CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 5 de Março de 2009 [1]

I — Introdução

1. O Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier (Espanha) submeteu ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais sobre a interpretação do Regulamento (CE) n.º 1348/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à citação e à notificação dos actos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros [2]. O órgão jurisdicional tem dúvidas sobre a definição comunitária de «acto extrajudicial» à luz do referido regulamento. A sua dúvida surgiu face a um conjunto de cartas privadas, enviadas aos Juzgados de San Javier através de notário, para a sua posterior notificação no Reino Unido.

2. O Tribunal de Justiça tem, assim, a oportunidade de clarificar importantes e variadas discussões jurídicas. Em primeiro lugar, discute-se a admissibilidade, uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio afirma ser um órgão de última instância, de acordo com o artigo 68.º CE. A Comissão não partilha dessa opinião, devendo por isso o Tribunal de Justiça pronunciar-se, pela primeira vez, sobre a aplicação da jurisprudência Lykeskog [3] ao referido artigo. Em segundo lugar, se se confirmar que o Juzgado de reenvio actua em última instância, restaria examinar se o pedido de decisão prejudicial pode ser submetido. Tratando-se da notificação de actos extrajudiciais num contexto extra-processual, não é evidente que exista um verdadeiro litígio. Consequentemente, deve-se analisar a jurisprudência Job Centre [4], adaptando-a às circunstâncias do caso vertente. Em terceiro lugar, a questão de fundo tem grande interesse para decidir um dos aspectos mais ambíguos do Regulamento n.º 1348/2000, o conceito de «acto extrajudicial».

II — Factos

3. Em 23 de Outubro de 2007, a Roda Golf & Beach Resort SL (a seguir «Roda Golf»), sociedade com sede em San Javier, lavrou um acto notarial de notificação e interpelação, requerendo, ao abrigo do Regulamento n.º 1348/200, a entrega de dezasseis cartas a uma série de destinatários com domicílio no

1 — Língua original: espanhol.
2 — JO L 160, p. 37.
3 — Acórdão de 4 de Junho de 2002 (C-99/00, Colect., p. I-4839).
4 — Acórdão de 19 de Outubro de 1995 (C-111/94, Colect., p. I-3361).

Reino Unido, através da Secretaria dos Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de San Javier.

4. Nas cartas comunicava-se a resolução do contrato de compra e venda de um imóvel que tinha celebrado com cada um dos receptores.

5. Em 2 de Novembro desse mesmo ano, o notário apresentou-se perante o secretário do referido Juzgado, entregando-lhe a certidão do acto notarial de notificação juntamente com os originais das dezasseis cartas.

6. Por acto de mero expediente de 29 de Novembro, o secretário judicial do órgão jurisdicional de reenvio indeferiu a notificação das cartas. Alegou que o Regulamento n.º 1348/2000 apenas prevê a citação e a notificação de actos extrajudiciais quando exista um processo judicial em curso, o que não se verificava no caso vertente. Considerando que o pedido da Roda Golf era feito à margem do referido regulamento, indeferiu-o.

7. Em 13 de Dezembro de 2007, a Roda Golf apresentou uma reclamação no Juzgado de Primera Instancia e Instrución n.º 5 de San Javier, ao abrigo do artigo 224.º da Ley de Enjuiciamento Civil (Lei de Processo Civil). Ao decidir essa reclamação do acto de mero expediente do secretário, o juiz teve dúvidas sobre a interpretação do Regulamento n.º 1348/2000, aspecto essencial para satisfazer o pedido da Roda Golf. Suspendeu a instância e submeteu a questão prejudicial ao Tribunal de Justiça, invocando o artigo 68.º CE em conjugação com o artigo 234.º CE.

III — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

8. O título IV do Tratado CE habilita as instituições a adoptarem políticas relacionadas com a livre circulação de pessoas. Para efeitos do presente processo prejudicial, devem-se destacar as seguintes disposições:

«*Artigo 65.º*

As medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil que tenham uma incidência transfronteiriça, a adoptar nos termos do artigo 67.º e na medida do necessário ao bom funcionamento do

mercado interno, terão por objectivo, nomeadamente:

a) Melhorar e simplificar:

— o sistema de citação e de notificação transfronteiriça dos actos judiciais e extrajudiciais,

[…]

Artigo 68.º

1. O artigo 234.º é aplicável ao presente título, nas circunstâncias e condições a seguir enunciadas: sempre que uma questão sobre a interpretação do presente título ou sobre a validade ou interpretação dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade com base no presente título seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, deve pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

[…]»

9. O Regulamento n.º 1348/2000 regula a citação e a notificação dos actos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial [5]. Para o caso em apreço, o segundo e sexto considerandos do regulamento têm utilidade hermenêutica, uma vez que salientam que «[o] bom funcionamento do mercado interno exige que se melhore e torne mais rápida a transmissão entre os Estados-Membros de actos judiciais e extrajudiciais em matéria civil ou comercial» para a sua citação ou notificação. Esta exigência implica que a notificação dos referidos actos seja efectuada «directamente e através de meios rápidos entre as entidades locais designadas pelos Estados-Membros».

10. Apesar de o Regulamento n.º 1348/2000 centrar a sua atenção nos actos extrajudiciais, a verdade é que nada diz sobre a sua definição nem sobre o regime específico para a sua citação ou notificação. Só lhes dedica uma disposição, o artigo 16.º:

«Os actos extrajudiciais podem ser transmitidos para citação ou para notificação num

5 — O Regulamento n.º 1348/2000 foi revogado e substituído pelo Regulamento (CE) n.º 1393/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2007, relativo à citação e à notificação dos actos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros (JO L 324, p. 79). No entanto, este novo instrumento não introduz alterações relevantes para o presente pedido de decisão prejudicial.

outro Estado-Membro segundo as formas previstas pelo presente regulamento.»

11. Em cumprimento do disposto no artigo 17.º, alínea b), do Regulamento n.º 1348/2000, a Comissão adoptou uma decisão em 25 de Setembro de 2001, que estabelece um manual de entidades requeridas e um glossário de actos que podem ser objecto de citação ou de notificação [6], cujo anexo II contém o referido glossário de actos, ainda que com carácter indicativo e não taxativo. No ponto relativo a Espanha refere-se que, «[q]uanto aos actos extrajudiciais que podem ser notificados, são documentos não judiciais provenientes das autoridades públicas competentes, segundo a lei espanhola para procederem a citações ou notificações».

B — *Legislação nacional*

12. A Ley 1/2000, de 7 de Janeiro, de Enjuiciamiento Civil (a seguir «LEC») [7], estabelece nos seus artigos 223.º e 224.º o regime das decisões do secretário judicial em matéria civil.

«*Artigo 223.º Actos do secretário*

1. Incumbe aos secretários judiciais adoptar os actos através dos quais o processo prossegue nos termos da lei.

2. Os actos do secretário devem limitar-se a exprimir o que tiver sido decidido, deles devendo constar o nome do secretário judicial que os profere, a data e a sua assinatura.

Artigo 224.º Revisão dos actos do secretário

1. São nulos e de nenhum efeito os actos do secretário que decidam questões que, nos termos da lei, devam ser resolvidas por despacho de mero expediente, despacho, sentença ou acórdão.

2. Fora dos casos previstos no número anterior, os actos do secretário também

6 — Decisão 2001/781/CE da Comissão, que estabelece um manual de entidades requeridas e um glossário de actos que podem ser objecto de citação ou de notificação ao abrigo do Regulamento n.º 1348/2000 (JO L 298 p. 1). Este instrumento foi alterado duas vezes, pela Decisão 2002/350/CE da Comissão, de 3 de Abril de 2002 (JO L 125, p. 1), e pela Decisão 2007/500/CE da Comissão, de 16 de Julho de 2007 (JO L 185, p. 24), mas nenhuma das duas alterações afecta o caso em apreço.

7 — BOE de 8 de Janeiro, n.º 7.

podem ser anulados, a pedido da parte prejudicada, quando violem alguma disposição legal ou decidam questões que, nos termos da presente lei, devam ser decididas por despacho de mero expediente.

3. A impugnação a que se refere o número anterior é tramitada e decidida em conformidade com o previsto para a reclamação.»

13. O meio de fiscalização dos actos de mero expediente é, por mandato expresso do referido artigo 224.º, n.º 3, da LEC, a reclamação própria da legislação processual civil. Este processo está previsto, de forma geral, para a revisão de despachos de mero expediente ou não, estando as suas regras definidas nos artigos 451.º a 454.º da LEC:

«*Artigo 451.º Decisões recorríveis. Falta de efeito suspensivo*

De todos os despachos e despachos de mero expediente não definitivos cabe reclamação para o mesmo tribunal que proferiu a decisão reclamada, sem efeito suspensivo.

Artigo 452.º Prazo, forma e inadmissibilidade

A reclamação deve ser apresentada no prazo de cinco dias, devendo indicar o vício de que no entender do reclamante a decisão enferma.

Se estes dois requisitos não forem satisfeitos, será decidida por despacho a inadmissibilidade da reclamação. Desta decisão não cabe recurso.

Artigo 453.º Audição das recorridas e decisão

1. Admitida a reclamação, é concedido o prazo ordinário de cinco dias para as restantes partes, querendo, contestarem.

2. Decorrido o prazo de contestação, tendo ou não sido apresentada contestação, o tribunal decidirá sem mais diligências, por despacho, no prazo de cinco dias.

Artigo 454.º Irrecorribilidade do despacho que decide a reclamação

Salvo nos casos em que couber recurso de 'queja', não cabe recurso do despacho que decide a reclamação, sem prejuízo de o objecto da reclamação poder ser novamente discutido no recurso da decisão definitiva, se esta for recorrível.»

14. Segundo o artigo 455.º da LEC, dos despachos dos Juzgados de Primera Instancia cabe recurso de «apelación» (recurso de segunda instância) sempre e quando sejam «definitivos» ou «quando a lei [o] preveja».

15. Por último, o artigo 207.º da LEC afirma que «são decisões definitivas as que põem termo à primeira instância e as que decidem os recursos delas apresentadas».

16. Os actos notariais têm o seu enquadramento jurídico no Reglamento Notarial de 1944 [8], que foi por diversas vezes alterado. Os seus artigos 202.º a 206.º definem o estatuto dos actos de notificação e interpelação nos seguintes termos:

«*Artigo 202.º*

Os actos de notificação têm por objecto transmitir uma informação ou uma decisão a uma pessoa por parte daquele que requer a intervenção notarial, e os de interpelação, destinam-se, além disso, a interpelar o requerido a adoptar uma determinada conduta.

Salvo disposição legal em contrário, o notário pode executar discricionariamente as notificações e as interpelações enviando ao destinatário a certidão, cópia ou carta registada com aviso de recepção.

Sempre que não seja seguido o procedimento previsto no número anterior, o notário deslocar-se-á ao domicilio ou lugar em que a notificação ou a interpelação devam ter lugar, de acordo com designação dada pelo requerente, dando a conhecer a sua qualidade de notário e o objectivo da sua presença. Não se encontrando presente o requerido, a notificação pode ser feita a qualquer pessoa que se encontre no lugar designado e se identifique. Se a notificação não puder ter lugar, far-se-á constar o facto. Quando o edifício tenha porteiro, a notificação pode ser feita na sua pessoa.

8 — Decreto de 2 de Junho que aprova com carácter definitivo o Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado (Regulamento da Organização e Regime Notarial) (BOE de 7 de Julho de 1944, n.º 189).

A diligência fica concluída mediante a entrega da certidão que, subscrita pelo notário, deverá conter o texto completo da notificação ou interpelação e fará menção ao direito que o destinatário tem de contestar e o prazo para o fazer, nos termos do artigo 204.º

[…]

Artigo 203.º

Quando o interessado [ou] o seu representante […] se recusar a receber a notificação ou oferecer resistência passiva ou activa à sua recepção, far-se-á constar o ocorrido e a notificação tem-se como efectuada. Também se fará constar qualquer circunstância que impeça a entrega da certidão pelo notário, caso em que se procederá de acordo com o previsto no n.º 6 do artigo 202.º

Artigo 204.º

O requerido ou o notificado têm direito a contestar perante o notário no mesmo acto, não podendo na sua contestação introduzir outras interpelações ou notificações que devam ser objecto de acto separado.

[…]

Artigo 206.º

As notificações ou interpelações previstas nas leis ou regulamentos que não especifiquem os seus requisitos ou trâmites são efectuadas na forma prevista nos artigos anteriores. No entanto, quando esses diplomas instituam uma regulamentação específica ou determinem requisitos ou trâmites diferentes relativamente ao domicílio, às pessoas a quem são feitas, ou a quaisquer outros, aplicar-se-á o disposto especialmente nesses diplomas e não as normas do artigo 202.º e seguintes deste regulamento.»

IV — Questões prejudiciais

17. Por decisão de 3 de Janeiro de 2008, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier enviou ao Tribunal de Justiça um pedido prejudicial de interpretação, nos termos do artigo 68.º CE conjugado com o artigo 234.º CE. Depois de descrever sucintamente o cumprimento do previsto na

referida disposição (significativamente no que se refere ao facto de não caber recurso da decisão do órgão jurisdicional de reenvio), submete ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) O Regulamento n.º 1348/2000 abrange a notificação de documentos exclusivamente extrajudiciais e entre privados, com utilização dos meios materiais e humanos dos tribunais da União Europeia e previstos na legislação europeia, sem se dar início a um processo judicial? Ou, pelo contrário,

2) O Regulamento n.º 1348/2000 aplica-se exclusivamente à cooperação judicial entre Estados-Membros e no âmbito de um processo judicial em curso [artigos 61.º, alínea c), 67.º, n.º 1, e 65.º do Tratado CE e considerando 6 do Regulamento n.º 1348/2000]? »

18. A decisão de reenvio deu entrada no Tribunal de Justiça em 4 de Janeiro de 2008. Apresentaram observações, no prazo previsto no artigo 23.º do Estatuto CE do Tribunal de Justiça, a Roda Golf, os Governos da Letónia, da Hungria, da Polónia, da República Eslovaca, da República Checa, de Espanha, da Grécia, da Alemanha e da Itália, bem como a Comissão.

19. Apesar das potenciais consequências práticas deste caso na organização jurisdicional nacional, nenhum dos referidos Estados nem a Comissão ou a recorrente no processo principal requereram a realização de audiência, pelo que, em 13 de Novembro de 2008, o processo ficou pronto para a elaboração das presentes conclusões.

V — Admissibilidade

20. A Comissão alega que o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier não pode submeter a questão prejudicial ao abrigo do artigo 68.º CE por não ser um órgão jurisdicional de última instância e por não existir um litígio entre as partes. Todos os governos que apresentaram observações não se pronunciaram quanto a este aspecto, tendo a Roda Golf apresentado diversas razões para a admissão da questão. Tratando-se de uma delicada questão relativa ao artigo 68.º CE, analiso as duas objecções em pormenor e separadamente.

A — *Primeira objecção à admissibilidade: o artigo 68.º CE e o conceito de órgão jurisdicional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso*

21. No caso em apreço, o Tribunal de Justiça deve examinar a limitação instituída pelo artigo 68.º CE de que só os órgãos jurisdicio-

nais de última instância podem submeter questões prejudiciais relativas ao título IV do Tratado CE e aos seus instrumentos de direito derivado. Antes de aplicar a referida disposição ao caso concreto, parece-me oportuno expor a génese e os motivos que levaram os Estados-Membros a adoptar uma tal medida, salientando as limitações e as desvantagens desta restrição ao diálogo judicial.

1. Origem e justificação do artigo 68.º CE

22. A criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça, com todas as inerentes vantagens, exigiu uma significativa adaptação das ferramentas tradicionais do direito. A livre circulação de pessoas no território da União representou um desafio para o projecto de integração, uma vez que, juntamente com os indivíduos também se transfere a sua esfera vital de interesses. Por exemplo, as normas do acervo de Schengen introduziram timidamente um reconhecimento mútuo no âmbito penal [9] e as disposições relativas aos requisitos de residência tiveram que dar resposta aos inconvenientes vividos pelos nacionais de Estados terceiros ligados juridicamente aos cidadãos comunitários [10]. Da mesma forma, a cooperação policial e judiciária em matéria penal provocou uma intensificação de actividades conjuntas entre autoridades de diferentes Estados sem precedentes na História europeia [11].

23. Neste contexto, os Estados-Membros manifestaram-se com cautela face ao impacto deste processo na arquitectura judiciária da União. Nos seus trabalhos preparatórios do Tratado de Amesterdão, a presidência do Conselho revelou a sua preocupação face ao grande número de pedidos de decisão prejudicial que podiam ser submetidos ao Tribunal de Justiça, sobrecarregando e dificultando a sua capacidade operativa, atrasando também a dos órgãos jurisdicionais nacionais na origem do reenvio. Confrontada com esta situação, a presidência propôs o estudo de algumas alternativas ao papel do Tribunal de Justiça [12].

24. As reflexões no seio do Conselho tiveram resposta adequada no actual artigo 68.º CE, acrescentado depois das reformas introduzidas pelo Tratado de Amesterdão. Este artigo habilita os tribunais dos Estados-Membros a utilizarem o artigo 234.º CE no âmbito do título IV do Tratado CE e dos actos

9 — O artigo 54.º do Protocolo de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho 1985, celebrado entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa, relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns (JO L 239, p. 19), acolheu o princípio de direito penal de *ne bis in idem*, cuja jurisprudência contribuiu para reforçar o reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal.

10 — Os profundos problemas surgidos neste domínio provocaram uma inversão na jurisprudência. Neste sentido, acórdão de 25 de Julho de 2008, Metock e o. (C-127/08, Colect., p. I-6241).

11 — O símbolo mais emblemático deste intenso intercâmbio é a Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (JO L 190, p. 1), sobre a qual recaíram decisões de enorme projecção, como o acórdão de 3 de Maio de 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Colect., p. I-3633, n.º 28).

12 — Quadro geral para um projecto de reforma dos Tratados, comentário ao artigo G. O texto pode ser consultado na *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 1, 33, 1997, p. 187. Acerca das origens da disposição, Albors-Lorens, A., «Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice Under the Treaty of Amsterdam», *Common Market Law Review*, n.º 35, 1998, pp. 1273 a 1276; Langrish, S., «The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights», 23 *European Law Review*, 1998, p. 8, e Labayle, H., «Le Traité d'Amsterdam. Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 33, 1997, pp. 873 e 874.

de direito derivado adoptados com o seu fundamento, mas com algumas variantes, entre as quais se destaca a limitação do reenvio aos órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso.

25. O referido artigo 68.º incorporava as chamadas questões prejudiciais a uma velocidade diferente e previa uma distinção que contrastava com a tradicional solidez e uniformidade do sistema processual comunitário, desafiando, além disso, a posição do Tribunal de Justiça que, no seu Relatório de 1995 sobre certos aspectos da aplicação do Tratado da União Europeia [13], rejeitara qualquer limitação à faculdade de os órgãos jurisdicionais nacionais submeterem questões prejudiciais. Na opinião do Tribunal de Justiça, essa limitação podia pôr em causa a uniformidade e a coerência do direito comunitário [14].

26. A insistência dos Estados-Membros motivou a alteração do regime prejudicial, embora sendo difícil de imaginar a enxurrada de pedidos que se temia, uma vez que o artigo 35.º UE, que, com excepção de Espanha, se encontra ao alcance de todos os órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados-Membros que subscreveram o n.º 2 desse artigo [15], não teve um efeito devastador. Pelo contrário, a recente aprovação do processo prejudicial de urgência representa um sinal evidente da vontade do Tribunal de Justiça em resolver assuntos relacionados com o espaço de liberdade, segurança e justiça em prazos curtos, sem que seja perceptível uma especial inquietude face a eventuais avalanchas de reenvios [16].

27. O artigo 68.º CE deve ser entendido à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva. As disposições que limitam a submissão do pedido de decisão prejudicial devem ser alvo de interpretação restritiva. As fragilidades das limitações que o artigo 68.º CE impõe ao juiz nacional têm algumas consequências práticas que devem ser apresentadas, aplicando-as ao processo reenviado pelo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier.

13 — Relatório do Tribunal de Justiça de Maio de 1995.

14 — O n.º 11 expressa com clareza esta preocupação: «Limitar a possibilidade de recorrer ao Tribunal de Justiça teria como efeito pôr em causa a aplicação e a interpretação uniformes do direito comunitário no conjunto da União, correndo-se assim o risco de privar os particulares de protecção judicial eficaz e de pôr em causa a unidade da jurisprudência [...]. O sistema de reenvio prejudicial constitui uma verdadeira trave-mestra do funcionamento do mercado interno, uma vez que é essencial para a preservação do carácter comunitário do direito instituído pelos Tratados e garante de que, em qualquer circunstância, esse direito terá o mesmo efeito em todos os Estados-Membros [...]. Uma das missões essenciais do Tribunal de Justiça consiste precisamente em garantir essa interpretação uniforme, e é respondendo às questões submetidas pelos tribunais nacionais que lhe dá satisfação».

15 — Esses Estados-Membros, com excepção de Espanha, habilitaram todos os seus órgãos jurisdicionais a submeterem pedidos de decisão prejudicial ao abrigo do artigo 35.º UE. Embora não exista nenhuma actualização da situação das declarações, pode-se consultar um documento útil, elaborado pela Direcção de Investigação e Documentação do Tribunal de Justiça, no sítio http://curia.europa.eu/es/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/art35.pdf.

16 — O novo processo prejudicial de urgência adoptado em 15 de Janeiro de 2008 (JO L 24, p. 39) e regulado no artigo 104.ºB, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, para além dos inevitáveis riscos para a coerência e a unidade da jurisprudência (para não referir a deficiência de garantias processuais básicas como as de transparência), pode também comprometer a capacidade operativa deste Tribunal, se se verificarem futuras (e possíveis) avalanchas. Apesar destes perigos, nada travou os impulsionadores do novo processo.

2. A interpretação restritiva das limitações ao diálogo judicial instituídas pelo artigo 68.º CE

28. Qualquer excepção a uma norma deve ser interpretada de forma restritiva. As particularidades relativas aos pedidos prejudiciais do artigo 68.º CE afastam-se do *genus* do artigo 234.º CE, devendo por isso a sua interpretação ser feita de forma contida. Não obstante, este resultado não se alcança apenas com critérios hermenêuticos.

29. O acesso à justiça constitui um pilar essencial da cultura jurídica ocidental «To no one will we sell, to no one will we deny or delay right of justice», rezava a Magna Carta em 1215 [17], deixando transparecer um axioma que vigorou na Europa até ser incorporado na Convenção Europeia dos Direitos do Homem [18], na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [19] e na jurisprudência do Tribunal de Justiça [20]. Assim, entre os princípios gerais do direito comunitário encontra-se o direito à tutela jurisdicional efectiva, através do qual se estrutura o acesso. Em determinados Estados-Membros, como a Alemanha e a Espanha, a configuração deste direito fundamental inclui também o pedido de decisão prejudicial do artigo 234.º CE [21]. Este pedido revela-se duplamente crucial na salvaguarda das garantias processuais do indivíduo, tanto na sua dimensão comunitária como nacional [22]. O acesso à justiça implica não só o início de um processo judicial mas também a sua instrução pelo órgão jurisdicional competente. Além disso, o pedido de decisão prejudicial preenche em termos processuais as exigências de uniformidade e coerência do direito comunitário, pelo que qualquer órgão jurisdicional nacional deve poder pedir o auxílio do Tribunal de Justiça [23]. Qualquer barreira que se levante ao juiz nacional para proceder ao reenvio implica uma desvalorização desse direito fundamental. Partindo desta premissa, há que inferir que o artigo 68.º CE torna mais flexíveis as suas reservas quando interpretado à luz da tutela jurisdicional efectiva [24].

30. Ainda assim, existem razões institucionais que defendem uma concepção restritiva do artigo 68.º CE. A mais importante radica no monopólio da validade que está nas mãos do Tribunal de Justiça. Ao limitar os reenvios

17 — *Magna Carta Libertatum*, capítulo 40. Sobre a evolução do valor subjacente ao acesso à justiça, Zuckerman, A., *Zuckerman on Civil Procedure. Rules and Procedures*, Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 59 a 64.

18 — Artigo 6.º da Convenção.

19 — Artigo 47.º da Carta.

20 — Acórdãos de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.os 18 e 19); de 15 de Outubro de 1987, Heyens e o. (222/86, Colect., p. 4097, n.º 14); de 27 de Novembro de 2001, Comissão/Áustria (C-424/99, Colect., p. I-9285, n.º 45); de 25 de Julho de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/ /Conselho (C-50/00 P, Colect., p. I-6677, n.º 39), e de 19 de Junho de 2003, Eribrand (C-467/01, Colect., p. I-6471, n.º 61).

21 — Acórdão do Bundesverfassungsgericht alemão, de 9 de Janeiro de 2001, e acórdão do Tribunal Constitucional espanhol 58/2004, de 19 de Abril de 2004. São interessantes os comentários a estes acórdãos de Arndt, F., «The German Federal Constitutional Court at the Intersection of National and European Law: Two Recent Decisions», *German Law Journal*, n.º 11, 2001, e de Alonso García, R., «Comentario a la sentencia 58/2004», *Common Market Law Review*, n.º 42, 2005.

22 — Martin Rodríguez, P., «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional de derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 72, 2004, e Azpitarte Sánchez, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

23 — Acórdão de 16 de Dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, Colect., p.I-9641, n.os 96 e 97).

24 — Esse mesmo critério foi defendido, aplicando-o ao artigo 68.º CE, por Baquero Cruz, J., «El Auto Dem'Yanenko: expulsión de ciudadanos de terceros Estados y TJCE», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 19, 2004, pp. 944 e segs.

prejudiciais às últimas instâncias, os órgãos jurisdicionais inferiores ficam privados dos juízos negativos da validade dos actos comunitários que o Tratado reserva ao Tribunal de Justiça [25]. Esta situação obriga os tribunais de cujas decisões caiba recurso a aplicarem uma norma que consideram inválida ou, pior ainda, a exercerem o controlo negativo da validade que incumbe apenas ao Tribunal de Justiça. Portanto, se o conceito de última instância fosse entendido com muito rigor, o risco de atomizar a fiscalização da licitude das disposições comunitárias aumentaria.

31. Por conseguinte, não é de estranhar que surjam iniciativas para superar o artigo 68.º CE, como a empreendida pela Comissão em 2006 para erradicar as particularidades do referido artigo para garantia da uniformidade, da tutela jurisdicional efectiva e do funcionamento eficaz da justiça comunitária [26]. Embora a iniciativa não tenha vingado, as afirmações da Comissão são suficientemente expressivas, quando refere que o artigo 68.º CE é «contrário à economia processual» [27], é «um desperdício inútil de recursos dos tribunais nacionais» [28], considerando, inclusive, que é «incoerente com o resto do Tratado» [29]. Os Estados-Membros também não viram inconveniente em desterrar as especificidades relativas ao pedido prejudicial do artigo 68.º CE quando elaboraram o projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa ou o Tratado de Lisboa, em cujos preceitos desaparece a diferença de regime nos reenvios prejudiciais.

32. Em suma, a limitação da capacidade de submissão de reenvios prejudiciais aos órgãos jurisdicionais de última instância deve ser interpretada de forma restritiva. A entrada em vigor do artigo 68.º CE constitui um precedente de duvidosa concordância com o espírito que inspirou o artigo 234.º CE, não só pelas alterações que introduz na sua dinâmica mas também na arquitectura judiciária comunitária. Como escreveu Pierre Pescatore numa recente referência, o mecanismo do artigo 234.º CE representa «uma parte sagrada do legado jurídico europeu» [30]. Qualquer alteração a esta pedra angular para o funcionamento do mercado interno [31] deve ser estudada com profunda cautela, uma vez que os fundamentos do modelo judicial europeu assentam substancialmente no bem sucedido

25 — Acórdão de 22 de Outubro de 1987, Foto-Frost (314/85, Colect., p. 4199, n.º 20).

26 — Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu, ao Comité das Regiões e ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre a adaptação das disposições do título IV do Tratado que institui a Comunidade Europeia relativas às competências do Tribunal de Justiça, por forma a assegurar uma tutela jurisdicional mais efectiva, de 28 de Junho de 2006 [COM(2006) 346 final]. Este documento, profundamente crítico do artigo 68.º CE, contrasta com a posição da instituição no caso em apreço. Se, na sua opinião, o conteúdo do artigo dificulta o acesso à justiça, não consigo compreender que defenda com tanto afinco a inadmissibilidade da questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio. Sobretudo quando, como se demonstra ao examinar o mérito, a Comissão defende uma concepção maximalista do Regulamento n.º 1348/2000 que demonstra o claro interesse deste caso para as partes envolvidas, mas também para o direito do incipiente espaço de liberdade, segurança e justiça.

27 — *Ibid*., p. 6.

28 — *Ibid*.

29 — *Ibid.*, p. 7.

30 — Pescatore, P., «Preliminary Rulings — Evolution of the System», *50th Anniversary of the Court of Justice of The European Communities. Conference on Cooperation between the Court of Justice and the National Courts*, Serviço de Publicações, Luxemburgo, 2003, p. 29.

31 — Expressão do presidente Robert Lecourt, na sua obra «Le rôle unificateur du juge dans la Communauté», *Études de droit des Communautés Européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen,* Ed. Pedone, Paris, 1984, p. 227.

reenvio. Não é, portanto de estranhar que os que defendem paradigmas alternativos se tenham afastado da tradição comunitária, apoiando-se no artigo 68.º CE [32]. Se é tempo de alterar a relação de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais, talvez uma reforma como a do artigo 68.º CE não seja o caminho adequado.

33. Sabendo-se que o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier actua no primeiro nível da escala jurisdicional civil espanhola, importa determinar se um órgão de última instância, na acepção do artigo 68.º CE, é o que culmina a organização judicial nacional ou o último que decide, de acordo com o sistema interno de recursos. Por outras palavras, há que apreciar se, como fez o Tribunal de Justiça no processo Lyckeskog [33] a respeito do artigo 234.º CE, se deve seguir a teoria orgânica ou a do caso concreto. O referido acórdão acolheu a segunda, ratificando as esmeradas conclusões do advogado-geral A. Tizzano que salientavam a progressiva tendência da jurisprudência nessa linha [34]. No n.º 15 do acórdão, concluía-se que a coerência e a uniformidade se alcançam «quando são sujeitos a esta obrigação de reenvio [...] os Supremos Tribunais [...] *bem como qualquer órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial* [...]».

34. Encontro a resposta para este dilema não só nos argumentos acima expostos mas também na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Embora a exegese do artigo 68.º CE se deva adaptar ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, deve-se tentar conformá-la às exigências desse princípio [35]. Logicamente, essa ideia transpareceu no acórdão Lyckeskog, uma vez que permite aumentar o número de órgãos susceptíveis de submeter o pedido de decisão prejudicial, à margem da posição que ocupam na hierarquia do seu poder jurisdicional. Este entendimento também se revela correcto quando o pedido de decisão prejudicial é submetido ao abrigo do artigo 68.º CE.

35. Ainda assim, reconheço uma certa sintonia entre a minha proposta e a jurispru-

32 — Komárek, J., «In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure», *European Law Review*, n.º 32, 2007, p. 486 e segs., defende um modelo alternativo à justiça comunitária que combina a diferença com a hierarquia, utilizando como fundamento as limitações do artigo 68.º CE.

33 — Acórdão já referido.

34 — Conclusões do advogado-geral A.Tizzano, de 21 de Fevereiro de 2002, (acórdão já referido), n.ºs 32 a 38. Os acórdãos que seguiram nesta direcção foram os históricos de 15 de Julho de 1964, Costa/ENEL (6/64, p. Colect. 1962-1964, p. 549), e de 24 de Maio de 1977, Hoffmann-La Roche (107/76, Colect., p. 333). Embora seja apenas uma curiosidade, não resisto a contar que o acórdão Lyckeskog, ao ir procurar apoio no acórdão Costa, erra na citação e fundamenta a teoria do caso concreto no acórdão de 27 de Março de 1963, Da Costa (28/62, 29/62 e 30/62, Colect. 1962-1964, p. 233). É evidente a semelhança do nome das partes nos dois processos mas, salvo erro, o acórdão Da Costa, pioneiro por instituir a doutrina do acto claro, pouco traz ao debate concluído no processo Lyckeskog.

35 — É o que defende a esmagadora maioria da doutrina. Particularmente gráfico revela-se Alonso García, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, Ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 228: «excluída a possibilidade dos órgãos jurisdicionais de cujas decisões caiba recurso submeterem ao TJCE questões prejudiciais sobre a interpretação ou a validade, uma leitura da referida fórmula segundo a teoria abstracta ou orgânica podia conduzir a quebras graves não na interpretação, mas na própria aplicação do título IV do Tratado CE, na medida em que abriria as portas a declarações nacionais de invalidade da actividade comunitária, irreversíveis se procedentes, em única ou última instância de tribunais inferiores» (tradução livre). Também Cheneviere, C., «L'article 68 CE — Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris», *Cahiers de Droit Européen*, n.º 40, 2004, pp. 569-572; Girerd, P., «L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines», *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, n.º 35 (2), 1999, p. 243, e Valle Galvéz, A., «Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de las CCEE trás el Tratado de Ámsterdam», *Noticias de la Unión Europea*, 2000, n.º 186, p. 29.

dência no domínio da cooperação judiciária em matéria civil e comercial. O acórdão Danmarks Rederiforening [36] admitiu um pedido de decisão prejudicial baseado no Protocolo relativo à interpretação pelo Tribunal de Justiça da Convenção de Bruxelas [37] que limitava os reenvios dinamarqueses ao Højesteret (Tribunal Supremo), quando nesse caso em concreto era o Arbejdsret (Tribunal do Trabalho) que apresentava o pedido de decisão prejudicial, actuando como última instância. No n.º 16 do acórdão salientou-se que uma interpretação literal do Protocolo «teria como consequência que, na Dinamarca, as questões referentes à interpretação da Convenção de Bruxelas surgidas no âmbito de uma acção como a do processo principal não poderiam, em caso algum, ser objecto de reenvio prejudicial». Deste modo, a questão prejudicial foi admitida, aplicando-se num terreno afim, ainda que não idêntico ao do artigo 68.º CE, a teoria do caso concreto [38].

36. Face ao exposto, defendo que o artigo 68.º CE, quando refere os órgãos jurisdicionais cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso, abarca tanto os tribunais supremos como quaisquer órgãos jurisdicionais nacionais que decidam sem possibilidade de recurso.

37. Consequentemente, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier, apesar de não estar no topo da pirâmide jurisdicional nacional, pode apresentar o seu pedido de decisão prejudicial ao abrigo do artigo 68.º CE quando das suas decisões não caiba recurso. Resta apenas determinar se, nos termos das leis processuais espanholas, os particulares podem impugnar as decisões desse órgão jurisdicional.

3. O sistema de recursos na ordem civil espanhola

38. A decisão do Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier salienta a sua competência para conhecer de uma reclamação de um acto de mero expediente do secretário judicial do mesmo órgão, que é passível de revisão por meio de reclamação (artigo 224.º da LEC), cuja aplicação, embora pensada para a reclamação de despachos, de mero expediente ou não, (artigo 451.º da LEC), se estende *ex lege* aos actos de mero expediente.

39. Nos termos do artigo 455.º da LEC, das decisões definitivas, cabe recurso de «apelación». Este meio de impugnação inclui também os despachos que decidem a reclamação.

36 — Acórdão de 5 de Fevereiro de 2004, DFDS Torline (C-18/02, Colect., p. I-1417).

37 — Protocolo de 3 de Junho de 1971, relativo à interpretação pelo Tribunal de Justiça da Convenção, de 27 de Setembro de 1968, relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em matéria civil comercial (JO 1975, L 204. p. 28; EE 01 F2 p. 28; texto consolidado JO 1998, C 27, p. 28).

38 — A questão não se colocava propriamente no âmbito do artigo 68.º CE, porque o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 12, p. 1), embora já estivesse em vigor no momento em que a questão foi submetida, não era aplicável no território dinamarquês, onde apenas se podia invocar a Convenção de Bruxelas, texto que tinha sido «comunitarizado» devido ao regulamento nos restantes Estados-Membros.

40. A reclamação dos despachos, de mero expediente ou não, prevista na LEC com carácter geral [39], estrutura-se como um recurso em sentido impróprio, de autodepuração, que permite ao mesmo juiz que proferiu a decisão fiscalizá-la e, se considerar oportuno, anulá-la [40]. Contudo, a reclamação de actos de mero expediente tem um significado bastante diferente, uma vez que se impugna um acto de um órgão inferior perante outro superior. Assim, a diligência de um secretário judicial é controlada pelo titular do órgão jurisdicional. Existindo uma hierarquia entre os dois órgãos, o artigo 451.º da LEC outorga uma via de reclamação às partes, embora com especificidades face ao seu regime geral [41].

41. Esta diferença justificaria a heterogeneidade de soluções da jurisprudência nacional. A Comissão invocou diversos despachos judiciais de tribunais inferiores que admitem recurso de despachos que decidem uma reclamação de um acto de mero expediente [42]. No entanto, este aspecto não é claro, uma vez que existe jurisprudência contrária [43], bem como uma certa discussão académica [44] que se inclina em considerar que não cabe recurso dessas decisões contra os referidos actos de mero expediente. Para este debate processual pode contribuir o facto de a LEC ser um texto recente, cujas disposições ainda esperam a depuração autorizada do Supremo Tribunal espanhol. É, contudo, inegável que actualmente o direito processual nacional não prevê expressamente se cabe recurso de uma decisão como a que está pendente no Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier.

42. Neste contexto, confluem dois elementos dignos de nota.

43. Em primeiro lugar, importa salientar a convicção do tribunal de reenvio da sua condição de órgão de última instância. No terceiro fundamento da decisão de reenvio refere-se que, na opinião do juiz, se aplica o referido artigo 454.º da LEC, o que «implica […] que se considere de última instância a admissão ou inadmissão do requerimento de cooperação judicial apresentado». A polémica entre os tribunais espanhóis em torno da LEC tem que ser resolvida pela última instância jurisdicional desse país, mas nunca pelo Tribunal de Justiça, que, se interpretasse o artigo 454.º da LEC, se erigiria num tribunal

39 — Artigos 451.º a 454.º da LEC.

40 — Armenta Deu, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, 3.ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 239 a 241, bem como Díez-Picazo, I., e De la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3.ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 251 e 252.

41 — Com efeito, antes da LEC de 2000, a via para impugnar as decisões dos secretários era o «recurso de revisión». Actualmente, o artigo 224.º da LEC conserva a traça da velha nomenclatura quando se refere, no seu título, à «*revisão* dos actos de mero expediente» (sublinhado meu). Verifica-se, assim, que o uso da reclamação para impugnar os referidos actos é uma técnica atípica, que não encaixa totalmente na estrutura dos recursos em sentido impróprio.

42 — Decisões da Audiencia Provincial de Castellón de 26 de Junho de 2006 e da Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de Janeiro de 2006.

43 — Decisão da Audiencia Provincial de Madrid de 25 de Janeiro de 2005.

44 — Aguílera Morales, M., «Resoluciones judiciales y diligencias de ordenación», *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, n.º 3, 2000, p. 277, e Bonet Navarro, A., *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 88.

civil espanhol, tomando posição num debate que incumbe aos tribunais desse Estado-Membro esclarecer [45]. Se o juiz de reenvio tem a certeza da sua condição de órgão jurisdicional de última instância, o Tribunal de Justiça deve dar um voto de confiança aos que batem à sua porta em busca de critérios hermenêuticos comunitários.

44. Em segundo lugar, remetendo para os n.os 28 a 37 das presentes conclusões, se dúvidas houvesse, dever-se-ia optar pelo critério mais favorável à apresentação do pedido de decisão prejudicial. Consequentemente, a questão que decorre do ordenamento processual espanhol só pode ter como resultado o reconhecimento da competência do órgão jurisdicional de reenvio.

4. Corolário

45. Face ao exposto, e sendo certo que o artigo 68.º CE não precisa que os órgãos jurisdicionais devem encabeçar a organização judicial de um Estado-Membro e que, depois de analisar as circunstâncias da causa, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier decide sem recurso, há que julgar improcedente a primeira excepção de inadmissibilidade invocada pela Comissão.

B — *Segunda objecção à admissibilidade: a existência de um litígio no processo principal*

46. Resta ainda esclarecer se o referido Juzgado espanhol cumpre outro requisito essencial para o reenvio prejudicial. Desta vez, contrariamente ao referido no número anterior, o requisito em causa tem origem na jurisprudência, quando exige que o pedido surja no contexto de um processo. Nas palavras do Tribunal de Justiça, os «órgãos jurisdicionais nacionais só podem [apresentar um pedido de decisão prejudicial] se perante eles se encontrar pendente um litígio e se forem chamados a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de carácter jurisdicional» [46]. Para a Comissão, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier deve dirimir uma disputa em que não existe contraditório e em que também não exerce o seu poder jurisdicional. Consequentemente, pede que o pedido de decisão prejudicial não seja admitido.

47. Além disso, é obvio que as causas de inadmissibilidade desenvolvidas pelo Tribunal de Justiça relativamente ao artigo 234.º CE se aplicam também aos

45 — O Tribunal de Justiça é competente para interpretar o direito comunitário e o órgão jurisdicional nacional para identificar o direito nacional aplicável e interpretá-lo. Esta delimitação, baseada no respeito pela autonomia processual dos órgãos nacionais, está profundamente enraizada na jurisprudência do Tribunal de Justiça [acórdãos de 30 de Abril de 1974, Sacchi (155/73, Colect., p. 223); de 20 de Maio de 1976, Mazzalai (111/75, Colect., p. 291); de 8 de Novembro de 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Colect., p. I-4003), e de 11 de Setembro de 2008, Unión General de Trabajadores de la Rioja (C-428/06 a C-434/06, Colect., p. I-6747).

46 — Despachos de 18 de Junho de 1980, Broker (138/80, Recueil, p. 1975), e de 5 de Março de 1986, Greis Unterweger (318/85, Colect., p. 955, n.º 4), bem como acórdão Job Centre, já referido, n.º 9.

reenvios do artigo 68.º CE. O conteúdo deste artigo, que enuncia que o artigo 234.º CE «é aplicável ao presente título [IV]», demonstra a plena vigência do regime prejudicial e da sua jurisprudência, com as únicas excepções que o próprio artigo 68.º CE prevê [47]. Assim, assumindo a doutrina do Tribunal de Justiça sobre as causas de admissibilidade no título IV do Tratado CE, importa analisar alguns acórdãos.

1. A exigência de um litígio

48. O êxito do reenvio prejudicial residiu, principalmente, nos termos amplos escolhidos pelos Estados fundadores quando redigiram o artigo 234.º CE, que, não obstante, permitiram a introdução de limitações à apresentação de pedidos de decisão a título prejudicial, entre as quais se destacam as seguintes condições: deve ser apresentado por um «órgão jurisdicional» [48], a decisão de reenvio deve ser fundamentada [49], são recusadas as questões hipotéticas ou fictícias [50] e, no que aqui diz respeito, deve existir um litígio [51].

49. Entre essas condições existe uma especial e estreita relação entre a primeira e a última. O conceito de «órgão jurisdicional» traça a fronteira quanto aos interlocutores no diálogo judicial europeu. Nem todas as autoridades podem participar nesse diálogo, mas apenas as que estão investidas de poder jurisdicional. O acórdão Vassen-Göbels [52] definiu com aparente rigor as características que um órgão deve possuir para assumir essas tarefas. Nas minhas conclusões no processo De Coster [53], proponho uma alteração dessa jurisprudência, cujos posteriores desenvolvimentos provocaram uma grande insegurança jurídica. Actualmente, compreendo que o Tribunal de Justiça se mostre mais propenso a limitar o diálogo aos que integram um verdadeiro poder jurisdicional. Infere-se dos acórdãos mais recentes que está a ser implementado um controlo mais estrito, na linha do espírito original do acórdão Vaassen-Göbbels, só flexibilizado em alguns casos por razões de tutela jurisdicional efectiva [54].

50. A definição de «órgão jurisdicional» está intimamente ligada à de «litígio», uma vez que, para saber se uma autoridade administra justiça de acordo com os critérios Vaassen-Göbbels, tem de existir um conflito entre as partes. Apesar deste alegado nexo, trata-se de aspectos diferentes e foi com razão que o Tribunal de Justiça os estudou em separado.

51. Apesar de uma autoridade fazer parte da organização jurisdicional de um Estado, isso

47 — O Tribunal de Justiça equiparou esta jurisprudência aos pedidos de decisão prejudicial do artigo 35.º UE, ao afirmar que, «à semelhança do artigo 234.º CE, o artigo 35.º UE subordina a competência do Tribunal de Justiça para decidir a título prejudicial à condição de o órgão jurisdicional considerar 'que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa', de modo que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à admissibilidade das questões prejudiciais colocadas ao abrigo do artigo 234.º CE é, em princípio, aplicável aos pedidos de decisão prejudicial apresentados ao Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 35.º UE» [acórdão de 16 de Junho de 2005, Pupino (C-105/03, Colect., p. I-5285, n.º 29)]. Não afasto a hipótese de o Tribunal de Justiça adaptar este critério no futuro, pois atrevo-me a salientar que o acórdão reconheceu a vigência, «*em princípio*», dos tradicionais critérios de admissibilidade.

48 — Acórdão de 30 de Junho de 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Colect. 1965-1968, p. 401).

49 — Acórdão de 26 de Janeiro de 1993, Telemarsicabruzzo e o. (C-320/90 a C-322/90, Colect., p. I-393, n.º 6).

50 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1981, Foglia (244/80, Recueil, p. 3045, n.ºs 18 e 20).

51 — Acórdão Job Centre, já referido.

52 — Acórdão já referido.

53 — Conclusões de 28 de Junho de 2001, no processo C-17/00, De Coster [acórdão de 29 de Novembro de 2001 (Colect., p. I-944)].

54 — Acórdãos de 30 de Maio de 2002, Schmid (C-516/99, Colect., p. I-4573, n.º 34), e de 31 de Maio de 2005, Syfait e o. (C-53/03, Colect., p. I-4609, n.ºs 31 a 35).

não significa que actue sempre no exercício desses poderes. A primeira condição diz respeito aos *sujeitos* desse diálogo prejudicial. A última, às *funções* que os dois interlocutores desempenham. Por isso, o Tribunal de Justiça construiu um fundamento de admissibilidade relacionado com a natureza do órgão e outro com as funções que ele desempenha. Ou seja, um órgão jurisdicional ainda que tenha essa natureza, nem sempre exerce jurisdição. São vertentes diferentes que recebem, na minha opinião, correctamente, um tratamento diferente.

52. O comportamento do Tribunal de Justiça é lógico. O pedido de decisão prejudicial articula-se como uma cooperação entre juízes, para obter uma solução uniforme que satisfaça o caso concreto e a coerência do ordenamento jurídico comunitário. É, assim, uma relação construtiva *de juiz a juiz* e não *de litígio a litígio,* o que explica a subtileza do Tribunal de Justiça ao delimitar o conceito de órgão jurisdicional, mas, uma vez determinadas as partes vinculadas a essa cooperação, a sua tendência foi consideravelmente mais flexível. Se assim não fosse, obtinham-se resultados um tanto ou quanto disparatados, por exemplo, o reconhecimento da qualidade de órgão jurisdicional a entidades não jurisdicionais obrigaria a relativizar até à exaustão a existência de um litígio. Mas, no outro cenário, o desenlace seria igualmente preocupante, uma vez que uma entidade pseudo-judicial dificilmente poderia exercer funções judiciais e, consequentemente, nunca estaria habilitada para apresentar um pedido de decisão prejudicial.

53. Existem também razões de política judicial que merecem ser tidas em conta, na medida em que o Tribunal de Justiça estabelece um diálogo com os tribunais nacionais para que possam posteriormente exercer os poderes tradicionais de um órgão jurisdicional, tais como a adopção de medidas cautelares, a execução de sentenças ou a salvaguarda de garantias processuais. Estas faculdades encontram-se também à disposição do juiz quando intervém em procedimentos em que o contraditório não é total ou quando a função adquire contornos mais administrativos. Para que o juiz nacional, como juiz de direito comunitário, julgue e faça executar a sentença à luz das normas europeias, a comprovação de que existe um litígio deve ser efectuada com prudência.

2. O contraditório e a natureza da função jurisdicional: duas vertentes da mesma condição

54. No caso em apreço, embora o Juzgado que procedeu ao reenvio faça parte do poder judicial espanhol, existem dúvidas sobre o contraditório, bem como sobre a natureza jurisdicional da decisão do órgão. Embora tradicionalmente as duas vertentes se tenham misturado para preencher a condição da existência de um litígio, apresentam aspectos diferenciados que receberam tratamento jurisprudencial individualizado.

55. Assim, o Tribunal de Justiça não considerou crucial o contraditório para um tribunal nacional lhe submeter uma questão prejudicial [55]. Uma vez confirmada a cooperação *entre juízes*, o tribunal nacional goza de uma grande discricionariedade para efectuar o reenvio. Esta tese foi confirmada em muitas ocasiões, precisando que a «exigência de um processo contraditório não é um critério absoluto» [56].

56. No processo De Coster, chamo a atenção para a inexistência de contraditório [57]. O Tribunal de Justiça não instituiu como regra geral a admissibilidade de qualquer pedido de decisão prejudicial em cujo processo nacional só exista uma parte. Contudo, a jurisprudência impõe três elementos para que se verifique esse contraditório. Em primeiro lugar, basta que um particular invoque um direito e reclame a autoridade de um tribunal. Em segundo lugar, o pedido deve estar factual e juridicamente bem definido. Em terceiro lugar, o tribunal nacional deve exercer a sua jurisdição com pleno respeito pelas garantias processuais. A referência a este terceiro elemento assenta no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Comprovados estes elementos, todos demonstrados de uma forma um tanto ou quanto desordenada no Tribunal de Justiça, considera-se preenchido o princípio do contraditório para efeitos do artigo 234.º CE.

57. Exige-se uma dinâmica semelhante relativamente à natureza da função jurisdicional. No processo Job Centre [58], declarou-se timidamente que o órgão jurisdicional nacional devia desempenhar funções propriamente judiciais. Esta doutrina foi confirmada depois, mas o seu verdadeiro sentido observa-se quando nos aproximamos do contexto processual de cada litígio. Assim, no processo Job Centre, o Tribunale civile e penale de Milão confrontava-se com um pedido de homologação de um acto constitutivo de uma sociedade comercial, no quadro de um processo de jurisdição voluntária. A decisão do Tribunale implicava a ordem de inscrição no registo, levando o Tribunal de Justiça a declarar que ele exercia uma função não jurisdicional. Esse critério também não foi apreciado no processo Salzmann [59], no qual um Bezirksgericht austríaco submeteu uma questão prejudicial enquanto responsável pela manutenção do registo predial. Igual fim teve o processo HSB-Wohnbau [60], com o Amtsgericht Heidelberg a agir na qualidade de autoridade responsável pelo registo comercial.

58. No entanto, a jurisprudência admitiu reenvios como o do presidente do Tribunale de Turim num processo sumário em que não havia contraditório, decidindo-se por

55 — O acórdão de 14 de Dezembro de 1971, Politi (43/71, Colect., p. 419), iniciou essa atenuação do contraditório. O acórdão de 21 de Fevereiro de 1974, Birra Dreher (162/73, Colect., p. 201), fundamentou sucintamente fracos critérios para não subordinar o reenvio ao Tribunal de Justiça ao carácter contraditório do processo que termina com a apresentação da questão prejudicial pelo juiz nacional.

56 — Acórdãos de 21 de Março de 2000, Gabalfrisa e o. (C-110/98 a C-147/98, Colect., p. I-1577, n.º 37), e De Coster, já referido, n.º 14.

57 — Conclusões, já referidas, n.ºs 29 a 38.

58 — Acórdão já referido.

59 — Acórdão de 15 de Maio de 2003 (C-300/01, Colect., p. I-4899).

60 — Despacho de 10 de Julho de 2001 (C-86/00, Colect., p. I-5353).

«decreto» [61]. Também desempenhava uma função jurisdicional o Pretore italiano, quando acumulou competências de um juiz de instrução e de um de representante do Ministério Público, como acontecia nos processos X e Pretore di Salò [62]. O Tribunal de Justiça também foi sensível ao facto de que, embora a decisão seja tomada nominalmente por uma instância política, a resolução final fica nas mãos de um órgão jurisdicional. Foi o que aconteceu no processo Garofalo [63], ao decidir se o Conselho de Estado italiano cumpre os requisitos do artigo 234.º CE quando emite um parecer no âmbito de um recurso extraordinário, cuja decisão será formalmente adoptada pelo Presidente da República. Além disso, a faceta consultiva de alguns tribunais, que não proferem um acto obrigatório, foi considerada apta para a apresentação de um pedido de decisão prejudicial, na sequência do decidido nos processos Österreichischer Gewerkschftsbund [64] e Felix Swoboda [65]. Recentemente, ao proferir o seu segundo acórdão num processo prejudicial de urgência, o Tribunal de Justiça admitiu, no processo Santesteban Goicoechea [66], o reenvio das «chambres de l'instruction des cours d'appel» francesas. Segundo o Conselho de Estado francês, estes órgãos exercem uma função administrativa quando se pronunciam mediante parecer sobre um pedido de extradição. O Tribunal de Justiça centrou o seu exame no carácter vinculativo das decisões dos referidos órgãos, sem atribuir relevância maior à natureza não jurisdicional das suas decisões [67].

61 — Acórdão Politi, já referido.

62 — Acórdãos de 5 de Maio de 1977, Pretore di Cento/X (110/76, Recueil, p. 851, Colect., p. 317), e de 11 de Junho de 1987, Pretore di Salò/X (14/86, Colect., p. 2545, n.º 7).

63 — Acórdão de 16 de Outubro de 1997, Garofalo e o. (C-69/96 a C-79/96, Colect., p. I-5603, n.os 19 a 26).

64 — Acórdão de 30 de Novembro de 2000 (C-195/98, Colect., p. I-10497, n.os 24 a 30).

65 — Acórdão de 14 de Novembro de 2002 (C-411/00, Colect., p. I-10567, n.os 25 a 27).

66 — Acórdão de 12 de Agosto de 2008 (C-296/08 PPU, Colect., p. I-6307).

67 — *Ibid*., n.º 36.

59. Mesmo quando não ocorram as circunstâncias que permitem concluir pela existência de uma função jurisdicional, o acórdão Job Centre introduziu uma excepção singular, uma vez que, depois de ter rejeitado a competência do Tribunale de Milão por ser meramente administrativa, acrescentou que é «apenas no caso de a pessoa habilitada pela lei nacional a solicitar a homologação interpor um recurso de recusa de homologação e, por consequência, de inscrição no registo, que o órgão jurisdicional demandado pode ser considerado como exercendo, na acepção do artigo [234.º], uma função de natureza jurisdicional que tem por objecto a anulação de um acto que lesa um direito do demandante» [68]. Esta alteração da jurisprudência tem uma finalidade louvável, na medida em que, ao não admitir o pedido de decisão prejudicial em procedimentos pseudo-judiciais, corre-se o risco de o sistema de recursos de decisões do órgão judicial revelar também aspectos atípicos. Nesse caso, o processo nunca chegaria ao Tribunal de Justiça, independentemente da importância que revista para o litígio e para a coerência do ordenamento comunitário.

60. O Tribunal de Justiça aplicou esta excepção no processo Cartesio [69], num pedido de decisão prejudicial promovido pelo Szegedi Ítélőtábla, Hungria, no âmbito de um recurso de uma decisão de um tribunal comercial que indeferiu um pedido de averbamento. Embora em primeira instância o procedimento não tivesse carácter contraditório nem a respectiva decisão tivesse natureza judicial, o Tribunal de Justiça considerou que a fase de recurso aglutinava, apesar das particularidades processuais,

68 — Acórdão Job Centre, já referido, n.º 11.

69 — Acórdão Cartesio, já referido, n.os 58 a 60.

razões suficientes para aplicar a excepção do processo Job Centre. Importa observar que os processos das duas instâncias correram em órgãos jurisdicionais, com profundas particularidades processuais, sendo a sociedade Cartesio a única parte. Apesar de tudo, para responder às dúvidas suscitadas no litígo, o Tribunal de Justiça reconheceu a competência do tribunal de recurso para apresentar o pedido de decisão prejudicial.

3. A jurisprudência aplicada ao caso concreto

61. Da decisão de reenvio e da legislação nacional aplicável infere-se que o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier decide uma reclamação de um acto de mero expediente do secretário do referido Juzgado, que indeferiu um pedido de citação e notificação de actos extrajudiciais. Há que decidir se deve ser admitido o pedido de decisão prejudicial à luz de duas vertentes autónomas; a saber, o contraditório, por um lado, e a natureza jurisdicional da eventual decisão do órgão de reenvio, por outro.

a) O princípio do contraditório no caso concreto

62. A reclamação foi apresentada pela Roda Golf contra uma decisão de um secretário judicial que a impedia de invocar o Regulamento n.º 1348/2000, atingindo directamente a sua esfera jurídica. Com a reclamação acelera-se a transmissão e a notificação de documentos judiciais ou extrajudiciais, precisamente para salvaguardar as faculdades e os direitos dos que têm a capacidade ou a obrigação de notificar determinados actos. Verifica-se assim, um interesse da Roda Golf em reclamar perante os tribunais.

63. Da mesma forma, no processo de reclamação, o órgão de reenvio só pode decidir sobre a violação de «alguma disposição legal» (artigo 224.º, n.º 2, da LEC). A decisão sobre a reclamação confirma ou rejeita uma tese jurídica. Consequentemente, o Juzgado aprecia uma matéria previamente delimitada no requerimento apresentado pela Roda Golf.

64. Por último, a reclamação está regulada na legislação civil para a revisão de despachos, despachos de mero expediente e, excepcionalmente, de actos de mero expediente. Está sujeita às regras gerais dos recursos e aos princípios que inspiram a tutela jurisdicional efectiva [70]. O órgão de reenvio tem de assegurar todas as garantias processuais atribuídas à Roda Golf em qualquer processo impugnatório nos tribunais cíveis espanhóis.

70 — Díez-Picazo, I., e De la Oliva Santos, A., *Derecho procesal civil [...], op. cit.*

65. Consequentemente, existe contraditório na causa principal para efeitos da apresentação do pedido de decisão prejudicial.

b) A natureza jurisdicional da função exercida pelo órgão de reenvio no caso concreto

66. O secretário do Juzgado, ao adoptar o acto de mero expediente impugnado no processo principal, não actuou como um órgão jurisdicional. As competências dos que são responsáveis pelo apoio ao titular do Juzgado não os tornam um órgão jurisdicional. No entanto, as suas decisões são susceptíveis de revisão, tal como dispõe o artigo 224.º da LEC, perante o seu superior hierárquico. Além disso, violar-se-ia a jurisprudência Job Centre se o reenvio tivesse origem num litígio cujo único propósito fosse a citação e a notificação de actos que o Regulamento n.º 1348/2000 prevê, uma vez que os instrumentos que esse texto institui servem para controlar o bom curso de um processo civil mas não o processo em si.

67. Todavia, no caso em apreço, é aplicável a excepção do acórdão Job Centre, nos termos do qual o pedido de decisão prejudicial é admitido quando, apesar de a competência originária não ser jurisdicional, o reenvio surgiu num eventual recurso. Como acabo de referir, o processo iniciado em San Javier não coloca o Juzgado num contexto jurisdicional, nem pela autoridade com que decidiu primeiro o pedido nem pela matéria em disputa. No entanto, o órgão de reenvio, ao apresentar o pedido de decisão prejudicial no âmbito de uma reclamação, exerce «uma função de natureza jurisdicional que tem por objecto a anulação de um acto que lesa um direito do demandante» [71].

68. Como referi, a reclamação é um mecanismo impugnatório da legislação civil espanhola incluído nos recursos em sentido impróprio, na medida em que é julgado pelo mesmo órgão que proferiu a decisão impugnada. Rege-se pelas suas normas específicas, mas também pelas disposições gerais da LEC. Reforça este argumento o facto de, como refiro nos n.os 62 a 64 das presentes conclusões, a reclamação surgir quando se vislumbra um interesse directo, com um objecto definido e com plena observância de todas as garantias processuais.

69. Deste modo, está demonstrada a natureza jurisdicional da função exercida para a apresentação do pedido de decisão prejudicial.

71 — Acórdão Job Centre, já referido, n.º 11.

4. Corolário

70. Face ao exposto, demonstrados que estão o contraditório no processo principal e a natureza jurisdicional da função exercida pelo órgão de reenvio, sugiro que o Tribunal de Justiça declare improcedente a segunda excepção de inadmissibilidade invocada pela Comissão.

VI — A questão prejudicial

71. Com o Regulamento n.º 1348/2000 procurou-se melhorar o mercado interno, tendo em conta que a eficácia e a celeridade da transmissão de actos judiciais e extrajudiciais contribuem para fortalecer os objectivos dos Tratados. A iniciativa não era nova uma vez que, já nos anos sessenta, no âmbito da Conferência da Haia, foi aprovada a Convenção de 1965, relativa a esta mesma matéria, actualmente ratificada pela maioria dos Estados-Membros da União [72]. O Tratado de Amesterdão frustrou a entrada em vigor de uma Convenção ao abrigo do antigo artigo K.3 UE, relativa também às notificações [73], mas o seu conteúdo foi recuperado pelo regulamento que deve agora ser interpretado pelo Tribunal de Justiça.

72. Como decorre do seu próprio título, o Regulamento n.º 1348/2000 diz respeito à citação e à notificação de actos judiciais e extrajudiciais, embora limitadas ao âmbito civil e comercial. O Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier pretende obter uma definição precisa de «acto extrajudicial», uma vez que não sabe se um acto notarial de notificação e interpelação, que notifica dezasseis cartas comunicando a resolução de um contrato de compra e venda, tem esse carácter.

73. Das observações escritas apresentadas no presente processo retiram-se duas posições diferentes que por vezes se misturam. Por um lado, dois Estados defendem que os actos extrajudiciais só podem ser notificados ao abrigo do Regulamento n.º 1348/2000 quando se tenha iniciado um processo judicial. Como no processo reenviado por San Javier ainda não se instaurou um processo declarativo ordinário, foi proposto ao Tribunal de Justiça limitar a notificação desses actos a contextos *intraprocessuais*, tendo-se assim por sanada a dúvida do órgão jurisdicional espanhol. Por outro lado, a maior parte dos Estados, a Comissão e a recorrente no processo principal defendem que o Regulamento n.º 1348/2000 abarca a notificação de actos extrajudiciais, mesmo quando ainda não exista um pleito, centrando as suas alegações no artigo 16.º do próprio regulamento, que regula esse tipo de actos.

74. O juiz de reenvio colocou duas questões, manifestando-se essa dualidade nas teses defendidas pelos que participaram neste processo. Existe uma evidente continuidade

72 — Convenção de 15 de Novembro de 1965, relativa à citação e à notificação no estrangeiro de actos judiciais e extrajudiciais em matéria civil ou comercial. Até hoje a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado refere na sua base de dados que no seio da UE apenas a Áustria e Malta não a ratificaram.

73 — Convenção elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à citação e notificação dos actos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial, nos Estados-Membros da União Europeia, assinada em 26 de Maio de 1997 (JO C 261, p. 2).

entre as duas questões, apesar de constituírem entidades distintas. Convido, assim, o Tribunal de Justiça a actuar da mesma forma, apreciando, em primeiro lugar, se o Regulamento n.º 1348/2000 permite a citação e a notificação de actos extrajudiciais, quando ainda não se tenha iniciado um processo judicial, e, em segundo lugar, fazendo uma interpretação autorizada de «acto extrajudicial» que, contrariamente aos actos judiciais, não foi definido no referido regulamento.

A — *O contexto processual dos actos extrajudiciais e a necessária existência de um litígio*

75. O Reino de Espanha e a República Eslovaca defendem de forma vigorosa que os actos extrajudiciais, ainda que digam respeito a contextos estranhos à realidade forense, se regem pelo Regulamento n.º 1348/2000 quando a sua citação ou notificação seja imprescindível no decurso de um processo judicial. Baseiam-se nas funções que um tribunal normalmente desempenha nas tradições dos Estados-Membros e na interpretação literal dos considerandos do Regulamento n.º 1348/2000.

76. O sexto considerando refere-se à «eficácia e [à] celeridade dos processos judiciais no domínio civil», salientando que a transmissão dos actos judiciais e extrajudiciais deve ser efectuada «directamente e através de meios rápidos». Daqui resulta que o regulamento visa melhorar os procedimentos com uma componente transfronteiriça. Assim, o âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1348/2000 estaria limitado à citação e à notificação de actos extrajudiciais num litígo pendente num órgão jurisdicional nacional.

77. A tese da Comissão de que um acto extrajudicial se converte em judicial a partir do momento em que faça parte de um processo judicial não pode ser acolhida [74]. No decurso de um processo, sente-se por vezes a necessidade de recorrer ao Regulamento n.º 1348/2000 para notificar, por exemplo, actos notariais ou deliberações sociais, sem que, pelo simples facto de se integrarem na causa que o tribunal deve decidir, isso os transforme em actos judiciais. Contudo, a Comissão mostra-se mais convincente quando refere que uma limitação tão significativa no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1348/2000 teria sido objecto de uma menção expressa no seu texto. A interpretação extensiva de um considerando talvez não seja o instrumento mais útil para reforçar a posição do Reino de Espanha e da República Eslovaca, sobretudo quando existem outros mais convincentes para apoiar a opinião contrária.

78. O artigo 65.º CE é a base jurídica do Regulamento n.º 1348/2000. Os actos de direito derivado que são adoptados ao seu abrigo são «medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil que tenham uma incidência transfronteiriça», na medida do necessário «ao bom funcionamento do

74 — N.º 45 das observações da Comissão.

mercado interno». Ao referir-se à citação e à notificação de actos judiciais e extrajudiciais, o referido artigo nada acrescenta em apoio dos que entendem que deve haver um litígio em curso. Muito pelo contrário, o Regulamento n.º 1348/2000 aposta na flexibilidade, na celeridade, na eficácia e na circulação fluida de actos, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, sem que em nenhum momento se exija que façam parte de um processo judicial. O sexto considerando pode ter sido redigido como uma chamada de atenção especial para a importância que assume a rápida transmissão de actos durante os processos judiciais sem, contudo, excluir outras circunstâncias [75].

79. Ainda assim, o léxico jurídico aprovado pela Comissão, sem ser exaustivo, mas muito expressivo quanto à variedade documental de cada Estado-Membro, favorece uma interpretação ampla do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1348/2000. Por exemplo, considera actos extrajudiciais os actos notariais belgas, alemães e húngaros. Portugal oferece uma exaustiva relação de actos jurídicos privados, como a cessão de créditos, a renúncia ao cargo de administrador de uma sociedade ou uma operação de concentração de empresas. Para o Reino Unido, são extrajudiciais os «actos jurídicos que devam ser notificados e relativos a qualquer processo civil ou comercial não judicial». Mas o caso mais impressionante é o austríaco, que considera actos extrajudiciais os «destinados a salvaguardar e a exercer uma pretensão em matéria civil ou comercial ou à defesa dos direitos correspondentes, *embora à margem de um processo civil*» [76].

80. Infere-se do exposto que os actos extrajudiciais do Regulamento n.º 1348/2000 não se reduzem aos que constam dos autos, mas abarcam também os que devem ser notificados independentemente da existência de um processo. Reconheço que uma leitura precipitada levaria a abusos que poderiam sobrecarregar a capacidade de gestão dos tribunais nacionais. No entanto, esta preocupação não justifica uma restrição ao âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1348/2000. Deve antes ser tida em consideração ao abordar a definição de «acto extrajudicial», conceito que se deve analisar a seguir.

B — *A definição de «acto extrajudicial» para efeitos do Regulamento n.º 1348/2000*

81. Todos os Estados que participaram neste processo prejudicial atribuem a cada legislador nacional a definição de «acto extrajudicial» na acepção do artigo 16.º do Regulamento n.º 1348/2000. Enquanto alguns Estados, como a Letónia ou a Alemanha,

75 — Sobre a importância do Regulamento n.º 1348/2000 para proteger os fins que prosseguem as medidas previstas no artigo 65.º CE, Marchal Escalona, N., *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 7 a 9.

76 — Sublinhado meu.

defendem uma devolução *in totum* da questão às autoridades legislativas nacionais, outros, como a República Checa, a Hungria, a Polónia, a Espanha, a Grécia ou a Itália, advogam uma aproximação mais matizada, trazendo alguns elementos comuns para dar conteúdo a um conceito comunitário, mas reafirmando que incumbe a cada país uma certa margem de configuração.

82. Para ultrapassar esta delicada situação [77], considero oportuno inspirarmo-nos na jurisprudência do Tribunal de Justiça, concretamente na sua incipiente doutrina relativa ao Regulamento n.º 1348/2000, que proporciona algumas regras com interesse. No processo Leffler [78], o Tribunal de Justiça pronunciou-se pela primeira vez sobre um reenvio relativo à interpretação deste regulamento, concretizando as consequências decorrentes da recusa de um destinatário aceitar uma notificação nos termos do Regulamento n.º 1348/2000. Confrontado com a alegação de que os efeitos da recusa eram regulados por cada ordenamento interno, o Tribunal de Justiça rejeitou-a claramente, apelando para os riscos de uma interpretação atomizada do regulamento. Baseando-se no facto de o Tratado de Amesterdão ter dotado os instrumentos do actual título IV do Tratado CE de «uma dimensão nova» [79], o Tribunal de Justiça declarou que um acontecimento semelhante demonstra «a vontade dos Estados-Membros de ancorar essas medidas na ordem jurídica comunitária *e de consagrar o princípio da sua interpretação autónoma*» [80]. Além disso, o acórdão salientou que a escolha da forma de regulamento, em vez da forma de directiva inicialmente proposta pela Comissão, «prova a importância que o legislador comunitário atribuiu à aplicabilidade directa das disposições do referido regulamento *e à sua aplicação uniforme*» [81].No mesmo sentido se pronunciou o acórdão Weiss und Partner [82], insistindo, novamente, ao debater os efeitos da recusa da notificação, em que o Regulamento n.º 1348/2000 se aplique de modo uniforme [83].

83. Nesta perspectiva, não creio que o artigo 16.º do Regulamento n.º 1348/2000 remeta incondicionalmente para o direito nacional a definição do conceito comunitário de «acto extrajudicial». Uma remissão com esse alcance teria reflexos na norma, mas nem as disposições nem os antecedentes históricos deixam antever essa vontade. Pode-se discutir o grau de homogeneidade que o regulamento prossegue, mas os Estados não podem mani-

77 — É uma matéria sensível, embora, surpreendentemente, alguns a tenham considerado irrelevante. Sharma, D. H., *Zustellungen im Europäischen Binnenmarkt,* Ed. Dunker & Humblot, Berlim, 2003, p. 84, erra na análise, ao afirmar que o objecto da actual disputa não devia gerar dúvidas preocupantes para a eficácia do Regulamento n.º 1348/2000. Contudo, a intervenção neste processo de nove Estados-Membros, bem como a diferença de opiniões a esse respeito, demonstra que suscitou uma reacção significativa.

78 — Acórdão de 8 de Novembro de 2005 (C-443/03, Colect., p. I-9611).

79 — *Ibid*., n.º 45.

80 — N.º 45, sublinhado meu.

81 — N.º 46, sublinhado meu.

82 — Acórdão de 8 de Maio de 2008 (C-14/07, Colect., p. I-3367).

83 — As conclusões da advogada-geral C. Stix-Hackl, de 28 de Junho de 2005, no processo Leffler, já referido, n.º 63, alertam para o facto do regulamento procurar a máxima aproximação das consequências jurídicas dos direitos estabelecidos no seu articulado. Nestas condições, «parece ser pouco consequente integrar eventuais lacunas através de uma 'fuga' para o direito nacional».

pular à vontade a interpretação do artigo 16.º do Regulamento n.º 1348/2000.

84. A redacção do artigo é um pouco ambígua. Apenas determina que os actos extrajudiciais devem ser transmitidos para citação ou notificação noutro Estado-Membro segundo as regras previstas nesse regulamento. Esta economia nas palavras contrasta com os catorze artigos anteriores, dedicados em pormenor à citação e à notificação de actos judiciais.

85. Neste ponto, partilho da opinião da República Checa quando aprecia um acto extrajudicial «em função do direito do Estado de origem interpretado à luz do objectivo do regulamento e com os princípios gerais resultantes de todos os sistemas jurídicos nacionais» [84]. Esta é a abordagem mais correcta para o caso em apreço, na medida em que o Regulamento n.º 1348/2000, ao deparar com actos desse tipo, quis aproveitar a experiência de cada Estado-Membro. O léxico adoptado pela Comissão reflecte essa pluralidade nacional e define regras não só para os actos aí previstos mas também para os que aí não estão referidos, mas que, devido a uma análise sistemática, se enquadram no Regulamento n.º 1348/2000. O referido artigo 16.º reconhece ao «acto extrajudicial» uma dimensão comunitária embora confira aos Estados-Membros o papel relevante de fornecerem um modelo para que o conceito comunitário agrupe os actos que, tradicionalmente nos Estados-Membros, possam ter carácter extrajudicial [85].

86. Convido, portanto, o Tribunal de Justiça a elaborar uma definição de «acto extrajudicial» nos termos do Regulamento n.º 1348/2000, que respeite e que seja coerente com a diversidade forense nacional e com os objectivos do regulamento.

87. Um primeiro indício para moldar a definição deste tipo de actos assenta nos antecedentes legislativos do Regulamento n.º 1348/2000. O precedente mais significativo é a referida Convenção de Haia de 1965, ratificada pela imensa maioria dos Estados-Membros da União Europeia, à qual o Tribunal de Justiça recorreu no processo Weiss und Partner [86]. Contrariamente ao regulamento controvertido, a Convenção, no seu artigo 17.º, fornece um conceito de «acto extrajudicial» em que inclui os actos

84 — Observações do Governo da República Checa, n.º 8.

85 — Scarano, L. A., «II Regolamento CE n.º 1348/2000 sulle notifiche internazionali intracomunitarie», *in* Ambrosi, I., e Scarano, L. A., *Diritto Civile Comunitario e Cooperazione Giudiziaria Civile*, Ed. Giuffrè, Milão, 2005, pp. 105 e 106.

86 — Acórdão já referido, n.º 52.

«emanados das autoridades e oficiais de justiça de um Estado contratante». Portanto, segundo a referida Convenção, só os actos públicos tinham carácter extrajudicial [87].

88. Outro antecedente com interesse é a Convenção de 1997 relativa à citação e à notificação dos actos judiciais e extrajudiciais, elaborada com base no artigo K.3 UE, que nunca entrou em vigor. Como afirmei, o Regulamento n.º 1348/2000 herdou as disposições da Convenção *non nato*, incluindo o actual artigo 16.º Contudo, o projecto da Convenção incluía um relatório explicativo do maior interesse, utilizado também pelo Tribunal de Justiça no processo Weiss und Partner [88]. No comentário ao artigo 1.º, o relatório reconhecia a impossibilidade de delimitar com precisão os «actos extrajudiciais». Contudo, acrescenta depois que são «actos passados por um funcionário, como um acto notarial ou um acto de funcionário de justiça, ou de actos passados por uma autoridade oficial do Estado-Membro, ou ainda de actos cuja natureza e importância justifiquem a sua transmissão e notificação aos destinatários através de um procedimento oficial». É um conceito mais amplo do que o da Convenção de Haia, na medida em que não se limita aos actos extrajudiciais adoptados por autoridades públicas, estendendo-se a outras modalidades de actos estritamente privadas, embora especialmente relevantes para as relações jurídicas.

89. Também se revela esclarecedor o léxico elaborado pela Comissão, que refere actos muito variados, todos com um mínimo de aspectos comuns entre si. À luz dessa heterogeneidade, proponho que o Tribunal de Justiça aprecie a definição de «acto extrajudicial», segundo o Regulamento n.º 1348/2000, tendo em conta três aspectos centrais, enumerados nos exemplos dados pelo léxico.

90. Em primeiro lugar, têm esse carácter os documentos em que intervém uma autoridade ou um acto público, concretamente uma «autoridade» estranha aos órgãos jurisdicionais do Estado emissor, no exercício de funções públicas. Com o termo «intervenção» pretende-se exprimir que o documento pode ter origem na referida autoridade ou que o seu conteúdo foi ratificado mediante uma declaração pública [89]. Também por intervenção por «acto público» entende-se que existem actos extrajudiciais cujo carácter oficial não decorre de uma autoridade unipessoal ou colegial, mas

87 — O guia prático da Convenção de 1965, redigido pelo Serviço permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, dá alguns exemplos de actos extrajudiciais à luz do artigo 17.º da Convenção: «extrajudicial documents include […] demands for payment, notices to quit in connection with leaseholds or contracts of employment, protests with respect to bills of exchange and promissory notes, provided that they are issued by an authority of huissier. Objections to marriage, consents for adoption, and acceptances of paternity are also in this class insofar as they imply compliance with certain formalities». *Pratical Handbook on the Operation of The Hague Service Convention*, Permanent Bureau — Hague Conference, Ed. Wilson & Lafleur Ltée, Montreal, 2006, p. 30. É visível que no último ponto existe uma certa relativização do carácter público do acto, mas, ainda assim, conservando um grau de intervenção de uma autoridade.

88 — Acórdão, já referido, n.ºs 53 e 54. Chama a atenção para o facto do Tribunal de Justiça rejeitar radicalmente o uso interpretativo desse relatório no primeiro caso relativo ao Regulamento n.º 1348/2000, Leffler. Então, no seu n.º 43, o Tribunal de Justiça declarou que «não se pode sustentar que as consequências da recusa do acto devem ser determinadas pelo direito nacional. Não se podem validamente invocar a este respeito os comentários que constam do relatório explicativo da Convenção […]». Esta afirmação é feita para evitar uma atomização nacional da interpretação do regulamento.

89 — Sharma, D. H., *Zustellungen […], op. cit.*, p. 84.

de um acto legislativo. Assim, existem actos cujos efeitos, conferidos directamente por lei, são de tal forma relevantes no ordenamento nacional que merecem uma transmissão ou notificação ao abrigo do Regulamento n.º 1348/2000. O relatório explicativo da Convenção de 1997 refere-se a estes actos quando faz referência «a actos que pela sua natureza e importância justifiquem a sua transmissão e notificação aos destinatários através de um procedimento oficial».

91. Em segundo lugar, esses actos produzem efeitos jurídicos específicos e diferenciados pelo facto de se submeterem a uma formalidade. Por conseguinte, qualquer acto extrajudicial, pelo simples facto de pressupor uma intervenção, assume uma dimensão diferente da que teria se não fosse submetido a uma autoridade pública. Segundo o ordenamento interno, deve-se obrigar os particulares a recorrerem às autoridades para reforçar o valor de determinados documentos e, consequentemente, conferir estabilidade e certeza às relações jurídicas. Contudo, quando a intervenção pública seja indiferente para os efeitos do documento, considero que não se trata de um «acto extrajudicial» para efeitos do Regulamento n.º 1348/2000. Assim, no caso em apreço, o facto de a resolução do contrato de compra e venda ser notificada mediante uma carta privada ou através de uma intervenção pública que culmina a sua formalização num acto notarial de interpelação e notificação pode alterar substancialmente a qualificação do acto [90].

90 — Sharma, D. H., *Zustellungen […], op. cit.*, p. 84, utiliza como exemplo de um acto extrajudicial a resolução de um contrato privado.

92. Em terceiro lugar, para ser coerente com o objectivo principal do regulamento, fundamentalmente, uma cooperação judiciária eficaz e rápida na Comunidade, o acto extrajudicial em causa deve sustentar uma pretensão num eventual processo judicial. Deve existir uma relação mínima entre a citação e a notificação, por um lado, e a aplicação dos mecanismos do Regulamento n.º 1348/2000, por outro. Caso contrário, os tribunais nacionais transformar-se-iam em serviços de mensagens para litigantes que ainda nem sequer iniciaram um processo. O Tribunal de Justiça deve ter em conta essa realidade, limitando com esta terceira condição a definição de «acto extrajudicial».

93. Consequentemente, considero que são actos extrajudiciais aqueles em que se verifica, em primeiro lugar, uma intervenção de uma autoridade ou um acto público; em segundo lugar, que produzem efeitos jurídicos específicos e diferenciados em resultado da intervenção e, em terceiro lugar, que servem para sustentar uma pretensão num eventual processo judicial. Incumbe ao juiz nacional determinar se um acto notarial de interpelação ou notificação, para comunicar uma resolução de um contrato de compra e venda de um imóvel, constitui, à luz dos três requisitos expostos, um «acto extrajudicial».

VII — Conclusão

94. Face ao exposto, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda ao Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de San Javier declarando que:

«1) Nos termos do Regulamento (CE) n.º 1348/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à citação dos actos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros, os 'actos extrajudiciais' não se limitam aos que constem de um processo, mas incluem também os actos que devem ser notificados independentemente da existência de um processo.

2) São 'actos extrajudiciais', para efeitos do Regulamento n.º 1348/2000, aqueles em que, em primeiro lugar, intervenha uma autoridade ou um acto público, em segundo lugar, que produzam efeitos jurídicos específicos e diferenciados em resultado da intervenção e, em terceiro lugar, que sirvam para sustentar uma pretensão num eventual processo judicial.

3) Incumbe ao juiz nacional determinar se um acto notarial de interpelação ou notificação, para comunicar a resolução de um contrato de compra e venda de um imóvel, constitui, à luz dos três requisitos expostos, um 'acto extrajudicial'.»