CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN MISCHO

apresentadas em 28 de Novembro de 1989 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Em 13 de Maio de 1986, a Comissão adoptou a Recomendação 86/198/CECA, relativa à constituição de um privilégio creditório respeitante a créditos de imposições sobre a produção do carvão e do aço (JO L 144, p. 40), que obriga os Estados-membros a conceder, o mais tardar em 1 de Janeiro de 1988 e segundo as modalidades nela previstas, uma categoria privilegiada aos créditos resultantes da aplicação das imposições referidas nos artigos 49.° e 50.° do Tratado CECA em todos os casos de concurso de credores previstos pelas respectivas legislações nacionais.

2. Dado que a Itália ainda não tomou as medidas de transposição necessárias para se desempenhar desta obrigação, a Comunidade Económica do Carvão e do Aço, agindo por intermédio da Comissão, baseou-se directamente, no âmbito da falência da Acciaierie e ferriere Busseni, decretada em 3 de Fevereiro de 1987, na recomendação para solicitar o reconhecimento da categoria privilegiada de certos créditos que detinha por força de duas decisões datadas, respectivamente, de 23 de Fevereiro de 1982 e de 5 de Setembro de 1986.

3. Foi nestas condições que o tribunale civile e penale di Brescia, perante o qual a CECA tinha deduzido oposição à decisão de recusa do juiz delegado que dirige as operações do processo de falência, foi levado a interrogar-se quanto «ao valor e à eficácia, no âmbito da ordem jurídica italiana, da Recomendação 86/198/CECA» [1] e submeteu ao Tribunal, nos termos do artigo 41.° do Tratado CECA, as três questões prejudiciais que constituem o objecto das presentes conclusões.

4. Estas três questões, para cuja formulação exacta remeto para o relatório para audiência, incidem sucessivamente:

1) sobre «o efeito directo e imediato» dos artigos 1.° e 2.°, nomeadamente, da Recomendação 86/198;

2) na hipótese de a recomendação ter tal efeito, sobre a sua aplicabilidade aos créditos constituídos anteriormente à data da sua adopção;

3) na hipótese inversa, de a recomendação não ter tal efeito, sobre o carácter imperativo do prazo de 1 de Janeiro de 1988 e sobre as consequências da sua inobservância em direito nacional.

5. Nas observações escritas que apresentou ao Tribunal, a Comissão levantou duas questões prévias, a saber, por um lado, a da admissibilidade da terceira questão, que diria respeito a um problema de direito puramente nacional e, por outro lado, a da admissibilidade das outras duas questões que, por dizerem respeito à interpretação e não à validade de um acto da Alta Autoridade da CECA, estariam em conflito com a letra do artigo 41.° do Tratado CECA.

* Língua original: francês.

1 — P. 2 do acórdão de reenvio.

6. Contrariamente ao que fez a Comissão, não vou todavia começar a examinar o problema da admissibilidade da terceira questão, apresentada apenas para a hipótese de resposta negativa à primeira e, de qualquer forma, susceptível de ser cindida em duas partes, das quais apenas a segunda incide expressamente sobre uma questão de direito nacional, podendo considerar-se que a primeira incide sobre a interpretação da disposição da recomendação que fixa os prazos para a sua execução.

7. Além disso, a segunda questão prévia é de longe a mais importante, porquanto põe em causa a própria competência do Tribunal de Justiça para se pronunciar, com base no artigo 41.° do Tratado CECA, sobre pedidos de interpretação do Tratado CECA e dos actos adoptados em sua execução.

I — A competência do Tribunal para se pronunciar a título prejudicial, quanto à interpretação do direito da CECA

8. O artigo 41.° do Tratado CECA dispõe que:

«Só o Tribunal é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a validade das deliberações da Alta Autoridade e do Conselho, se, em litígio submetido a um tribunal nacional, esta validade for posta em causa.»

9. O Tratado CECA não prevê expressamente, portanto, a possibilidade ou a obrigação de um reenvio prejudicial para interpretação, como fazem os artigos 177.° do Tratado CECA e 150.° do Tratado CEEA.

10. A explicação geralmente dada é que, no âmbito do Tratado CECA, contrariamente ao Tratado CEE, a Comissão é dotada de três amplos poderes de gestão directa, de sorte que as autoridades nacionais e os tribunais nacionais são mais raramente chamados a intervir na execução e na aplicação, respectivamente, do direito CECA [2]. A necessidade do mecanismo de reenvio prejudicial em sede de interpretação parece, portanto, ter-se feito sentir menos intensamente aquando da redacção do Tratado CECA do que na altura da redacção dos tratados CEE e CEEA.

11. Quererá isto dizer que tal reenvio em sede de interpretação não é possível no âmbito do Tratado CECA?

12. Em minha opinião, não se pode considerar que o acórdão do Tribunal de 24 de Outubro de 1985 no processo Gerlach & Co./Ministro dos Assuntos Económicos (329/84, Recueil, p. 3507) tenha implicitamente reconhecido a competência do Tribunal nesta matéria. Nem a primeira nem a terceira questões prejudiciais diziam respeito a problemas de mera interpretação de recomendações CECA, como afirma a Comissão. A primeira visava saber se o regulamento CEE se aplicava igualmente a produtos abrangidos pelo Tratado CECA e a terceira incidia sobre a validade de uma recomendação CECA da Comissão. O facto de o Tribunal, ao fundamentar a resposta às duas questões, se ter igualmente baseado, interpretando-os, em actos de direito derivado da CECA demonstra, quando muito, que o exame da validade de um acto implica, frequentemente, a interpretação do mesmo acto ou de outros actos.

2 — Ver, nesse sentido, Waelbroeck, Louis, Vignes, Dewost e Vandersanden: *Le droit de la Communauté économique européenne*, volume 10, Éditions de l'université de Bruxelles, 1983, p. 179, e Joliet: *Le droit institutionnel des Communautés européennes, le contentieux*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1981, p. 167.

13. A resposta à questão da competência do Tribunal de Justiça continua assim por dar; tal como a Comissão, entendo que deve ser dada em sentido afirmativo.

14. O *artigo 31.° do Tratado CECA*, que corresponde ao *artigo 164.° do Tratado CEE*, prevê que:

«O Tribunal garante o respeito do direito na interpretação e aplicação do presente Tratado e dos regulamentos de execução.»

15. Ora, ainda que não sejam, em si mesmos, atributivos de competência, estes artigos definem a missão que incumbe ao Tribunal no âmbito de ambos os tratados e, a este título, servem de chave da abóbada do sistema jurisdicional das Comunidades Europeias.

16. Foi assim que o Tribunal se referiu nomeadamente ao artigo 164.° do Tratado CEE na argumentação que o conduziu a reconhecer, no seu acórdão «Os Verdes» de 23 de Abril de 1986 [3], que um recurso de anulação pode igualmente ser dirigido contra os actos do Parlamento Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos face a terceiros, se bem que o artigo 173.° do Tratado CEE, contrariamente ao artigo 38.° do Tratado CECA, apenas cite expressamente os actos do Conselho e da Comissão. Segundo o Tribunal,

«uma interpretação do artigo 173.° do Tratado, que excluísse os actos do Parlamento Europeu dentre os que podem ser impugnados, teria um resultado contrário, tanto ao espírito do Tratado, tal como foi consignado no artigo 164.°, como ao seu sistema» (n.° 25).

17. No acórdão IBM, de 11 de Novembro de 1981 [4], o Tribunal tinha já dado uma interpretação extensiva da noção de actos susceptíveis de recurso de anulação nos termos do artigo 173.° do Tratado, baseando-se na consideração de que

«este recurso tende a assegurar, em conformidade com as disposições contidas no *artigo 164.°*, o respeito do direito na interpretação e na aplicação do Tratado» e de que «seria contrário a esse objectivo interpretar restritivamente as condições de admissibilidade do recurso, limitando o seu âmbito apenas às categorias de actos referidas pelo artigo 189.°» (n.° 8).

18. No acórdão Fediol de 4 de Outubro de 1983 [5], o Tribunal referia-se igualmente ao «espírito dos princípios que inspiram os *artigos 164.°* e 173.° do Tratado» para reconhecer às empresas queixosas nos processos antidumping

«o direito de se valerem... de um controlo judicial adequado à natureza dos poderes reservados, na matéria, às instituições da Comunidade» (n.° 29).

19. Por fim, no acórdão Foto-Frost de 22 de Outubro de 1987 [6], o Tribunal baseou-se na exigência de uma *aplicação uniforme do direito comunitário*, na necessária *coerência do sistema de protecção jurisdicional* instituído pelo Tratado CEE e no facto de ele próprio ser a instância melhor colocada para se pronunciar quanto à validade dos actos

3 — Acórdão de 23 de Abril de 1986, Partido Ecologista «Os Verdes»/Parlamento Europeu (294/83, Colect., p. 1339).

4 — Acórdão de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão (60/81, Recueil, p. 2639).

5 — Acórdão de 4 de Outubro de 1983, Fediol/Comissão (191/82, Recueil, p. 2913).

6 — Acórdão de 22 de Outubro de 1987, Foto-Frost/HZA Lübeck-Ost (314/85, Colect., p. 4199).

comunitários, para afirmar a sua competência exclusiva no que respeita a declarar a invalidade dos actos das instituições comunitárias, se bem que o artigo 177.° do Tratado CEE, desta vez contrariamente ao artigo 41.° do Tratado CECA, não tenha excluído expressamente uma interpretação diversa, reconhecendo tal competência igualmente aos órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno (ver n.os 12 a 20).

20. Estes diversos acórdãos mostram que o Tribunal, em várias ocasiões, se baseou no artigo 164.° do Tratado CEE e nos princípios que dele decorrem para dar às disposições do Tratado relativas às diferentes vias de recurso uma interpretação extensiva e coerente, indo, em caso de necessidade, até colmatar esquecimentos ou lacunas.

21. Em minha opinião, nada o impede de proceder da mesma maneira no caso que nos ocupa e, com referência ao artigo 31.° do Tratado CECA, afirmar a sua competência para se pronunciar a título prejudicial, igualmente quanto à interpretação do direito da CECA, e isto essencialmente pelas razões a seguir expostas.

22. Em primeiro lugar, na medida — ainda que limitada — em que as autoridades nacionais são chamadas a executar o direito da CECA e os órgãos jurisdicionais nacionais a aplicá-lo, a exigência de uniformidade do direito comunitário é tão imperiosa como no âmbito do Tratado CEE. No acórdão Rheinmühlen de 16 de Janeiro de 1974[7], o Tribunal afirmou em termos muito firmes que o mecanismo do reenvio prejudicial é «*essencial* à preservação do carácter comunitário do direito instituído pelo Tratado» e «tem por finalidade assegurar *em quaisquer circunstâncias* a esse direito o mesmo efeito em todos os estados da Comunidade», para concluir que «qualquer lacuna no sistema assim organizado poria em causa a *própria eficácia* nas disposições do Tratado e do direito comunitário derivado» (n.° 2).

23. Dado que a missão confiada ao Tribunal pelos tratados CEE e CECA é a mesma, estendendo-se nos dois casos à interpretação do direito, o Tribunal devia dispor igualmente no âmbito do Tratado CECA dos meios necessários para a cumprir eficazmente.

24. Em segundo lugar, tal como a aplicação do direito não pode ser separada da sua interpretação (os artigos 164.° do Tratado CEE e 31.° do Tratado CECA estão aí para o sublinhar), o exame da validade de um acto não pode ser levado a efeito sem que se proceda igualmente à interpretação do referido acto ou do direito em relação ao qual a sua validade é posta em causa. Vimos que o acórdão Gerlach, já referido, constitui um exemplo neste sentido. Nas suas conclusões de 2 de Março de 1983 no processo 168/82, CECA/Massa falida de Ferriere Sant'Anna (Recueil 1983, p. 1687, 1701), o advogado-geral VerLoren van Themaat exprimira esta mesma opinião, fazendo sua uma observação da Comissão segundo a qual

«não se afigura possível apreciar a validade de uma decisão sem interpretar ao mesmo tempo as disposições do Tratado de que a Comissão extraiu os poderes para adoptar essa decisão» (ver a parte «Matéria de

7 — Acórdão de 16 de Fevereiro de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide- und Futtermittel (166/73, Recueil, p. 33).

facto» do acórdão do Tribunal de 17 de Maio de 1983, Recueil, p. 1681, 1689) [8].

25. No acórdão Celestri de 21 de Março de 1985 [9], o próprio Tribunal declarou, se bem que no contexto da separação de funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o próprio Tribunal, tal como resulta do artigo 41.° do Tratado CECA, que

«cabe... ao Tribunal colocar o acto cuja validade foi posta em causa no contexto do direito comunitário e examinar os elementos de interpretação deste, a fim de estar em condições de dar ao órgão jurisdicional nacional uma resposta útil para a solução do litígio no processo principal» (n.° 12).

26. O acórdão do Tribunal de 17 de Novembro de 1983, no processo Merck/HZA Hamburg-Jonas (292/82, Recueil, p. 3781), proferido nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, constitui, neste aspecto, um exemplo típico. O Tribunal, que tinha sido interrogado expressamente sobre a validade de vários regulamentos comunitários, procedeu em primeiro lugar a uma interpretação *in extenso* das suas disposições pertinentes, antes de declarar que

«tendo em conta esta interpretação das disposições em litígio, as questões relativas à validade destas ficaram desprovidas de objecto» (n.° 18).

27. Nestas condições, não hesito em seguir aqueles que entendem que o Tribunal, competente para se pronunciar a título prejudicial sobre a validade dos actos das instituições da CECA, deve igualmente ser competente para se pronunciar quanto à sua interpretação, mesmo até quanto à interpretação do Tratado [10].

28. Entendo, finalmente, que, sendo o Tratado CECA anterior ao Tratado CEE, não poderá invocar-se o pretexto da divergência entre ambos para recusar ao Tribunal competência para se pronunciar, a título prejudicial, sobre a interpretação do direito da CECA. No acórdão Foto-Frost, já referido, o Tribunal não teve em conta o facto de o artigo 177.° do Tratado CEE, não obstante ser posterior ao artigo 41.° do Tratado CECA, não ter expressamente confirmado a sua competência exclusiva para declarar a invalidade dos actos das instituições comunitárias. Assim preencheu uma lacuna no Tratado CECA que, à primeira vista, não pôde ter sido devida a um simples esquecimento, dado que os autores do Tratado CEE tinham diante dos olhos o modelo do Tratado CECA. A mesma reflexão pode ser feita no que toca ao acórdão «Os Verdes», já referido, em que o Tribunal encontrou apoio no artigo 38.° do Tratado CECA para afirmar que o recurso de anulação, ao abrigo do disposto no artigo 173.° do Tratado CEE, pode igualmente ser dirigido contra actos do Parlamento Europeu, se bem que se pudesse considerar que este artigo, posterior ao artigo 31.° do Tratado CECA, traduzia o ponto de vista mais recente sobre a matéria dos autores dos tratados. Tendo interpretado os artigos 173.° e 177.° do Tratado CEE em conformidade com as prescrições contidas, respectivamente, nos artigos 31.° e 41.° do Tratado CECA, o Tribunal pode, em minha opinião,

8 — Ver também as conclusões de 27 de Março de 1984 do advogado-geral Sir Gordon Slynn no processo 36/83, Mabanaft/HZA Emmerich (Recueil 1984, p. 2528 e, em especial, 2530): «Em nossa opinião, é evidente que, se a validade de um acto está em causa, a primeira tarefa consiste quase inevitavelmente em examinar a natureza do acto em questão. Isto implica, quando um acto seja um documento, a interpretação dos termos utilizados. Se a compatibilidade de um acto da Alta Autoridade com as disposições do Tratado está em causa, isto conduz necessariamente o Tribunal a examinar o verdadeiro sentido do Tratado.»

9 — Acórdão de 21 de Março de 1985, Celestri/Ministère des Finances (172/84, Recueil, p. 963).

10 — Ver em particular Wohlfahrt, em Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, no artigo 177.°, n.° 13: «Wenn der Europäische Gerichtshof zur Vorabentscheidung über die Gültigkeit einer Vorschrift, die immer deren Auslegung voraussetzt, befugt ist, muß er erst recht zur Auslegung befugt sein, falls er von einem nationalen Gericht darum ersucht wird.»

interpretar *a fortiori* o artigo 41.° do Tratado CECA inspirando-se no artigo 177.° do Tratado CEE.

29. A questão de saber quais as condições de exercício da competência de interpretação que há assim que reconhecer ao Tribunal também no âmbito do Tratado CECA, especialmente se há que seguir as distinções estabelecidas pelos segundo e terceiro parágrafos do artigo 177.° do Tratado CEE, não tem necessidade de ser decidida no âmbito do presente processo. Tendo o tribunale civile e penale di Brescia solicitado a intervenção do Tribunal quanto às questões prejudiciais em causa, é indiferente, para estabelecer a competência do Tribunal no caso em apreço, saber se o fez no uso de uma simples faculdade ou porque era obrigado a fazê-lo.

30. Todavia, para o caso de o Tribunal julgar útil fornecer alguns esclarecimentos quanto às modalidades dos reenvios prejudiciais em sede de interpretação relativos ao domínio da CECA, creio que poderia considerar aplicáveis as do artigo 177.° do Tratado CEE. Por um lado, estas modalidades deram as suas provas no passado e não serviria de nada semear a confusão, desviando-se delas. Por outro lado, a necessidade de evitar que se estabeleça, em qualquer Estado-membro, uma jurisprudência nacional discordante das regras do direito comunitário e, por conseguinte, divergências de jurisprudência dentro da Comunidade quanto a questões de direito comunitário, milita a favor da distinção a fazer entre os órgãos jurisdicionais nacionais consoante se pronunciem ou não em última instância e, especialmente, a favor da obrigação de reenvio para o Tribunal, por parte daqueles cujas decisões não sejam passíveis de recurso judicial de direito interno. Finalmente, não seria a primeira vez que o Tribunal se inspiraria em disposições do Tratado CEE (ou CEEA) para as transpor para o Tratado CECA. No acórdão Humblet, de 16 de Dezembro de 1960 [11], o Tribunal viu nos artigos 171.° do Tratado CEE e 143.° do Tratado CEEA a confirmação dos limites de competência que detinha, por força do artigo 16.° do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades da CECA, para se pronunciar quanto à interpretação ou aplicação do referido protocolo. No acórdão Merlini de 21 de Janeiro de 1965 [12], transpôs implicitamente a disposição do artigo 192.°, *in fine*, do Tratado CEE, que reserva aos órgãos jurisdicionais nacionais a fiscalização da regularidade das medidas de execução de decisões que impliquem obrigações pecuniárias, para o artigo 92.° do Tratado CECA, que no entanto nada diz quanto a este ponto.

31. Sendo o Tribunal, portanto, competente para se pronunciar a título prejudicial quanto a questões relativas à interpretação do Tratado que institui a CECA e dos actos adoptados em cumprimento deste, posso agora passar ao exame das questões apresentadas no caso vertente.

II — A questão do «efeito directo» da Recomendação 86/198 da Comissão

32. Pela primeira questão, o tribunal do reenvio pretende saber se os artigos 1.° e 2.°, em especial, da Recomendação 86/198 da Comissão têm

«efeito directo e imediato num Estado-membro, de forma a poderem ser aplicados pelos tribunais nacionais sem necessidade de ulteriores disposições de execução por parte do Estado destinatário».

11 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1960, Humblet/Estado Belga (6/60, Recueil, p. 1125).

12 — Acórdão de 21 de Janeiro de 1965, Officine Elettromeccaniche Ing. A. Merlini/Alta Autoridade (108/63, Recueil, p. 1).

33. Antes de poder responder a esta questão, é necessário estabelecer, em primeiro lugar, se uma recomendação CECA é, em princípio, susceptível, à semelhança de uma decisão ou directiva CEE, de produzir tal efeito. Ora, por força do terceiro parágrafo do artigo 14.° do Tratado CECA,

«as recomendações são obrigatórias quanto aos fins que determinam, mas deixam aos seus destinatários a escolha dos meios adequados para alcançar esses fins».

34. Uma recomendação CECA constitui assim, quando dirigida aos Estados-membros, a réplica exacta de uma directiva CEE, que, nos termos do terceiro parágrafo do artigo 189.° do Tratado CEE,

«vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios».

35. A recomendação CECA, tal como a directiva CEE, impõe por isso aos Estados-membros destinatários uma obrigação de resultado de que devem desempenhar-se nos prazos fixados. Ora, como este Tribunal recordou no acórdão Marshall de 26 de Fevereiro de 1986 [13], a jurisprudência do Tribunal quanto ao «efeito directo» das directivas é precisamente baseada na

«consideração de que seria incompatível com o carácter vinculativo que o artigo 189.° reconhece às directivas excluir, em princípio, que a obrigação que ela impõe possa ser invocada pelas pessoas a que diz respeito. Daqui retirou o Tribunal a consequência de que o Estado-membro que não tenha tomado, no prazo previsto, as medidas de execução impostas pela directiva, não pode opor aos particulares o não cumprimento por si próprio das obrigações que ela comporta».

36. Nada se opõe, portanto, em princípio, a que essa jurisprudência seja igualmente aplicável no caso das recomendações CECA dirigidas aos Estados-membros.

37. Daí decorre, em primeiro lugar, que, quando um Estado-membro não tenha transposto nos prazos previstos uma recomendação CECA para o direito nacional ou quando dela tenha feito uma transposição incorrecta, os particulares têm fundamento para invocar contra ele as disposições da recomendação que se afigurem, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas (ver o n.° 46 do acórdão Marshall).

38. No que toca à recomendação em causa no caso em apreço, há que fazer, a este propósito, uma distinção consoante deva aplicar-se a processos de concurso de credores ainda não iniciados ou já pendentes à data da sua entrada em vigor, que, caso a recomendação deva produzir um «efeito directo», coincidiria com a data limite prevista para a sua execução, isto é, 1 de Janeiro de 1988.

39. Os artigos 1.° e 2.° da recomendação prevêem, com efeito, a cargo dos Estados-membros destinatários, uma obrigação clara e precisa, que não deixa espaço para qualquer intervenção discricionária da sua parte. Como a Comissão sublinhou, com razão, estes artigos limitam-se a obrigar os Estados-membros a

«tornar extensivo às imposições CECA o tratamento aplicado na ordem jurídica de

13 — 152/84, Colect., 1986 p. 723, n.° 47.

cada Estado-membro aos seus próprios créditos fiscais» (último considerando da recomendação).

40. Não criam, portanto, novos privilégios que os Estados-membros teriam de regulamentar, nem obrigam os Estados-membros que não conferiram categoria privilegiada aos seus créditos fiscais a adoptar uma legislação para esse efeito.

41. Enquanto aplicáveis a «novos» processos de concurso de credores, os artigos 1.° e 2.° da Recomendação 86/198 são por isso certamente incondicionais e suficientemente precisos para poderem ser directamente invocados por particulares.

42. Esta conclusão deve, todavia, ser matizada no que toca à aplicação das duas disposições da recomendação a processos já iniciados à data da sua entrada em vigor. A este ponto voltaremos mais tarde.

43. O problema mais delicado a resolver no presente processo é, no entanto, relativo à segunda consequência que decorre da jurisprudência do Tribunal em matéria de «efeito directo» das directivas CEE, aplicável às recomendações CECA.

44. Com efeito, no acórdão Marshall, já referido, o Tribunal sublinhou igualmente que, segundo o artigo 189.° do Tratado,

«o carácter vinculativo de uma directiva, no qual se baseia a possibilidade de a invocar perante um tribunal nacional, existe apenas relativamente ao 'Estado-membro destinatário'. Do que resulta que uma directiva não pode, por si só, criar obrigações na esfera jurídica de um particular e que uma disposição de uma directiva não pode ser, portanto, invocada, enquanto tal, contra essa pessoa» (n.° 48).

45. No acórdão Kolpinghuis de 8 de Outubro de 1987 (80/86, Colect., p. 3969), o Tribunal extraiu daí a consequência de

«que uma autoridade nacional não pode invocar *contra um particular*, uma disposição de uma directiva cuja necessária transposição para direito nacional ainda não tenha sido efectuada» (n.° 10).

46. A jurisprudência do Tribunal utiliza por isso alternadamente e como sinónimas, segundo me parece, as expressões «*criar obrigações na esfera* de um particular», «invocar uma directiva *contra* um particular» ou «*prevalecer-se em detrimento* de um particular de uma disposição de uma directiva», para dizer, no fundo, que uma directiva ainda não transposta não pode implicar consequências negativas directas para um particular.

47. Vejamos agora o que se passa quando a CECA invoca perante as autoridades nacionais competentes o privilégio que lhe concede a Recomendação 86/198. Neste caso, a CECA não faz mais do que requerer uma categoria prioritária para os seus créditos, face aos créditos de categoria inferior aos do Estado em matéria de IVA. Noutros termos, invoca uma disposição da recomendação «enquanto tal», «contra» ou «em detrimento» de um número indeterminado de particulares que não dispõem de créditos de

categoria tão elevada como aquela que a recomendação concede à CECA.

48. Ora, resulta da jurisprudência acima referida que isto não pode ser admitido.

49. Não posso aceitar o raciocínio da Comissão segundo o qual, na ocorrência, teria invocado os seus direitos contra o Estado italiano e não contra particulares, simplesmente porque se dirigiu ao administrador da massa falida, personagem investida de uma missão pelo Estado.

50. A pessoa ou o órgão a que alguém se dirige, ou a sua natureza jurídica precisa, não desempenha, neste contexto, qualquer papel.

51. A questão que se coloca é a de saber se a directiva impõe directamente a um órgão do Estado uma obrigação concreta susceptível de ser invocada face a ele por particulares.

52. Quando o Tribunal declarou que o Estado não pode opor aos particulares o incumprimento, por si próprio, das obrigações que implica uma directiva ainda não executada, pretendeu dizer que o Estado não pode continuar a aplicar a um particular uma norma de direito nacional que deveria já ter abolido para dar cumprimento ao disposto na directiva (por exemplo, a sujeição ao IVA de um certo tipo de operação; ver o acórdão de 19 de Janeiro de 1982, Becker, 8/81, Recueil, p. 53) ou que o Estado não pode recusar a um particular um direito que devia ter instituído na sua legislação nacional (por exemplo, o princípio do salário igual para as pessoas de ambos os sexos; ver o acórdão Marshall, já referido).

53. É necessário, com efeito, evitar confundir as duas espécies de obrigações: por um lado, a obrigação, por parte do Estado, de transpor a directiva para o seu direito interno, e, por outro, as obrigações que o próprio texto de uma directiva impõe ao Estado. As obrigações a que o Estado não pode furtar-se são as que lhe incumbem directamente face aos particulares.

54. No processo que nos ocupa, a CECA não solicita ao administrador da massa falida que lhe faça um pagamento por conta do orçamento do Estado, o que ele, aliás, seria absolutamente incapaz de fazer. O que a CECA pretende é que os órgãos criados pelo Estado para gerir as falências (administrador, juiz delegado, tribunal de falências) considerem a recomendação como se já tivesse sido transposta, de tal forma que os seus créditos pudessem beneficiar de uma categoria prioritária em relação a todos os créditos de categoria inferior.

55. Ora, segundo a jurisprudência acima referida, nem os órgãos administrativos do Estado, nem os seus órgãos judiciais ou quase-judiciais (como o administrador da massa falida) são obrigados a admitir pretensões em prejuízo de particulares, baseadas numa recomendação CECA ainda não transposta.

56. Adoptar a atitude contrária redundaria em sustentar que as directivas não passam de regulamentos com efeito diferido, estabelecendo assim um princípio novo segundo o qual, quando, decorrido o prazo estabelecido por uma directiva, a execução desta não tenha ainda sido efectuada por um Estado-membro, todas as suas disposições incondicionais e suficientemente precisas surtem efeitos *erga omnes* como se se tratasse de disposições de um regulamento. Entendo

que isto iria contra a intenção dos autores do Tratado.

57. Objectar-se-á talvez que, em certos casos, o Tribunal admitiu implicitamente que uma directiva não correctamente transposta pudesse gerar consequências negativas para particulares. Tenho em vista aqui alguns acórdãos [14] relativos à Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9). Nesses casos, particulares impugnaram perante um órgão jurisdicional nacional uma decisão da «entidade adjudicante» que afastou a sua proposta, invocando o facto de esta decisão ter sido baseada em textos legislativos nacionais que não estavam em conformidade com o disposto na directiva.

58. Estes casos apresentavam, no entanto, uma diferença importante em relação ao que nos ocupa aqui, no sentido de que a «entidade adjudicante», isto é, o Ministério da Agricultura e das Pescas dos Países Baixos ou a Comuna de Milão, era um órgão da administração ou uma autoridade descentralizada que tinha, face a cada uma das empresas em questão, a obrigação directa e concreta de lhe adjudicar a empreitada se a aplicação das normas de direito material e de processo estabelecidas pela directiva levasse a designá-la como a empresa que devia ser escolhida. Os requerentes formularam por isso uma exigência contra as autoridades públicas e não contra outros particulares. O facto de a aceitação dessa exigência poder ter tido consequências desfavoráveis para outros particulares não significa, no entanto, que a directiva tenha sido directamente aplicada em relação a estes.

59. Por todas estas razões, entendo, portanto, que a Comissão, enquanto Alta Autoridade da CECA, não pode invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais ou perante os órgãos de um Estado-membro encarregados da administração das falências, os artigos 1.° e 2.° da Recomendação 86/198 enquanto tais, isto é, antes da sua execução no direito interno, contra particulares, credores de uma empresa falida.

60. Mesmo no caso de o Tribunal não partilhar desta posição, deveria pelo menos concluir, em minha opinião, que a recomendação, enquanto tal, não pode ser invocada contra credores privados no âmbito de um processo de cobrança pendente na data da sua aplicação.

61. Com efeito, o segundo parágrafo do artigo 4.° prevê o que se segue:

«Os Estados-membros determinarão que essas disposições [15] sejam aplicáveis aos processos de cobrança pendentes na data da aplicação da presente recomendação, *assegurando*, por meio de apropriadas disposições transitórias, uma protecção jurídica adequada dos direitos dos outros credores da empresa devedora.»

62. O sétimo considerando da recomendação especifica, por seu lado,

14 — Acórdão de 20 de Setembro de 1988, Gebroeders Beentjes/Países Baixos (31/87, Colect., p. 4635); acórdão de 22 de Junho de 1989, Fratelli Costanzo/Comuna de Milão (103/88, Colect., p. 1839).

15 — Isto é, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à recomendação.

«que é, portanto, conveniente que os Estados-membros assegurem, por meio de apropriadas disposições transitórias, uma protecção jurídica adequada dos outros credores da empresa devedora de imposições, *nomeadamente* no que diz respeito aos meios de recurso contra a graduação dos créditos efectuada na sequência da aplicação da presente recomendação».

63. Uma primeira conclusão que se extrai destes dois textos é que os Estados-membros não têm, como sustenta a Comissão, a possibilidade de adoptar medidas transitórias, mas a obrigação de o fazer.

64. O segundo parágrafo do artigo 4.° não é, por isso, uma disposição incondicional, antes estabelecendo que a aplicação dos artigos 1.° e 2.° a processos de cobrança pendentes fica subordinada à condição expressa de uma protecção jurídica adequada dos direitos dos demais credores, além da CECA.

65. A Comissão sustenta ainda, no entanto, que poderia acontecer que em certos Estados-membros já existissem disposições transitórias, de tal sorte que esses Estados-membros não teriam necessidade de as adoptar. Caberia ao tribunal nacional verificar isto, e, em caso de constatação positiva, o segundo parágrafo do artigo 4.° poderia, nesses Estados-membros, ter efeito directo.

66. Esta objecção não me convence. Por um lado, mal se vê como é que o direito existente de um Estado-membro poderia já integrar uma disposição transitória aplicável a alterações futuras desse direito. Por outro lado, convém sobretudo sublinhar que a noção de «efeito directo» de uma directiva ou de uma recomendação CECA é uma noção de direito comunitário. Pelo seu conteúdo, uma disposição é incondicional ou não. No caso vertente, não o é.

67. De resto, também não é clara nem precisa, pois existem muitas incertezas quanto à natureza das «medidas transitórias adequadas» e do seu efeito possível. A Comissão pensaria numa via de recurso que tivesse por único objecto fazer declarar pelo tribunal que o administrador da massa falida dera aos créditos da CECA a categoria devida?

68. Ou antes as disposições transitórias deverão prever que o privilégio da CECA se exerça exclusivamente à custa do Estado-membro, no sentido de que este deverá «partilhar» os seus próprios direitos com a CECA, imputando os créditos privilegiados desta aos seus próprios créditos privilegiados, de tal sorte que os outros credores se encontrem na mesma situação em que estariam se o privilégio creditório da CECA não existisse?

69. Ou, pelo contrário, ter-se-á em vista uma disposição transitória que preveja que, quando o passivo de uma falência já tenha sido verificado ou quando já tenha sido efectuado o rateio do activo, a CECA já não possa pôr em causa essa decisão?

70. Afigura-se, por isso, que em princípio não se pode considerar que o segundo parágrafo do artigo 4.° da recomendação, aplicável no processo Busseni, seja uma disposição «incondicional e suficientemente precisa».

71. Não obstante, poderão apresentar-se casos em que nenhum particular detenha um crédito de categoria inferior ou igual ao da CECA e em que só o privilégio do Estado e o privilégio da CECA se encontrem em concorrência. Suponhamos, por exemplo, que restam 500 milhões de LIT por distribuir e que os dois créditos acima referidos se elevam cada um a 500 milhões de LIT. Sou de opinião que, nesta hipótese, as autoridades nacionais estariam no direito de repartir o activo disponível em partes iguais entre o Estado e a CECA, pois o Estado seria assim levado a ter de fazer *ele próprio* um sacrifício *directo* em benefício da CECA. A situação seria a mesma no caso de o conjunto do activo ainda disponível, de qualquer forma, ser suficiente apenas para cobrir os créditos do Estado e de nenhum particular ter direito a uma parte do activo.

72. Como nestas hipóteses a aplicação dos artigos 1.° e 2.° da Recomendação 86/198 só teria consequências a cargo do Estado, estas disposições, em minha opinião, deveriam poder ser invocadas directamente pelo particular que é, na ocorrência, a CECA. Na ocorrência, o Estado seria considerado na sua qualidade de credor de uma empresa falida.

73. Com efeito, resulta já do citado acórdão Marshall que

«quando os particulares estão em condições de invocar uma directiva contra o Estado, podem fazê-lo *qualquer que seja a qualidade em que aja este último*, a de empregador ou a de autoridade pública. Num e noutro caso, deve-se, com efeito, *evitar que o Estado possa tirar proveito da sua inobservância* do direito comunitário» (n.° 49).

74. Com algumas hesitações, arrisco-me a dar mais um passo para notar que, mesmo na presença de outros credores que não o Estado e a CECA, as autoridades nacionais competentes estariam no direito de, sem atingir os direitos desses outros credores, repartir a parte em princípio reservada ao Estado entre este e a CECA, proporcionalmente aos seus créditos respectivos.

75. Não creio, todavia, que se deva ir mais além e permitir imputar integralmente a parte que teria cabido à CECA (se a recomendação tivesse sido transposta) sobre a do Estado, pois isto redundaria, de facto, em conceder aos créditos da CECA, não a mesma categoria que a reservada aos créditos fiscais do Estado, como prevê a recomendação, mas uma categoria superior.

76. Esta solução é igualmente válida no quadro dos processos de cobrança pendentes. Com efeito, o Estado não pode ser autorizado a escudar-se no facto de não ter criado uma protecção jurídica adequada dos seus próprios direitos de credor para recusar aos créditos da CECA a mesma graduação de que beneficiam os seus créditos fiscais. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal, o Estado não pode opor à CECA o incumprimento, por si próprio, da obrigação que para ele decorre do segundo parágrafo do artigo 4.° e extrair assim vantagens da sua inobservância do direito comunitário.

77. Tendo em conta tudo o que precede, proponho que se responda da maneira seguinte à primeira questão do tribunale civile e penale di Brescia:

«A Comunidade Europeia do Carvão e do Aço não pode prevalecer-se, em detrimento de particulares, das disposições da Recomendação 86/198, ainda não transposta para o direito nacional. Pode, no entanto, invocá-la contra o Estado-membro em causa, e o tribunal nacional é obrigado a admitir este pedido quando seja possível satisfazê-lo ao dividir proporcionalmente, entre a CECA e o Estado, a parte do activo pertencente em princípio ao Estado por força do seu privilégio fiscal.»

III — A questão da aplicação da Recomendação 86/198 aos créditos constituídos anteriormente à sua adopção

78. Pela segunda questão prejudicial, apresentada para o caso de a Recomendação 86/198 ter um «efeito directo e imediato», o órgão jurisdicional do reenvio pretende saber se a recomendação é aplicável não só a créditos constituídos posteriormente à sua adopção, em 13 de Maio de 1986, mas igualmente a créditos constituídos antes dessa data. Para responder, três hipóteses podem ser encaradas.

79. A — Na medida em que esta questão diz respeito à invocabilidade da recomendação contra particulares, torna-se, em minha opinião, face à resposta à primeira questão, desprovida de objecto.

80. B — No que toca à sua invocabilidade, na medida acima indicada, contra o Estado, poderia bastar notar que a recomendação é aplicável aos créditos a título das imposições CECA, independentemente da data da sua constituição. Com efeito, a recomendação não faz qualquer distinção entre estes créditos, mas prevê simplesmente a sua aplicação em «todos os casos de concurso de credores previstos nas leis nacionais» (artigo 1.°), incluindo, nas condições previstas na segunda parte do segundo parágrafo do artigo 4.°, os «processos de cobrança pendentes na data da aplicação da presente recomendação». Resulta aliás expressamente do seu sétimo considerando que a sua aplicação aos processos pendentes é destinada a «assegurar uma cobrança mais ampla dos *créditos emergentes* da aplicação das imposições nos *anos que precedem a adopção* da recomendação».

81. C — Sendo os textos aplicáveis, portanto, muito claros e não dando lugar, em princípio, a qualquer dificuldade de interpretação, não me parece excluído o entendimento de que a segunda questão incide, na verdade, sobre a validade da recomendação, na medida em que o facto de esta se aplicar a créditos constituídos anteriormente à sua adopção lhe confere um efeito retroactivo ilegal.

82. A este propósito, convém notar em primeiro lugar que a recomendação não tem verdadeiro efeito retroactivo, no sentido de que se aplicaria em data anterior à sua adopção, pois está destinada a surtir efeitos no momento da entrada em vigor das disposições nacionais adoptadas para a sua execução e o mais tardar em 1 de Janeiro de

1988. Prever que, no futuro, certos créditos, mesmo já constituídos, terão, no âmbito de concursos de credores, uma categoria privilegiada, não é seguramente o mesmo que regulamentar o passado.

83. Na medida em que isto pode eventualmente dar lugar a crítica à luz do princípio da segurança jurídica, há que fazer duas observações.

84. Por um lado, constituindo as imposições a receita principal da CECA (terceiro considerando) pôde afigurar-se legítimo ao legislador comunitário velar no sentido de assegurar a cobrança mais extensa possível dos créditos emergentes da sua aplicação, inclusive nos anos anteriores à adopção da recomendação (sétimo considerando).

85. Por outro lado, é de jurisprudência constante que

«o campo de aplicação do princípio do respeito pela confiança legítima não pode ser alargado ao ponto de impedir, de uma forma genérica, que uma nova regulamentação se aplique aos efeitos futuros resultantes de situações criadas no domínio da regulamentação anterior» [16].

86. A Recomendação 86/198 pode por isso aplicar-se a situações surgidas antes da sua entrada em vigor, mas não ainda definitivamente reguladas.

87. Por fim, vimos que, na medida em que a recomendação deva aplicar-se aos processos de cobrança pendentes à data da sua aplicação, os Estados-membros devem velar no sentido de não prejudicarem os direitos adquiridos pelos outros credores ao abrigo da lei nacional antes aplicável. Na medida em que esses credores pudessem legitimamente esperar que os seus créditos continuariam a ser tratados como previa a legislação aplicável na altura da sua constituição, é forçoso reconhecer que a própria recomendação prevê a adopção de disposições necessárias para que a sua confiança legítima seja devidamente respeitada.

88. Na base das considerações que precedem, proponho que se dê a seguinte resposta à segunda questão apresentada pelo tribunale civile e penale de Brescia:

«A recomendação já referida pôde validamente prever que as disposições adoptadas para a sua execução fossem aplicáveis tanto aos créditos constituídos posteriormente como aos constituídos anteriormente à data da sua adopção; bem entendido, nos processos de cobrança pendentes à data da sua aplicação deve ser assegurada uma protecção jurídica adequada dos direitos dos outros credores, além da CECA.»

16 — Ver, nomeadamente, o acórdão de 14 de Janeiro de 1987, Alemanha/Comissão, n.° 36 (278/84, Colect., p. 1).

IV — A questão do carácter imperativo do prazo previsto para dar cumprimento à Recomendação 86/198

89. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional do reenvio pretende saber se o prazo de 1 de Janeiro de 1988, previsto no artigo 4.° da recomendação, é imperativo, de sorte que a sua inobservância suscite, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano, dúvidas quanto à constitucionalidade da legislação italiana (por violação do artigo 11.° da Constituição italiana).

90. É claro que, no âmbito de um reenvio prejudicial, o Tribunal não é competente para se pronunciar quanto às consequências em direito nacional da eventual violação de uma disposição de direito comunitário. Todavia, se o Tribunal pretendesse responder à primeira parte desta questão, teria apenas que recordar que se, por força do disposto no terceiro parágrafo do artigo 14.° do Tratado CECA, as recomendações deixam aos seus destinatários a escolha dos meios, implicam todavia uma *obrigação* quanto aos fins que determinam. Entre estes figura a colocação em vigor, nos prazos previstos, das disposições nacionais necessárias para a sua execução. Portanto, não há dúvida de que o prazo de 1 de Janeiro de 1988 tem carácter imperativo e de que a sua não inobservância constituiria, por parte do Estado-membro em causa, o incumprimento de uma das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado CECA, susceptível de dar origem ao processo por incumprimento previsto no artigo 88.° do referido Tratado.

91. Proponho por isso que se responda como se segue à terceira questão:

«O prazo fixado pelo artigo 4.° da Recomendação 86/198 para a colocação em vigor das disposições nacionais necessárias para lhe dar cumprimento tem carácter imperativo. O Tribunal, todavia, não é competente para se pronunciar quanto às consequências decorrentes, em direito nacional, da inobservância desse prazo.»