CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO LA PERGOLA

apresentadas em 19 de Setembro de 1996 *

1. Através da presente acção, a Comissão (a seguir «demandante») pede que seja declarado o incumprimento pela República Federal da Alemanha (a seguir «demandada») que resulta da falta de transposição para a ordem interna das disposições das Directivas 90/364/CEE [1] e 90/365/CEE [2] do Conselho (a seguir «directivas»). A República Federal da Alemanha contesta a apreciação que a Comissão efectuou no presente caso, alegando ter transposto correctamente para a sua ordem interna o conteúdo normativo das directivas.

2. Antes de analisar, quanto ao fundo, os argumentos das partes, há que precisar o quadro normativo em que se coloca a presente questão, remetendo, quanto às referências específicas, para o relatório do juiz-relator.

Quadro normativo

3. As normas comunitárias cuja transposição é objecto do presente litígio são destinadas (v. o artigo 1.° de cada directiva) a conceder o direito de residência «aos nacionais dos Estados-Membros que não beneficiem desse direito por força de outras disposições de direito comunitário e aos membros das respectivas famílias» (90/364) e «a qualquer nacional de um Estado-Membro que tenha exercido na Comunidade uma actividade como trabalhador assalariado ou não assalariado, bem como aos membros da sua família» (90/365).

O gozo desse direito está sujeito à condição, no caso da Directiva 90/364, de disporem, «para si próprios e para as suas famílias, de um seguro de doença que cubra todos os riscos no Estado-Membro de acolhimento e de recursos suficientes para evitar que se tornem, durante a sua permanência, uma sobrecarga para a assistência social do Estado-Membro de acolhimento». Quanto à Directiva 90/365, os interessados devem «beneficiar de uma pensão de invalidez, de pré-reforma ou de velhice ou de uma renda por acidente de trabalho ou acidente profissional de nível suficiente para que não se tornem, durante o período de residência, uma sobrecarga para a assistência social do Estado-Membro de acolhimento, e na condição de estarem cobertos por um seguro de doença que abranja o conjunto dos riscos no Estado-Membro de acolhimento».

4. O artigo 2.° de ambas as disposições normativas prevê que «o direito de residência é

* Língua original: italiano.

1 — Directiva de 28 de Junho de 1990, relativa ao direito de residência (JO L 180, p. 26).

2 — Directiva de 28 de Junho de 1990, relativa ao direito de residência dos trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua actividade profissional (JO L 180, p. 28).

consignado através da emissão de um documento denominado 'cartão de residência de nacional de um Estado-Membro da CEE', cuja validade pode ser limitada a um prazo de cinco anos renovável».

Além disso, o artigo 5.° de ambas as directivas dispõe o seguinte:

«Os Estados-Membros porão em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva o mais tardar em 30 de Junho de 1992. Do facto informarão imediatamente a Comissão.»

5. No que diz respeito à legislação nacional, as normas relevantes são fundamentalmente duas:

O § 2, n.° 2, da Ausländergesetz (lei relativa aos estrangeiros) [3] prevê que as suas normas só se apliquem aos estrangeiros que beneficiem da livre circulação em virtude do direito comunitário «na medida em que o direito comunitário e a lei relativa ao direito de residência/CEE não contenham disposições derrogatórias».

Por outro lado, o § 15a da Aufenthaltsgesetz/EWG [4] (lei relativa ao direito de residência/CEE), no parágrafo 3 (acrescentado em 1993), dispõe o seguinte:

«(3) O ministro federal do Interior pode, mediante acordo do Bundesrat, adoptar, por decreto, as disposições relativas à entrada e à residência de pessoas... necessárias para a aplicação das directivas do Conselho das Comunidades Europeias em matéria de:

1. direito de residência, em conformidade com a Directiva 90/364/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990...

2. direito de residência dos trabalhadores assalariados ou não assalariados que tenham cessado a sua actividade profissional, em conformidade com a Directiva 90/365/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990...»

3 — Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet, na versão da Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts de 9 de Julho de 1990 (BGBl. I, p. 1354), alterada pela Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Ausländerrechts de 12 de Outubro de 1990 (BGBl. I, p. 2170).

4 — Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft de 22 de Julho de 1969 (BGBl. I, p. 927) na versão da Bekanntmachung de 31 de Janeiro de 1980 (BGBl. I, p. 116, BGBl. III, p. 26.2). O § 15a, n.° 3, disposição que é posta em relevo no presente caso, foi acrescentado pela EWR-Ausführungsgesetz de 27 de Abril de 1993 (BGBl. I, pp. 512, 528).

Os factos

6. Quando expirou o prazo de transposição estabelecido no artigo 5.° das directivas acima referido, a Comissão não tinha recebido qualquer comunicação da demandada em cumprimento da obrigação nele prescrita. Por carta de 14 de Outubro de 1992, a Comissão convidou, por conseguinte, o Governo alemão a apresentar observações, em conformidade com o disposto no artigo 169.° do Tratado, fixando para esse efeito um prazo de dois meses.

7. Na resposta datada de 17 de Dezembro de 1992 (transmitida à Comissão por carta de 5 de Janeiro de 1993), o Governo alemão esclareceu que o ministro federal do Interior tinha tomado providências no sentido de informar, por circular de 30 de Junho de 1992, os ministros do Interior dos *Länder*, da obrigação de concederem autorização, nos termos da lei alemã relativa aos estrangeiros, às categorias de pessoas definidas pelas duas directivas. Na missiva, dizia-se que a disciplina comunitária fora, deste modo, substancialmente transposta para a ordem interna. Acrescentava-se, todavia, que era intenção do Governo alemão completar também formalmente a disciplina imposta, introduzindo um novo parágrafo (o n.° 3 acima referido) no § 15a da lei relativa ao direito de residência/CEE. Esse novo parágrafo atribuiria uma competência específica ao ministro federal do Interior, para adoptar, com acordo prévio do Bundesrat, os decretos necessários para a aplicação, na ordem jurídica interna, das Directivas 90/364 e 90/365.

8. Seguiu-se uma intensa troca de correspondência entre as partes. Em 23 de Abril de 1993, a Comissão enviou uma carta à demandada referente à transposição da Directiva 90/366/CEE [5]. Por carta de 5 de Maio de 1993, o Governo alemão dirigiu à Comissão uma comunicação, datada de 31 de Março de 1993, relativa à transposição das directivas em causa, bem como à Directiva 90/366. Finalmente, em 2 de Junho, o Governo alemão enviou à Comissão uma comunicação, datada de 20 de Maio de 1993, dando resposta, em relação à Directiva 90/366, à referida carta da demandante com data de 23 de Abril.

9. Em 22 de Setembro de 1993, a Comissão enviou à República Federal da Alemanha um parecer fundamentado em que — considerando, com base nas observações provenientes da administração alemã em resposta à sua carta anterior, que ainda não tinha sido efectuada a transposição anunciada das normas comunitárias para a legislação nacional relativa ao direito de residência/CEE — convidava a demandada a adoptar as medidas necessárias para essa transposição, no prazo de dois meses a contar da data da notificação desse acto.

10. Nas suas observações ao parecer fundamentado, de 24 de Novembro de 1993, o Governo alemão sustentou que a apreciação da Comissão quanto ao alegado incumprimento já tinha sido objecto de contestação na comunicação de 31 de Março de 1993. Nessa ocasião, de facto, tinha afirmado que a referência explícita ao princípio do primado

5 — Directiva do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa ao direito de residência dos estudantes (JO L 180, p. 30).

do direito comunitário sobre o direito nacional, contida na cláusula geral introduzida no § 2, n.° 2, da Ausländergesetz, tornava supérflua a adopção de actos de transposição *ad hoc*. A disposição adoptada tinha sido, com efeito, redigida como uma norma «aberta», capaz de adaptar a legislação nacional a possíveis desenvolvimentos na legislação comunitária introduzidos por novas directivas ou até a princípios resultantes de eventuais decisões do Tribunal. Além disso, insistia-se em que, exclusivamente por razões de uniformidade legislativa, a regulamentação alemã relativa ao direito de residência/CEE (que, segundo se esclarecia, já continha as disposições de direito comunitário em matéria de livre circulação) tinha sido completada, aquando da adopção das normas de aplicação do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, através da emissão de decretos ministeriais relativamente às directivas controversas [6].

11. Na acção proposta pela Comissão em 24 de Março de 1995, pede-se ao Tribunal, em primeiro lugar, que declare que a demandada, ao não adoptar no prazo estabelecido ou ao não comunicar imediatamente à Comissão todas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento às directivas, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado e, em segundo lugar, que a República Federal da Alemanha seja condenada nas despesas.

12. A demandada conclui a sua contestação no sentido de ser negado provimento à acção e de a Comissão ser condenada no pagamento das despesas. Os argumentos a favor deste pedido dizem respeito tanto à admissibilidade do recurso como ao fundo da causa. Analisaremos, por ordem, ambos os aspectos do caso.

Quanto à admissibilidade

13. Relativamente ao primeiro fundamento, o Governo alemão alega que a Comissão deduz, em sede jurisdicional, argumentos jurídicos não suscitados no decurso do processo pré-contencioso. Por esse motivo, o recurso é inadmissível [7]. Mais precisamente, no parecer fundamentado, segundo a demandada, a demandante contestou o incumprimento depois deduzido em juízo, limitando-se a referir que as medidas de transposição anunciadas nas cartas de 5 de Janeiro e de 2 de Junho de 1993 não tinham sido adoptadas nem lhe tinham sido comunicadas.

14. A Comissão não se pronunciou, no entanto, sobre a comunicação oficial do Governo alemão de 31 de Março de 1993, em que se indicava a transposição efectuada com

6 — V. a comunicação da República Federal da Alemanha ao Serviço Jurídico do Conselho e da Comissão, de 31 de Março de 1993 (n.° 2).

7 — Isto com base no acórdão de 12 de Janeiro de 1994, Comissão/Itália (C-296/92, Colect., p. I-1), em que foi decidido que, nos processos ao abrigo do artigo 169.° do Tratado, a petição do recurso não pode ser baseada em acusações diversas das formuladas no parecer fundamentado.

base no princípio do primado do direito comunitário sancionado na disposição remissiva contida na legislação nacional relativa aos estrangeiros. Este argumento apenas foi explicitamente atacado em sede jurisdicional, quando a demandante considerou essas modalidades de transposição inadequadas aos critérios estabelecidos pelo Tribunal [8].

15. A Comissão, por seu lado, entende que o objecto da acção se manteve inalterado no decurso do processo e que continua a consistir na falta de transposição das directivas para a ordem jurídica nacional. Por outro lado, ao contrário do que a demandada assevera, o parecer fundamentado não deixou de tomar em consideração os argumentos invocados pela demandada nas cartas de 5 de Janeiro e de 2 de Junho de 1993. Simplesmente, diz ainda a demandante, decidiu não os acolher. De qualquer modo, afirma a demandante, não era necessário analisar exaustivamente os argumentos da demandada, nem quanto ao fundo, porque os elementos deduzidos não eram susceptíveis de justificar a infracção contestada, nem quanto à economia processual, porque se esperava que a demandada adoptasse dentro do prazo prescrito os actos normativos necessários à correcta transposição das directivas.

16. São estas as posições das partes quanto à admissibilidade do recurso. Cada uma delas subentende, em nossa opinião, uma configuração diferente do processo pré-contencioso. Na óptica da demandante, o processo pré-contencioso limita-se, em função das suas finalidades, a precisar os termos da violação contestada. Segundo a demandada, pelo contrário, deve existir um verdadeiro debate em que os Estados interessados, além de apresentarem as suas observações, devem também estar em posição de obter da Comissão respostas adequadas às observações que apresentam, na sequência da notificação de incumprimento. Só através dessa «discussão prévia das teses do próprio Estado-Membro» é que o processo pode prosseguir eficazmente o objectivo de conduzir o Estado-Membro a pôr fim ao seu comportamento contrário ao Tratado, evitando assim o recurso ao processo jurisdicional [9].

17. O processo suscita, portanto, um problema que tem também grande importância prática. Que tipo de relação se estabelece entre a Comissão e os Estados-Membros no processo pré-contencioso? Não se pode esquecer que a resposta a esta questão interessa para determinar quais as obrigações que incumbem aos sujeitos envolvidos no processo prescrito e como é que a Comissão pode prosseguir eficazmente as finalidades inspiradoras das regras do artigo 169.° do Tratado.

18. Para decidir qual das duas soluções acima expostas é preferível no presente caso, há que caracterizar, antes de mais, a

8 — Os acórdãos referidos pela demandante para o estabelecimento desses critérios são: de 15 de Março de 1990, Comissão/Países Baixos (C-339/87, Colect., p. I-851, em especial p. I-880), e de 30 de Maio de 1991, Comissão/Alemanha (C-361/88, Colect., p. I-2567).

9 — V. tréplica apresentada pelo Governo alemão, n.° 4.

finalidade do processo pré-contencioso. O seu objectivo, segundo nos parece, é duplo [10]. Sob um primeiro ponto de vista, ao prever a fase orientada pelo princípio do contraditório, quis-se delimitar o objecto do litígio, precisar os fundamentos de direito e de facto e pôr o Estado-Membro faltoso em posição de preparar eficazmente a sua própria defesa [11]. Obedecer a essa finalidade, como declarou o Tribunal, constitui «uma garantia essencial querida pelo Tratado, cuja observância é uma condição formal essencial da regularidade do processo de verificação do incumprimento por um Estado-Membro» [12].

19. A segunda função, pelo contrário, é a de estimular — com recurso à «força maiêutica da contradição» [13] — a obtenção de uma eventual solução extrajudicial, de modo a evitar o recurso ao Tribunal, realizando, porém, a finalidade essencial do processo de infracção [14].

20. Ambos os perfis funcionais acima apontados são considerados tendo em conta a gravidade do possível resultado do processo sobre o qual nos debruçamos. Trata-se, de facto, de punir o comportamento de um Estado-Membro. Na sequência dessa decisão, poderá ser accionada a própria responsabilidade do Estado-Membro que incorra em incumprimento. Tal como precisou correctamente, noutra ocasião, o advogado-geral Gand, «dada a margem de incerteza implícita na apreciação de um comportamento, é uma responsabilidade [criticá-lo] que não se pode assumir com ligeireza» [15]. A doutrina também é da mesma opinião. «La *gravité* de la constatation du manquement — escreveu-se — exige que les États membres bénéficient des *garanties procédurales effectives*» [16] («A *gravidade* da declaração de incumprimento exige que os Estados-Membros tenham *garantias processuais efectivas.*»)

21. Estando assim definido o quadro conceptual em que se coloca a fase pré-contenciosa, devemos perguntar-nos quais as obrigações que incumbem à Comissão nesta fase. Vimos que a Comissão deve, no parecer fundamentado, dar uma resposta adequada às observações apresentadas pelo Estado-Membro em resposta ao conteúdo da notificação de incumprimento.

22. Ora, que observações se podem fazer aos argumentos apresentados pelo Governo alemão em relação à admissibilidade? Em primeiro lugar, o objecto do recurso — isto é, a falta de transposição das directivas para a ordem jurídica nacional — manteve-se sempre idêntico no decurso de todo o processo. A notificação de incumprimento, o parecer fundamentado e a acção estão, de facto,

10 — Acórdão de 2 de Julho de 1996, Comissão/Luxemburgo (C-473/93, Colect., p. I-3207, n.° 19).

11 — Acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Comissão/Bélgica (293/85, Colect., p. 305, n.° 13).

12 — Acórdão de 8 de Fevereiro de 1983, Comissão/Reino Unido (124/81, Recueil, p. 203, n.° 6).

13 — A referência é de Benvenuti, F. — «Contraddittorio» (Dir. Adm.), *EDD.*, vol. II, p. 743.

14 — V., neste sentido, acórdão de 1 de Março de 1966, Lütticke (48/65, Colect. 1965-1968, pp. 305, 307): «A parte do processo que precede o recurso ao Tribunal configura uma fase pré-contenciosa destinada a *convidar* o Estado-Membro a conformar-se com o Tratado» (sublinhado nosso).

15 — Conclusões do advogado-geral J. Gand no processo Comissão/Itália (31/69, Recueil 1970, pp. 25, 37, em especial p. 44, Colect. 1969-1970, p. 255).

16 — V. Vandersanden, G.; Barav, A. — *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, p. 115 (sublinhado nosso).

claramente centrados nesse ponto [17]. Dito isto, entendemos, pelas razões que passamos a explicar, que a Comissão não deixou de efectuar uma apreciação jurídica das afirmações da demandada relativamente ao modo de transposição adoptado.

23. A primeira intervenção (por ordem cronológica) do Tribunal, em aplicação do artigo 169.°, dá indicações úteis a este propósito [18]. Nesse acórdão, declara-se que o parecer fundamentado deve indicar com coerência as razões de fundo pelas quais a Comissão acusa o incumprimento do Estado-Membro. Esta declaração é feita em resposta a uma questão prévia de inadmissibilidade suscitada pelo Governo italiano, ao deduzir que a «pertinência dos argumentos» que avançou para justificar a sua atitude não foi tomada em consideração pela Comissão. O Tribunal rejeitou a objecção, seguindo as indicações do advogado-geral Lagrange. Nas conclusões referia-se, em especial, que «o parecer fundamentado é unicamente destinado a precisar o ponto de vista da Comissão com o fim de esclarecer o governo interessado e, eventualmente, o Tribunal» [19].

24. Esta tomada de posição é diversas vezes reforçada num processo posterior, Lütticke [20]. O artigo 169.°, declara o Tribunal nesse acórdão, confere à Comissão exclusivamente o poder de emitir um parecer fundamentado e de intentar acções. Não estamos, assim, perante um poder, como, por exemplo, o previsto no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado, de adoptar medidas vinculativas, e para o qual, com razão, os direitos de defesa dos destinatários do procedimento foram pensados aprofundadamente [21]. Até o significado do princípio do contraditório e a necessidade de que seja completo devem ser entendidos à luz deste outro argumento.

25. Admitimos igualmente, de resto, que a fase pré-contenciosa é caracterizada pela obrigação de tomar em consideração os argu-

17 — O presente caso é bem diferente do referido pela demandada (acórdão de 12 de Janeiro de 1994, Comissão/Itália, já referido). Nesse acórdão, com efeito, a declaração de inadmissibilidade foi proferida devido ao facto de o parecer fundamentado e o recurso configurarem duas acusações substancialmente diferentes entre si. No parecer fundamentado, a República Italiana era acusada de incumprimento das obrigações decorrentes da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9), na medida em que uma autarquia local tinha adjudicado erradamente uma empreitada, por ajuste directo, sem a publicar no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*; no recurso, pelo contrário, a demandada foi acusada de ter faltado à obrigação de vigiar a aplicação efectiva da directiva por parte das autarquias locais adjudicantes e de não ter intervindo para elidir os efeitos da falta de aplicação da directiva. Como se pode ver, os fundamentos do parecer e do recurso eram qualitativamente diferentes entre si.

18 — Acórdão de 19 de Dezembro de 1961, Comissão/Itália [7/61, Colect. 1954-1961, p. 643; v., em especial, a secção B — Quanto à admissibilidade, alínea a), p. 647].

19 — Conclusões do advogado-geral M. Lagrange no processo 7/61 (Colect. 1954-1961, p. 653, em especial p. 660). O parecer fundamentado distingue-se, portanto, da notificação de incumprimento, na medida em que esta última «tem o escopo de circunscrever a matéria em litígio e de fornecer ao Estado-Membro convidado a apresentar as suas observações os dados que sejam necessários à preparação da sua própria defesa» (acórdão de 11 de Julho de 1984, Comissão/Itália, 51/83, Recueil, p. 2793, n.° 4).

20 — Acórdão de 1 de Março de 1966, Lütticke (já referido na nota 14, p. 307).

21 — Acórdão de 12 de Fevereiro de 1992, Países Baixos/Comissão (C-48/90 e C-66/90, Colect., p. I-565).

mentos aqui avançados pela demandada. Resta o facto de que o parecer fundamentado da Comissão faz, no presente caso, referência expressa às comunicações do Governo alemão que contestam a apreciação do incumprimento que lhe é criticado. O próprio conteúdo do parecer fundamentado demonstra, de facto, sem qualquer ambiguidade, que, segundo a Comissão, as autoridades alemãs eram obrigadas a adoptar disposições *ad hoc* para transpor as directivas em questão. O que significa que, para efeitos da transposição, a Comissão julgava insuficientes as medidas consideradas, pelo contrário, absolutamente idóneas pela demandada.

26. Entendemos, portanto, que o Governo alemão foi colocado em condições de sustentar o seu ponto de vista. Tanto a notificação de incumprimento como o parecer fundamentado estabeleciam prazos razoáveis para esse efeito. Por outro lado, como dissemos, o parecer fundamentado comportava, na opinião da Comissão, um claro juízo de insuficiência da transposição efectuada através do § 2, n.º 2, da lei relativa aos estrangeiros. Considerava-se necessária a adopção de outros actos normativos específicos (que, aliás, segundo a demandada, estavam a ser elaborados).

27. Precisemos melhor porque é que o comportamento da Comissão é legítimo. O parecer fundamentado desta instituição não pode ser entendido como um acto cuja função é responder totalmente aos argumentos avançados pelo Estado-Membro demandado nas suas observações. Destina-se, pelo contrário, a precisar a posição da Comissão, na medida do necessário, para permitir que o Estado-Membro prepare a sua defesa e que o Tribunal profira a sua decisão. É verdade que a Comissão só explicitou a sua apreciação sobre a inadequação da transposição em sede jurisdicional. Com isto, todavia, a Comissão não violou qualquer prescrição ou garantia processual. Face ao parecer fundamentado, de que resultam com clareza os fundamentos de direito e de facto que demonstram o incumprimento, a demandada não pode invocar qualquer interesse juridicamente protegido em que o procedimento contraditório seja completo.

28. Consideramos, por conseguinte, que é necessário fundar a decisão de admissibilidade nos elementos decorrentes da jurisprudência do Tribunal: a manutenção do objecto da controvérsia durante todo o processo ao abrigo do artigo 169.º; a existência de prazos razoáveis que permitam a um Estado-Membro cumprir as obrigações que lhe são impostas pelo direito comunitário e preparar eficazmente a sua defesa contra as acusações formuladas pela Comissão [22]; a existência de uma fundamentação coerente, tanto do ponto de vista da análise dos factos como do direito, em apoio do eventual parecer [23]; a eventual indicação das medidas que o Estado-Membro deve adoptar para transpor correctamente a directiva para a sua ordem jurídica [24]. Parece-nos que estas condições estão preenchidas no presente caso. Daqui resulta que a demandada gozou das garantias processuais impostas pela «gravidade» do

22 — Acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Comissão/Bélgica (já referido na nota 11, n.º 14).

23 — Acórdão de 19 de Dezembro de 1961, Comissão/Itália (já referido na nota 18).

24 — Acórdão de 12 de Julho de 1973, Comissão/Alemanha (70/72, Colect., p. 309, n.º 13).

processo. Concluímos, por conseguinte, que o Tribunal deve rejeitar o pedido da demandada e declarar admissível o recurso.

Quanto ao mérito

29. Quanto ao mérito, a demandada alega ter transposto as directivas em questão de modo a observar os critérios estabelecidos pela jurisprudência do Tribunal [25].

30. Em apoio dessa tese, são avançados três argumentos. Em primeiro lugar, a referência, no § 2, n.° 2, da Ausländergesetz, ao princípio do primado do direito comunitário comporta a limitação automática do âmbito da legislação nacional — e, portanto, o reconhecimento do direito de obter a autorização de residência — também a pessoas cuja situação é regulada pelas directivas em causa.

Em segundo lugar, as administrações competentes dos *Länder* foram devidamente informadas da necessidade de dar plena aplicação às normas comunitárias dentro do prazo prescrito para a respectiva transposição para a ordem interna. O que levou as autoridades competentes a apreciar, caso a caso, a existência das condições necessárias ao surgimento do direito de residência, de modo a assegurar a efectiva aplicação da directiva.

Finalmente, segundo a demandada, é tomada em consideração a natureza *self-executing* das normas em análise. Os particulares, diz-se, podem ter fácil acesso à legislação comunitária e estão em condições, mesmo no caso da mera remissão para a ordem comunitária que se encontra na ordem jurídica alemã, de ter um conhecimento claro e preciso dos seus direitos.

31. Os argumentos avançados pelo Governo alemão não nos convencem. A demandada invoca a jurisprudência constante do Tribunal, segundo a qual a transposição de uma directiva para o direito nacional não implica necessariamente a reprodução oficial e textual das suas disposições numa norma expressa e específica. Porém, a jurisprudência é invocada num sentido correcto e integral. É necessário, afirmou o Tribunal, que o contexto jurídico geral «garanta efectivamente a plena aplicação da directiva de forma suficientemente clara e precisa, a fim de que, no caso de a directiva se destinar a criar direitos a favor dos particulares, estes tenham a possibilidade de conhecer todos os seus direitos e de os invocar, eventualmente, perante os tribunais nacionais» [26].

25 — Os critérios são deduzidos do que foi decidido no acórdão de 30 de Maio de 1991, Comissão/Alemanha (C-361/88, Colect., p. I-2567, em especial p. I-2600).

26 — Acórdão de 30 de Maio de 1991, Comissão/Alemanha (já referido na nota 25, n.° 15).

32. Ora, não entendemos que as medidas de transposição adoptadas na ordem jurídica alemã preencham condições deste género. Quanto a outras disposições comunitárias em matéria de liberdade de circulação, foi efectuada uma transposição *ad hoc* para a legislação alemã relativa ao direito de residência/CEE (Aufenthaltsgesetz/EWG) [27]. O que confirma a exactidão do ponto de vista avançado pela Comissão quanto às directivas a transpor neste caso. O «contexto jurídico geral» é constituído, em relação a algumas categorias de pessoas, por direitos expressamente transpostos para a ordem nacional. Em relação a outras categorias de pessoas, os direitos devem ser deduzidos da legislação comunitária, para a qual se remete. Este duplo tratamento — também, e sobretudo, em virtude do facto de, no presente caso, as directivas conferirem direitos aos particulares — torna difícil aos interessados o conhecimento do pleno alcance dos seus direitos e da própria possibilidade de os invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

33. Também não nos parece, aliás, convincente o argumento de que o texto da directiva é acessível aos particulares, graças à publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

Aderir a semelhante opinião, significaria subestimar a obrigação de transposição que impende sobre o legislador nacional. Certamente que, para saber quais são os seus direitos, os particulares podem sempre recorrer às fontes relevantes. Isto não impede, no entanto, que, quando seja necessária, a transposição deva ser efectuada da forma adequada e não de outra forma [28]. Aliás, como precisou o advogado-geral Mischo no processo Emmott, «a publicação das directivas no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*... é fundamentalmente diferente da que se utiliza em relação aos actos obrigatórios para os particulares. Não se trata de uma 'publicação legal', com efeitos jurídicos, como no caso dos regulamentos, mas unicamente de uma publicação para informação» [29]. Nem pode ser relevante, a este propósito, a alegada natureza *self-executing* dos actos em análise no nosso caso. Estamos sempre em presença de directivas, mesmo que pormenorizadas, e tanto as disposições do Tratado como o referido artigo 5.° das directivas em causa

27 — Excepto da Directiva 93/96/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa ao direito de residência dos estudantes (JO L 317, p. 59). Também em relação a esta directiva, subsistem, segundo a Comissão, problemas de transposição análogos aos que se verificam quanto às Directivas 90/364 e 90/365.

28 — Não parece, pois, de fácil compreensão o raciocínio do Governo alemão sobre o artigo 8.°-A do Tratado. Este artigo dispõe que o direito à livre circulação é reconhecido «sem prejuízo das limitações e condições previstas no presente Tratado e nas disposições adoptadas em sua aplicação». Portanto, o direito é reconhecido dentro dos limites em que é concretamente determinado no próprio Tratado e no direito comunitário derivado. Por causa desta formulação, a demandada alega que os cidadãos devem ter conhecimento do direito consagrado no artigo 8.°-A através da remissão para o direito derivado. Seria, assim, legítima a remissão da legislação alemã que, em substância, pede aos particulares que tomem conhecimento do seu direito de residência directamente a partir das Directivas 90/364 e 90/365. Ora, tal argumentação parece-nos viciada, na medida em que valoriza conjuntamente dois argumentos que são e devem permanecer diferentes. Quanto à disposição do Tratado, limita-se a reconhecer um direito, especificando, simultaneamente, o âmbito das suas possíveis limitações, tanto por referência directa a outras disposições do Tratado como às disposições que as instituições adoptam em aplicação do mesmo. Trata-se de um argumento, como é fácil de perceber, completamente diferente do argumento relativo à aplicação da directiva. Esta é uma operação que se articula através da obrigação de transposição da disposição comunitária para a ordem interna e à qual, sob pena de se infirmar a distinção entre os actos comunitários contida no artigo 189.° do Tratado, não se pode opor a possibilidade de os particulares conhecerem directamente as disposições comunitárias.

29 — Conclusões no processo C-208/90 (Colect. 1991, pp. I-4269, I-4284, n.° 27).

prevêem, expressamente, o recurso necessário à transposição. Os direitos reconhecidos pelo legislador comunitário, com dizíamos, devem, assim, resultar com suficiente clareza do contexto legislativo nacional — a transposição serve para isso — e sem necessidade de remeter para disposições comunitárias a ser transpostas.

34. Há outro factor a considerar. O motivo que levou o Governo alemão a completar, em 1993, a legislação em matéria de residência com a previsão de uma delegação, no ministro do Interior, para a adopção de decretos de aplicação das disposições comunitárias, foi dar à administração nacional uma base jurídica unitária [30]. Ora, mesmo aderindo à exposição da demandada, segundo a qual a legislação preexistente deve considerar-se já suficiente para satisfazer as obrigações de transposição, subsiste, no entanto, a exigência de esclarecer e ordenar a matéria regulada pela directiva a nível legislativo. Esta é outra razão para entender que a transposição efectuada no presente caso é insuficiente, pelo menos no aspecto agora referido. Com as medidas adoptadas e sem as medidas pedidas pela Comissão, falta, com efeito, aquele «regime legal preciso no domínio em questão» que os Estados-Membros, no sentido da jurisprudência do Tribunal, devem estabelecer para garantir a plena aplicação das directivas [31]. Importa, além disso, observar como esse argumento é implicitamente confirmado pela circunstância de a delegação prevista no acto normativo não ter sido ainda utilizada pelas autoridades administrativas alemãs para regular a situação dos residentes abrangidos pelas directivas, até agora inaplicadas. Isto depõe no sentido do incumprimento da demandada — se se quiser, parcial, mas sempre ilícito — face às obrigações decorrentes dos artigos 5.os das directivas.

35. Por fim, concordamos com a Comissão quanto ao outro argumento avançado pela demandada. Esta última sustenta que tinha advertido as autoridades competentes dos *Länder* da necessidade de atribuir autorizações de residência também aos sujeitos cuja posição é regulada pelas directivas em questão. As circulares administrativas, porém, não têm efeitos jurídicos directos nos particulares. As circulares não contribuem para satisfazer directamente a exigência, que o Tribunal entende ser imprescindível, de garantir ao indivíduo a possibilidade de conhecer plenamente os seus direitos, de modo a poder reivindicá-los perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

36. À luz das considerações precedentes, portanto, há que concluir que o conteúdo normativo das directivas cuja aplicação é controversa não foi transposto com a especificidade, a precisão e a clareza necessárias, segundo a jurisprudência do Tribunal, para garantir plenamente a certeza do direito e das situações jurídicas subjectivas garantidas aos particulares.

30 — V. a comunicação do Governo alemão de 23 de Novembro de 1993, que remete, aliás, para a comunicação de 31 de Março de 1993.

31 — V. acórdão de 30 de Maio de 1991, Comissão/Alemanha (já referido na nota 25, n.º 24).

Conclusões

Em síntese, propomos ao Tribunal de Justiça que:

1) Declare admissível a acção intentada pela Comissão, para declarar o incumprimento da República Federal da Alemanha relativamente à falta de transposição das Directivas 90/364/CEE e 90/365/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990.

2) Declare que a República Federal da Alemanha, ao não adoptar nos prazos estabelecidos todas as disposições necessárias para que a legislação nacional fique conforme com as disposições das Directivas 90/364/CEE e 90/365/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, não cumpriu as obrigações de transposição que lhe incumbiam.

3) Condene a República Federal da Alemanha no pagamento das despesas.