ser que se demonstre, num caso concreto, que o nível de protecção assegurado não é equivalente ao da CEDH.

Ora, em face da futura adesão da União à CEDH é muito questionável que esta orientação faça sentido. Na verdade, se antes do caso *PO Kokkelvisserij*, sempre se poderia dizer que a doutrina *Bosphorus* eximia determinados incumprimentos cometidos pelos Estados-membros da União quando esta assegurasse um nível de protecção equivalente, depois daquela decisão parece inevitável concluir que a própria União beneficia, à luz das doutrinas *Bosphorus* e *PO Kokkelvisserij* conjugadas,

¹¹³ Cf. ECKES, C., *Does the European Court of Human Rights Provide Protection from the European Community?: the Case of Bosphorus Airways*, in *European Public Law*, 2007, 13(1), p. 51.

¹¹⁴ Vide em particular o voto de vencido do juiz RESS.

¹¹⁵ Para uma análise das críticas apontadas pelo TEDH ao TJUE vide COSTELLO, Cathryn, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2006, 6(1) pp. 87-130. Notando que o TEDH praticamente não analisou as conclusões do advogado-geral e a decisão do TJUE no caso vide Cf. ECKES, C., *Does the European Court of Human Rights Provide Protection from the European Community?*, p. 52.

de um estatuto diferente relativamente às demais partes da CEDH. Com efeito, no caso *PO Kokkelvisserij* a violação da CEDH pode facilmente ser imputada directamente à União, uma vez que está em causa uma norma do Regulamento do Processo do TJ, e bem assim a interpretação que dela faz o TJUE. Neste aspecto, o caso *PO Kokkelvisserij* apresenta similitudes com o caso *Matthews*, uma vez que envolve igualmente uma norma que não está sujeita à jurisdição do TJUE. Dir-se-ia então que em *PO Kokkelvisserij* o TEDH importou a doutrina *Bosphorus* para os casos tipo-*Matthews*, desconsiderando o argumento que permitia diferenciar os dois precedentes.

Nestes termos, o acórdão *PO Kokkelvisserij* parece impor a aplicação da fórmula *Solange II*, adoptada pelo tribunal constitucional alemão em 1986¹¹⁶, às relações entre a CEDH e a União Europeia. Desta forma, se antes do caso *PO Kokkelvisserij* parecia claro que a doutrina *Bosphorus Airways* não podia sobreviver à adesão à CEDH, hoje o ponto é menos evidente. Tudo está, pois, em saber, (i) se esta decisão influenciará de forma determinante as negociações de adesão e as soluções concretas aí encontrada; (ii) ou se reflecte já o espírito dessas mesmas negociações; (iii) se existe espaço para a coexistência da doutrina *Bosphorus* e a adesão; e (iv) se, mantendo-se aquela doutrina, os restantes Estados parte da CEDH reivindicarão para si um estatuto idêntico ao da União, residindo o futuro das relações entre TEDH e o TJUE, e bem assim entre o TEDH e os demais tribunais nacionais, numa tal abordagem de deferência, limitando o TEDH o seu escrutínio aos casos em que sejam manifestas e graves as violações cometidas à CEDH¹¹⁷.

5. Conclusão

A questão de admitir a possibilidade de resposta às conclusões do advogado-geral não encontra uma resposta unânime por parte dos tribunais europeus. A decisão do TEDH no caso *Kress* e as conclusões do advogado-geral em *Kaba* demonstram, claramente, que os dois tribunais estão conscientes da jurisprudência do seu congénere¹¹⁸. O acórdão *Kress*

¹¹⁶ *BVerfGE*, 73, 339 (*Solange II*), ainda que se deva reconhecer que não existe total coincidência entre a abordagem aqui adoptada e a constante do acórdão *Bosphorus-Airways*.

¹¹⁷ A este propósito *vide* as alterações introduzidas pelo Protocolo n.º 14 à CEDH relativamente à admissibilidade das queixas individuais.

¹¹⁸ Cf. VARJU, Marton, *Case Comment Case C-466/00, Arben Kaba v. Secretary of State for Home Department*, p. 856.

teve em conta abordagem adoptada pelo TJUE no caso *Emesa Sugar* relativamente a certos aspectos do direito a um processo equitativo, que foram mais tarde reafirmados pelo advogado-geral no caso *Kaba*. Alguma doutrina sugere que a compatibilidade das orientações ali assumidas pode ser encontrada no facto de os ambientes jurídicos em que se movem os *commissaires du gouvernement* e os advogados-gerais não serem perfeitamente comparáveis¹¹⁹. Todavia, ao passo que, em *Kress*, o TEDH considerou que as salvaguardas que rodeiam a intervenção dos *commissaires* garantem o direito a um processo equitativo, as garantias reconhecidas pelo TJUE às partes são bem diferentes – nenhuma das garantias consideradas pelo TEDH em *Kress* estão disponíveis no TJUE –, e baseiam-se na possibilidade de o tribunal, por sua iniciativa e discricionariamente, poder reabrir a fase oral do processo. Existe aqui uma discrepância evidente¹²⁰. Para o direito da União Europeia, a independência e imparcialidade do advogado-geral permitem assegurar o direito a um processo equitativo, enquanto na óptica do TEDH, apenas a possibilidade real e efectiva de resposta garante esse direito. Não se pode ignorar que esta divergência reflecte duas abordagens distintas em matéria de tutela de direitos fundamentais de natureza processual, sendo inegável que a do TEDH se concentra mas directamente na tutela da posição subjectiva do indivíduo que a adoptada pelo TJUE.

Não obstante, a recente decisão no caso *PO Kokkelvisserij*, ao importar para este domínio a doutrina *Bosphorus-Airways*, parece limitar o alcance da jurisprudência anterior do TEDH relativamente às garantias processuais disponíveis no sistema jurisdicional da União. Se uma tal limitação faz sentido no quadro da futura adesão à CEDH é, em si mesmo, discutível, e parecer criar alguma incerteza relativamente ao estatuto da União no Conselho da Europa, e ao futuro da intervenção do TEDH no espaço europeu de tutela dos direitos fundamentais.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 857.

¹²⁰ Notando as vantagens e inconvenientes deste tipo de divergências jurisprudenciais vide TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EU Law*, pp. 347, 384.