Se a falta, na fundamentação, da referência a uma disposição precisa do Tratado pode não constituir um vício substancial, quando o fundamento jurídico de um acto puder ser determinado com base noutros elementos deste, tal referência explícita é, no entanto, indispensável, quando, na falta dela, os interessados e o Tribunal são deixados na incerteza quanto ao fundamento jurídico preciso que foi considerado.

2. No quadro do sistema de competências da Comunidade, a escolha do fundamento jurídico de um acto não pode depender somente da convicção de uma instituição quanto ao fim prosseguido, mas deve fundar-se em elementos objectivos, susceptíveis de controlo jurisdicional.

3. Resulta dos próprios termos do artigo 235.° que o recurso a este artigo como fundamento jurídico de um acto não se justifica a não ser que nenhuma outra disposição do Tratado confira às instituições comunitárias a competência necessária para praticar tal acto.

4. Deixaria de poder conduzir-se utilmente uma política comercial comum se a Comunidade não pudesse também dispor dos meios de acção que vão além dos instrumentos destinados a influenciar apenas os aspectos tradicionais do comércio externo. Ao definir, nos artigos 110.° e seguintes, as características e os instrumentos da política comercial comum, o Tratado teve em conta as possíveis evoluções na concepção das relações comerciais internacionais, como a que se traduz na afirmação progressiva da ligação entre comércio e desenvolvimento.

Sendo o sistema comunitário de preferências pautais generalizadas a expressão de uma nova concepção das relações comerciais internacionais, que dá grande importância a objectivos de desenvolvimento, os actos que põem em prática este sistema integram-se no âmbito da política comercial comum. O Conselho é competente para os praticar ao abrigo do artigo 113.° do Tratado, não podendo, portanto, fundamentar-se no artigo 235.°

RELATÓRIO PARA AUDIÊNCIA
apresentado no processo 45/86 *

I — Exposição dos factos

O sistema de preferências generalizadas (doravante «SPG») comunitário tem a sua origem num contexto internacional. É uma aplicação unilateral e particular do modelo não coercivo de preferências generalizadas criado no âmbito da Cnuced (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), designadamente com base na Resolução n.° 21 (II) de 1968.

* Língua do processo: francês.

O modelo concebido no quadro da Cnuced traduz uma nova concepção das relações comerciais internacionais entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento, que dá um lugar importante a objectivos de desenvolvimento. É o que explica a contradição entre o SPG e os princípios de base do GATT, contradição que necessitou de uma derrogação específica como condição prévia à instauração, em 1971, do SPG. Mais tarde, em 1979, uma «decisão das partes contratantes» tomada no quadro do Tokyo Round previu a compatibilidade permanente das preferências em favor de países em vias de desenvolvimento com o GATT.

O SPG comunitário foi instaurado, por dez anos, em 1971 e renovado em 1981. A sua aplicação é objecto de regulamentos anuais.

O conteúdo essencial do SPG comunitário é constituído por uma suspensão dos direitos alfandegários inscritos na pauta aduaneira comum, concedida numa base autónoma sem exigência de reciprocidade, com vista a facilitar a importação de determinados produtos provindos de determinados países em vias de desenvolvimento.

Apesar de várias revisões do sistema, designadamente no que respeita aos produtos em causa, aos países beneficiários e ao volume das preferências, as características fundamentais não mudaram. A suspensão dos direitos alfandegários pode ser total ou parcial, quer no quadro de um «contingente», cujo limite é rígido, quer no quadro de «tectos», que são geridos de maneira mais flexível. Os contingentes pautais são repartidos entre os Estados-membros segundo critérios pré-estabelecidos, que comportam em geral a atribuição de quotas-partes iniciais e o direito a beneficiar de quotas-partes suplementares de uma reserva comunitária. Os tectos são geridos num plano comunitário pela Comissão que, segundo o processo previsto para a maior parte dos casos, restabelece a cobrança dos direitos alfandegários quando os tectos são atingidos no plano da Comunidade. Para alguns produtos, existem «bases de referência»: quando são atingidas, os direitos alfandegários podem ser restabelecidos pela Comissão, mas unicamente em caso de dificuldades económicas na Comunidade. Em geral, os regulamentos estabelecem diferenças segundo o grau de desenvolvimento e a competitividade dos países favorecidos e segundo a «sensibilidade» dos produtos em causa.

Para o ano de 1986, o SPG foi posto em prática por três regulamentos do Conselho, adoptados a 17 de Dezembro de 1985 e publicados no JO L 352, de 30 de Dezembro de 1985: o Regulamento n.° 3599/85, que respeita a produtos industriais em geral (*ibidem*, p. 1), o Regulamento n.° 3600/85, que respeita aos produtos têxteis (*ibidem*, p. 107), e o Regulamento n.° 3601/85, que respeita aos produtos agrícolas (*ibidem*, p. 192).

Este regulamento sobre os produtos agrícolas, com fundamento no artigo 43.° do Tratado CEE, como a Comissão tinha proposto, não é objecto do presente recurso. Pelo contrário, a Comissão pretende que sejam anulados os dois outros regulamentos, que referem o Tratado CEE como fundamento jurídico («tendo em conta o Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia»), enquanto a Comissão tinha proposto o acrescentamento de: «e designadamente o seu artigo 113.°» (JO C 302 de 25.11.1985, p. 1 e 97).

Desde o primeiro ano (1971), a Comissão propôs sempre o artigo 113.° do Tratado CEE como fundamento jurídico dos regulamentos. O Conselho nunca aprovou esta proposta e, na falta de acordo sobre o funda-

mento jurídico preciso, substituiu-a sempre pela fórmula acima reproduzida. Como precisou na sua resposta a uma questão do Tribunal, o Conselho, por esta fórmula, queria referir-se aos artigos 113.° e 235.° do Tratado CEE.

II — Tramitação processual e pedidos das partes

Por petição entrada na Secretaria do Tribunal a 17 de Fevereiro de 1986, a *Comissão* interpos um recurso contra o Conselho. Pede que o Tribunal se digne:

1) a título principal:

   — anular os regulamentos n.os 3599/85 e 3600/85 do Conselho, de 17 de Dezembro de 1985;

   — decidir que as disposições destes regulamentos continuarão a produzir efeito até aos regulamentos a emitir em consequência do acórdão do Tribunal;

   a título subsidiário:

   — anular a deliberação do Conselho de 17 de Dezembro de 1985 pela qual este, não aceitando a proposta da Comissão de fundamentar aqueles regulamentos no artigo 113.°, a substituiu pela fórmula «tendo em conta o Tratado»;

2) condenar o Conselho nas despesas do processo.

O *Conselho* pede que o Tribunal se digne:

1) negar provimento ao recurso da Comissão, tanto nos seus pedidos principais como nos pedidos subsidiários;

2) condenar a Comissão nas despesas do processo.

Por ofício apresentado a 22 de Maio de 1986, a Comissão renunciou à apresentação da réplica e pediu ao presidente do Tribunal que decidisse que o processo fosse julgado prioritariamente, nos termos do artigo 55.° do Regulamento Processual. Este pedido foi indeferido.

Sob proposta do juiz relator, ouvido o advogado-geral, o Tribunal decidiu iniciar a fase oral sem instrução prévia. O Conselho foi convidado a responder por escrito a uma questão e a pôr à disposição do Tribunal certos documentos. Esta solicitação foi satisfeita no prazo fixado.

III — Fundamentos e argumentos das partes

1. *Quanto à legalidade da interposição do recurso*

O *Conselho*, sem contestar formalmente a admissibilidade do recurso, exprime dúvidas sobre a realidade do litígio. Segundo ele, a Comissão visaria, por este expediente, obter do Tribunal um parecer sobre o alcance do artigo 113.° do Tratado CEE. A situação seria paralela à do processo Foglia/Novello (244/80, acórdão de 16 de Dezembro de 1981, Recueil, p. 3045); não haveria uma necessidade objectiva inerente à resolução de um contencioso. Para mais, a Comissão prosseguiria um objectivo político, tentando encontrar um fundamento jurídico que prevê um processo menos pesado, a saber, o voto por maioria qualificada em vez de um compromisso unânime.

O Conselho coloca também a questão do interesse em agir por parte da Comissão, uma vez que haveria poucas dúvidas de que, em caso de anulação por vício de forma, o regulamento seria reproduzido integralmente quanto à sua substância. O Conselho invoca a jurisprudência do Tribunal, segundo a qual um recorrente não tem interesse legítimo na

anulação por vício de forma se esta anulação não pode senão dar lugar a uma nova decisão idêntica quanto ao fundo.

2. *Quanto ao fundo*

No que respeita ao fundo da questão, a Comissão invoca dois fundamentos: violação de formalidades essenciais e violação do Tratado. A Comissão sublinha que, no caso concreto, os dois fundamentos se confundem numa única irregularidade: ausência de um fundamento jurídico preciso o que, por um lado, constituiria, por si, uma violação do artigo 190.° do Tratado CEE e que, simultaneamente, constituiria uma violação do Tratado no caso concreto, porque implicaria o recurso a um processo de votação por unanimidade em vez do processo aplicável por força do artigo 113.° do Tratado, único fundamento jurídico correcto, segundo a Comissão.

a) *Violação de formalidades essenciais*

A *Comissão* começa por fundamentar o seu recurso na violação do artigo 190.° do Tratado CEE:

«Os regulamentos, as directivas e as decisões do Conselho e da Comissão serão fundamentados e referir-se-ão às propostas ou pareceres obrigatoriamente obtidos, por força do presente Tratado».

Este dever de fundamentação constituiria uma exigência fundamental do direito comunitário, introduzido, designadamente, para permitir a todos os interessados conhecer o raciocínio da instituição e controlar, assim, se as regras de fundo são respeitadas, bem como garantir, sendo caso disso, o exercício de um controlo jurisdicional eficaz.

A indicação do fundamento jurídico do acto em questão seria um elemento essencial desta fundamentação. O fundamento jurídico constituiria não somente o primeiro passo na lógica da fundamentação, mas a sua indicação tornar-se-ia também necessária pelo princípio da atribuição específica de competência à Comunidade e às suas instituições.

A ausência de um fundamento jurídico preciso constituiria, assim, uma violação do artigo 190.° do Tratado CEE e, regra geral, deveria ser qualificada como violação de formalidades essenciais, no sentido do artigo 173.° A Comissão cita, neste contexto, os acórdãos do Tribunal de 7 de Julho de 1981 (Rewe, 158/80, Recueil, p. 1833) e de 24 de Outubro de 1973 (Balkan-Import, Schlüter e Rewe, 5, 9 e 10/73, Recueil, p. 1091, 1135 e 1175). Não se poderia falar de um vício de forma não esssencial, a não ser em casos excepcionais, por exemplo, no caso de um simples esquecimento e desde que o fundamento jurídico resulte de modo inequívoco do contexto. Tal não aconteceria no caso concreto.

A fórmula «tendo em conta o Tratado», tanto em geral como no caso presente, deixaria permanecer uma incerteza total no que respeita às disposições realmente tomadas em conta. Poder-se-ia compreender esta fórmula de duas maneiras: ou reenviaria à totalidade das disposições do Tratado, e portanto à totalidade dos procedimentos que aí estão previstos, ou reenviaria às disposições susceptíveis de entrar em linha de conta no caso concreto. No presente caso, poderiam ser considerados os artigos 28.°, 113.° e 235.°, que prevêem processos fundamentalmente diferentes, mas o exacto fundamento jurídico não resultaria do texto do regulamento nem, aliás, das discussões no interior do Conselho.

A Comissão chama também a atenção para o artigo 11.° do regulamento interno do Conselho, que teria sido igualmente violado: «Os regulamentos do Conselho incluem... a indicação das disposições por força das quais o regulamento é adoptado, precedidas da expressão "tendo em conta'.»

O *Conselho* concorda com a análise geral do artigo 190.° do Tratado CEE feita pela Comissão, mas contesta as conclusões que a Comissão daí retira relativamente ao fundamento jurídico. A jurisprudência do Tribunal, citada pela Comissão, não seria pertinente no caso concreto. Pelo contrário, a jurisprudência do Tribunal relativa à violação de formalidades essenciais mostraria que o Tribunal recusaria qualquer raciocínio abstracto, mas analisaria caso por caso a gravidade do vício de forma alegado. Designadamente no que diz respeito ao fundamento jurídico, o Tribunal não teria anulado os actos no caso de uma referência estar incompleta, quando os considerandos fornecessem uma informação suficiente. O Conselho reporta-se, a este respeito, aos acórdãos de 5 de Maio de 1981 (Dürbeck, 112/80, Recueil, p. 1113) e de 28 de Outubro de 1981 (Krupp/Comissão, processos apensos 275/80 e 24/81, Recueil, p. 2489 à p. 2512).

Lamentando que o fundamento jurídico não tenha podido ser indicado de modo mais preciso, o Conselho considera que o conjunto dos considerandos fornece uma informação alternativa suficiente sobre os fins prosseguidos pelo Conselho: tanto objectivos de ordem comercial como objectivos relacionados com a política de auxílio ao desenvolvimento. Aquando das discussões no Conselho, o representante da Comissão, ao manter a proposta de referir o artigo 113.° do Tratado CEE, teria indicado que, no parecer da Comissão, uma fundamentação nos artigos 113.° e 235.° do Tratado CEE seria uma solução que, tanto por razões políticas como técnicas, seria pior do que apenas uma referência ao Tratado. Esta tomada de posição da Comissão teria influenciado claramente o Conselho.

b) *Violação do Tratado*

A *Comissão* alega que o Conselho violou o Tratado, por ter utilizado um fundamento jurídico geral, que implica o recurso a um processo de decisão por unanimidade, quando o artigo 113.° do Tratado CEE, que permite o voto por maioria qualificada, teria sido o único fundamento jurídico correcto.

O artigo 113.° dispõe, no seu n.° 1:

«Findo o período de transição, a política comercial comum assentará em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito às modificações pautais, à conclusão de acordos pautais e comercialização, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação, bem como às medidas de protecção do comércio, tais como as medidas a tomar em caso de dumping e de subvenções.»

Ao interpretar este artigo, a Comissão desenvolve uma *teoria «instrumental»*. Segundo esta teoria, as medidas enumeradas de modo não exaustivo no artigo 113.°, n.° 1, constituem medidas — autónomas ou convencionais — de política comercial *per se* que, seja qual for o fim prosseguido, caberiam na competência comunitária. O texto do artigo 113.° não conteria qualquer outro critério adicional ou restritivo e as medidas mencionadas regulariam, aberta e especificamente, o comércio com países terceiros.

Outras medidas, estreitamente ligadas às mencionadas explicitamente no artigo 113.°, deveriam igualmente ser incluídas no âmbito de aplicação deste artigo, por exemplo, medidas auxiliares ou medidas de efeito equiva-

lente a restrições ou a direitos de importação ou de exportação.

Segundo a Comissão, há algumas excepções à regra do artigo 113.° Estariam previstos regimes especiais, designadamente, nos artigos 28.° (medidas pautais autónomas) e 43.° (medidas agrícolas) do Tratado CEE. Para delimitar o âmbito de aplicação destes artigos relativamente ao do artigo 113.°, dever-se-ia recorrer ao principal objectivo prosseguido. Tal valeria igualmente para medidas que, sem regulamentar aberta e especificamente o comércio com os países terceiros, afectassem no entanto as trocas com estes países.

No entendimento da Comissão, os regulamentos objecto do presente recurso devem ser unicamente fundamentados no artigo 113.°, porque regulam aberta e especificamente o comércio externo enquanto «modificações pautais», no sentido deste artigo. O artigo 28.° não seria aplicável porque o objectivo dos regulamentos não teria sido determinado por motivos puramente internos. Se se deixasse que apenas considerações de política de desenvolvimento determinassem o fundamento jurídico, este deveria ser a cláusula geral subsidiária do artigo 235.°, na falta de disposições específicas quanto à política de desenvolvimento.

Esta tese seria contrária ao texto do artigo 113.°, porque se subtrairiam a uma norma de competência precisa acções que nela seriam expressamente visadas.

Para mais, isto teria consequências absurdas. Na ausência de um instrumento comunitário, os Estados-membros poderiam, desde logo, determinar individualmente os regimes de trocas com os países em vias de desenvolvimento, enquanto que a aplicação do artigo 113.° substrairia este domínio à competência dos Estados-membros, em favor de uma competência comunitária. No caso de o Conselho querer modificar uma medida tomada em favor destes países para a tornar menos favorável, deveria fundamentar tal modificação no artigo 113.° (com a consequência de uma medida introduzida por unanimidade poder ser modificada por maioria qualificada) ou no artigo 235.° (embora considerações de política de desenvolvimento estejam certamente ausentes aquando de tal modificação).

Por outro lado, se se devesse procurar sempre o objectivo final atrás das medidas comerciais, deixaria de ser possível uma gestão coerente da política comercial comum, porque ela arriscar-se-ia a ser esvaziada da sua substância. O parecer 1/78 do Tribunal, de 4 de Outubro de 1979, relativo ao acordo internacional sobre a borracha (Recueil, p. 2871), teria já, em princípio, consagrado a tese da Comissão.

A doutrina e a prática internacionais, designadamente na Cnuced e no GATT, consideraria também os sistemas de preferências generalizadas relativamente a países em vias de desenvolvimento como medidas de política comercial. A Comissão cita, neste contexto, entre outras, uma declaração do presidente em exercício do Conselho de 21 e 22 de Junho de 1971 (Bulletin CE 8-1971, p. 24).

O *Conselho* defende uma *teoria «finalista»*. Segundo esta, entra no âmbito de aplicação do artigo 113.° qualquer acção da Comunidade, autónoma ou convencional, que tenha por objectivo modificar o volume ou a corrente das trocas.

A interpretação «finalista» seria coerente com o método de interpretação sistemática do Tratado, desenvolvido pelo Tribunal. O Conselho cita numerosas decisões do Tribunal nos domínios da política agrícola comum, da política de transportes e em matéria fiscal. Su-

blinha o facto de a Comissão considerar igualmente necessário recorrer ao objectivo prosseguido, quando define — arbitrariamente, segundo o Conselho — as excepções à sua tese instrumental. O critério instrumental não seria operacional, dado que em nada permitiria resolver o problema da própria definição da noção de comércio.

O Conselho não compartilha a interpretação feita pela Comissão do parecer 1/78 do Tribunal. O Tribunal não teria decidido entre as concepções divergentes das duas instituições.

Embora admitindo o significado do objectivo comercial dos regulamentos em questão, o Conselho considera o objectivo de política de desenvolvimento, igualmente prosseguido, como suficientemente importante para não aceitar o artigo 113.° do Tratado CEE como único fundamento jurídico. Designadamente com as modificações do sistema, introduzidas após 1980 e que diferenciam ainda mais conforme o grau de desenvolvimento dos países beneficiários, o aspecto de ajuda ao desenvolvimento teria ganho ainda mais peso.

O Conselho nega as consequências que a Comissão tira de uma aplicação do artigo 235.° Na ausência de uma decisão comunitária sobre o sistema de preferências generalizadas, seria o regime comum de importações bem como a pauta aduaneira comum que se aplicariam. Qualquer modificação do sistema, mesmo desfavorável, deveria ser feita por um regulamento com a mesma natureza dos regulamentos iniciais, enquanto subsistisse um regime preferencial relativamente ao regime geral para os países terceiros.

A declaração do presidente do Conselho, em 1971, qualificando o sistema de preferências generalizadas como decisão tomada em matéria comercial, seria explicável pelo facto de que, naquela data, a Comunidade não teria ainda reconhecido o carácter autónomo da política de ajuda ao desenvolvimento, enquanto política comunitária baseada no artigo 235.° do Tratado CEE.

No que diz respeito ao pedido subsidiário da Comissão, a saber, a anulação da deliberação do Conselho pela qual este substituiu a fórmula «tendo em conta o Tratado» à proposta pela Comissão, o Conselho considera-a como baseando-se numa análise errónea da relação interinstitucional: para introduzir emendas numa proposta da Comissão, o Conselho não teria de decidir em dois tempos, mas poderia emendar a proposta e tomar a decisão definitiva no mesmo momento.

G. C. Rodríguez Iglesias
Juiz relator