CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JOSEPH GAND

apresentadas em 3 de Fevereiro de 1966 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

De acordo com o artigo 91.° do Regulamento Processual, o Tribunal apenas tem que se pronunciar, hoje, sobre a questão prévia da inadmissibilidade levantada pela Comissão da CEE no recurso interposto pela sociedade Lütticke e por outras duas empresas alemãs.

O Tribunal sabe como nasceu o litígio. Estas três sociedades, que importam leite em pó proveniente de países do mercado comum, consideram que a cobrança, pela República Federal da Alemanha, de uma taxa compensatória do imposto sobre o volume de negócios relativo àquele produto constitui, desde 1 de Janeiro de 1962, data do início da segunda etapa, uma infracção ao Tratado de Roma. Tendo ficado sem efeito as suas diligências não contenciosas, elas utilizaram o processo do artigo 175.° Requereram, em 15 de Março de 1965, à Comissão:

1) que declarasse (einem Beschluß fassen) que a cobrança da taxa compensatória em litígio constituía uma infracção ao artigo 95.° do Tratado;

2) que iniciasse o processo do artigo 169.° contra a República Federal, com o fim de fazer suprimir a taxa com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1962 — dando, previamente, a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações e, no caso de ele não proceder em conformidade com o parecer da Comissão no prazo por esta fixado, «procedendo segundo o artigo 169.°, segundo parágrafo», isto é, solicitando ao Tribunal que declarasse verificado o incumprimento pelo Estado infractor de uma das suas obrigações;

3) as recorrentes desejavam, ainda, que lhes fosse dado conhecimento do andamento dado aos requerimentos que analisámos.

Quando esperavam uma resposta, receberam em 17 de Maio de 1965 uma carta «expresso» assinada pelo director-geral da «Concorrência», cujo texto integral consta do relatório para audiência. Este alto funcionário sustenta que, baixando a taxa compensatória de 4% para 3%, com efeitos desde 1 de Abril de 1965, a República Federal da Alemanha cessou a violação do artigo 95.°, primeiro parágrafo, «que a Comissão da CEE tinha verificado e criticado». A Comissão renunciou, pois, a insistir com a República Federal sobre a necessidade de uma redução, retroactiva a 1 de Janeiro de 1962, do valor da taxa em questão. Por outro lado, a Comissão entende que a taxa compensatória não constitui, em si mesma, uma violação ao artigo 95.°, pelo que não vê qualquer necessidade duma nova intervenção da sua parte. A carta termina assim: «Além disso, a Comissão permite-se fazer notar que esta informação vos é fornecida sem que se reconheça qualquer obrigação de o fazer. A possibilidade de uma acção por omissão relativa aos pedidos apresentados, a intentar pelos vossos clientes, fica excluída por força do disposto no artigo 175.°, terceiro parágrafo, do Tratado CEE».

* Língua original: francês.

É nestas circunstâncias que a sociedade Lütticke e as suas duas compartes fazem dois pedidos ao Tribunal. Requerem, com base no artigo 173.°, segundo parágrafo, do Tratado, a anulação da «decisão» contida na carta que ficou resumida, decisão que lhes era destinada e que lhes foi notificada. Se, no entanto, o Tribunal considerasse que esta carta não constituía uma decisão, então a Comissão não teria «tomado posição» em tempo útil, como previsto no artigo 175.°, segundo parágrafo: teria assim havido, da sua parte, uma omissão, que as recorrentes, no seu pedido subsidiário, solicitam que o Tribunal declare verificada.

Foi, assim, por uma intimação, por um «convite a agir» (no sentido do artigo 175.°), que o processo foi instaurado. É, pois, necessário, para apreciar a questão da inadmissibilidade, começar por precisar o alcance deste artigo do Tratado de Roma. Ver-se-á que as possibilidades que ele dá aos particulares são significativamente menores que as que resultam do artigo 35.° do Tratado CECA, de que o Tribunal tem feito aplicação.

Aberta aos Estados-membros ou às outras instituições da Comunidade no caso de, em violação do Tratado, o Conselho ou a Comissão se absterem de decidir, a acção está subordinada a um prévio convite a agir. Se, expirado o prazo de dois meses iniciado com este convite, a instituição não tomar posição, a acção pode ser intentada dentro de um novo prazo de dois meses. E notar-se-á aqui, de passagem, que a expressão «tomar posição» é muito vaga e muito ampla.

O terceiro parágrafo do artigo 175.° acrescenta: «Qualquer pessoa singular ou colectiva pode recorrer ao Tribunal de Justiça, nos termos dos parágrafos anteriores, para acusar uma das instituições da Comunidade *de lhe não ter dirigido um acto que não seja uma recomendação ou um parecer*». A consequência disto é a de que o objecto essencial da acção por omissão, por parte de uma pessoa singular ou colectiva, é conseguir que seja praticado um acto jurídico que, pela sua natureza e destino, deve ser *dirigido* ao recorrente e que não pode ser senão uma *decisão*. Foi o que sublinhou o advogado-geral Roemer, nas suas conclusões sobre uma acção bastante semelhante, processo 103/63, Sociedade Rhenania e o. (Colect. 1962-1964, p. 505), que terminou por uma absolvição.

Completada pelo artigo 169.°, a disposição que acabamos de examinar impede que uma pessoa singular possa obter a verificação do incumprimento por um Estado-membro de uma das suas obrigações. No sistema do Tratado de Paris, era à Alta Autoridade que competia proceder a essa verificação, por meio de uma decisão fundamentada contra a qual o Estado dispunha de um recurso de plena jurisdição. O Tribunal admitiu a possibilidade de uma empresa, que considerasse que um Estado-membro faltara às suas obrigações, requerer à Alta Autoridade que determinasse a esse Estado que procedesse em conformidade e, em caso de inacção da instituição, intentar a acção por omissão do artigo 35.° (processos 7/54 e 9/54, Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises, Colect. 1954-1961, p. 33, e processo 30/59, Colect. 1954-1961, p. 551).

Esta jurisprudência explica-se pelo facto de a acção do artigo 35.° estar submetida às condições gerais do recurso de anulação indicados no artigo 33.°; de as decisões individuais mencionadas no artigo 33.°, segundo parágrafo, não deverem necessariamente ser dirigidas ao recorrente, mas simplesmente dizer-lhe respeito; e de, finalmente, a decisão fundamentada do artigo 88.° do Tratado

CECA ser uma decisão individual que pode respeitar aos particulares (no sentido do artigo 33.°, segundo parágrafo).

Diversamente, a Comissão não pode, ao abrigo do artigo 169.° do Tratado CEE, fazer verificar, através de um acto jurídico obrigatório, a violação do Tratado por um Estado-membro; pode apenas recorrer ao Tribunal, no termo de um processo cujo elemento essencial é a publicação do parecer fundamentado, devendo antes desta publicação ter sido dada ao Estado interessado a oportunidade de apresentar as suas observações. As medidas previstas no artigo 169.° são, pois, elementos de um processo destinado a regular um litígio entre a ora recorrida e um Estado-membro, litígio que só o acórdão que o Tribunal é chamado a produzir vem finalmente regular; quer se trate do convite dirigido ao Estado-membro para apresentar as suas observações, quer do parecer fundamentado anterior ao recurso para o Tribunal, encontramo-nos perante actos (empregando esta palavra no sentido mais geral e sem lhe dar a significação jurídica precisa) que são praticados relativamente ao Estado-membro e em caso algum são dirigidos a quem convide a Comissão a agir.

Se o texto do terceiro parágrafo do artigo 175.° exclui, assim, a possibilidade de uma pessoa singular intentar uma acção por omissão com fundamento na não instauração do processo contra um Estado-membro previsto no artigo 169.°, isso não é devido a um acaso, mas à vontade dos autores do Tratado de eliminar, para os particulares, a faculdade que lhes assistia por força das disposições combinadas dos artigos 33.°, 35.° e 88.° do Tratado CECA. Toda e qualquer interpretação que levasse a aplicar no quadro do Tratado de Roma a antiga jurisprudência do Tribunal iria, certamente, não só contra a letra dos preceitos mas também contra a intenção dos autores do texto.

Fizemos questão de sublinhar certos aspectos dos processos previstos nos artigos 169.° e 175.° porque as recorrentes decidiram utilizar elas próprias o último destes artigos para obrigar a Comissão a fazer uso do primeiro. Pensamos que as conclusões que se podem tirar do que fica dito, quanto à admissibilidade do recurso interposto para o Tribunal — quer no terreno do artigo 173.°, quer no terceiro parágrafo do artigo 175.° — são bastante simples. Por maior que seja a habilidade dialéctica das recorrentes, propomos que o Tribunal considere procedente a questão prévia da inadmissibilidade levantada pela Comissão.

1. A título principal, as sociedades recorrentes solicitam ao Tribunal a anulação da decisão de 14 de Maio de 1965 que, segundo dizem, lhes é destinada e lhes foi notificada a 17 de Maio de 1965. Trata-se da carta pela qual o director-geral da «Concorrência», respondendo aos precisos pedidos dirigidos à Comissão no âmbito do artigo 175.°, indica que esta não considera que a República Federal tenha violado o artigo 95.° do Tratado e não vê, em consequência, nenhuma necessidade duma nova actuação.

Reportemo-nos ao artigo 173.°, segundo parágrafo, assim redigido: «Qualquer pessoa singular ou colectiva pode interpor, nas mesmas condições, recurso das decisões de que seja destinatária e das decisões que, embora tomadas sob a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa, lhe digam directa e individualmente respeito». Pensamos que a carta em causa não deveria ter sido incluída pelas recorrentes no âmbito do artigo 173.°

Não tanto, como inicialmente sustenta a Comissão, por causa das características exteriores daquele documento, que não permitiriam ver nele uma decisão, no sentido do

artigo 173.°; o facto de ter sido redigido num serviço da Direcção-Geral da «Concorrência», de trazer o timbre e um número de registo desta direcção-geral e de ser assinado pelo director-geral interessado, em seu próprio nome e não por delegação, não nos parece decisivo. Resulta, com efeito, dos próprios termos da carta que o seu signtário nela expõe o ponto de vista da Comissão, e o agente desta última declarou, aliás, na audiência, que a Comissão tinha anteriormente aprovado o conteúdo da carta. Para um espírito não prevenido e pouco ao corrente das disposições da regulamentação interna da instituição, um tal documento pode dar a ideia de notificar uma posição tomada pela Comissão, enquanto tal, e não por um dos seus serviços.

É fundamentalmente em razão do seu conteúdo que a carta em questão nos parece não poder constituir uma decisão susceptível de recurso. Por princípio, uma decisão de recusa não pode ser objecto dum tal recurso, a não ser quando o acto que a autoridade se recusa a praticar podia, ele próprio, ser atacado. No caso concreto, o parecer fundamentado que levaria eventualmente a Comissão a concluir pelo incumprimento, pela República Federal, das suas obrigações, o convite feito a este Estado para apresentar as suas observações mais, em geral, a abertura do processo do artigo 169.°, constituiriam fases preparatórias de um recurso a interpor para o Tribunal, mas não actos jurídicos susceptíveis de serem, por si mesmos, objecto de recurso. Passa-se necessariamente o mesmo com a recusa de iniciar este processo ou de praticar estes diferentes actos.

Para além disto, a carta em questão não constitui uma decisão susceptível de recurso porque ela não produz qualquer efeito jurídico para aqueles a quem é dirigida, que não têm qualquer direito de exigir à Comissão que inicie o processo previsto no artigo 169.°: a instituição formula um parecer fundamentado se *considerar* que o Estado-membro faltou a alguma das suas obrigações e, se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer num dado prazo, *pode* recorrer ao Tribunal de Justiça. Em duas fases sucessivas do processo se vê, assim, aparecer uma liberdade de apreciação da Comissão que exclui qualquer direito dos particulares de conseguir que ela se decida num dado sentido. As recorrentes objectam que, desde que as condições de facto estejam reunidas, a Comissão é obrigada a iniciar o processo do artigo 169.° e que só possui poderes discricionários no que respeita à segunda fase, a das medidas que solicita ao Estado-membro que tome. Pouco importa este ponto, sobre o qual se poderia discutir; o que é certo é que, se os outros Estados-membros podem, pelo expediente do uso do artigo 170.°, obrigar a Comissão a formular um parecer fundamentado sobre um alegado incumprimento de um Estado, em condições bastante próximas das do artigo 169.°, as pessoas singulares ou colectivas estão, ao contrário, desprovidas de qualquer meio de acção de qualquer espécie. As recorrentes realçam ainda que, segundo o sistema do Tratado de Roma, só o Tribunal é competente para examinar se a concepção da Comissão sobre as obrigações dos Estados é correcta, o que é exacto; e concluem disto que, não podendo o Tribunal intervir oficiosamente, mas apenas a pedido de uma parte, é preciso que nos diferentes Estados-membros os particulares interessados tenham a possibilidade de recorrer ao Tribunal. Também aqui ignoram que, por virtude de textos formais, só a Comissão com base no artigo 169.° ou qualquer Estado-membro com base no artigo 170.° podem recorrer ao Tribunal com fundamento em incumprimento de um Estado.

Tudo isto nos leva a admitir que, quando a Comissão recusa dar seguimento a um pedido tendente à abertura do processo do artigo 169.°, não toma uma decisão susceptível de recurso nos termos do artigo 173.°, segundo parágrafo. Tal não era, na verdade, o único objecto da carta enviada em nome das recorrentes, que desejavam ainda ser infor-

madas do seguimento dado ao seu pedido principal. A carta que elas provocaram constitui, neste ponto, uma resposta às suas pretensões, mas que também não é susceptível de recurso. Nesta altura não podemos senão retomar os termos do advogado-geral no processo 103/63, segundo o qual a notificação de actos deste género «só constitui um acessório secundário, um reflexo do acto em si, sem conteúdo jurídico próprio», sujeito por consequência às mesmas soluções jurídicas.

2. As recorrentes formulam ainda ao Tribunal pedidos subsidiários, para o caso — que pressentem desde o início — de ele entender que a carta que lhes foi dirigida não integra uma decisão susceptível de recurso ao abrigo do artigo 173.° Haveria então lugar, necessariamente, a uma acção por omissão, de acordo com o artigo 175.° Mas nós recusamo-nos a aceitar o dilema em que se pretende enredar o Tribunal, nesta matéria bastando-nos fazer referência ao que dissemos acima.

A acção por omissão intentada por uma pessoa singular ou colectiva pressupõe que a Comissão, em violação do Tratado, e apesar de um convite a agir, tenha omitido dirigir ao recorrente um acto que não seja recomendação ou parecer. Ora, uma vez que os particulares não têm qualquer direito a ver iniciar-se o processo do artigo 169.°, a recusa da Comissão a um tal pedido não pode constituir uma violação do Tratado.

Por outro lado, o recurso não é admissível senão quando a instituição omite dirigir um acto «que não seja recomendação ou parecer», quer dizer — sem que seja necessário fazer outras precisões — um acto de natureza obrigatória. Sendo ainda necessário que esse acto, pela sua natureza, seja dirigido ao recorrente, que lhe seja verdadeiramente destinado. Tal não era certamente o caso das medidas solicitadas pelas recorrentes, que não teriam constituído actos jurídicos de natureza obrigatória e que diziam respeito à República Federal; a prova disto está em que, no ponto 3 da sua carta de 15 de Março de 1965, elas desejam simplesmente ser informadas «das decisões solicitadas em 1 e 2», que apenas diziam respeito à República Federal.

Para mais, por força do segundo parágrafo do artigo 175.° só há omissão quando a instituição, no prazo de dois meses, não «tomou posição», fórmula algo diferente da contida no artigo 35.° do Tratado CECA. Não se poderá concluir disto que uma resposta que se traduz na recusa de agir no sentido solicitado constitui uma tomada de posição que fecha a porta à acção por omissão? Não nos parece necessário resolver esta questão para propor ao Tribunal que indefira os pedidos subsidiários que lhe foram feitos.

Gostaríamos, a terminar, de fazer duas observações.

A primeira é a de que, qualquer que seja a subtileza do recurso, toda a actuação das recorrentes, desde o princípio, tende a obrigar a Comissão a dar início ao processo do artigo 169.° contra a República Federal da Alemanha. Expusemos ao Tribunal os motivos pelos quais não são admissíveis os recursos destinados a impugnar a abstenção ou a recusa da instituição. Falta acrescentar que, se o Tribunal julgasse diferentemente e se examinasse os fundamentos dos pedidos das recorrentes, devia investigar se a cobrança da taxa compensatória do imposto sobre o volume de negócios sobre a importação de leite em pó constitui, por parte da República Federal, uma violação do artigo 95.° do Tratado. O Tribunal verificaria assim, no caso concreto por via do requerimento de um particular, um incumprimento, por um Estado-membro, das suas obrigações, sem que a intervenção do Tribunal tivesse sido solicitada pela Comissão ou por outro Estado-membro e sem que o Estado infractor tivesse sido

chamado a apresentar as suas observações, logo em violação das regras formais dos artigos 169.° e 170.° do Tratado. É mais uma prova que tais pedidos não são admissíveis.

Se, por outro lado — é a nossa segunda observação — a via do artigo 169.° se encontra, assim, pela vontade dos autores do Tratado, fechada aos particulares, as recorrentes não ficam necessariamente privadas de protecção jurídica, uma vez que têm a do artigo 177.°; e ela não é puramente teórica, como o mostra o processo 57/65, onde, a propósito de uma questão prejudicial submetida pelo Tribunal Tributário de Sarrebrück, se põe a questão da aplicação directa do artigo 95.° do Tratado.

O Tribunal deve, enfim, pronunciar-se sobre as despesas, que o advogado das recorrentes, na audiência, solicitou que ficassem, em qualquer hipótese, integralmente a cargo da Comissão. Se o compreendemos bem, a carta de resposta desta instituição, tendo pelo menos a aparência de uma decisão, teria levado a sociedade Lütticke a interpor o seu recurso. O argumento não nos parece muito convincente, já que o último parágrafo do documento em causa, pelas reservas que continha, podia, pelo contrário, pôr as recorrentes em guarda contra um processo temerário. Assim, não vemos razão particular para derrogar aqui a regra do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento Processual, segundo a qual a parte vencida é condenada nas despesas, se tal for pedido, como, aliás, o fez a Comissão.

Concluímos:

— pela inadmissibilidade do recurso 48/65,