CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL G. FEDERICO MANCINI

apresentadas em 31 de Março de 1987 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Em 8 de Julho de 1985, a Comissão das Comunidades Europeias adoptou a Decisão C(85) 1089 «que institui um processo de notificação prévia e de concertação sobre as políticas migratórias em relação a países terceiros» e três dias mais tarde notificou-a às representações permanentes dos Estados-membros. Uma versão modificada C(85) 1089 rev. da mesma decisão foi transmitida em 18 de Julho à representação francesa e o acto foi definitivamente publicado sob o n.° 85/381 no Jornal Oficial de 14 de Agosto de 1985 (JO L 217, p. 25; EE 05 F5, p. 12).

Por recursos interpostos em 17 e 23 de Setembro de 1985, a República Federal da Alemanha (processo 281/85), a República Francesa (processo 283/85), o Reino dos Países Baixos (processo 284/85), o Reino da Dinamarca (processo 285/85) e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (processo 287/85) pediram a anulação da citada decisão. Assinale-se que três despachos de 19 de Fevereiro de 1986 admitiram os Países Baixos a intervir em apoio dos pedidos da Alemanha, o Reino Unido em apoio dos pedidos da França e o Parlamento Europeu em apoio dos pedidos da Comissão. Note-se ainda que, por despacho de 9 de Julho de 1986, o Tribunal: a) remeteu a apreciação da questão de admissibilidade suscitada pela Comissão no processo 284/85 para o momento da apreciação do mérito da causa; b) apensou os cinco processos para efeitos da fase oral e do acórdão. As minhas conclusões referem-se, portanto, a todos os recursos.

2. A decisão em litígio baseia-se no artigo 118.° do Tratado CEE, que, segundo a Comissão, a habilita a «promover a colaboração entre os Estados... no domínio da política social... e (a) organizar com esse objectivo as consultas adequadas» (sétimo considerando). O seu conteúdo articula-se em três grupos de normas, todas elas destinadas aos Estados-membros: o artigo 1.°, que lhes impõe uma série de obrigações de informação, o artigo 3.°, que fixa os objectivos da concertação em que têm de participar os governos respectivos, e os artigos 2.° e 4.°, que especificam as modalidades do processo correspondente.

As informações que os Estados devem fornecer dizem respeito às suas políticas migratórias; têm, portanto, por objecto as medidas e os acordos mediante os quais prosseguiram (artigo 1.°, n.° 2) e pretendem prosseguir essas políticas. Aliás, à Comissão interessam sobretudo as medidas projectadas. De facto, o n.° 1 do artigo 1.° obriga os Estados a comunicar em tempo útil ou, o mais tardar, quando forem tornados públicos: a) os projectos de medidas destinadas aos trabalhadores nacionais de países terceiros e aos membros das suas famílias e que incidam sobre as seguintes matérias: entrada, residência e emprego, mesmo ilegais, igualdade de tratamento em matéria de condições de vida, de trabalho, de salário e de

* Tradução do italiano.

direitos económicos, integração profissional, social e cultural, regresso voluntário ao país de origem; b) os projectos de acordos destinados especialmente a regulamentar estas matérias; c) os acordos de cooperação que os Estados tencionam negociar ou renegociar com países terceiros, se esses acordos incluírem disposições relativas às mesmas matérias; d) os projectos de acordos igualmente a negociar ou a renegociar com países terceiros, relativos às condições de residência e emprego de nacionais comunitários e de membros das suas famílias que trabalhem nesses países.

Os objectivos da concertação são de três ordens. Em primeiro lugar, visa facilitar a troca de informações e a identificação de problemas de interesse comum e, com isso, a adopção de uma posição comum, designadamente no que respeita a acordos internacionais relativos às migrações. O segundo objectivo consiste em garantir que os projectos, acordos e medidas referidos no artigo 1.° estarão em conformidade com a política e acções comunitárias, incluindo os auxílios ao desenvolvimento, e que não comprometerão os seus resultados, em especial no que respeita à política comunitária do mercado de trabalho. O terceiro objectivo é o de apreciar a oportunidade de medidas comunitárias ou nacionais destinadas a harmonizar as legislações nacionais relativas aos estrangeiros, promover a inclusão do maior número de disposições comuns nos acordos bilaterais e tornar mais eficaz a protecção dos nacionais comunitários que residam ou trabalhem em países terceiros.

Como já disse, os artigos 2.° e 4.° disciplinam aspectos processuais da concertação. A primeira disposição prevê no n.° 1 que, no prazo de quinze dias a contar da notificação das informações sobre projectos de acordos e/ou de medidas nacionais, a Comissão toma a iniciativa da concertação ou um Estado-membro pede que se proceda a ela. Terá lugar nas seis semanas seguintes ou imediatamente, se um Estado invocar a urgência. Sempre a pedido de um Estado ou por sua própria iniciativa, a Comissão pode também organizar a todo o momento uma concertação a que chamarei «extraordinária»; ela deverá, contudo, incidir sobre questões que não tenham sido ainda objecto de concertação ordinária ou, se o tiverem sido, que tenham evidenciado aspectos novos.

Por força do artigo 4.°, a concertação é organizada pela Comissão, que assegura a presidência e o secretariado das reuniões. Contudo, permanecem intactas as competências dos órgãos já existentes, e em especial dos comités consultivo e técnico para a livre circulação de trabalhadores conforme foram definidas pelo Regulamento (CEE) n.° 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968 (JO L 257, p. 2; EE 05 F1, p. 77). Por fim, a mesma disposição exige que os Estados tomem as medidas necessárias para garantir o bom funcionamento do processo de concertação e, se for caso disso, mantenham secretas as informações recebidas nessa ocasião.

3. No centro do litígio está a interpretação de uma norma primária: o artigo 118.° do Tratado CEE. De facto, diversamente da recorrida, os Estados recorrentes consideram que este artigo não lhe confere qualquer competência no domínio da política migratória relativamente a países terceiros e, sobretudo, que não justifica a adopção de actos vinculativos. Será, pois, oportuno começar a nossa indagação com uma análise da já citada disposição e, em especial, dos critérios que presidiram à sua aplicação, dos actos que nela se basearam, da prática até

agora seguida pela Comissão em matéria de consultas entre os Estados-membros.

O conteúdo do artigo, que figura no capítulo I («Disposições sociais») do título III («A política social») é bem conhecido. O primeiro dos seus três parágrafos enuncia os fins que o legislador pretendeu atingir ao adoptá-lo. Dispõe que «sem prejuízo de outras disposições do... Tratado e em conformidade com os objectivos gerais nele definidos, cabe à Comissão promover uma colaboração estreita entre os Estados-membros no domínio social, designadamente em questões relativas: ao emprego, ao direito do trabalho e às condições de trabalho, à formação e ao aperfeiçoamento profissionais, à segurança social, à protecção contra acidentes e doenças profissionais, à higiene no trabalho, ao direito sindical e às negociações colectivas entre entidades patronais e trabalhadores».

No segundo parágrafo indicam-se os instrumentos que o Executivo deve utilizar para a realização desses escopos. «A Comissão — dispõe-se aí — actuará em estreito contacto com os Estados-membros, através de estudos e pareceres, e mediante a organização de consultas, tanto para os problemas que se põem a nível nacional, como para os que interessam às organizações internacionais». O terceiro parágrafo impõe uma condição importante em matéria de formalidades essenciais ao dispor que «antes de formular os pareceres previstos no presente artigo, a Comissão consultará o Comité Económico e Social».

Dito isto, convém dizer já que nunca houve consenso quanto aos princípios que devem inspirar a aplicação do artigo 118.° ou, mais concretamente, quanto ao modo como a Comissão deve fazer uso dos poderes que ele lhe confere. Desde o início dos anos 60, tornou-se evidente que os Estados-membros, ou a maior parte deles, procuravam conter essa utilização em limites tão estreitos quanto possível. Assim, os encontros para os quais a Comissão convidou as autoridades competentes no domínio social para estudar as modalidades de uma colaboração recíproca saldaram-se rapidamente por um fracasso. Mais ainda, os governos manifestaram fortes reservas quanto ao direito do Executivo de adoptar recomendações (1967) e, se bem que a norma os mencione expressamente, de emitir pareceres. Estes últimos — observa-se — são emitidos no exercício de uma função consultiva; não podem, portanto, ser elaborados e divulgados sem um pedido expresso dos Estados.

Uma atitude não menos desconfiada e rigorosa surgiu em matéria de estudos. A este propósito, pelo contrário, os representantes dos Estados elaboraram nas reuniões de 24 de Maio e de 21 e 22 de Outubro de 1963 um verdadeiro código de conduta que a Comissão deveria ter respeitado. Mais precisamente, foi acordado que: a) antes de proceder ao estudo de novas questões sociais, a Comissão devia submeter o seu projecto ao Conselho ou aos governos e só poderia iniciá-lo após ter obtido a aprovação unânime destes; b) sem o acordo prévio dos governos, não lhe era permitido tirar dos estudos efectuados conclusões com base nas quais fossem prosseguidas políticas específicas; c) não podia utilizar os resultados a que tinha chegado a conferência sobre segurança social em 1962, a não ser com a participação dos governos e de especialistas independentes; d) a decisão quanto à intervenção dos parceiros sociais caberia unicamente, e caso a caso, aos governos.

Em contrapartida, os delegados nacionais não chegaram a acordo quanto ao órgão encarregado de identificar os temas de estudo; é, todavia, revelador das suas intenções que as dúvidas que manifestaram se restringiram à escolha entre o Conselho e uma reunião intergovernamental a efectuar no âmbito do Conselho (ver relatório do deputado Nederhorst sobre a aplicação das disposições sociais contidas no artigo 118.°, Parlamento Europeu, doc. sess. 1965-1966, n.° 60, 14 de Junho de 1965, p. 9, e Heyning, «Problèmes institutionnels posés par la mise en œuvre d'une politique sociale au niveau communautaire», in *Revue du marché commun*, 1967, p. 198 e seguintes).

É certo que não faltaram posições mais abertas. Em especial, um «memorando sobre a política social» do Governo italiano (1964) criticou duramente a «interpretação restritiva» do artigo 118.° até então dominante. Essa leitura, afirma o documento, havia levado a um impasse, por um lado ao reduzir as intervenções da Comunidade a alguns actos de eficácia nula ou reduzida e, por outro, ao exigir para as decisões mais importantes o processo paralisante de conferências entre os representantes dos governos. Nada impede, pelo contrário, que se alcancem os objectivos da disposição através da «dinâmica normal» dos instrumentos comunitários; e não poderia objectar-se que, nos termos do artigo 118.°, a Comissão apenas pode promover uma colaboração estreita entre os Estados-membros, porque a norma dispõe ainda que isso deverá ser feito «sem prejuízo das outras disposições do... Tratado» (o texto do memorando está apenso ao já citado relatório Nederhorst, p. 20).

Uma linha ainda mais enérgica foi adoptada pelo Parlamento Europeu. De facto, na sua resolução de 16 de Junho de 1965, preconizou uma interpretação explicitamente «extensiva» do artigo 118.° e de outras disposições do Tratado «que atribuem... à Comissão... um direito de iniciativa e uma missão de coordenação que a autorizam a tomar iniciativas comunitárias no domínio social». Era assim rejeitado «o ponto de vista dos governos de alguns Estados-membros segundo os quais é necessário um acordo prévio total entre (eles)... antes de a Comissão... ser autorizada a iniciar o estudo de novas questões de ordem social ou a formular recomendações nos termos do artigo 118.°» (JO 1965, p. 2018).

Estas intervenções suscitaram um debate muito animado que teve como protagonistas o Conselho e o Parlamento. Em 19 de Dezembro de 1966, pronunciando-se a respeito dos estudos, a primeira dessas instituições repetiu secamente as teses que os Estados-membros tinham sustentado três anos antes. A réplica da Assembleia foi vigorosa: assim, uma resolução de 1 de Fevereiro de 1967 insurgiu-se «contra as tendências (para preferir)... processos bilaterais ou multilaterais *ad hoc* em vez de... medidas comunitárias em conformidade com os tratados... que têm as suas bases políticas e jurídicas nos compromissos... assumidos pelos Estados». Mas o Conselho ignorou-a. Os seus dois programas de 29 de Fevereiro de 1968 [anexo II ao Doc. 1413 f 68 (Doc. 84) de 26.9.1968] e de 27 de Julho de 1971 (JO C 23 de 8.3.1972, p. 20) abordaram novamente a questão dos estudos, atribuindo à Comissão um papel em alguns aspectos ainda mais limitado e dependente. De facto, foi-lhe atribuído o direito de participar na escolha dos temas de estudo; mas, ao mesmo tempo, foi-lhe retirado o poder de dirigir autonomamente a execução das investigações. «O estado dos trabalhos — afirma o texto de 1971 — deveria ser examinado *em comum* e com *intervalos regulares*

por forma a respeitar o carácter unitário e coerente do programa» (sublinhado meu).

4. Discordância, portanto; mas sobretudo frieza, desconfiança e uma defesa feroz escudada na soberania nacional, mesmo perante instrumentos de incentivo ou de informação. Mas uma análise dos actos baseados no artigo 118.° demonstra que, pelo menos a partir de finais dos anos 60, a Comissão não se deixou encerrar completamente no estreito compartimento para que a haviam remetido o Conselho e os Estados. Fizeram-se investigações, e mesmo de bom nível; e se, que eu saiba não houve pareceres, as recomendações emitidas pelo Berlaymont são pelo menos uma dezena. É certo que o artigo 118.° não refere esta última categoria de actos, mas o facto de a Comissão ter poderes para os adoptar é admitido pelo artigo 155.° com expressões («em matérias que são objecto do... Tratado», «quando tal seja por ela considerado necessário») cujo alcance não poderia ser mais amplo. Seria útil lembrar — e a importância da observação notar-se-á adiante — que as recomendações que referi foram *sempre* submetidas ao parecer do Comité Económico e Social.

Por fim, uma surpresa: a medida em litígio não é a primeira do seu género que a Comissão tomou com base na nossa disposição. Os comités paritários para os problemas sociais na pesca marítima e dos assalariados agrícolas foram criados em 25 de Julho de 1974 por duas decisões que têm os n.ºs 74/441 e 74/442; e nem se pode dizer, como veremos melhor no ponto n.° 7, que os Estados-membros e o Conselho reagiram com polémica ou mesmo que franziram o sobrolho.

Voltemos às consultas. Foram frequentes e de natureza diversa: algumas, pedidas pelos governos e organizadas sob a forma de reuniões *ad hoc* entre os seus «conselheiros sociais» e funcionários comunitários; outras, qualificadas como «conferências europeias», tiveram a intervenção de representantes dos Estados, de delegados dos parceiros sociais, de peritos, e foram dedicadas ao exame de alguns grandes problemas (as consequências sociais do progresso técnico, em 1960, a segurança social, em 1962); outras ainda, designadas por seminários, colóquios, jornadas de estudo, mesas redondas, incidiram sobre o estudo de temas menos importantes (a habitação social em 1963, a medicina do trabalho e a formação social, em 1964). Devem ainda recordar-se os pareceres escritos que a Comissão pede aos comités previstos no Tratado e a grupos bipartidos ou tripartidos criados por disposições secundárias. Neste quadro são elaborados os capítulos do relatório sobre a situação social na Comunidade que, nos termos do artigo 122.° do Tratado, a Comissão deve apresentar todos os anos ao Parlamento.

Uma actividade considerável, em definitivo; mas, desta vez, é preciso reconhecê-lo, organizada pela Comissão em condições de nítida subordinação. A doutrina salientou que compete aos Estados determinar se, como ou quando as consultas devem ser feitas e que o Executivo não pode nem impor os temas de debate nem ditar regras processuais (ver Knolle,«artigo 118.°», in *AA. VV., EWG-Vertrag Kommentar*, segunda edição, Baden-Baden, 1974, p. 1515). De facto, a prática parece corroborar esta tese, apesar de discutível. Os encontros ou os pareceres

que a Comissão convocou ou solicitou sem obter o assentimento do Conselho foram de facto bastante raros. Foi assim — mas trata-se somente de exemplos — no caso de consultas escritas quanto à aplicação do artigo 118.° (Ribas, *La politique sociale des Communautés européennes*, Paris, 1969, p. 47) e no da mesa-redonda sobre política social no sector dos transportes. Aqui, o Conselho indicou os temas a incluir na ordem de trabalhos e as delegações nacionais esclareceram em pormenor o papel que desempenhariam os funcionários governamentais presentes nos trabalhos (oitavo sumário das actividades do Conselho, Abril-Setembro de 1963, p. 40).

5. Chegou o momento de examinar os factos do litígio, o que, no caso em apreço, significa percorrer as numerosas etapas do processo que conduziu à Decisão 85/381 e aos recursos sobre os quais o Tribunal foi chamado a pronunciar-se.

Tanto quanto sei, os antecedentes mais longínquos da nossa decisão remontam a 1974 ou mesmo a 1972. De facto, em Outubro deste último ano, a conferência dos chefes de Estado e de Governo reunida em Paris convidou as autoridades de Bruxelas a relançar a acção comunitária no domínio social, prevendo as medidas e os meios necessários. Quinze meses mais tarde — 21 de Janeiro de 1974 — o Conselho acolheu este convite aprovando uma resolução (JO C 13, p. 1; EE 05 F2, p. 20) na qual a «realização do pleno e do melhor emprego a nível comunitário, nacional e regional» era considerada a «condição essencial de uma política social eficaz», e se assumiu o compromisso de adoptar até 1976 as medidas necessárias para a realizar. Entre estas — e é este o ponto importante — constava um «programa de acção» que visava: a) favorecer a igualdade de tratamento entre trabalhadores comunitários e extracomunitários «em matéria de condições de vida e de trabalho, salários e direitos económicos»; b) «promover uma concertação das políticas migratórias em relação a países terceiros».

Seguiram-se três episódios que revestem uma certa importância e tiveram como protagonistas os mesmos órgãos. Também em 1974, a cimeira dos chefes de Estado e de Governo (Paris, 9 e 10 de Dezembro) indicou no ponto 10 do comunicado final a necessidade de harmonizar progressivamente as legislações sobre estrangeiros. Dois anos mais tarde, uma nova resolução do Conselho (9 de Fevereiro de 1976, JO C 34, p. 2; EE 05 F2, p. 66) retomou os temas do texto que acabo de citar, acrescentou uma observação quanto à necessidade de uma luta comum contra a imigração clandestina de trabalhadores não comunitários e concluiu manifestando a sua «vontade política» de realizar as acções prometidas respeitando as competências das entidades interessadas. Por fim, em 11 de Dezembro de 1978, a «comissão geral do diálogo euro-árabe» aprovou em Damasco uma «declaração relativa aos princípios que regulam as condições de vida e de trabalho dos trabalhadores migrantes das duas áreas» . Também ela garantiu a igualdade de tratamento no plano dos direitos económicos e das liberdades públicas fundamentais (Vigésimo sexto sumário da actividade do Conselho, 1 de Janeiro-31 de Dezembro de 1978, p. 59).

Nesta altura entrou em cena a Comissão, que até então parecera interessar-se de modo bastante marginal pelas políticas migratórias. Precisa na descrição do pano de fundo socioeconómico do problema e atenta aos objectivos estratégicos e aos pormenores

processuais, a comunicação que ela transmitiu ao Conselho em 23 de Março de 1979 [Doc. COM(79) 115 final] constitui um capítulo dos mais importantes do nosso processo. Há, portanto, que analisá-lo com cuidado.

O texto começa por um reconhecimento que é igualmente um acto de prudência: cabe ao Conselho decidir sobre o «princípio da concertação entre os Estados-membros e a Comissão» (ponto 2.10). Mas o tom torna-se subitamente incisivo. A referida concertação é, de facto, indispensável. A livre circulação dos trabalhadores comunitários impõe-na, ou melhor, apresenta-a como um seu «corolário» (ponto 3.2): ou seja, um valor que a admissão de estrangeiros — hoje precipitada, mal organizada e muitas vezes realizada de forma ilegal — pode comprometer seriamente. Trata-se, portanto, de definir o conjunto das medidas que organizam a imigração dos trabalhadores originários de países terceiros mantendo e reforçando a «prioridade (dos) nacionais da Comunidade» no mercado comunitário de trabalho (ponto 3.5). O problema coloca-se de modo particularmente agudo para os trabalhadores britânicos, irlandeses e dinamarqueses durante o período transitório. Como garantir-lhes a preferência em relação à mão-de-obra externa no acesso aos empregos disponíveis: eis o primeiro tema de uma concertação que deveria iniciar-se imediatamente (ponto 4.1).

Quanto ao processo a aplicar às reuniões no âmbito das quais estes argumentos serão abordados, não parece necessário qualquer novo mecanismo. Bastará recorrer ao artigo 19.° do Regulamento n.° 1612/68 do Conselho, que é suficientemente flexível para se adaptar igualmente ao domínio das políticas migratórias. A Comissão deverá informar-se quer dos resultados a que dá lugar o mecanismo comunitário de controlo e compensação da oferta e procura de emprego, quer da previsível evolução do mercado, e especialmente das probabilidades de aceitação por parte dos trabalhadores comunitários dos empregos oferecidos. Nada impede, pois, que, para a resolução de problemas específicos se criem grupos *ad hoc* com a participação dos parceiros sociais.

6. Como facilmente se podia imaginar, o documento assim resumido trouxe algum ar fresco ao confronto duro mas sufocante que persistiu durante anos entre os Estados-membros, o Conselho e a Comissão quanto aos critérios com base nos quais deve ser aplicado o artigo 118.° O relatório redigido pelo Coreper para a sessão do Conselho «Trabalho e Assuntos Sociais» (Doc. SOC 266 de 15.11.1979) reconheceu, por exemplo, a existência de uma conexão entre as políticas migratórias e a prioridade dos trabalhadores comunitários ao propor que os Estados façam disso objecto de uma concertação. Para os que tinham vislumbrado perigos até nos estudos de sociologia ou de direito do trabalho, o progresso não era pequeno; nem bastavam para o compensar as reservas que alguns governos manifestaram quanto ao aspecto processual. Aqui, de facto, as preocupações nacionalistas prevaleceram. Assim — afirmou a França — o comité consultivo do Regulamento n.° 1612/68 não é a sede adequada se os temas a tratar puserem em causa a soberania; melhor seria então o comité técnico, mas também na condição de não se dedicar a elaborar orientações negociais comunitárias. Seja como for — advertiram a França e a Alemanha — está excluído que a Comissão obtenha um mandato geral e — acrescentou a Dinamarca — a concertação não deve resultar em instrumentos vinculativos.

A estas advertências, a Comissão respondeu que concebia a concertação como um mé-

todo destinado a permitir-lhe fazer propostas e não a adoptar actos. Mas, a este propósito, a fórmula mais precisa — e talvez a mais correcta — foi enunciada pelo Conselho nas conclusões da sessão que já referimos (Doc. PV/CONS 53 SOC 292 de 26.11. 1979). Após ter lembrado que os esforços de todos deviam concentrar-se na solução dos problemas relativos à prioridade dos trabalhadores comunitários, à mão-de-obra de países terceiros e aos nacionais de Estados-membros que trabalham em países terceiros, o órgão legislativo salientou que, «sem prejuízo, todavia, das competências das instituições da Comunidade» a concertação visa «facilitar a adopção» não de «instrumentos jurídicos comunitários», mas de uma «posição comum dos Estados-membros» (declaração da acta ponto 7). Há, portanto, condições para uma iniciativa deste género; o Executivo é assim convidado «a prepará-la ou a organizá-la, conforme o caso».

Seis meses mais tarde, o documento da Comissão deu um novo fruto: a resolução do Conselho de 27 de Junho de 1980 relativa às orientações para uma política comunitária do mercado de trabalho (JO C 168, p. 1; EE 05 F2, p. 211) que, pondo de parte as questões processuais, coloca o ênfase na problemática essencial da concertação. «A integração do mercado — afirma-se no ponto III — deve ser favorecida no âmbito da livre circulação de mão-de-obra..., e nomeadamente pela execução efectiva do SEDOC (Sistema Europeu de Difusão e de Compensação da Oferta e Pedidos de Emprego), tendo em conta a prioridade... que deve ser dada aos... nacionais de Estados-membros e a necessidade de conter o acesso ao mercado de trabalho comunitário de mão-de-obra proveniente de países terceiros, assim como pela concertação adequada das políticas migratórias em relação (a esses países)». A formulação é rebuscada mas a importância política da mensagem que pretende transmitir é clara, tal como é claro o convite para agir que mais uma vez se dirige à Comissão. Cabe-lhe — assim termina o documento — tomar as iniciativas necessárias para favorecer a cooperação dos Estados-membros no domínio da política do mercado de trabalho.

A Comissão não reagiu imediatamente. As experiências dos anos 60 e o resultado negativo das tentativas de colaboração voluntária feitas até aí (ponto 15) tinham-na evidentemente convencido de que uma intervenção verdadeiramente eficaz iria encontrar de novo resistências insuperáveis. Era, pois, preferível continuar a preparar o terreno formulando diagnósticos severos da situação existente e fazendo propostas cada vez mais explícitas. É a esta estratégia, parece-me, que responde o documento de 9 de Setembro de 1983 que teve como destinatário o comité consultivo. Contém uma alusão cheia de subentendidos aos acordos celebrados pela Comunidade com a Turquia, Portugal, Jugoslávia e com os países do Magrebe, que garantem aos emigrantes respectivos um *status* menos favorável que a condição reconhecida aos nacionais comunitários. Mas a passagem mais importante encontra-se noutro lugar, precisamente na constatação das perturbações causadas pela tendência crescente dos Estados para actuarem isoladamente. No decurso dos últimos anos — afirma-se — as medidas nacionais não concertadas e que produzem efeitos desfavoráveis nos mercados dos outros países membros têm-se multiplicado. «Institucionalizar a concertação» é, nesta fase, uma necessidade inadiável.

Mas como fazê-lo? A resposta — crucial — consta do projecto de comunicação relativo às «orientações para uma política comunitária das migrações», que data de 13 de Março de 1984 e foi também dirigida ao órgão referido no artigo 24.° do Regulamento n.° 1612/68 (Doc. V/243/1/84-FR rev.). Chegou o momento — lê-se no ponto 44 — de «fornecer um quadro jurídico adequado para garantir a participação... (dos) Estados-membros no processo de concertação, impondo-lhes as mesmas obrigações face à Comissão e aos outros Estados-membros». Como o Conselho preconizou, este quadro visa apenas a «adopção de posições comuns» e apenas exige informações e discussão sobre os problemas de cada um e de todos no domínio das medidas repeitantes aos trabalhadores nacionais de países terceiros e membros das suas famílias. Mas, para que essas informações e discussões tenham carácter obrigatório, é indispensável que uma decisão o preveja (ponto 55).

Os dados iam ser lançados; e alguns admirar-se-ão das reacções não hostis que suscitou o seu lançamento, a partir daí previsível. Num documento de 22 de Junho de 1984 [conclusões relativas a um programa de acção social comunitária a médio prazo, (JO C 175, p. 1], o Conselho «tomou conhecimento» de que a Comissão teria apresentado propostas que permitiam «desenvolver a cooperação dos Estados-membros em matéria de controlo dos fluxos migratórios provenientes de países terceiros». Depois, quando a Comissão lhe submeteu um projecto de resolução em que se admitia a necessidade de definir «um quadro adequado» para a concertação [Doc. COM(85) 48 final de 7.3.1985], o órgão legislativo respondeu-lhe em termos indiferentes, mas não negativos. Assim, após ter precisado que «os domínios relativos à entrada, residência e emprego dos trabalhadores... de países terceiros são de competência dos Estados-membros», reconheceu a necessidade de promover a concertação, tomou «nota da intenção da Comissão de estabelecer um quadro adequado para (esse efeito)» (ponto 3) e convidou a sua interlocutora «a apresentar-lhe as propostas necessárias» (ponto 7).

A resolução foi aprovada em 13 de Junho de 1985, formalmente adoptada na sessão de 16 de Julho e publicada em 26 de Julho seguinte (JO C 186, p. 3; EE 05 F5, p. 10). Mas quando chegou ao termo do seu percurso era já tarde. De facto, em 8 de Julho a Comissão tinha adoptado a decisão em litígio.

7. Concluída a narração dos acontecimentos que levaram ao acto que nos ocupa, parece-me oportuna uma pergunta. Porquê este processo? Que razão trouxe ao Tribunal um número de Estados pouco inferior ao necessário para fazer actuar o próprio Conselho? Raciocinando logicamente, dever-se-ia concluir que não há motivo. Por seis vezes, o Conselho afirmou a indispensabilidade da concertação; por duas vezes, incitou a Comissão a iniciá-la e, quando esta se decidiu a agir, pediu-lhe, por duas vezes, que lhe desse conhecimento das suas propostas. Por seu turno, os Estados exprimiram dúvidas, manifestaram suspeitas, fizeram advertências; mas nunca disseram, nem antes de 1985 nem durante o processo, que não estavam dispostos à informação e à concertação.

Objectar-se-á que os Estados não criticam o que foi criado; contestam o instrumento e os materiais — uma decisão e as obrigações daí decorrentes — que lhe davam origem. Ora, também este argumento não colhe. Para o refutar, bastará lembrar as duas deci-

sões de 1974 (*supra*, ponto 4) que se baseavam igualmente no artigo 118.° e que, todavia, nunca foram contestadas. Ou ainda, para quem objecte que elas regulam matérias menos sensíveis que a nossa, bastará citar outros actos que abundam na história legislativa da Comunidade: actos também eles vinculativos e destinados a regular matérias de importância considerável ou, pelo menos, situados no limite das competências comunitárias; actos que, além disso, se baseiam não numa disposição do Tratado, mas no Tratado *tout court* ou, pior ainda, em resoluções do Conselho e que, a despeito dessas características, foram acolhidos em silêncio ou com satisfação geral.

Esses actos são pelo menos dez e todos eles dignos de figurar num desejável museu de horrores jurídicos. Fundados unicamente «no Tratado» estão o regulamentos do Conselho n.° 1707/86, de 30 de Maio de 1986, relativo às condições de importação de produtos agrícolas originários de países terceiros na sequência do acidente ocorrido na central nuclear de Chernobil (JO L 146, p. 88); n.° 3302/86, de 27 de Outubro de 1986, que suspende a importação de moedas de ouro da República da África do Sul (JO L 305, p. 11); n.° 3599/85, de 17 de Dezembro de 1985, que aplica preferências pautais generalizadas, para o ano de 1986, a certos produtos industriais originários de países em vias de desenvolvimento (JO L 352, p. 1; EE 11 F23, p. 37). Baseadas numa ou noutra resolução do Conselho estão, por seu turno, sete decisões; três adoptadas pelo próprio autor da resolução (16 de Setembro de 1985, que institui um Comité Consultivo para a Formação dos Farmacêuticos (JO L 253, p. 43; EE 06 F3, p. 34); 29 de Junho de 1984, relativa às estruturas e procedimento de gestão de coordenação das actividades comunitárias de investigação, desenvolvimento e de demonstração (JO L 177, p. 25; EE 12 F4, p. 116); 28 de Outubro de 1980, relativa às actividades de pesca nas águas dependentes da soberania dos Estados-membros (JO L 298, p. 38) e quatro decisões emanadas da Comissão. Estas últimas instituíram comités em matéria de transportes rodoviários (28 de Novembro de 1985 (JO L 317, p. 33; EE 07 F4, p. 12), de caminhos-de-ferro (19 de Dezembro de 1984, JO 1985, L 8, p. 26; EE 07 F3, p. 235), de controlo e redução da poluição causada pelo derrame de hidrocarbonetos no mar (25 de Junho de 1980, JO L 188, p. 11; EE 15 F2, p. 171) e em matéria de gestão de detritos (21 de Abril de 1976, JO L 115, p. 73; EE 15 F1, p. 163).

Voltemos à questão. Se as observações que fiz são pertinentes, não resta, para entender as razões do nosso processo, senão abandonar o domínio da lógica para entrar no da psicologia terra-a-terra. Direi assim que a revolta dos Estados se explica à luz de três factores e, em primeiro lugar, da irritação que provocam os acontecimentos inesperados e desagradáveis. Explico-me. As decisões de 1974 e os textos adoptados a partir de 1979 não podiam modificar a imagem que a Comissão tinha dado de si própria nos anos 60, sobretudo pelas suas cedências no terreno das consultas e dos estudos. Os Estados habituaram-se a esta imagem obsequiosa, de renúncia, às vezes pusilânime, a ponto de terem a convicção de que havia que esperar do Executivo muito palavreado mas poucos ou nenhuns factos. O seu silêncio perante o documento de 13 de Março de 1984 (a concertação deveria ter lugar num quadro jurídico a criar por meio de decisão) explica-se — creio — precisamente

nesta perspectiva. Assim, deve ter sido grande a sua surpresa quando se encontraram perante um facto, ainda por cima considerável; e grande deve ter sido o desejo de meter na linha a sua autora por meio de uma boa chibatada jurisdicional.

Há em seguida um elemento objectivo. Quer agrade quer não, os Estados estão realmente — melhor, fundamentalmente — interessados em manter pleno controlo de admissão dos trabalhadores provenientes de países terceiros, até pelas implicações óbvias que a matéria tem no campo político e no da ordem pública. O seu receio de ver a prazo esse sector «comunitarizar-se» é, portanto, natural; e parece-me significativo que tenham aproveitado a ocasião do Acto Único Europeu para aclararem as coisas, precavendo-se contra golpes de mão destinados precisamente a iniciar um processo desse género. A declaração relativa aos artigos 13.° a 19.° do novo Tratado reafirma de facto «o direito dos Estados-membros de tomarem as medidas que considerem necessárias em matéria de controlo da imigração de países terceiros e de luta contra o terrorismo».

Por fim, os erros da Comissão tiveram um certo peso. Não me refiro tanto à pressa — pouco digna, é certo — com que adoptou o acto impugnado. Penso sobretudo que a excessiva minúcia deste e sobretudo a sua insistência nos trabalhadores extracomunitários ou nos acordos entre Estados-membros e países terceiros eram pouco indicadas para aplacar a irritação e os receios que referi. A este propósito, pelo contrário, é admissível uma conjectura. Se tivesse colocado o acento no *nosso* mercado de trabalho e na necessidade de aumentar o emprego dos operários e trabalhadores por conta de outrem comunitários, a Comissão teria talvez evitado os recursos de que nos ocupamos sem com isso renunciar aos objectivos que tinha em mente. Como ela própria salientou no documento de 23 de Março de 1979, as políticas migratórias são um «corolário» da política que impõem os artigos 48.° a 51.° do Tratado. A concertação sobre os problemas que a aplicação destas disposições suscita implica, portanto, consultas também quanto às medidas destinadas aos nacionais de países terceiros.

8. Antes de passar à apreciação dos fundamentos e argumentos das partes, convém resolver alguns problemas de admissibilidade e, antes de mais, aquele a que aludi no ponto 1.

Examinemos os seus termos. A decisão controvertida foi notificada a todas as representações permanentes em 11 de Julho de 1985 e, como resulta da cópia do aviso de recepção, chegou à representação dos Países Baixos no mesmo dia às 15h10. O recurso do Governo neerlandês foi transmitido por telex em 18 de Setembro de 1985 e o original do requerimento chegou à Secretaria do Tribunal dois dias mais tarde. Ora, a Comissão observa que, no caso dos Países Baixos, o prazo de recurso é de dois meses — contados, nos termos do artigo 81.° do Regulamento Processual, a partir do dia seguinte ao da notificação — mais os seis dias previstos no anexo II do mesmo regulamento, em razão da distância entre Haia e o Luxemburgo. O prazo expirou, portanto, a 18 de Setembro, isto é, no dia em que a Secretaria recebeu o telex, mas 48 horas antes de receber o original. O Governo de Haia não nega os factos. Sustenta todavia: a) que os artigos 37.° e 38.° do referido regulamento não proíbem a interposição de recursos por telex; b) que se viu forçado a utilizar este meio devido ao atraso com que

a Comissão respondeu (29 de Agosto) a um seu pedido de esclarecimento quanto ao modo de aplicar a decisão.

Como prova o recente acórdão proferido em 15 de Janeiro de 1987 (processo 152/85, Misset/Conselho, Recueil 1987, p. 223), os argumentos das duas partes partem de uma ideia errada. De facto, interpretando os artigos 80.° e 81.° do já citado regulamento, o Tribunal afirmou que «quando... o prazo de recurso é expresso em meses de calendário, o prazo expira... no final do dia que, no mês indicado no prazo, tem o mesmo número que o dia em que o prazo começou a correr, ou seja, o dia da notificação» (ponto 8). Apliquemos esta regra ao nosso caso: veremos que o prazo previsto no artigo 173.° do Tratado para pedir a anulação da decisão *de qua* expirou em 11 de Setembro. Somemos a este número os seis dias de que beneficiam os recorrentes residentes nos Países Baixos e chegamos à meia-noite do dia 17. Mesmo admitindo a validade de um recurso interposto por telex, daqui resulta que o recurso neerlandês chegou tardiamente ao Tribunal.

Mas não só o recurso neerlandês. De facto, se se aplicar a jurisprudência Misset igualmente aos outros recursos, apercebemo-nos de que a Alemanha e a França estão dentro do prazo (o recurso da primeira entrou a 17 de Setembro e o da segunda, a quem o texto correcto da decisão foi notificado uma semana mais tarde, a 24), mas não os do Reino Unido e o da Dinamarca. Nos seus casos — sabemo-lo — as regras sobre a dilação em razão da distância prevêem uma bonificação de dez dias, o que indica 21 como data-limite para a entrada dos respectivos recursos. Ora, eles deram entrada a 23.

Com base nestas conclusões: a) não posso eximir-me a examinar os fundamentos e argumentos dos Países Baixos, mas apenas porque este Estado, ao intervir em apoio dos pedidos da Alemanha, retomou nas suas observações todo o conteúdo do recurso; b) devo tomar em consideração os argumentos aduzidos pelo Reino Unido apenas na medida em que ele os retomou ao intervir em apoio da França; c) ver-me-ei forçado a não me ocupar dos fundamentos e argumentos da Dinamarca, que teve o azar (ou a elegância) de jogar a partida sozinha.

9. No entender dos recorrentes, a Decisão 85/381 está ferida de três vícios: incompetência, violação do Tratado e, a título subsidiário, violação de formalidades essenciais. As duas primeiras acusações baseiam-se na interpretação que a França, a República Federal da Alemanha, o Reino Unido e os Países Baixos dão do artigo 118.° e, por isso mesmo, prestam-se a um exame conjunto. Todavia, há que ter presente que os quatro Estados falam em incompetência num duplo sentido. Isto é, o acto estaria viciado de incompetência: a) por exceder o âmbito dos poderes que a norma confere à Comissão; b) por regular matérias que são estranhas à norma. Ora, estes aspectos suscitam problemas muito diversos; teremos, pois, de os tratar separadamente.

Comecemos então pelo primeiro, que, embora figurando em todos os recursos, é tratado com especial profundidade no da República Federal da Alemanha. Segundo o Governo de Bona, é sobretudo o seu teor que exclui que o artigo 118.° justifique a adopção de uma decisão vinculativa. De

facto, o primeiro parágrafo comete ao Executivo a missão de promover uma colaboração estreita entre os Estados; e «promover» significa favorecer, incitar, encorajar ou impulsionar, mas de maneira nenhuma obrigar. Não menos explícito é o segundo parágrafo. É óbvio que os dois instrumentos que menciona não requerem (os estudos) ou não configuram (os pareceres) uma actividade susceptível de impor obrigações. No que respeita às consultas, pelo contrário, as versões francesa e italiana utilizam um verbo — «organiser» e «organizzare» — que pode aludir à legislação; mas, uma vez que nos textos alemão e inglês os termos correspondentes («vorbereiten» e «to arrange», isto é, preparar ou predispor) têm um significado que exclui aquela alusão, também o seu campo semântico deverá restringir-se até coincidir com o desempenho de actividades meramente materiais.

Ainda no artigo em causa não figura o termo «decisão». Em si, este dado poderia não ser determinante, mas passa a sê-lo se se tiver em conta que o segundo parágrafo prevê outros meios (precisamente os estudos, os pareceres, as consultas) cujo elenco parece completo ou — tendo em vista a frase que inicia o primeiro parágrafo e o artigo 155.° — é quando muito susceptível de ser alargado às recomendações (ver, em especial, o Reino Unido). No mesmo sentido, de resto, milita o terceiro parágrafo, que determina que antes de emitir pareceres o Executivo consultará o Comité Económico e Social. É absurdo, de facto, que um acto não vinculativo seja sujeito a uma tal condição, mas que já não o seja um acto de que decorrem deveres; e, a ser exacta esta observação, não se pode deixar de inferir dela que nunca o legislador teve a intenção de habilitar a Comissão a elaborar actos vinculativos.

Mas há mais. Têm importância decisiva os termos que, no segundo parágrafo, precedem o elenco que enumerámos. A Comissão — dispõe ele — «actuará em *estreito contacto* com os Estados-membros». Ora, é evidente que o comportamento assim exigido ao Executivo só faz sentido se se concretizar num dever: não utilizar os meios postos à sua disposição (no caso em apreço, não organizar as consultas) sem ter não só informado o Conselho, mas também, e sobretudo, obtido a aprovação deste. Em suma, o Executivo não pode realizar actos unilaterais e ainda menos quando comportam efeitos obrigatórios.

Como é óbvio — continua o Governo alemão — a recorrida não partilha este ponto de vista. Em sua opinião, tal como os artigos 75.° e 113.°, o artigo 118.° atribui-lhe uma determinada missão, deixando-lhe a liberdade de escolher os meios para a realizar. Mas a analogia invocada não existe, como demonstra de novo a letra da nossa disposição. Com efeito, a escolha de que aqui se fala diz respeito ao modo de organizar as consultas. De facto, a expressão «organização de consultas» é regida pela preposição «mediante»; portanto, a actividade correspondente é ela própria um meio, como a elaboração de pareceres ou a realização de estudos. E isto implica que a Comissão tem liberdade, mas para a utilizar como fez para os estudos, ou para não a utilizar como aconteceu com os pareceres; mas não é de maneira nenhuma livre para a utilizar de um modo que o legislador não previu.

E não se diga que a escolha de um mecanismo vinculativo foi imposta, segundo a doutrina do efeito útil, pela necessidade de promover consultas eficazes. Poderiam ser eficazes mesmo que fossem organizadas como *fórum* (ver neste sentido a França), como as reuniões que se realizam sobre os mesmos assuntos no âmbito do Conselho da

Europa; tanto mais — acrescentam os Países Baixos — que o dever de lealdade que incumbe aos Estados nos termos do artigo 5.° garantiria aqui o seu bom funcionamento. De qualquer modo, a verdade é que, quando se transferem competências do Conselho para a Comissão ou dos Estados para a Comunidade, as considerações teleológicas e, em especial, o princípio do efeito útil valem apenas como *ultima ratio.* Portanto, antes de aprovar uma decisão, o Executivo deveria ter tentado todos os outros instrumentos que a lei lhe oferece. Pelo contrário, os comités técnico e consultivo referidos no Regulamento n.° 1612/68 foram consultados acessoriamente sobre problemas que o acto pretende abordar e os Estados não receberam nem pareceres nem recomendações.

Contudo, o artigo 117.° não é mais do que uma peça de um mosaico. Há que atentar na sua globalidade: ver-se-á que o Tratado no seu conjunto apresenta o sector social como um «domínio reservado» dos Estados e inferir-se-á daí que, como todas as suas opções de fundo, também esta só pode ser alterada recorrendo-se ao processo de revisão previsto no artigo 236.° Atacar esta escolha através de uma interpretação extensiva de uma ou outra disposição, e especialmente do artigo 118.°, é o mesmo que não ter em consideração o princípio por força do qual qualquer instituição deve agir nos limites das atribuições que lhe são conferidas. O artigo 4.° e o artigo 155.° são assim violados, este último na medida em que dele se infere que o Executivo apenas pode aprovar decisões em casos excepcionais e que, portanto, não lhe é permitido fazê-lo quando o Tratado o não habilita expressamente para tal ou quando o Conselho não lhe confere mandato para esse efeito.

Ainda segundo o Governo alemão, os resultados a que leva a exegese do artigo 118.° do ponto de vista literal e teleológico são corroborados pela análise da posição que ele ocupa no sistema do Tratado. Não existem dúvidas, por exemplo, de que o seu conteúdo se prende com o programa traçado pelo artigo 117.° (melhoria e igualização das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores) e deve, portanto, ser interpretado à luz dos meios pelos quais o parágrafo desta disposição pretende realizar os referidos objectivos. Ora, esses meios consistem: a) no funcionamento automático do mercado comum; b) nos «procedimentos previstos no... Tratado» que pressupõem disposições expressamente atributivas de um poder de impor obrigações; c) na aproximação dos direitos nacionais, isto é, numa tarefa que, como se sabe, não é da competência da Comissão, mas do Conselho.

A Comissão responde que esses argumentos perdem o seu peso ou desmoronam-se pura e simplesmente perante o conteúdo meramente processual do acto em litígio. Mas a objecção é frágil. Em primeiro lugar, o artigo 189.° não distingue entre disposições de fundo e disposições processuais, e é sabido que estas últimas o são muitas vezes unicamente na forma. Assim — observa a Alemanha —, o dever enunciado no artigo 1.°, n.° 1 (notificação de projectos de medidas), afecta os interesses materiais dos Estados ao comprometer eventuais exigências de segredo ou, no caso de acordos com países terceiros, a confidencialidade necessária ao bom êxito das negociações. De igual modo — acrescenta a França —, os prazos estabelecidos para a concertação (quinze dias mais seis semanas) podem impedir que

sejam tomadas em tempo útil medidas urgentes. E, por fim — conclui o Reino Unido —, a impossibilidade de aprovar medidas sujeitas ao processo enquanto este não esteja concluído e elas não tenham sido declaradas conformes com a política comunitária implica, pelo menos de facto, a sua subordinação ao *placet* do Executivo.

Por último, a doutrina, a jurisprudência e a prática. A primeira — afirma-se — é praticamente unânime em negar que a nossa disposição habilite a Comissão a adoptar actos vinculativos. A segunda afirmou «o carácter essencialmente programático dos artigos 117.° e 118.° (acórdão de 15 de Junho de 1978, processo 149/77, Defrenne III, Recueil 1978, p. 1365, considerando 19); por outras palavras, reconheceu uma realidade que, num sistema dominado pela atribuição limitativa das competências, conduz implicitamente à mesma conclusão. A terceira é mais ambígua e tornou-se assim pelos dois actos que a Comissão adoptou em 15 de Julho de 1974. Seria contudo exagerado atribuir a essas medidas o valor de precedentes. De facto, não prevêem uma colaboração dos Estados com os comités que instituem e apenas têm em comum com a medida em litígio no caso em apreço a obrigação de segredo imposta aos que participam nas reuniões correspondentes.

10. São sobretudo a França e o Reino Unido que insistem no segundo motivo pelo qual a Decisão 85/381 enfermaria do vício de incompetência. No entender dos dois governos, a matéria regulada pelo acto sai da esfera do artigo 118.°, que não se ocupa dos trabalhadores extracomunitários. É certo que ninguém nega a existência de uma ligação entre as políticas comunitárias de emprego e o fenómeno dos movimentos migratórios provenientes de e para países terceiros. Mas é demasiado ténue e indirecta para atrair os protagonistas desses movimentos, apenas com a excepção dos nacionais dos países associados à Comunidade, no âmbito das normas que constam do capítulo I do título III. E este dado —' afirma em particular a França — é suficiente para excluir que o legislador de Bruxelas possa regulamentar os seus interesses directamente ou intervindo sobre as medidas nacionais pelas quais eles são tomados em consideração.

Mas outros argumentos militam a favor desta mesma conclusão. Por exemplo, observa o Reino Unido, é indiscutível que as políticas migratórias dos Estados-membros são forjadas ou condicionadas por factores históricos, culturais, sociais, sobre os quais a Comunidade não tem que se pronunciar. Além disso (sustenta ainda a França), a admissão de migrantes extracomunitários pode pôr em causa interesses, como a segurança nacional, que o próprio Tratado protege ao garantir aos Estados uma espécie de direito ao silêncio (artigo 223.°) e, mesmo quando não chega a tanto, implica uma série de actividades administrativas (emissão de vistos, controlos nas fronteiras) que são inteiramente das competências nacionais. De resto, o próprio Conselho o reconheceu oito dias após a adopção do acto em litígio: «As questões relativas ao acesso, estada e emprego dos trabalhadores (extracomunitários)» — afirma o décimo segundo considerando da resolução de 16 de Julho de 1985 — são da competência... dos Estados-membros, sem prejuízo dos acordos comunitários em vigor com países terceiros».

11. Vejamos o fundamento — violação de formalidades essenciais — que os recorrentes aduzem a título subsidiário. Também ele se articula em dois aspectos: a) falta de consulta do Comité Económico e Social; b) fundamentação insuficiente. Por seu

turno, esta segunda acusação baseia-se: b) 1. na redacção materialmente imprecisa e intrinsecamente contraditória da decisão; b) 2. no facto de a Comissão não ter indicado a sua «base jurídica pertinente»

Os argumentos apresentados em apoio de a) são simples. O terceiro parágrafo do artigo 118.° — salienta sobretudo a Alemanha — exige que a Comissão submeta ao CES os projectos dos seus pareceres. Por motivos mais que evidentes, esta formalidade não se aplica à organização das consultas. Mas é claro que, se o Executivo procede a tal mediante uma decisão, as referidas razões desaparecem e a exigência de consultar o CES torna-se ainda mais imperativa. No que respeita em seguida a b) 1., os Países Baixos sustentam que a decisão nada diz ou é imprecisa quanto a numerosos e importantes pormenores: por exemplo, a natureza das medidas que devem ser notificadas, as modalidades da notificação, os prazos de concertação. Ora, estas lacunas constituem outros tantos incumprimentos do dever de fundamentar. De facto, este último visa não só informar os administrados das razões pelas quais lhes é imposto um dever, mas também permitir-lhes conhecer a extensão do comportamento a que são obrigados.

A acusação *mencionada em* b) 2. merece um desenvolvimento mais complexo. Os recorrentes partem de um postulado a respeito do qual é difícil não estar de acordo: quando o legislador atribui à sua decisão uma base legal inadequada, a possibilidade de lhe dar outra, e esta certamente correcta, prova só por si que a fundamentação é insuficiente. Mas existe essa possibilidade? Como é obvio para aquele a quem a nossa decisão contraria, o facto de responder afirmativamente significa expor-se a certos riscos: por exemplo, o de ser acusado de incoerência política ou mesmo de incoerência no aspecto processual ou, pior, de vir em auxílio de uma Comissão eventualmente vencida, mas decidida a retomar a ofensiva. Todavia, a França e a Alemanha fizeram-no.

Segundo o Governo de Bona, a norma «justa» é o artigo 5.°: na medida em que obriga os Estados a facilitar a tarefa das instituições, esta disposição parece poder servir de base a uma regulamentação cuja essência reside na promoção da colaboração entre os Estados, prevendo para esse efeito o concurso da Comissão. Mais articulada é a posição da França. Paris distingue entre as matérias internas no domínio dos poderes comunitários e os sectores não «comunitarizados». No que respeita às primeiras, um procedimento como o nosso pode perfeitamente basear-se no artigo 121.°, que permite ao Conselho incumbir a Comissão de funções relacionadas com a aprovação de medidas comuns, designadamente em matéria de segurança social dos migrantes. Quanto aos segundos, propõe a opção entre duas vias: deixá-las à cooperação intergovernamental ou ampliar a competência da Comunidade recorrendo às disposições conjugadas dos artigos 118.° e 235.° Foi por esta última via que o Conselho sugeriu à Comissão que optasse quando a convidou, na resolução de 16 de Julho de 1985, a submeter-lhe «propostas» (ponto 7).

Apresenta-se um problema particular — conclui o Governo francês — no que respeita à recolha e ao controlo das informa-

ções. Quando não lhe seja permitido exercer as suas actividades com base numa atribuição expressa de competência (n.° 3 do artigo 90.° e n.° 3 do artigo 93.°) basta ao Executivo pedir ao Conselho que lhe dê autorização. Está para tal habilitado pelo artigo 213.°, que prevê que «para o desempenho das funções que lhe são confiadas, a Comissão pode recolher todas as informações e proceder a todas as verificações necessárias, dentro dos limites e condições fixados pelo Conselho».

12. Deveria neste ponto iniciar o exame dos fundamentos que os recorrentes invocam a título principal; mas uma evidente exigência de economia obriga-me a verificar em primeiro lugar se a investigação que a França e a Alemanha efectuaram para dotar o acto em litígio de uma «base» alternativa levou a resultados satisfatórios. De facto, se fossem satisfatórios, deveríamos inferir daí que o acto não apenas está insuficientemente fundamentado mas também, ainda que implicitamente, ferido do vício de incompetência.

Esta tese deve contudo ser excluída, o que tem como resultado evitar aos Estados que a sustentaram pelo menos o mais grave dos riscos a que aludi. Em especial, quanto ao artigo 5.°, a Comissão disse correctamente que tem alcance geral e deve, portanto, ceder o passo a normas específicas quando — como é o caso — elas existam. Além disso, parece convir mais às intervenções «verticais» (isto é, às relações entre a Comissão e os Estados-membros) do que às actividades de tipo «horizontal», como é essencialmente a concertação entre os governos, de que se trata no artigo 118.° e na decisão impugnada.

Mas também as disposições citadas pela França não parecem adaptadas ao objectivo. Assim, comecemos pelo artigo 121.° Pode recorrer-se a ele — sabemo-lo — se se tratar da «execução de medidas comuns» e se essas medidas disserem respeito «à segurança social dos trabalhadores migrantes referidos nos artigos 48.° a 51.°». Ora, a segunda condição prende-se com problemas bem mais circunscritos que os que são objecto da nossa decisão, e a primeira é-lhe, segundo toda a evidência, inaplicável. De facto, para a preencher é preciso que a regulamentação material sobre a qual as «medidas comuns» irão incidir esteja dentro das competências da Comunidade. Pelo contrário, é pacífico que o acesso, a residência e o emprego dos trabalhadores originários de países terceiros são matérias reservadas aos Estados.

Passemos ao artigo 213.° Não existem dúvidas de que ele é a norma «geral» do sistema no que se refere à recolha e à verificação de informações. Em contrapartida, é duvidoso que o processo nele previsto se imponha em todas as circunstâncias, mesmo nas mais anómalas. Suponhamos — hipótese evidentemente abstracta — que o Conselho faz ouvidos de mercador às solicitações da Comissão: deverá esta última renunciar a realizar as funções que lhe são cometidas pelo Tratado se estas implicarem o conhecimento de dados que só os governos podem fornecer? Evidentemente que não. Daí resulta, parece-me, que o facto de se fazer do artigo 213.° um símbolo é um erro: as suas formas são importantes, mas não tanto como o princípio da eficácia da acção administrativa, que exige intervenções oportunas pelo menos nos casos em que se trate de tutelar um interesse geral.

Por fim, o artigo 235.° Como se sabe, a aplicação do seu mecanismo pressupõe que

o Tratado não tenha previsto «os poderes de acção» necessários para realizar um objectivo da Comunidade. Ora, sob reserva de se verificar se a Comissão fez bom uso dele, salta aos olhos de todos que os poderes necessários para promover a colaboração no domínio social estão previstos no segundo parágrafo do artigo 118.° Seja-me, pois, permitido concluir que a ideia em questão «data» dos anos 60: recorda um período que assistiu a tentativas contínuas e obstinadas de desarmar a Comissão transferindo para o Conselho o máximo possível dos seus poderes.

13. A partida vai, em suma, ser jogada inteira e exclusivamente no terreno escolhido pela Comissão. Abordemo-la então, começando pelos temas de que me ocupei no ponto 10. É inteiramente verdade que a decisão controvertida invade um sector — o das políticas migratórias — ainda reservado aos Estados?

A resposta é negativa. Uma leitura, ainda que sumária, das disposições em que o acto se articula demonstra que a condição de que depende a validade desta acusação não está preenchida: de facto, nenhuma dessas disposições possui um conteúdo material; por outras palavras, nenhuma delas regulamenta — directamente ou harmonizando os sistemas internos — as matérias enumeradas no primeiro travessão do primeiro parágrafo do artigo 1.° Objectar-se-á que, nos termos do artigo 3.°, alínea c), a concertação tem designadamente como objectivo examinar a oportunidade das medidas que poderiam ser tomadas pela Comunidade nos domínios referidos no artigo 1.° Mas a observação não é pertinente. A disposição citada é inofensiva e não apenas por os seus efeitos serem remetidos para o futuro ou, como prova a utilização do condicional, para o possível futuro. O que é determinante é que as medidas a que alude apenas podem ser adoptadas sob a forma de directivas ou de regulamentos e com base nos artigos 100.° ou 235.°: logo, pelo Conselho, decidindo por unanimidade.

Perante esta realidade, os argumentos aduzidos pela França e pelo Reino Unido ficam sem efeito. Alguns arrombam uma porta aberta: é óbvio, por exemplo, que o direito de não informar sancionado pelo Tratado (artigo 223.°) prevalece sobre o dever de informar previsto pelo acto quando estejam preenchidas as condições para tal. Outros são muito frágeis. Assim, afirmar que as medidas nacionais poderiam ser submetidas ao procedimento *de qua* unicamente se os seus destinatários fossem considerados pelas disposições sociais do Tratado, equivale a inverter os termos do problema: é antes a utilização do artigo 118.° que se justifica pela ausência de uma regulamentação comunitária referente aos trabalhadores de países terceiros e, naturalmente, pela necessidade de agir no quadro da colaboração entre os Estados-membros. Portanto, no respeitante à tese que apenas descortina uma conexão ténua e mediata entre as políticas migratórias e a política do mercado de trabalho comunitário, bastará observar que pelo menos três resoluções do Conselho (*supra*, pontos 5 e 6) a contradizem. Mas debruçar-me-ei mais demoradamente sobre este ponto.

14. Muito mais complexa e delicada se apresenta a análise dos argumentos com base nos quais os quatro Estados sustentaram a incompetência da Comissão para adoptar actos vinculativos com base no artigo 118.° Isto devido à própria formulação da norma, a respeito da qual se disse muito justamente que cria «a somewhat paradoxical situation» (Koopmans: «The Law of the

European Comunity», in *AA. VV. A commentary of the EEC Treaty*, Nova Iorque, vol. III, 1976, p. 748). De facto, como se viu, ela: a) parte do princípio da competência nacional, mas nada diz quanto ao papel do Conselho, em que têm assento os representantes dos Estados; b) confia à Comissão uma certa tarefa, mas nada diz quanto ao único poder — o de aprovar normas — que lhe permitiria cumpri-la plenamente.

Admitido isto, acrescento imediatamente que, em minha opinião, nenhum dos argumentos resumidos no ponto 9 é verdadeiramente pertinente. Entre os que foram extraídos da letra da disposição, alguns só têm sentido à luz de uma única versão do Tratado. No texto alemão, por exemplo, a preposição «durch» rege efectivamente a expressão «Vorbereitung der Beratungen»; mas não no texto italiano, onde se intercala entre «mediante» e «organizzando consultazione» uma conjunção («e») que exclui a ligação em que a República Federal da Alemanha se baseia e portanto, retira toda a plausibilidade à sua tese (admitindo — o que não é o caso — que alguma vez a tivesse tido). Uma formulação também diversa mas igualmente desfavorável a esta tese consta por outro lado do texto francês, em que «l'organisation de consultations» é regido por um «par» distinto do que se refere aos «études» e aos «avis».

Em contrapartida, é exacto que «promouvoir» não significa «obrigar», nem em francês nem em italiano. Mas é exacto em termos de dicionário. De facto, a história e a experiência demonstram que a actividade promocional pode concretizar-se de muitas formas e, entre elas, certamente a lei. Assim, se o advogado Agnelli afirmar que pretende promover o novo Fiat Duna, nem o maoísta mais desconfiado lhe atribuirá o propósito de impor a sua compra com a ajuda dos juízes e da polícia. Mas, quando o presidente Roosevelt se empenhava em promover os sindicatos e, com isso, um melhor ambiente nas fábricas americanas, os ouvintes das suas «conversas à lareira» percebiam perfeitamente que o objecto dessa promessa era o futuro *National Labour Relations Act.*

Outro é, contudo, o ponto para que chamo a vossa atenção. Qualquer que seja o alcance do verbo «promover», a actividade correspondente é uma «missão» do Executivo. Mas «missão» significa antes de mais dever e, assim sendo, parece-me óbvio que o carácter obrigatório da promoção se reflecte na natureza do resultado que visa, no sentido de a tornar também vinculativa. Na lógica dos objectivos que o Tratado impõe a si próprio e dos meios pelos quais os prossegue, é de facto inconcebível que uma instituição *seja obrigada* a fazer cooperar os Estados e que estes *tenham* o direito de opor aos seus esforços uma recusa. Em suma, a colaboração é obrigatória. Aliás, um jurista alemão que dá do artigo 118.° uma interpretação muito prudente di-lo com particular clareza: a disposição — afirma ele — criou para os Estados um dever que resulta do conteúdo e das finalidades do próprio Tratado. Eles não podem eximir-se-lhe e muito menos criar obstáculos às iniciativas promocionais da Comissão (Knolle, *loc. cit.*).

Então, como se insere neste quadro — num quadro, repito, marcado pela presença de dois deveres opostos — a concertação das políticas migratórias? Tenuemente referido

pela Comissão na contestação e na tréplica, o nó que liga o objecto da decisão controvertida e os objectivos do Tratado surgiu claramente na fase oral do processo. Penso que fornece uma chave de grande importância para a solução do nosso problema e deve, portanto, ser examinado com toda a diligência possível.

Como se sabe, o artigo 104.° pede aos Estados que cuidem de «assegurar um elevado grau de emprego». Para a realização deste objectivo, todavia, o Tratado reserva igualmente à Comunidade um espaço bastante amplo. Estou a pensar, naturalmente, nas intervenções financeiras do Fundo Social Europeu (artigo 123.°) e na política comum de formação profissional (artigo 128.°). Mas penso sobretudo na livre circulação dos trabalhadores e na consequência fundamental que dela extrai o n.° 2 do artigo 48.°: «a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho».

Esta regra domina toda a matéria. Sustentou-se, por exemplo — e parece-me que correctamente — que até «o direito de responder a ofertas de emprego efectivamente feitas», que é garantido aos nacionais comunitários pelo n.° 3, deve ser interpretado à luz dessa regra. Por outras palavras, ela habilita quem quer que pretenda imigrar para outro país a inscrever-se nas listas de colocação para beneficiar das oportunidades de emprego que têm os seus nacionais (Gaja: «I Lavoratori stranieri in Italia. Problemi giuridici dell'assunzione», in *AA. VV*; , Bolonha, 1984, p. 124). Para os nossos fins, contudo, o efeito mais significativo da proibição de discriminação é o que diz respeito aos trabalhadores de países terceiros: no acesso aos empregos disponíveis — podemos defini-lo assim — os nacionais dos outros Estados-membros gozam, em relação a eles, da prioridade concedida aos nacionais.

A prioridade dos trabalhadores comunitários é, portanto, um princípio que se pode inferir do Tratado, mas foi precisa uma década para que ele criasse raízes na legislação secundária. A sua marca está escassamente visível no primeiro regulamento que aplicou os artigos 48.° a 51.° (Regulamento n.° 15, de 26 de Agosto de 1961, JO 57, p. 1073). O artigo 43.°, de facto, *convida* os Estados-membros a elaborar a sua política tendo em conta a situação existente nos mercados dos outros cinco países, esforçando-se, por isso, a recorrer a nacionais extracomunitários somente depois de terem provido «os empregos disponíveis que são objecto de ofertas anónimas com trabalhadores provenientes de Estados-membros que tenham um excedente de mão-de-obra» (tradução provisória). Depois foi a vez do Regulamento n.° 38/64, de 25 de Março de 1964 (JO 62, p. 965). Aqui o convite torna-se exigência, mas vê o seu alcance ser reduzido: os governos só devem ter em conta a prioridade no momento da análise do relatório sobre a situação do emprego, que a Comissão apresenta anualmente.

A prioridade torna-se objecto de uma verdadeira situação jurídica com o Regulamento n.° 1612/68. De facto, é entendida como um direito no sexto considerando, que a liga ao princípio da não discriminação, é definida como direito no n.° 2 do artigo 1.° e, mais importante, é garantida como direito nos artigos 15.° e 16.° pelo mecanismo especial da compensação (SEDOC). Os Estados devem enviar pelo menos uma vez por mês ao Gabinete Europeu de Coordenação uma relação, por pro-

fissões e por regiões: a) das ofertas de emprego não satisfeitas pela mão-de-obra nacional; b) dos candidatos a emprego dispostos a ocupar um emprego noutro país. As candidaturas são apresentadas às entidades patronais «com a... prioridade... concedida aos trabalhadores nacionais relativamente a nacionais de Estados não membros» e prevê-se que o Estado interessado só pode dirigir ofertas a estes últimos quando a disponibilidade de nacionais comunitários lhe parecer insuficiente. Os serviços nacionais de emprego devem recorrer aos serviços correspondentes dos países terceiros dezoito dias depois de terem recebido os pedidos dos trabalhadores comunitários.

Estas disposições — é claro — não devem ser sobrestimadas; por exemplo, é óbvio que estão bem longe de possuir o carácter incisivo das disposições vigentes em matéria de política comercial comum (como a gestão do contingente). Mas isso conta pouco. Na minha óptica, o que importa é que, em virtude destas disposições, se reconheça ao princípio da prioridade um certo papel de protecção da liberdade consagrada nos artigos 48.° a 51.°: um papel que, embora não ponha em causa a competência dos Estados quanto ao acesso ao emprego dos nacionais de países terceiros, se opõe seguramente a um exercício dos poderes correspondentes que seja de molde a prejudicar o direito dos trabalhadores comunitários de se deslocarem no interior da Comunidade (ver também Gaja, *op. cit.*, p. 135). Neste quadro, parece-me, a concertação das políticas migratórias assume um papel de primeiro plano. Pense-se no efeito que ela teria produzido no conteúdo de uma medida bem recente tomada pelo legislador italiano sem verificar as distorções possíveis que daí poderiam resultar com os seus parceiros europeus ou com a Comissão: refiro-me à Lei n.° 943, de 30 de Dezembro de 1986, em matéria de colocação dos trabalhadores extracomunitários e de imigração clandestina (GURI n.° 8 de 12.1.1987, p. 3).

15. Já determinámos, portanto: a) que a colaboração prevista no artigo 118.° é uma obrigação; b) que existe uma relação bastante estreita entre a concertação sobre as políticas migratórias e a livre circulação de trabalhadores. Convém então perguntar se a Comissão pode obter o respeito da primeira e fazer valer plenamente a segunda sem recorrer a um acto vinculativo. Esse exame impõe-se, de resto. Como se recordará, o Governo alemão acusa a instituição de não ter aproveitado previamente os numerosos e menos discutíveis meios que o Tratado e o direito derivado lhe oferecem, tanto mais que o Conselho a convidara, na resolução de 16 de Julho de 1985, a fazer uso deles. De facto, lê-se numa declaração em anexo a esta última que «a cooperação e a concertação dos Estados-membros deveria incluir em primeiro lugar uma melhoria do procedimento no seio das instâncias já existentes... em matéria de livre circulação dos trabalhadores».

A acusação é infundada. As instâncias que o Conselho refere são, em primeiro lugar, os comités consultivos e técnico instituídos pelos artigos 24.° e 32.° do Regulamento n.° 1612/68. Veremos daqui a pouco que a Comissão utilizou largamente o segundo comité. Pelo contrário, é verdade que não utilizou o primeiro. Mas podia recorrer a ele? Duvido muito. Com efeito, no comité consultivo, ao lado dos funcionários da Comissão e dos representantes dos Estados,

têm assento os delegados dos parceiros sociais: a sua composição não é, portanto, de molde a permitir debates serenos e abertos de cada vez que a matéria que é objecto da concertação exige um *modicum* de reserva. Acrescente-se — o argumento é *ad hominem*, mas tem um certo peso — que, mais do que qualquer outro Governo, o de Bona criticou à decisão o não ter tido na devida conta a exigência de reserva (*supra*, ponto 9, *in fine*).

Seguem-se os mecanismos previstos nos artigos 13.°, 14.° e 19.° do mesmo diploma, mas também esses, em minha opinião, não se prestam ao tipo de procedimento que a Comissão pretendia organizar. O primeiro, por exemplo, dirige-se aos serviços de emprego dos Estados-membros, quando é evidente que só os governos podem ser sujeitos de uma concertação eficaz, e o segundo obriga os Estados a fornecer informações de tipo estatístico aptas, na melhor das hipóteses, a indicar as necessidades previsíveis de mão-de-obra. Mais interessante é a terceira disposição, que a própria Comissão indicou em 1979 como uma abordagem possível, no aspecto processual, da sua iniciativa (*supra*, ponto 5); mais interessante mas pouco mais útil. Ela permite de facto: a) exigir informações, mas unicamente quanto aos resultados do mecanismo de compensação e quanto ao número de colocações de trabalhadores extracomunitários; b) levar a concertações, mas apenas duas vezes por ano e num quadro reduzido, como é o do exame do relatório que a Comissão elabora com base nas informações nacionais.

O facto é que, em todo o caso, a fragilidade ou o carácter inadequado dos instrumentos que passámos em revista não impediram a Comissão de convidar ou mesmo de convencer os governos a concertarem-se voluntariamente. Esta experiência, que decorreu no âmbito do comité técnico, durou cinco anos a partir de inícios de 1980 e saldou-se por um fracasso completo. De facto, os Estados entenderam a concertação a que o Executivo os chamara como uma simples informação recíproca sobre as medidas já adoptadas e sobre os efeitos a nível nacional; por outras palavras, aplicaram-lhe os critérios que inspiram as reuniões que se efectuam sobre temas análogos no quadro de organizações internacionais como o Conselho da Europa. Os exemplos que a este propósito forneceu o agente da Comissão não poderiam ser mais eloquentes.

O Conselho da Europa tinha convocado para Maio de 1980 uma conferência dos «Vinte e Um» em matéria de política migratória e o Executivo entendeu oportuno convidar os Estados-membros a participar nela defendendo uma posição comum. Para esse efeito, convocou uma reunião para 20 de Fevereiro. Uma vez que o artigo 118.° prevê a possibilidade de consultas sobre problemas «que interessam às organizações internacionais», o tema da ordem do dia — troca de impressões com vista a uma coordenação das diversas posições — era perfeitamente ortodoxo. Contudo, o delegado da República Federal da Alemanha declarou que teria sido preferível evitar-se qualquer tentativa de coordenar as posições dos Estados e o francês contestou mesmo a competência do comité técnico para apreciar problemas desse género (*supra*, ponto 6).

Nos encontros de 21 de Outubro de 1980, 6 de Dezembro de 1983 e 22 de Janeiro de 1985, os representantes dos governos recusaram-se, pelo contrário, a informar o comité sobre matérias que não fossem as medidas em vigor ou, pelo menos, já decididas. Contudo, o episódio mais significativo teve lugar no decurso da reunião efectuada em 9 de Dezembro de 1982. O representante

francês anunciou que o seu Governo tinha tomado uma decisão de expulsão do país de todos os estrangeiros em situação irregular e o delegado belga perguntou-lhe — justificadamente, parece-me, uma vez que o seu Estado podia ser afectado — em que fronteiras a operação seria efectuada. Mas a resposta que o infeliz recebeu foi seca: as medidas de expulsão — afirmou o funcionário de Paris — serão efectuadas sob escolta da polícia.

16. Podemos em definitivo concluir que, em 1985, a Comissão tinha esgotado o arsenal dos instrumentos ordinários e não vinculativos nascidos da sua imaginação ou postos à sua disposição pela lei. Acusá-la, como faz a Alemanha, de não ter emitido uma recomendação não passa de um pretexto. Os documentos de 23 de Março de 1979 e de 9 de Junho de 1983 possuem uma riqueza e uma força de persuasão certamente não inferiores à do meio previsto no segundo travessão do artigo 155.°; e, onde os primeiros falharam, o segundo não poderia ter êxito.

É portanto com um fundo de frustação, tanto mais amarga quanto os seus responsáveis, os Estados, foram, da tribuna do Conselho, sempre muito pródigos em convites para agir, é com esse pano de fundo — dizia — que deve ser apreciada a escolha de institucionalizar a concertação mediante um acto susceptível de impor deveres: e o juízo não pode ser senão absolutório. Aliás, é nesse sentido que se pronuncia a vossa jurisprudência: aquela, entenda-se, que permite interpretar as disposições por forma a torná-las aplicáveis na prática e extrair delas um efeito tanto quanto possível útil. Ao dizer isto, não estou a pensar nos poucos acórdãos que, recorrendo ao clássico *test* de Marshall no processo McCulloch/Maryland [17 US (4 Wheat. 316, 421, 1819], dotaram a Comunidade de competências que lhe não são expressamente atribuídas pelos tratados. A razão é evidente. No caso em apreço, utilizar o princípio da efectividade não significa invocar a doutrina dos poderes implícitos; significa apenas — e isso já o Tribunal fez em mais de uma ocasião — interpretar extensivamente um «poder enunciado».

Repito conceitos sobre os quais me detive longamente. O artigo 118.° não coloca um problema de competência. A competência para promover uma colaboração estreita entre os Estados está reconhecida à Comissão com a maior clareza. Não basta: colaborar — dá-nos a entender a disposição — é um dever para os Estados, que não podem nem opor-se nem eximir-se às iniciativas da outra parte, antes são obrigados a facilitá-la. O que falta na disposição e faz dela — teria dito Ulpien — uma *lex imperfecta* é, portanto, algo diferente: a menção expressa de um instrumento que torne realmente exigível (chegando, diga-se claramente, até à possibilidade de sanções) e articule em comportamentos pontuais o cumprimento daquele dever.

Ora, parece-me que, com base no que foi dito até aqui, o facto de se preencher essa lacuna não constitui um abuso nem uma escolha particularmente difícil ou arriscada. Pelo contrário, quem concorde com o facto de que «promover» e «organizar» se pode fazer legislando; quem tenha em conta que o objectivo principal, o *primum et porro unum* da decisão impugnada, é o de evitar contradições entre as políticas migratórias dos Estados e uma das quatro «grandes liberdades»; quem, para além disso, tiver presente o medíocre resultado das tentativas que visavam atingir este objectivo num quadro não imperativo não terá dificuldade em admitir que interpretar o artigo 118.° como

se ele contivesse o instrumento a que me referi é de certo modo uma operação necessária: a única forma de desbloquear a «paradoxical situation» a que a disposição deu lugar ao permitir-lhe desenvolver toda a sua eficácia potencial ou, mesmo antes disso, ser aplicada razoavelmente.

17. Chegados a esta conclusão, os restantes argumentos que os recorrentes aduziram em apoio do fundamento principal perdem grande parte do seu interesse. Todavia, considero dever dedicar-lhes também, ainda que desordenadamente, algumas breves observações.

A Alemanha e o Reino Unido, como recordareis, sustentaram que a enumeração dos meios previstos no artigo 118.° é taxativa e que reivindicar outros meios ou modos diversos de os utilizar é contrário ao artigo 4.° Na realidade, uma prática não contestada de trinta anos demonstra que essa enumeração não é «completa», mas meramente exemplificativa: refiro-me à longa série de recomendações que a Comissão baseou nesta disposição e, naturalmente, às duas decisões de 1974 (ver também Knolle, *loc. cit.*). Por outro lado, parece-me que, no contexto em questão, a referência ao artigo 4.° não é pertinente. De facto, a disposição menciona as instituições da Comunidade e determina que cada uma actue dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas, mas não oferece qualquer elemento susceptível de nos esclarecer, quando é precisamente disso que temos necessidade, quanto aos meios ou aos poderes que correspondem às referidas atribuições.

Parecem-me não menos frágeis os argumentos extraídos do acórdão Defrenne III e das palavras «a Comissão actuará em estreito contacto com os Estados-membros» — com que começa o segundo parágrafo do artigo 118.° Quanto ao primeiro ponto, pode salientar-se que o acórdão citado tem por objecto a interpretação do artigo 119.° e que as afirmações referentes à nossa disposição estão contidas num breve *obiter dictum.* Além do mais, ao declarar que o artigo 118.° tem «natureza *essencialmente* programática», o Tribunal não excluiu totalmente que contenha disposições aplicáveis desde já. Quanto à formulação de abertura do segundo parágrafo, direi que a conclusão daí extraída pela Alemanha — não poder o Executivo aplicar actos unilaterais — é inteiramente infundada. A génese do texto demonstra precisamente o contrário. Ele resulta, de facto, de um compromisso em que foi afastada a seguinte proposta dos chefes das delegações: «La Commission peut demander au Conseil de procéder à des échanges de vue des différents gouvernements au sujet des problèmes sociaux...» (Neri e Sperl: *Traité instituant la Communauté economique européenne*, etc., Luxemburgo, 1960, p. 297 e seguintes).

Ainda duas palavras acerca dos argumentos que criticaram ao acto não ter tomado na devida consideração as exigências de discrição e de urgência. A discrição, parece-me, é já suficientemente protegida no artigo 214.°, que obriga os funcionários e agentes da Comunidade a não divulgar informações abrangidas pelo segredo profissional. Além disso, as disposições que a Alemanha considera perigosas encontram-se sem alterações dignas de nota noutra regulamentação que institui um procedimento de consulta (ver n.° 2 do artigo 4.° da Decisão 74/393 do Conselho, de 22 de Julho de 1974, JO L 208, p. 23; EE 11 F5, p. 116). A segunda exigência surge raramente no caso das políticas migratórias e, de qualquer modo, o acto impugnado tem-na em conta ao dispor que, findo o prazo de quinze dias contado a partir da notificação do projecto

de medidas, a concertação tem lugar desde que o Governo interessado a solicite. Cabe, portanto, a este último apresentar o projecto o mais cedo possível ou, em todo o caso, em tempo útil.

de 16 de Dezembro de 1975 nos processos apensos 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, Suiker Unie e outros/Comissão, Recueil 1975, p. 1663, ponto 118).

18. Passemos ao fundamento invocado a título subsidiário. Como se lembrarão, articula-se em duas acusações, e da segunda — fundamentação insuficiente — já me ocupei em grande parte no ponto 12. Falta, portanto, examinar no âmbito desta acusação a crítica que os Países Baixos baseiam na redacção do acto impugnado. Este seria — diz-se — demasiado lacunoso, impreciso e contraditório para permitir aos seus destinatários determinar com segurança o alcance dos deveres que lhes incumbem.

Por último, a acusação que se baseia na falta de consulta do Comité Económico e Social. Lamentando embora ver uma regulamentação, que julgo indispensável e no mais correcta, escorregar na clássica casca de banana, considero esta crítica fundada. A Alemanha tem certamente razão quando afirma que os motivos pelos quais a consulta foi prevista no caso dos pareceres se tornam ainda mais imperativos quando o Executivo recorre a um acto susceptível de produzir efeitos obrigatórios. Colocar a tónica no silêncio do artigo 118.° a este respeito é, por outras palavras, um argumento desprovido de valor. Dizendo melhor: interpretar os dois primeiros parágrafos da disposição com base num princípio ainda ousado como é o da efectividade e depois, ao analisar o terceiro, refugiar-se na mais obsoleta exegese literal não é nem coerente nem elegante.

A observação é desprovida de fundamento. Tenho muitas dúvidas, em primeiro lugar, de que o defeito que lhe é imputado represente uma verdadeira violação de formalidades essenciais. Acrescento em seguida que, em minha opinião, a decisão peca, pelo contrário, por um excesso de minúcia ou pedantismo e que foi precisamente esta característica que contribuiu para que fosse encarada pelos Estados como uma ameaça intolerável à sua soberania (*supra*, ponto 7). Recordo, em todo o caso, a quem não esteja de acordo com esta apreciação que, pronunciando-se quanto à validade de um acto também impugnado por violação do artigo 190.°, o Tribunal afirmou: «Mesmo admitindo que as passagens assinaladas não tenham sido redigidas com toda a precisão desejável, essa circunstância não impediu, todavia, nem as recorrentes nem o Tribunal de compreender o (seu) alcance» (acórdão

Os autos não nos elucidam sobre a razão por que a Comissão não consultou o CES. O facto de no passado ela lhe ter submetido todas as suas recomendações, o que o artigo 118.° também não refere, (*supra*, ponto 4), leva a imputar a falta em questão à precipitação que marcou o *iter* do acto na sua fase final. Mas tal não o torna menos injustificável. A formalidade prevista na nossa disposição e nas outras semelhantes que se encontram no Tratado são tudo menos banais. Um jurista italiano observou que tinham sido previstas para garantir o respeito do equilíbrio de poderes realizado pelos trata-

dos, permitindo a participação na formação do acto de órgãos que exprimem os vários interesses» (Tizzano: *La Corte di giustizia delle Communità europee*, I, Nápoles, 1967, p. 334 e seguintes); e o Tribunal acrescentou que entre os seus fins figura o de garantir um máximo de «circunspecção e prudência» na elaboração das decisões que lhe são submetidas (acórdão proferido em 21 de Março de 1955, processo 6/54, Países Baixos/Alta Autoridade, Recueil 1955, vol. I, p. 201) (tradução provisória).

Pois bem, parece-me que o nosso processo confirma plenamente a justeza destas observações. É de facto provável que a consulta de um órgão heterogéneo como o CES tivesse levado o Executivo a corrigir a sua decisão, atenuando-lhe as asperezas ou mesmo alterando-a no sentido de dar maior importância à protecção da prioridade comunitária. E não é de excluir — já o disse — que um tal trabalho tivesse evitado os presentes recursos e o consequente congelamento da concertação prevista pelo acto.

19. À luz das considerações expendidas, proponho ao Tribunal que:

a) declare inadmissíveis, por extemporâneos, os recursos interpostos pelo Reino dos Países Baixos (processo 284/85), pelo Reino da Dinamarca (processo 285/85) e pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (processo 287/85);

b) admita os recursos interpostos pela República Federal da Alemanha (processo 281/85) e pela República Francesa (processo 283/85) e anule a Decisão 85/381 da Comissão, de 8 de Julho de 1985, que institui um processo de notificação prévia e de concertação sobre as políticas migratórias em relação a países terceiros, por violação de formalidades essenciais.

Quanto às despesas, parece-me equitativo que cada uma das partes, incluindo as intervenientes, suportem as respectivas despesas, atendendo à complexidade e à novidade das questões tratadas.