CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO
apresentadas em 12 de Julho de 1990 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Com o presente recurso, a República Francesa pede a anulação, nos termos do artigo 173.°, primeiro parágrafo, do Tratado CEE, de um acto adoptado pela Comissão e que tem por título «Instruções internas de serviço relativas a certas modalidades administrativas e técnicas a aplicar pelos agentes mandatados da Comissão em matéria de recolha de amostras e de análise dos produtos recolhidos, no âmbito da gestão e do controlo do Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola» [1].

Segundo o Governo francês, as instruções internas em questão habilitariam os agentes da Comissão a efectuar controlos (recolha e análise de amostras) que não estão previstos pela regulamentação comunitária vigente e cuja disciplina não caberia em caso algum no âmbito de competência da Comissão.

As origens do litígio devem, portanto, ser situadas no âmbito da legislação comunitária em matéria de controlo das despesas financiadas pelo Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola (a seguir «FEOGA»).

2. O Regulamento (CEE) n.° 729/70 do Conselho, de 21 de Abril de 1970, relativo ao financiamento da política agrícola comum [2], criou, paralelamente à introdução de um regime de recursos próprios, um sistema de financiamento directo por parte da Comunidade. A Comissão põe à disposição dos Estados-membros os créditos necessários para que os organismos nacionais procedam aos pagamentos. É evidente que a gestão dos pagamentos aqui em causa, pelos Estados-membros e por conta da Comunidade, pode dar lugar a irregularidades e fraudes. É a hipótese prevista nos artigos 8.° e 9.° do já referido regulamento, que prevêem um sistema de controlos e de vigilância.

O artigo 8.° impõe aos Estados-membros a obrigação genérica de tomarem as medidas necessárias para se certificarem da regularidade das operações financiadas pelo FEOGA, prevenir e reprimir as irregularidades, assim como recuperar as importâncias perdidas na sequência de irregularidades ou negligência. É, pois, obrigação dos Estados-membros organizar um sistema de controlos eficaz dos operadores e dos organismos nacionais encarregados dos pagamentos.

O artigo 9.° regulamenta o poder da Comissão de efectuar, para além dos controlos feitos pelos Estados-membros, verificações no local, bem como a faculdade de colabo-

* Língua original: italiano.

1 — JO C 264 de 11.10.1988, p. 3.

2 — JO L 94 de 28.4.1970, p. 13; EE 03 F3 p. 220.

rar com os próprios Estados-membros solicitando controlos suplementares (ver oitavo considerando).

Em especial o artigo 9.°, n.° 1, prevê a obrigação para os Estados-membros de colocarem à disposição da Comissão *todas as informações necessárias ao bom funcionamento do fundo* e de adoptarem *as medidas susceptíveis de facilitar os controlos que a Comissão considere útil empreender* no âmbito da gestão do financiamento comunitário, incluindo *verificações locais.*

É o n.° 2 do mesmo artigo que regulamenta tais verificações, prevendo que os agentes mandatados pela Comissão tenham *acesso aos livros e a todos os outros documentos que digam respeito às despesas financiadas pelo fundo.* Esses agentes podem nomeadamente verificar:

a) a concordância das práticas administrativas com as regras comunitárias;

b) a existência dos documentos justificativos necessários e a sua concordância com as operações financiadas pelo fundo;

c) as condições em que são realizadas e *verificadas* as operações financiadas pelo fundo.

Por fim, nos termos do n.° 3, prevê-se que o *Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, adoptará, à medida do necessário, as regras gerais para aplicação do presente artigo.*

3. Foi precisamente com base neste artigo que surgiu a questão de que se ocupa o presente processo. Considerando, com efeito, que os n.os 1 e 2 do artigo 9.° do Regulamento n.° 729/70 conferem aos seus agentes *o poder de proceder autonomamente a uma recolha de amostras* dos produtos financiados pelo FEOGA e às correspondentes análises, e na sequência de divergências a esse propósito com alguns Estados-membros (particularmente a França), a Comissão criou — em 7 de Janeiro de 1987 — um grupo de trabalho interserviços que elaborou as instruções internas em causa. Em 15 de Setembro de 1978 foi disso informado o Comité FEOGA e passado um mês as instruções eram publicadas na série C do Jornal Oficial.

4. Assim sendo, e remetendo para mais esclarecimentos para o relatório para audiência, cabe salientar que a recorrente sustenta, antes de mais, que o acto por si impugnado constitui um disfarce de um verdadeiro e autêntico regulamento de aplicação do artigo 9.° do já referido regulamento, acto que a Comissão não tinha competência para adoptar, visto que o n.° 3 atribui expressamente ao Conselho, e apenas a este, a competência para adoptar regras gerais de aplicação. Segundo o Estado recorrente, a Comissão teria, contudo, através da adopção das instruções internas agora em discussão, exercido poderes de que não dispõe com base na regulamentação comunitária aplicável: daí o vício de incompetência que determinaria a nulidade do acto.

5. A Comissão suscitou, na contestação, uma questão prévia de admissibilidade, salientando que as instruções internas em questão não constituíam um acto recorrível nos termos do artigo 173.° do Tratado. A

título subsidiário, pede que seja negado provimento ao recurso.

Quanto à admissibilidade

6. No presente litígio, a maior parte do espaço é dedicada à análise da admissibilidade do recurso. O problema, evidentemente, consiste em determinar se nas instruções internas controvertidas é possível encontrar os elementos de um acto susceptível de impugnação nos termos do artigo 173.°

Como se sabe, nos termos do artigo 173.°, primeiro parágrafo, o recurso de anulação pode ser interposto contra actos do Conselho e da Comissão que não sejam recomendações ou pareceres. Tal redacção deixaria supor que o termo «actos» se refere apenas aos actos vinculativos previstos no artigo 189.° Com efeito, os artigos 173.° e 189.° formam um todo coerente, de modo que o termo «acto» que consta do artigo 173.° não pode alargar a competência do juiz comunitário ao conhecimento de manifestações de vontade que não se concretizam em regulamentos, directivas ou decisões.

Todavia, a classificação do acto cabe, em princípio, ao juiz, independentemente do *nomen iuris* atribuído ao acto. Trata-se de um princípio aceite no direito de grande parte dos Estados e que foi, em numerosas ocasiões, confirmado pelo Tribunal de Justiça, sobretudo relativamente à exigência de garantir aos particulares uma protecção jurisdicional adequada. Em suma, a apreciação jurídica de uma manifestação de vontade é medida pela substância do acto, pelo seu conteúdo e efeitos que produz; menos relevante é, por seu turno, e nesta óptica, a forma que o acto reveste.

7. O Tribunal de Justiça ocupou-se, por várias vezes, do alcance do termo «acto» de que fala o artigo 173.° A este propósito, não me parece supérfluo salientar que tal jurisprudência se desenvolveu, sobretudo, quanto ao *segundo* parágrafo do artigo 173.° (bem como o artigo 33.°, segundo parágrafo, do Tratado CECA), precisando assim os elementos que permitem qualificar como «decisão», na acepção do Tratado, determinado acto adoptado pelas instituições.

Por exemplo, no processo 54/65 [3], no âmbito da CECA, o Tribunal de Justiça declarou que, «com efeito, uma decisão deve surgir como acto que emana do órgão competente, destinado a produzir efeitos jurídicos, constituindo o termo último do processo interno desse órgão e pelo qual este decide a título definitivo, por forma a permitir identificar a sua natureza» (tradução provisória).

Do teor desta decisão resulta evidente que, embora tendo em conta a substância do acto, o Tribunal de Justiça especificou os elementos formais necessários, ou pelo menos suficientes, para que o mesmo acto seja considerado um acto decisório susceptível de impugnação.

8. A jurisprudência relevante na matéria, no contexto do Tratado CEE, aparece, em contrapartida, como menos atenta aos critérios formais e mais preocupada em assegurar aos particulares uma protecção o mais

3 — Acórdão de 16 de Junho de 1966, Forges de Châtillon/Alta Autoridade (Recueil, p. 265, em especial p. 280 e 281); em sentido análogo, ver acórdão de 5 de Dezembro de 1963, Usines Henricot/Alta Autoridade (23/63, 24/63 e 52/63, Recueil, p. 439, e 450).

ampla possível. Já nos processos apensos 8/66 a 11/66 [4], em que se ocupou pela primeira vez no — âmbito da CEE — do problema agora em discussão, o Tribunal afirmou que, para efeitos da impugnação, basta que se trate de actos que incidam sobre os interesses dos administrados «introduzindo uma clara modificação na sua situação jurídica». Nesta perspectiva, o facto de o acto impugnado não ser chamado «decisão» e ter natureza de acto provisório não foi considerado relevante, na medida em que se tratava, substancialmente, de uma decisão que representava o termo de um procedimento especial e, portanto, susceptível de produzir efeitos jurídicos definitivos. Além disso, o Tribunal entendeu que o facto de considerar impugnável um acto processual, se bem que tal implique um processo mais longo, «não tem qualquer importância relativamente às garantias individuais concedidas pelo Tratado, e que prevalecem sobre todo e qualquer regulamento».

No processo 60/81 [5], o Tribunal precisou, em termos mais genéricos, que «... constituem actos... susceptíveis de recurso de anulação... as medidas que produzem efeitos jurídicos obrigatórios por forma a afectarem interesses do recorrente, alterando de modo significativo a situação jurídica deste. Em contrapartida, a forma que revestem os actos ou decisões é, em princípio, indiferente no que respeita à possibilidade de os impugnar mediante recurso de anulação» (n.° 9) (tradução provisória).

9. Mais raras são, em contrapartida, as ocasiões em que o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre o termo «actos», na acepção do artigo 173.°, *primeiro* parágrafo [6], disposição que não se circunscreve apenas às decisões, e em especial quando o acto impugnado não tem um alcance individual, mas geral e abstracto. Neste sentido, recordo em primeiro lugar o bem conhecido acórdão AETR [7], no qual o Tribunal salientou que «o recurso visa assegurar, nos termos estabelecidos no artigo 164.°, o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado; seria contrário a este objectivo interpretar restritivamente as condições de admissibilidade do recurso limitando o seu alcance apenas às categorias de actos consideradas no artigo 189.°; o recurso de anulação deve ser permitido relativamente a qualquer disposição adoptada pelas instituições, independentemente da sua natureza ou forma, que vise produzir efeitos jurídicos» (n.os 38 a 43).

A este propósito, parece-me particularmente significativa a expressão «que vise produzir efeitos jurídicos», expressão que surge talvez mais esbatida no acórdão 114/86 [8], em que o Tribunal precisou que «um acto não poderá ser objecto de recurso de anulação se não se destina à produção de efeitos jurídicos», mas que explica bem, em minha opinião, a diferença entre os efeitos a atribuir a um acto de alcance individual e os inerentes a um acto de alcance geral e abstracto.

4 — Acórdão de 15 de Março de 1967, Cimenteries/Comissão (Recueil, p. 93, em especial p. 118 e 119).

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

6 — Neste contexto, assumem importância particular os acórdãos que reconheceram a legitimidade passiva do Parlamento Europeu: acórdão de 10 de Fevereiro de 1983, Luxemburgo/Parlamento Europeu (230/81, Recueil, p. 255); acórdão de 10 de Abril de 1984, Luxemburgo/Parlamento Europeu (108/83, Recueil, p. 1945); acórdão de 23 de Abril de 1986, «Les Verts»/Parlamento Europeu (294/83, Colect., p. 1339); acórdão de 25 de Fevereiro de 1988, «Les Verts»/Parlamento Europeu (190/84, Colect., p. 1017). Em todos estes processos o Tribunal de Justiça entendeu que mesmo um acto do Parlamento Europeu (como uma resolução) é impugnável desde que destinado a produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros.

7 — Acórdão de 31 de Março de 1971, Comissão/Conselho (22/70, Recueil, p. 276).

8 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988, Reino Unido/Comissão (Colect., p. 5289).

Por fim, e tendo em conta o facto de que os termos precisos utilizados num dado contexto não têm necessariamente de ter valor idêntico numa situação de facto diferente, no sentido de que não é possível retirar deles conclusões genéricas, resulta da jurisprudência citada que a forma que o acto reveste externamente é pouco relevante para efeitos da fiscalização jurisdicional: são sobretudo o conteúdo e os efeitos do acto que importam. Mais precisamente, as condições que o acto deve preencher para que seja susceptível de recurso de anulação são duas:

a) deve produzir efeitos jurídicos que modifiquem a situação jurídica dos destinatários [9],

b) e deve tratar-se de uma medida definitiva, especialmente no sentido de que o recurso não pode ser interposto contra actos processuais adoptados no decurso do processo que leva à decisão final ou, em todo o caso, contra um acto preparatório [10].

10. Por outro lado, a citada jurisprudência do Tribunal, embora privilegiando sem qualquer dúvida a substância em relação à forma do acto, para proteger os particulares, não me parece ter fornecido uma resposta segura a uma questão que é de certo modo preliminar, quanto à *aptidão do acto para produzir efeitos jurídicos* na presença ou na ausência de um mínimo de formalidades essenciais, independentemente da circunstância de, no final de uma verificação concreta do conteúdo do acto, se revelar a existência de efeitos jurídicos, e em particular de efeitos prejudiciais.

Acrescente-se que, em determinados casos, o Tribunal não só colocou a questão que acabo de vincar como, para esse efeito, tomou igualmente em consideração um elemento, a competência da instituição, que, em rigor, diz menos respeito ao carácter impugnável do acto que à sua legalidade.

Neste último aspecto, é significativa, para além do já citado acórdão no processo 54/65, uma recente tomada de posição do Tribunal, que, por despacho de 17 de Maio de 1989 [11], encontrou na inaptidão do acto para produzir efeitos jurídicos uma razão de inadmissibilidade do recurso. Tratava-se, no caso, de um telex da Comissão, interpretando disposições comunitárias relativas à ajuda à produção de grãos de soja e impugnado pelo Governo italiano, telex que o Tribunal declarou não ser «susceptível de produzir efeitos jurídicos», porquanto «nenhuma das disposições dos citados regulamentos adoptados nesta matéria atribui à Comissão competência para tomar decisões quanto à sua interpretação, embora lhe seja lícito exprimir a sua opinião, que, contudo, de forma alguma vincula as autoridades nacionais».

11. À luz do que vem dito, entendo ser necessário verificar, em primeiro lugar — e, se se quiser, em abstracto —, a aptidão das «instruções internas» impugnadas para produzir efeitos jurídicos relativamente aos Es-

9 — Ver acórdão de 15 de Março de 1967, Cimenteries/Comissão (8/66 a 11/66, Recueil, p. 116); acórdão de 24 de Junho de 1986, AKZO/Comissão (53/85, Colect., p. 1965); acórdão de 27 de Setembro de 1988, Reino Unido/Comissão, já referido, n.° 12).

10 — Ver acórdão de 16 de Junho de 1966, Forges de Châtillon/Alta Autoridade (54/65, Recueil, p. 280); acórdão já referido de 11 de Novembro de 1981, IBM, n.° 9).

11 — Despacho de 17 de Maio de 1989, República Italiana/Comissão (151/88, Colect., p. 1255).

tados-membros, antes mesmo de analisar o seu conteúdo e verificar se produzem ou «visam» produzir efeitos, e quais.

a) *Quanto à forma do acto impugnado*

12. O acto que examinamos tem por título «Instruções internas»; a instituição que o tomou qualificou-o como tal igualmente nas observações escritas; não tem base jurídica, não vem assinado por nenhum membro da Comissão, foi publicado na série C do Jornal Oficial, tem por destinatários aparentes e únicos os funcionários da instituição.

Poder-se-ia, é certo, observar que, para um acto interno, se fez acompanhar de modalidades de informação demasiado, e insolitamente, formais e solenes. É evidente todavia que a Comissão é livre de escolher as formas que prefere para divulgar um acto meramente interno. Por outro lado, a publicação no Jornal Oficial não é decisiva para delimitar os termos da questão: ainda que o acto não tivesse sido publicado, encontrar-nos-íamos perante os mesmos problemas quanto à sua natureza, como já aconteceu noutras ocasiões (por exemplo, no processo 114/86 [12]).

13. Dito isto, convém recordar, antes de mais, que são designados como actos internos aqueles que esgotam a sua eficácia no âmbito do órgão que os adoptou: ou porque incidem sobre relações entre superior hierárquico e subordinados, ou porque se trata de directivas a seguir no interior da instituição para adopção da decisão definitiva, ou, por fim, enquanto actos de auto-organização do órgão. Trata-se, portanto, de actos que não assumem qualquer relevância externa, em especial relativamente aos administrados e aos Estados-membros.

Tendo em conta estes elementos, pode-se perguntar: um acto qualificado pela instituição de que emana como acto interno e que não satisfaz nenhuma das condições de forma essenciais a um acto vinculativo é, apesar disso, vinculativo para terceiros, ou de qualquer modo oponível a estes, nos casos em que lhes impõe o respeito de determinadas obrigações? E ainda: um acto como o impugnado no presente processo, que é quanto à forma inquestionavelmente interno, necessita de um exame quanto à sua substância, ao objecto, ao conteúdo, para se poder decidir da sua eventual impugnabilidade?

A resposta que me inclino a dar a tal questão é negativa. Não excluo, de facto, que um acto como aquele que nos ocupa seja, de qualquer modo, inidóneo para produzir efeitos vinculativos para terceiros, independentemente da circunstância de poder revelar vocação para criar obrigações também para não destinatários aparentes ou, de qualquer modo, para incidir na sua esfera de interesses. Tudo o que se pode dizer é que a Comissão pode conceber o que achar melhor para a recolha de amostras de produtos: seja isso certo ou errado, continua a ser, como no processo Itália/Comissão, uma interpretação do artigo 9.° do Regulamento n.° 729/70, explicitada aos seus próprios funcionários e não vinculativa para as autoridades nacionais e para os operadores económicos.

O facto é que as instruções internas impugnadas não apresentam qualquer elemento

12 — Acórdão já citado, de 27 de Setembro de 1988, Reino Unido/Comissão (Colect., p. 5289).

externo de forma que, independentemente do seu conteúdo, permita a um terceiro pensar que está em presença de um acto susceptível de afectar de algum modo a sua esfera jurídica.

14. A isto acresce um outro elemento que o Tribunal não deixou de considerar no referido despacho no processo Itália/Comissão. É incontestável que o artigo 9.° do Regulamento n.° 729/70 não atribui qualquer competência à Comissão para adoptar actos que disciplinam a matéria que nos ocupa e em especial os processos de controlo, menos ainda actos vinculativos para os Estados-membros; nem mesmo decisões quanto à interpretação do regulamento em causa vinculativos para terceiros, como no processo atrás mencionado. E, de facto, entre as partes, significativamente, discutiu-se muito o poder da Comissão para proceder a essa recolha, mas não o poder de adoptar um acto regulamentar para este efeito, poder que ninguém considerou, nem razoavelmente poderia considerar, estar atribuído à Comissão.

Daqui decorre que, ainda que o seu conteúdo revelasse uma qualquer sua vocação para vincular terceiros, o acto impugnado seria inidóneo para a realizar e afectar a posição jurídica dos Estados-membros ou dos operadores do sector.

Por outras palavras, nenhuma obrigação ou efeito jurídico pode derivar para um Estado-membro de um acto que, como o impugnado no caso vertente, não possui nenhum dos requisitos formais essenciais de um acto vinculativo e emanado, além do mais, de uma instituição que não tem qualquer competência para aprovar actos vinculativos nessa matéria. E isto é válido sem necessidade de verificar se a recolha de amostras por parte da Comissão cabe ou não nos seus poderes, já por força do artigo 9.° do Regulamento n.° 729/70, uma vez que, em qualquer caso, à Comissão não cabe adoptar actos vinculativos que de modo genérico regulem as modalidades das operações de controlo, mas quando muito «instruções internas», portanto meramente interpretativas (não importa se justas ou não) e, de qualquer forma, não vinculativas para as autoridades nacionais nem para os administrados.

Se nos colocarmos na perspectiva assim definida, resulta que sendo o acto impugnado inidóneo para produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros não destinatários aparentes, por falta de formalidades essenciais e por incompetência absoluta da instituição que o adoptou, não é um acto impugnável na acepção do artigo 173.° do Tratado e, portanto, o recurso do Governo francês deve ser julgado inadmissível.

15. Várias dúvidas a este respeito, dúvidas a que não estou imune, podem ser levantadas.

Em especial, não creio que tal solução contrarie a exigência de garantir aos administrados (e aos Estados-membros) uma adequada tutela jurisdicional. O problema resolve-se radicalmente, na medida em que a Comissão não poderia em caso algum e sob perspectiva alguma exigir o cumprimento de obrigações que, uma vez que decorrem do acto em questão, seriam inexistentes para terceiros. De resto, uma eventual recusa do

Estado-membro de aceitar a recolha «autónoma» por parte dos funcionários da Comissão poderia levar esta a uma acção nos termos do artigo 169.°, não já por violação das «instruções internas», mas do artigo 9.° do Regulamento n.° 729/70: e aí não importa saber se justificadamente ou não.

Em contrapartida, a solução proposta é sem dúvida a mais idónea para garantir a segurança jurídica, porque evita obrigar os administrados e os Estados-membros a uma procura diabólica de todos os documentos e medidas internas que podem, de qualquer modo, mascarar um regulamento, com o resultado de que a mínima incerteza os obrigaria a submeter o problema ao Tribunal (no caso vertente a procura foi facilitada pela publicação no Jornal Oficial). E não se pode esquecer o princípio fundamental segundo o qual «a aplicação uniforme do direito comunitário apenas é garantida se for objecto de actos formais adoptados no âmbito do Tratado» [13] (tradução provisória), princípio que não se exclui possa encontrar aplicação desde logo em sede de verificação da impugnabilidade do acto.

16. Nem sequer falta um precedente específico no sentido da discussão, na... história da jurisprudência do Tribunal: o acórdão no processo 20/58 [14], em matéria de instruções de serviço, em especial uma carta dirigida pela Alta Autoridade a um organismo auxiliar e publicada no Jornal Oficial. Por essa ocasião, após ter sublinhado que a Alta Autoridade não tivera a intenção de adoptar uma decisão, mas «simplesmente de reafirmar princípios que ela considerava, *correcta ou incorrectamente*, decorrerem logicamente da decisão de base», o Tribunal decidiu que o acto impugnado «se apresenta como directiva interna, dirigida por um superior hierárquico a serviços dele dependentes e destinada a orientar a actividade destes últimos; portanto, se a carta pôde como tal originar obrigações imediatas, foi apenas para o serviço destinatário, e não para as empresas consumidoras de sucata» (tradução provisória).

17. Por outro lado, tal solução não deve, bem vistas as coisas, encontrar obstáculo decisivo na jurisprudência do Tribunal de Justiça, que tende a privilegiar a possibilidade de impugnar actos de alcance individual, logo com destinatários bem identificados e imediatamente reconhecíveis. Na verdade, tal tendência manifestou-se sobretudo em casos em que se invocara a inadmissibilidade do recurso devido a não terem sido respeitados determinados requisitos formais, não sendo todavia contestado em absoluto o carácter decisório do próprio acto [15].

No caso vertente, por seu turno, a falta de requisitos mínimos de forma de um acto vinculativo, acrescida da incompetência absoluta da instituição que o produziu para poder disciplinar a matéria através de acto regulamentar, exclui *a priori* a idoneidade do próprio acto para produzir efeitos jurídicos para terceiros: a tal ponto que o seu conteúdo, de que procedem pretensas obri-

13 — Acórdão de 18 de Junho de 1970, Krohn, n.° 9 (74/69, Recueil, p. 451).

14 — Acórdão de 17 de Julho de 1959, Phoenix-Rheinrohr/Alta Autoridade (Recueil 1958-1959, p. 163); na mesma data e em sentido análogo, ver os processos apensos 32/58 e 33/58 (Recueil 1958-1959, p. 253).

15 — Acórdão de 15 de Março de 1967, Cimenteries, 8/66 a 11/66, já citado. Ainda mais significativo neste sentido, e embora tendo sido proferido no âmbito do contencioso relativo ao Estatuto dos Funcionários, é o acórdão de 9 de Fevereiro de 1984, Nelly Kohler/Tribunal de Contas (316/82 e 40/83, Recueil, p. 641), em que o Tribunal julgou admissível o recurso contra uma decisão verbal.

gações para terceiros, se torna juridicamente irrelevante.

18. Resta, é certo, que a incompetência da Comissão constitui em rigor um vício do acto, cuja importância se mede em sede de apreciação da legalidade e não de impugnabilidade do acto; em termos processuais, a incompetência respeita ao mérito e não à admissibilidade.

Todavia, se bem que não possa ignorar a tomada de posição adoptada pelo Tribunal no despacho Itália/Comissão, e já no acórdão no processo 54/65, entendo que, num caso tão caracterizado como o presente, a incompetência pode revestir já alguma importância em sede de exame da admissibilidade, numa perspectiva que se encontra igualmente presente em alguma jurisprudência administrativa francesa e italiana. Por outro lado, no caso em apreço, a incompetência não é o único aspecto relevante, mas junta-se à ausência total dos requisitos essenciais de forma de um acto com efeitos externos; por outras palavras, a incompetência não é um elemento decisivo e a verificação da aptidão do acto para produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros poderia perfeitamente prescindir desse elemento. A este propósito, assume particular importância a circunstância de o acto não ter outros destinatários aparentes para além dos funcionários da Comissão, enquanto só do conteúdo substancial do mesmo se pode deduzir uma implicação dos Estados-membros e dos operadores do sector.

Em segundo lugar, encontramo-nos perante uma hipótese de falta absoluta, e não apenas relativa, de competência, de modo que se pode mesmo considerar como hipótese a inexistência (ou a nulidade absoluta, se se preferir) do acto relativamente a terceiros não destinatários aparentes, e de qualquer modo de inoponibilidade a esses de qualquer obrigação que de algum modo possa resultar para eles única e exclusivamente do acto.

b) *Quanto ao conteúdo do acto impugnado*

19. Dito isto, na hipótese de o Tribunal não partilhar da solução acima exposta e entender dever proceder à qualificação do acto *de quo* única e exclusivamente com base no seu conteúdo, prescindindo inteiramente do conjunto de elementos que inequivocamente o apresentam como acto interno, entendo que importa igualmente examinar o conteúdo do acto impugnado, para verificar se prossegue efectivamente o objectivo — como sustenta a recorrente — de produzir efeitos jurídicos para terceiros — e se, portanto, é como tal impugnável.

20. A Comissão sustenta antes de mais que, mesmo numa perspectiva substancial, as instruções controvertidas são um mero acto interno, porque privadas de qualquer efeito jurídico e financeiro, quer para os Estados-membros quer para os operadores económicos. Em apoio desta tese, a Comissão esclarece que, com base nas instruções internas, as despesas ocasionadas pela recolha de amostras são por ela suportadas, as quantidades recolhidas limitam-se ao estritamente necessário e as amostras não utilizadas são restituídas ao proprietário (p. 3 e 4 da contestação). Tratar-se-ia, de facto, de um acto meramente declarativo adoptado para uso dos seus agentes, para evitar práticas divergentes nas operações materiais em causa.

Enquanto tal, o acto em questão limitar-se-ia a explicitar obrigações que resultam já do artigo 9.° do Regulamento n.° 729/70. Mais exactamente, as instruções *pressuporiam* obrigações que, na opinião da Comissão, decorrem já do artigo 9.°, *não introduzindo novas obrigações.*

21. Quanto ao conteúdo e à substância do acto, cabe em primeiro lugar observar que na fundamentação figuram quatro considerandos, nos quais se refere o Regulamento n.° 729/70, particularmente o artigo 9.°, n.° 1 (segundo considerando). Afirma-se, além disso, que a recolha e as análises correspondentes dos produtos financiados pelo FEOGA se tornaram cada vez mais necessárias para efectuar os controlos previstos no artigo 9.° (terceiro considerando); e assim é estabelecida uma série de «instruções» destinadas aos agentes da Comissão e capazes de garantir que as operações em questão se efectuam «nas melhores condições».

Tais instruções, que têm por objecto «modalidades administrativas e técnicas a *aplicar* pelos agentes mandatados da Comissão», prevêem antes de mais um *direito de acesso*, para esses agentes, a uma série de estabelecimentos de que é feita uma enumeração não exaustiva, para «recolher ou mandar recolher» amostras (n.° 1). Os serviços da Comissão são obrigados a informar o Estado-membro em questão pelo menos quarenta e oito horas antes da recolha efectiva de amostras, mas sem estarem obrigados a fornecer a lista dos estabelecimentos que serão controlados (n.° 3).

Além disso, esses agentes «solicitam» todas as *informações* que entendam necessárias *relativas ao processo de fabrico* e as receitas dos produtos que são objecto do controlo (n.° 8).

Quanto às consequências financeiras que resultam das instruções em questão, cabe observar que a Comissão toma a seu cargo toda uma série de despesas (n.° 2, segundo parágrafo). Contudo, alguns *encargos financeiros suplementares devem ser suportados pelos operadores.* Está previsto de facto que «o transporte e a manutenção das mercadorias nos locais de recolha de amostras, as operações de desembalagem e de reacondicionamento são efectuados sob a responsabilidade do proprietário ou do seu representante» (n.° 2, terceiro parágrafo). Além disso, está *excluída qualquer indemnização* para os produtos que tenham perdido, pelo facto de o exame se ter realizado, a totalidade ou parte do seu valor comercial (n.° 7, segundo parágrafo).

Parece suficiente, para já, limitar-me a um exame destes pontos para determinar se as referidas instruções se destinam a produzir efeitos jurídicos.

22. Começarei por observar que, seguramente, não estamos em presença de instruções internas «clássicas» (ao contrário da classificação dada pela Comissão na audiência), na medida em que por essa expressão se refere habitualmente um mero acto interno que esgota a sua eficácia na esfera do órgão que o adoptou, porque relativo às relações entre o superior hierárquico e os seus subordinados, e que, portanto, não assume qualquer relevância externa para os administrados.

Entendo que se deve admitir que as instruções internas em questão têm, pelo menos, uma vocação para produzir efeitos jurídicos externos. A própria circunstância de os agentes da Comissão *deverem aplicar* estas instruções parece-me que dificilmente pode levar a uma conclusão diversa. Explico-me:

a *obrigação de recolha* de um modo autónomo de amostras bem como a *obrigação de acesso* aos estabelecimentos pressupõem necessariamente o correspondente dever, para os Estados-membros e para os operadores económicos, de garantir o acesso (além disso inesperado) a tais estabelecimentos; e, em segundo lugar, o de consentir aos agentes da Comissão proceder autonomamente à recolha das amostras. Se assim não fosse, o acto seria de todo o modo destituído de sentido, mesmo na sua dimensão interna.

Nesta perspectiva, até a publicação (mesmo na série C) aparece como um indício importante, ainda que não decisivo, da vocação do acto em questão para revestir uma importância externa.

É evidente, além disso, que um mero acto interno não pode comportar para os operadores económicos — e refiro-me ao ponto 8 das instruções — consequências relativamente ao segredo dos processos de fabrico dos produtos, quando, como no caso em apreço, não existe uma disposição que lhes garanta o tratamento confidencial das informações comunicadas.

No que respeita aliás às referidas «disposições» dos pontos 2 e 7, devo confessar a minha dificuldade em interpretá-las como meras instruções de serviço da Comissão aos seus funcionários. De facto, numa perspectiva mais lógica do que jurídica, é um mistério que uma medida que exclua o ressarcimento dos danos possa verosimilmente considerar-se não dirigida também a quem os sofre, mas só a quem os causa. O representante da Comissão precisou, na audiência, que se trataria de despesas (a cargo dos operadores) tão pouco significativas que se podia entender que um eventual recurso ao Tribunal não teria qualquer êxito para o recorrente. Não me aventuro em previsões a esse respeito, nem quanto à importância das despesas nem quanto a outra coisa. Limito-me, contudo, a constatar que nenhum ónus financeiro deste tipo está previsto no artigo 9.° do Regulamento n.° 729/70.

23. Tendo em conta as observações anteriores, entendo não dever alongar-me sobre a questão de saber se o acto impugnado visa «produzir efeitos jurídicos» [16].

Revela-se, em contrapartida, indispensável, nesta fase, verificar se as obrigações resultantes da aplicação deste acto decorrem do artigo 9.° do Regulamento n.° 729/70 (como sustenta a Comissão), ou se se trata de novas obrigações que modificam a situação jurídica dos Estados-membros e/ou dos operadores; se, portanto, o acto impugnado é meramente interpretativo do artigo 9.° ou se acrescenta novas obrigações às já previstas pela norma aplicável.

Da letra do artigo 9.° deduz-se, é certo, um poder da Comissão para efectuar controlos ela própria, por intermédio dos seus agentes, mas o texto é omisso quanto à recolha de amostras e às análises correspondentes

16 — Acórdão de 31 de Março de 1971, Comissão/Conselho, já referido, p. 276. É útil lembrar que o recurso que esteve na origem deste processo tinha, também ele, sido interposto, como no caso presente, com base no artigo 173.°, primeiro parágrafo. Nessa ocasião o Tribunal incluiu na noção de «actos» uma deliberação do Conselho sobre a negociação e conclusão de um acordo (a deliberação em questão fixava regras de comportamento e previa disposições processuais).

dos produtos. Além do mais, os controlos da Comissão têm expressamente por objectivo verificar a exactidão dos controlos efectuados pelos Estados-membros, o que é confirmado pela filosofia geral que preside ao sistema de controlos e se pode ver, por exemplo, no oitavo considerando do regulamento já citado, que fundamenta o próprio artigo 9.°

É verdade que os Estados-membros estão obrigados a tomar todas as medidas susceptíveis de facilitar os controlos que a Comissão considere útil efectuar, incluindo verificações no local (artigo 9.°, n.° 1). Mas os controlos que se podem efectuar durante tais verificações no local não compreendem a hipótese de recolha de amostras por parte da Comissão (n.° 2, primeiro parágrafo). Mas, na acepção do n.° 2, segundo parágrafo, do artigo já citado, *a Comissão pode pedir aos Estados-membros para efectuarem controlos suplementares nos quais os seus agentes podem participar.* Como surgiu claramente na audiência, é a esta disposição que devem ser ligadas as recolhas de amostras efectuadas até agora, aliás em raras ocasiões, pelos Estados-membros a pedido da Comissão, aplicando, portanto, os procedimentos nacionais de controlo.

A este propósito, a Comissão refere que «os Estados-membros porão à disposição da Comissão todas as informações necessárias ao bom funcionamento do fundo» (artigo 9.°, n.° 1) e que os seus agentes podem controlar, entre outras, «as condições em que são realizadas e verificadas as operações financiadas pelo fundo» [artigo 9.°, n.° 2, alínea c)]. Esta última disposição, lida à luz da primeira, consentiria — segundo a Comissão — a recolha autónoma de amostras. Mediante tal interpretação, evidentemente, as «informações» abrangeriam também as amostras. Todavia, porque são sempre os Estados-membros que «porão à disposição» as informações, existe a confirmação de que os controlos, as informações, e com estas as amostras, são objecto de um poder-dever dos Estados-membros. E a Comissão, longe de ser titular de um poder autónomo a este propósito, deve limitar-se a controlar o rigoroso cumprimento das obrigações impostas aos Estados-membros.

24. Por outro lado, não me parece possível provar a consideração da Comissão segundo a qual, para serem eficazes, os controlos devem ir para além de um quadro meramente contabilístico e que, portanto, seria «inconcebível» que o Conselho tivesse pretendido atribuir-lhe unicamente controlos deste tipo.

Pelo contrário, seria pelo menos singular admitir que o poder em questão se deduza implicitamente, quando não só não está expressamente previsto, mas é visivelmente desmentido, tanto pela atribuição apenas de um poder de controlo sobre... controlos (mesmo se por recolha de amostras) dos Estados-membros, como pela competência exclusiva do Conselho para adoptar regras gerais de aplicação, como ainda pelo critério que inspira todo o sistema.

Na verdade, embora reconhecendo que a técnica de controlo de recolha de amostras constitui um instrumento útil para verificar o funcionamento do sistema e para formular um juízo sobre a sua gestão por parte dos

Estados-membros, não se pode razoavelmente admitir que a recolha de amostras, se bem que contribua para determinar sanções financeiras, não seja expressamente prevista e regulamentada no cumprimento das formalidades e das competências específica e validamente atribuídas.

Os métodos aplicados (tanto para a recolha de amostras como para as correspondentes análises) deveriam ser conhecidos *a priori* pelos operadores sujeitos a esse controlo, bem como, evidentemente, pelos próprios Estados, até porque a existência de processos de controlo nacionais na matéria (imposta pela mesma legislação comunitária no artigo 8.° do Regulamento n.° 729/79) pode estar em contradição com os procedimentos utilizados a nível comunitário. Sobretudo, uma regulamentação *ad hoc* seria susceptível de excluir, ou em todo o caso de limitar, uma fonte de contenciosos resultantes de inevitáveis impugnações dos resultados por parte dos Estados-membros.

25. Para confirmar o facto de que a Comissão não dispõe de um poder autónomo de recolha de amostras é oportuno, além disso, recordar a proposta de regulamento relativo aos controlos e sanções aplicáveis nas políticas comuns da agricultura e da pesca [17], apresentada pela Comissão ao Conselho em 21 de Maio de 1990. Esta proposta, baseada no artigo 43.° do Tratado, abrange todos os produtos agrícolas, incluindo expressamente, nos controlos que os agentes da Comissão podem efectuar, «a recolha e a verificação de amostras representativas» (artigo 3.°, n.° 2); mas prevê, significativamente, a faculdade para a Comissão de adoptar disposições que visam o controlo *unicamente quando a regulamentação específica de sectores lhe confere o poder de fixar regras de aplicação,* com base num dos processos previstos pela decisão «comitologia» (artigo 2.°, n.° 1).

26. E uma ulterior confirmação do que vem dito, embora num sector específico, e portanto num contexto parcialmente diverso, pode encontrar-se numa comparação do Regulamento (CEE) n.° 2048/89 do Conselho, de 19 de Junho de 1989, que estabelece regras gerais relativas aos controlos no sector vitivinícola [18], com a correspondente proposta da Comissão [19]. Nesta última previa-se para os agentes da Comissão o poder de efectuarem, eles próprios, a recolha das amostras (artigo 6.°, n.° 3), bem como a competência da Comissão para aprovar as correspondentes normas de execução (artigo 16.°). No Regulamento n.° 2048/89, as duas disposições desapareceram. Em contrapartida, está previsto que compete aos Estados-membros proceder, a pedido da Comissão, à recolha das amostras (artigo 12.°).

27. Portanto, as instruções internas em questão, ao fixarem unilateralmente as modalidades da recolha de amostras por um acto que é, em substância, um regulamento de aplicação do artigo 9.° do Regulamento n.° 729/70, visam acrescentar subrepticiamente novas disposições às já existentes. Como tais, são impugnáveis.

28. A partir destas constatações, importa verificar se as instruções em questão constituem uma manifestação definitiva de vontade. Tal verificação é tanto mais impor-

17 — JO C 137 de 6.6.1990, p. 10.

18 — JO L 202 de 14.7.1989, p. 32.

19 — JO C 24 de 29.1.1988, p. 8.

tante no caso em apreço quanto a Comissão sustentou, em apoio da tese da inadmissibilidade, que, em conformidade e por analogia com o já decidido pelo Tribunal nos processos 60/81 [20] e 114/86 [21], as instruções teriam a natureza de acto preparatório e não entrariam, assim, na categoria dos actos impugnáveis.

29. Em substância, a tese da Comissão é de que o recurso da França é prematuro: não são as instruções internas em questão, mas as posteriores decisões individuais de recolha e análise das amostras que poderiam, quando muito, ser objecto de um recurso de anulação.

Nestas condições é, antes de mais, de excluir que o acto impugnado possa configurar-se como um acto preparatório, em sentido estrito, isto é, na acepção comum de momento de um *iter* processual que culmina na adopção de um acto com eficácia externa. Não é este o caso, como a própria Comissão esclareceu na audiência. Não é pertinente remeter para o acórdão proferido no processo 60/81, onde tinha sido impugnada uma comunicação de acusações em matéria de concorrência e o Tribunal salientou correctamente que, «... quando se trate de actos ou de decisões cuja elaboração decorre em várias fases, e em especial no termo de um procedimento interno, resulta dessa mesma jurisprudência que em princípio são actos impugnáveis apenas as medidas que fixam definitivamente a posição da Comissão ou do Conselho no fim de tal procedimento, com exclusão das medidas intermédias destinadas a preparar a decisão final» [22] (tradução provisória).

30. Tratar-se-ia, pelo contrário, na perspectiva da Comissão, de um acto que, na medida em que *precede* a adopção de decisões individuais ou de comportamentos materiais, não seria lesivo de interesses e, portanto, não seria impugnável enquanto tal. Além do mais, a base jurídica das decisões individuais posteriores, únicas lesivas, seria o artigo 9.° do Regulamento n.° 729/70 e não já as instruções internas impugnadas. Daí a referência ao acórdão no processo 114/86.

A tese em análise, muito embora sugestiva, é de todo infundada e não me parece poder ser razoavelmente subscrita pelo Tribunal. No processo 114/86, a situação era completamente distinta, porquanto se tratava de instruções que indicavam aos funcionários os critérios — não taxativos — para elaborar as listas «limitadas» de candidatos para a adjudicação de contratos de fornecimento de serviços no âmbito da cooperação instituída pela Convenção de Lomé. O Tribunal, sem sequer qualificar o acto como «preparatório», afirmou que é «... o estabelecimento das próprias listas que é susceptível de produzir efeitos jurídicos, no sentido de que pode ter por consequência afastar certas empresas dessas listas e privá-las assim da possibilidade de participar nos contratos em causa». E acrescentou: «Isto é tanto mais verdade quanto... as listas em causa não são, regra geral, adoptadas em perfeita sintonia com os critérios retidos pela Comissão» [23].

20 — Acórdão de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão, já referido, n.° 21.

21 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988, Reino Unido/Comissão, já referido, n.° 13.

22 — Acórdão de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão, já referido, n.° 10.

23 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988, Reino Unido/Comissão, já referido, n.os 13 e 14.

Mais que de acto preparatório, parece-me que se pode falar, no caso em apreço, de um acto *fundamentalmente* interno. Segundo uma concepção bem conhecida também no direito administrativo, as directivas dadas por um superior hierárquico aos seus subordinados com o objectivo de orientar a actividade destes num determinado sector e que deixam subsistir uma margem de discricionariedade não criam uma lesão actual de interesses: é impugnável unicamente o acto que a elas se conforma, aplicando-as.

31. No presente processo, encontramo-nos face a um acto de natureza regulamentar, na medida em que, com base no pressuposto de que a Comissão é titular de um poder de recolha de amostras independentemente dos Estados-membros, disciplina as principais modalidades do seu exercício: modalidades essas que, como já sublinhámos, introduzem obrigações para os Estados-membros e, mais ainda, para os operadores, que o Regulamento n.° 729/70 não prevê. Não se trata portanto de indicações aos funcionários, mas de uma alteração da posição jurídica de terceiros não destinatários aparentes. Como tal, o acto é já em si lesivo de interesses de terceiros.

O facto de admitir a tese da Comissão equivaleria a afirmar que qualquer acto de natureza regulamentar, na medida em que precede decisões individuais ou comportamentos materiais, não seria impugnável e apenas o seriam as decisões ulteriores.

Enquanto a redacção do artigo 173.° do Tratado CEE não for alterada, não posso subscrever a tese em questão: abstraindo do resto, não me parece em sintonia com as exigências de economia processual, da segurança nas relações jurídicas e da aplicação uniforme do direito comunitário. Em qualquer caso, equivaleria a duvidar da impugnabilidade de qualquer regulamento ou de qualquer acto de alcance geral e não individual.

32. Pelas razões expostas, entendo portanto que, se o Tribunal entender proceder à qualificação do acto exclusivamente com base no conteúdo das suas disposições, deve concluir-se que as disposições internas impugnadas visam produzir efeitos jurídicos relativamente aos Estados-membros e aos operadores do sector e que, em consequência, o recurso do Governo francês é admissível.

Quanto ao mérito

33. Desde que julgado admissível, não me parece que se possa razoavelmente evitar dar provimento ao recurso do Governo francês. Os vícios invocados são a incompetência da Comissão para a adopção do acto e desvio do poder.

A resposta está contida nas considerações feitas. O artigo 9.° do Regulamento n.° 729/70 atribui ao Conselho, e apenas ao Conselho, a competência para aprovar as «regras gerais para aplicação do presente artigo». Nenhuma outra disposição relevante atribui à Comissão uma competência análoga. De modo que, sem necessidade de mais comentários, as «instruções internas» devem ser anuladas por incompetência absoluta da Comissão.

Conclusões

Em suma, proponho ao Tribunal que julgue o recurso inadmissível, uma vez que ao acto impugnado faltam os requisitos de forma essenciais de um acto vinculativo, devendo cada uma das partes suportar as suas próprias despesas, atenta a incerteza que o acto objectivamente suscita quanto ao facto de ser susceptível de impugnação por parte de um Estado-membro.

Se, em todo o caso, o Tribunal entender dever apreciar o conteúdo do acto impugnado, proponho que julgue o recurso admissível e procedente, anulando o acto por incompetência absoluta da Comissão e condenando esta nas despesas.