CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 10 de Abril de 2008 [1]

1. No presente processo de decisão prejudicial, o Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich (Austria) (secção administrativa independente do Land de Niederösterreich) pretende saber se os actos que, nos termos do artigo 254.º CE, devem ser objecto de publicação no Jornal Oficial, constituem «documentos» na acepção do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 («Regulamento relativo ao Acesso a Documentos») [2], e se os regulamentos ou partes destes que, contrariamente ao prescrito no artigo 254.º, n.º 2, CE, não tenham sido publicados no Jornal Oficial da União Europeia, têm força vinculativa.

Quadro jurídico

Disposições relevantes de direito comunitário respeitantes à publicação ou ao acesso a documentos

Disposições do Tratado

2. O segundo parágrafo do artigo 1.º UE refere:

«O presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao nível mais próximo possível dos cidadãos.»

1 — Língua original: inglês.

2 — Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JO L 145, p. 43).

3. O artigo 254.º CE estabelece:

«1. Os regulamentos, directivas e decisões adoptados de acordo com o procedimento a que se refere o artigo 251.º são [3] publicados no Jornal Oficial das Comunidades Europeias. […]

2. Os regulamentos do Conselho e da Comissão, assim como as directivas destas instituições dirigidas a todos os Estados-Membros, são publicados no Jornal Oficial das Comunidades Europeias. […]

3. As outras directivas, bem como as decisões, são notificadas aos respectivos destinatários produzindo efeitos mediante essa notificação.»

4. O artigo 255.º CE estabelece:

«1. Todos os cidadãos da União e todas as pessoas singulares ou colectivas que residam ou tenham a sua sede social num Estado-Membro têm direito de acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, sob reserva dos princípios e condições a definir nos termos dos n.os 2 e 3.

2. Os princípios gerais e os limites que, por razões de interesse público ou privado, hão-de reger o exercício do direito de acesso aos documentos serão definidos pelo Conselho, deliberando nos termos do artigo 251.º, no prazo de dois anos a contar da data da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão.

3. Cada uma das citadas instituições estabelecerá, no respectivo regulamento interno, disposições específicas sobre o acesso aos seus documentos.»

O Regulamento relativo ao Acesso a Documentos

5. Os primeiros quatro considerandos estabelecem as bases do regulamento, salientando a importância da abertura, da transparência e da responsabilidade. O primeiro considerando invoca expressamente o artigo 1.º UE. O segundo considerando explica que a maior abertura permite garantir uma maior legitimidade, eficácia e responsabilidade da Administração perante os cidadãos num sistema democrático. O terceiro conside-

3 — Que contém o procedimento designado de «co-decisão».

rando indica que o regulamento «consolida as iniciativas que as instituições já tomaram para aumentar a transparência do processo decisório». O quarto considerando enumera os objectivos do regulamento:

«O presente regulamento destina-se a permitir o mais amplo efeito possível do direito de acesso do público aos documentos e a estabelecer os respectivos princípios gerais e limites, em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 255.º [CE].»

6. O artigo 1.º, alínea a), do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos refere que o regulamento tem por objectivo

«Definir os princípios, as condições e os limites que, por razões de interesse público ou privado, regem o direito de acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (adiante designados 'instituições'), previsto no artigo 255.º do Tratado CE, de modo a que o acesso aos documentos seja o mais amplo possível.»

7. O artigo 2.º, n.º 1, refere que «[t]odos os cidadãos da União e todas as pessoas singulares ou colectivas que residam ou tenham a sua sede social num Estado-Membro têm direito de acesso aos documentos das instituições, sob reserva dos princípios, condições e limites estabelecidos no presente regulamento».

8. O artigo 2.º, n.º 3, prevê a aplicabilidade do regulamento «a todos os documentos na posse de uma instituição, ou seja, aos documentos por ela elaborados ou recebidos que se encontrem na sua posse, em todos os domínios de actividade da União Europeia». O artigo 2.º, n.º 5, permite que os «documentos sensíveis na acepção do n.º 1 do artigo 9.º», sejam «sujeitos a tratamento especial».

9. O artigo 3.º, alínea a), define «documento» como «qualquer conteúdo, seja qual for o seu suporte (documento escrito em suporte papel ou electrónico, registo sonoro, visual ou audiovisual) sobre assuntos relativos às políticas, acções e decisões da competência da instituição em causa».

10. Os artigos 4.º e 9.º prevêem disposições especiais relativas a certas excepções ao princípio do acesso público a documentos. Assim, o artigo 4.º estabelece:

«1. As instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a protecção:

a) Do interesse público, no que respeita:

— à segurança pública,

— à defesa e às questões militares,

[…]»

11. O artigo 9.º, n.º 1, define «documentos sensíveis» como «documentos emanados das instituições ou das agências por elas criadas, dos Estados-Membros, de Estados terceiros ou de organizações internacionais, classificados como 'TRÈS SECRET/TOP SECRET', 'SECRET', ou 'CONFIDENTIEL' [sic] por força das regras em vigor no seio da instituição em causa que protegem os interesses essenciais da União Europeia ou de um ou vários dos seus Estados-Membros abrangidos pelo n.º 1, alínea a), do artigo 4.º, em especial a segurança pública, a defesa e as questões militares». O resto do artigo 9.º estabelece, designadamente, que os próprios pedidos de acesso a documentos sensíveis devem ser tratados exclusivamente por pessoas autorizadas a tomar conhecimento do seu conteúdo. Cabe também a estas pessoas decidir as referências de tais documentos que poderão ser inscritas no registo público de documentos previsto no artigo 11.º As instituições que recusem o acesso a tais documentos deverão fundamentar essa decisão; e as regras previstas nas instituições relativas aos documentos sensíveis serão tornadas públicas.

12. O artigo 13.º contém disposições especiais sobre a publicação no Jornal Oficial:

«1. Sem prejuízo dos artigos 4.º e 9.º, são publicados no Jornal Oficial, para além dos actos referidos nos n.os 1 e 2 do artigo 254.º do Tratado CE […] os seguintes documentos:

a) As propostas da Comissão;

b) As posições comuns aprovadas pelo Conselho de acordo com os processos referidos nos artigos 251.º e 252.º do Tratado CE e as respectivas notas justificativas, bem como as posições do Parlamento Europeu nesses processos;

[…]»

«2. Tanto quanto possível, são publicados no Jornal Oficial os seguintes documentos:

...

c) As directivas que não as referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 254.º do Tratado CE, as decisões que não as referidas n.º 1 do artigo 254.º do Tratado CE, as recomendações e os pareceres.

3. [...]»

Regulamento n.º 2320/2002

13. O artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 2320/2002 [4] explica que regulamento tem por objectivo principal «estabelecer e implementar as medidas comunitárias adequadas, destinadas a evitar actos de interferência ilegal contra a aviação civil».

14. O artigo 4.º, n.os 1 e 2, estabelece:

«1. As normas de base comuns sobre medidas de segurança da aviação [...] constam do anexo.

2. As medidas necessárias à execução e à adaptação técnica destas normas de base comuns são adoptadas nos termos do n.º 2 do artigo 9.º [5], tendo devidamente em consideração os diversos tipos de operações e o carácter sensível das medidas relativas aos seguintes aspectos:

a) Critérios de desempenho e ensaios de aceitação de equipamentos;

b) Procedimentos detalhados que contenham informações de carácter sensível;

c) Critérios detalhados para derrogações às medidas de segurança.»

4 — Regulamento (CE) n.º 2320/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo ao estabelecimento de regras comuns no domínio da segurança da aviação civil (JO L 355, p. 1).

5 — Um procedimento de comité de regulamentação.

15. O artigo 6.º dispõe:

«Os Estados-Membros podem aplicar, no respeito do direito comunitário, medidas mais rigorosas do que as previstas no presente regulamento. Os Estados-Membros informam a Comissão da natureza dessas medidas tão rapidamente quanto possível após a sua aplicação.»

16. O artigo 8.º, relativo à difusão de informações, estabelece:

«1. Sem prejuízo do direito de acesso do público aos documentos estabelecido no [Regulamento relativo ao Acesso a Documentos]

a) As medidas relativas aos

i) critérios de desempenho e aos ensaios de aceitação de equipamentos;

ii) procedimentos detalhados que contenham informações de carácter sensível;

iii) critérios detalhados para derrogações às medidas de segurança;

a que se refere o n.º 2 do artigo 4.º;

…

são secretos e não são publicados. Apenas são colocados à disposição das autoridades a que se refere o n.º 2 do artigo 5.º [6], as quais só os comunicam às partes interessadas com base no princípio da necessidade de saber, nos termos da regulamentação nacional aplicável à difusão de informações de carácter sensível.

[…]»

6 — Uma autoridade designada por cada Estado-Membro.

17. O artigo 12.º estabelece que as sanções a aplicar em caso de infracção às disposições do presente regulamento devem ser «eficazes, proporcionadas e dissuasivas».

18. O anexo referido no artigo 4.º, n.º 1, foi devidamente publicado como parte integral do regulamento. Contém, designadamente, normas de base comuns sobre o rastreio de passageiros (ponto 4.1) e o rastreio da bagagem de cabina (ponto 4.3). Todos os passageiros que partem serão rastreados para evitar a introdução de artigos proibidos nas zonas restritas de segurança e a bordo da aeronave. A respectiva bagagem de cabina será rastreada antes de ser autorizada a entrar numa zona restrita de segurança e a bordo da aeronave e serão retirados ao passageiro todos os artigos proibidos, ou ser-lhe-á proibido o acesso à zona restrita de segurança ou à aeronave, se for caso disso.

Regulamentos de execução adoptados pela Comissão

19. O ponto 1.18 do anexo define «artigo proibido» como um «objecto susceptível de servir para praticar actos de interferência ilegal e que não tinha sido devidamente declarado e sujeito às disposições legislativas e regulamentares em vigor.» A lista indicativa dos referidos artigos consta do «apêndice» (publicado) do anexo, que contém orientações para a classificação de artigos proibidos. A frase introdutória tem o seguinte teor: «Estas orientações abordam as várias formas possíveis de armas e de artigos sujeitos a restrições. Para avaliação dos objectos susceptíveis de poderem eventualmente ser utilizados como armas deverá, contudo, imperar o bom senso». Os «Objectos contundentes: matracas, mocas, tacos de basebol ou instrumentos similares» são enumerados na alínea iii) do apêndice. A alínea vi) refere: «Outros objectos: picadores de gelo, paus ferrados utilizados por alpinistas, navalhas de barbear e tesouras com lâminas alongadas os quais, embora não sejam geralmente considerados armas mortíferas ou perigosas podem, contudo, ser usados como armas, incluindo os brinquedos e as reproduções de objectos com a forma de armas ou de granadas». A alínea vii) continua: «Objectos de toda a espécie susceptíveis de levantar suspeitas razoáveis de que qualquer um dos seus componentes pode ser usado para simular uma arma mortífera. Trata-se designadamente, mas não só, de objectos que se assemelham a artigos explosivos e de outros objectos susceptíveis de serem confundidos com armas ou artigos perigosos».

20. Os primeiros dois considerandos do Regulamento (CE) n.º 622/2003 (a seguir «Regulamento n.º 622/2003») [7] que estabelece regras de aplicação do Regulamento n.º 2320/2002, explicam a sua forma e a sua publicação limitada nos seguintes termos:

7 — Regulamento (CE) n.º 622/2003 da Comissão, de 4 de Abril de 2003, relativo ao estabelecimento de medidas de aplicação das normas de base comuns sobre a segurança da aviação (JO L 89, p. 9) O anexo não publicado foi alterado por diversas ocasiões, mais recentemente pelo Regulamento (CE) n.º 23/2008 da Comissão de 11 de Janeiro de 2008 (JO L 9, p. 12). A parte substantiva do texto só foi alterada uma vez, quando o Regulamento (CE) n.º 65/2006 da Comissão de 13 de Janeiro de 2006 (JO L 11, p. 4) inseriu o artigo 3.º A (relativo a novos métodos e processos técnicos).

«(1) A Comissão é instada a adoptar medidas de aplicação das normas de base comuns sobre a segurança da aviação em toda a União Europeia. O regulamento é o instrumento mais adequado para esse fim.

(2) Nos termos do Regulamento […] n.º 2320/2002 e de forma a evitar actos ilegais, as medidas descritas no anexo a este regulamento deveriam ser secretas e não ser publicadas.»

21. O artigo 1.º refere que o regulamento estabelece as necessárias medidas de aplicação e adaptação técnica das normas de base comuns sobre a segurança da aviação que deverão ser inseridas nos programas nacionais de segurança da aviação civil.

22. O artigo 3.º contém disposições em matéria de confidencialidade. Refere que as «medidas mencionadas no artigo 1.º são enunciadas no anexo. As referidas medidas são confidenciais e não deverão ser publicadas, sendo disponibilizadas apenas a pessoas devidamente autorizadas por um Estado-Membro ou pela Comissão».

23. Os regulamentos subsequentes que alteram o anexo do Regulamento n.º 622/2003 contêm, cada um deles, à excepção do Regulamento n.º 1477/2007 [8], um artigo que prevê que o «anexo do Regulamento (CE) n.º 622/2003 é alterado tal como indicado no anexo do presente regulamento. O artigo 3.º do referido regulamento é aplicável no que respeita ao carácter confidencial do anexo [9] ao presente regulamento» [10].

24. O Regulamento n.º 68/2004 [11], o primeiro regulamento que altera o anexo do Regula-

8 — Regulamento (CE) n.º 1477/2007 da Comissão, de 13 de Dezembro de 2007 (JO L 329, p. 22).

9 — «O anexo» do Regulamento (CE) n.º 68/2004 da Comissão de 15 de Janeiro de 2004 (JO L 10, p. 14).

10 — O sexto considerando do Regulamento n.º 1477/2007 prevê: «As medidas previstas no presente regulamento não se incluem nas que, nos termos do Regulamento (CE) n.º 2320/2002, são secretas e não devem ser publicadas». A segunda frase do artigo 1.º prevê, em conformidade, que o artigo 3.º do Regulamento n.º 622/2003 não é aplicável no que respeita ao carácter confidencial do anexo do «presente regulamento». O anexo do regulamento foi devidamente publicado e tem o seguinte teor: «O anexo 3 passa a ter a seguinte redacção: 'Anexo 3[,] República de Singapura[,] aeroporto de Changi'». Uma vez que, ao contrário do afirmado pela Comissão na audiência, o resto do anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) permanece não publicado, a declaração do anexo do Regulamento n.º 1477/2007 pode ser descrita como «délfica».

11 — Este é o regulamento identificado como o regulamento relevante pelo órgão jurisdicional de reenvio. Durante a audiência, chegou-se a esta conclusão porque as alterações introduzidas pelo regulamento de alteração subsequente [Regulamento (CE) n.º 857/2005 de 6 de Junho de 2005 (JO 2005 L 143, p. 9), a última alteração antes de ocorrer o incidente que deu origem ao pedido de decisão prejudicial] não alteraram a lista de artigos proibidos do anexo do Regulamento n.º 622/2003. A seguir, referir-me-ei simplesmente a «Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada)» para identificar a versão do Regulamento n.º 622/2003 aplicável na época dos factos. Uma vez que os anexos de todos os regulamentos subsequentes não estão publicados (tal como o anexo original do Regulamento n.º 622/2003), não me foi possível verificar se a lista de artigos proibidos foi alterada desde a versão criada pelo anexo do Regulamento n.º 68/2004.

mento n.º 622/2003, contém os seguintes considerandos relevantes:

«(2) Nos termos do Regulamento (CE) n.º 2320/2002, e de forma a evitar actos ilegais, as medidas estabelecidas no anexo do Regulamento (CE) n.º 622/2003 são confidenciais e não estão publicadas. A qualquer acto que o altere deverá necessariamente aplicar-se a mesma regra [12].

(3) É todavia necessário estabelecer uma lista harmonizada, acessível ao público, que enumere separadamente os artigos que os passageiros estão proibidos de levar para zonas restritas e para as cabinas das aeronaves e os artigos que é proibido levar em bagagem transportada no porão das aeronaves.

(4) É facto reconhecido que tal lista nunca poderá ser exaustiva. A autoridade adequada deverá, consequentemente, dispor da faculdade de proibir outros artigos além dos incluídos na lista. Os passageiros devem ser claramente informados, antes e durante a fase de aceitação, de quais são os artigos proibidos.»

25. Apesar do terceiro e do quarto considerandos, o texto publicado do Regulamento n.º 68/2004 não continha uma lista, acessível ao público, de artigos proibidos.

26. Os regulamentos subsequentes que alteram o anexo do Regulamento n.º 622/2003 não contêm considerandos equivalentes, até ao Regulamento n.º 1546/2006 [13], que reuniu os conceitos contidos no segundo, terceiro e quarto considerandos do Regulamento n.º 68/2004 num único considerando:

«(3) Nos termos do Regulamento (CE) n.º 2320/2002, a fim de evitar actos de interferência ilegal, as medidas estabelecidas no anexo do Regulamento (CE) n.º 622/2003 devem ser secretas e não devem ser publicadas. A mesma regra aplica-se necessariamente a qualquer acto que o altere. Não obstante, os passageiros devem ser devidamente informados das regras aplicáveis aos artigos proibidos a bordo de aeronaves.»

12 — No terceiro considerando do Regulamento (CE) n.º 437/2007 de 20 de Abril de 2007 (JO L 104, p. 16) e no sexto considerando do Regulamento (CE) n.º 915/2007 (JO L 200, p. 3), foi utilizada uma redacção ligeiramente diferente, mas no mesmo sentido: «Nos termos do Regulamento (CE) n.º 2320/2002, as medidas previstas no anexo do Regulamento (CE) n.º 622/2003 foram classificadas e não foram publicadas. O mesmo princípio aplica-se necessariamente a qualquer acto modificativo». [N.T. versão portuguesa do terceiro considerando do Regulamento (CE) n.º 437/2007; embora a versão inglesa dos dois considerandos coincida, a versão portuguesa diverge; a seguir, versão portuguesa do sexto considerando do Regulamento (CE) n.º 915/2007: «Nos termos do Regulamento (CE) n.º 2320/2002, as medidas estabelecidas no anexo do Regulamento (CE) n.º 622/2003 são confidenciais e não foram publicadas. A qualquer acto que o altere deve necessariamente aplicar-se a mesma regra»].

13 — Regulamento (CE) n.º 1546/2006 da Comissão, de 4 de Outubro de 2006 (JO L 286, p. 6).

27. Apesar deste considerando, o texto publicado do Regulamento n.º 1546/2006 (tal como os seus antecessores) não continha uma lista, acessível ao público, de artigos proibidos [14].

As directrizes em matéria de redacção

28. Em 22 de Dezembro de 1998, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão concluíram um acordo interinstitucional sobre as directrizes comuns em matéria de qualidade de redacção da legislação comunitária [15]. As directrizes não têm carácter juridicamente vinculativo [16]. Contêm, designadamente, os seguintes princípios gerais:

«1. Os actos legislativos comunitários devem ser formulados de forma clara, simples e precisa.

[…]

3. A redacção dos actos deve ter em conta as pessoas a quem o acto se destina a ser aplicado, de forma a permitir-lhes um conhecimento sem ambiguidades dos seus direitos e obrigações […]

[…]

10. Os considerandos têm por objectivo motivar, de forma concisa, as disposições essenciais do articulado […] Não devem comportar disposições de carácter normativo […] [17]

22. Os elementos técnicos do acto devem ser incorporados em anexos, a que se faz referência individualmente no dispositivo do acto. Os anexos não devem comportar qualquer direito ou obrigação novo que não tenha sido enunciado no dispositivo.»

14 — É possível que, tendo em conta este considerando, a lista de artigos proibidos tenha sido alterada pelo anexo do Regulamento n.º 1546/2006. Não me foi possível confirmar este facto.

15 — (JO 1999 C 73, p. 1), a seguir «acordo interinstitucional em matéria de redacção».

16 — V. sétimo considerando.

17 — V. também o acórdão de 12 de Julho de 2005, Alliance for Natural Health e o. (C-154/04 e C-155/04, Colect., p. I-6451, n.º 92), que se refere ao acordo interinstitucional.

O processo principal e as questões prejudiciais

29. Em 25 de Setembro de 2005, depois de fazer o check-in para o seu voo, o Dr Heinrich apresentou-se no controlo de segurança no Aeroporto de Vienna-Schwechat. Verificou-se que a sua bagagem de cabina continha raquetes de ténis. Uma vez que estas faziam alegadamente parte dos artigos proibidos [18], foi-lhe recusada a passagem do controlo de segurança. Ao que parece, este subiu, não obstante, a bordo da aeronave com as raquetes de ténis na sua bagagem de cabina [19]. O pessoal de segurança pediu-lhe subsequentemente que abandonasse a aeronave.

30. O Dr Heinrich instaurou uma acção judicial no órgão jurisdicional de reenvio, que salienta que as pessoas que transportem consigo artigos proibidos enumerados no anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) não estão autorizadas a passar no controlo de segurança e a embarcar no avião e que, em caso de transgressão dessas disposições, as sanções «eficazes, proporcionadas e dissuasivas», exigidas pelo artigo 12.º do Regulamento (CE) n.º 2320/2002, devem ser aplicadas. Considera, assim, que o conteúdo do anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) não se dirige de modo nenhum exclusivamente aos órgãos estatais, mas também ao sujeito de direito individual, que está obrigado a dar cumprimento ao referido regulamento. No entanto, o cumprimento desta obrigação é impossibilitado pelo facto de o anexo do Regulamento n.º 622/2003, na sua redacção alterada pelo Regulamento n.º 68/2004, não ter sido publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* e, portanto, não ser acessível ao público.

31. O órgão jurisdicional de reenvio considera que a não publicação de regulamentos (ou de partes destes) no Jornal Oficial, contrariamente ao imposto no artigo 254.º, n.os 1 e 2, CE, constitui uma violação do princípio do Estado de direito de tal forma grave que tais regulamentos são legalmente inexistentes e, portanto, não vinculativos. Refere-se ao artigo 42.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que realça a importância do «acesso ao direito».

32. O órgão jurisdicional de reenvio também considera que o Regulamento relativo ao Acesso a Documentos não pode ser invocado para restringir o acesso a actos que vinculam juridicamente os particulares e que, designadamente por esse motivo, devem ser objecto de publicação no Jornal Oficial.

18 — As raquetes de ténis não estão enumeradas, em si mesmas, no apêndice (publicado) do anexo do Regulamento n.º 2320/2002, embora as alíneas (iii), (vi) e (vii) possam indicar que poderiam seu utilizadas como armas e, portanto, também deviam, provavelmente, ser proibidas.

19 — Não me pronuncio sobre a questão de saber se a acção do Dr Heinrich de embarcar na aeronave depois de lhe ter sido impedida a passagem no controlo de segurança foi um acto separado (agravante) ou se deve ser considerado parte integral da questão global de saber se lhe era permitido avançar para a aeronave com as suas raquetes de ténis. A apreciação dessa questão compete ao órgão jurisdicional nacional.

33. O órgão jurisdicional de reenvio decidiu, por conseguinte, submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«(1) Os actos que, nos termos do artigo 254.º CE, devem ser objecto de publicação no Jornal Oficial da União Europeia, constituem documentos na acepção do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão?

(2) Os regulamentos ou partes destes que, contrariamente ao prescrito no artigo 254.º, n.º 2, CE, não tenham sido publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*, têm força vinculativa?»

34. Foram apresentadas observações escritas pelos governos checo, finlandês, francês, alemão, grego, húngaro, polaco e sueco, assim como pelo Conselho e pela Comissão.

35. Na audiência realizada em 13 de Novembro de 2007, as partes que apresentaram observações escritas (com excepção dos governos francês, alemão e húngaro) e, além desses, os governos austríaco, dinamarquês e do Reino Unido, e o Parlamento Europeu, estiveram presentes e fizeram alegações orais [20].

Admissibilidade

36. Diversos Estados-Membros sugeriram, por diferentes motivos que coincidem em parte, que o pedido de decisão prejudicial era total ou parcialmente inadmissível.

37. Os governos francês, alemão e do Reino Unido alegam que, pelo facto de o órgão jurisdicional de reenvio não especificar, nem as condições em que o Dr Heinrich instaurou a acção, nem o objectivo desta, é impossível determinar se, para a decisão do processo pendente no órgão jurisdicional nacional, é necessária a resposta às questões prejudiciais submetidas. O Governo francês sugere ainda que a primeira questão é inadmissível porque a aplicação do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos não é da competência dos tribunais nacionais; e a segunda questão é inadmissível porque as autoridades austríacas, em todo o caso, eram competentes

20 — Dr Heinrich esteve presente na audiência, mas não se fez representar e nem apresentou observações.

para proibir o embarque na aeronave de objectos proibidos. O órgão jurisdicional nacional não colocou a única questão pertinente, que era a de saber se as normas nacionais em causa são compatíveis com o Regulamento n.º 2320/2002. O Governo alemão sustenta que a base jurídica das medidas impugnadas se deve encontrar no direito austríaco e não nos regulamentos referidos pelo órgão jurisdicional de reenvio, que não explicou de que forma a declaração da invalidade desses regulamentos podia afectar a validade das normas nacionais aplicáveis.

38. Embora não questione expressamente a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, o Governo sueco interroga-se quanto à relevância directa da não publicação do anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) para a questão de saber se o Dr Heinrich podia conhecer as suas obrigações jurídicas. Na audiência, o Governo do Reino Unido também questionou a relevância da não publicação do anexo para o desenlace do processo nacional. Sugeriu que o Dr Heinrich podia ter obtido a necessária informação da Internet, mais concretamente de um comunicado de imprensa da Comissão [21] e/ou dos sítios web do aeroporto e da companhia aérea, assinalando que no sítio web das Austrian Airlines [22] aparece uma lista de artigos proibidos.

39. É necessário examinar estes argumentos.

40. Segundo a jurisprudência constante, para que o Tribunal de Justiça possa fornecer uma interpretação do direito comunitário que seja útil ao órgão jurisdicional nacional, este deve definir o quadro factual e legal em que se inscrevem as questões que coloca ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que assentam estas questões [23].

41. As informações fornecidas na decisão de reenvio devem também dar aos Governos dos Estados-Membros e às outras partes interessadas a possibilidade de apresentarem observações em conformidade com o artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça decidiu reiteradamente que lhe cabe velar por que esta possibilidade seja salvaguardada, tendo em conta o facto de que, nos termos da disposição referida, apenas a decisão de reenvio propriamente dita é notificada às partes interessadas [24].

42. É verdade que a decisão de reenvio não refere expressamente o objectivo do Dr Heinrich ao instaurar a acção. No entanto, a substância da sua denúncia é perfeitamente clara. O Dr Heinrich afirma que não foi informado de que as raquetes de ténis fossem

21 — Comunicado de imprensa da Comissão IP/04/59 de 16 de Janeiro de 2004, disponível *online* em http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/59&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en. As raquetes de ténis não aparecem como artigos proibidos naquela lista. Contudo, sem o texto do anexo não publicado, não é possível saber se a lista do comunicado de imprensa é uma réplica exacta da lista de artigos proibidos desse anexo.

22 — Resulta, no entanto, do processo nacional que o Dr Heinrich não viajava com a Austrian Airlines.

23 — V. acórdão de 23 de Março de 2006, Enirisorse (C-237/04, Colect., p. I-2843, n.º 17 e a jurisprudência aí referida).

24 — V. acórdão Enirisorse, referido na nota 23 *supra*, n.º 18, e a jurisprudência aí referida.

artigos proibidos na bagagem de cabine e que se sujeitaria a sanções (e lhe seria recusado o embarque) se tentasse levá-los consigo para a cabine da aeronave. Sustenta que os agentes de segurança que efectuaram o embarque da aeronave e que o obrigaram a abandoná-la agiram, portanto, ilegalmente [25].

43. Resulta dos autos do processo nacional que as autoridades nacionais, tanto na correspondência electrónica com o Dr Heinrich, como no órgão jurisdicional nacional, se basearam no direito comunitário, na forma dos Regulamentos n.os 2320/2002 e 622/2003 (na sua redacção alterada), como base para a classificação (no âmbito do direito nacional) das raquetes de ténis como artigos proibidos [26].

44. No órgão jurisdicional nacional, o Dr Heinrich invocou, portanto, o facto de o anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada pelo Regulamento n.º 68/2004) não ter sido publicado.

45. Resulta das observações escritas e orais apresentadas no Tribunal de Justiça que as informações contidas na decisão de reenvio permitiram às partes tomar utilmente posição sobre as questões prejudiciais [27]. Elementos pertinentes da informação adicional disponível do processo do órgão jurisdicional nacional foram resumidos no relatório para audiência e, portanto, levados ao conhecimento das partes com vista à audiência, no decurso da qual essas entidades puderam, se o entendessem, completar as suas observações [28].

46. Considero que o órgão jurisdicional de reenvio cumpriu o seu dever de fornecer ao Tribunal de Justiça elementos suficientes sobre o enquadramento factual e legal do litígio no processo principal para que este possa interpretar as normas comunitárias em causa à luz da situação que é objecto desse litígio. O pedido de decisão prejudicial não deve, por conseguinte, ser declarado inadmissível com esse fundamento [29].

47. Quanto à pertinência das questões prejudiciais, constitui jurisprudência constante que, no âmbito do instrumento de cooperação constituído pelo procedimento previsto no artigo 234.º CE, compete apenas ao juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que coloca ao

25 — O próprio Dr Heinrich não apresentou observações escritas, nem observações orais. No entanto, se os factos que alega nas observações escritas que apresentou no processo nacional (incluídos no processo do órgão jurisdicional nacional apresentado na Secretaria do Tribunal de Justiça) fossem considerados provados pelo órgão jurisdicional nacional apontariam para uma grande falta de segurança jurídica.

26 — Não foi submetida nenhuma questão prejudicial quanto à interpretação ou à validade do Regulamento n.º 2320/2002.

27 — Acórdão de 21 de Setembro de 2000, ABBOI (C-109/99, Colect., p. I-7247, n.º 44).

28 — V. também acórdão ABBOI, já referido na nota 27 *supra*, n.º 45, e a jurisprudência aí referida.

29 — V., novamente, acórdão ABBOI, já referido na nota 27, n.os 46 e 47.

Tribunal de Justiça. Consequentemente, desde que as questões colocadas pelo juiz nacional sejam relativas à interpretação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se [30]. As questões relativas à interpretação do direito comunitário gozam, portanto, de uma presunção de pertinência [31].

48. É certo que, em casos excepcionais, cabe ao Tribunal de Justiça examinar as condições em que é chamado a intervir pelo órgão jurisdicional nacional, a fim de verificar a sua própria competência. No entanto, o Tribunal de Justiça só se pode recusar a responder a uma questão submetida à sua apreciação por um órgão jurisdicional nacional, quando for manifesto que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não disponha dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas [32].

49. A primeira questão surge porque o órgão jurisdicional de reenvio sustenta que a não publicação do anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) se baseia no artigo 8.º do Regulamento n.º 2320/2002, que prevê a não publicação de determinadas categorias de medidas de segurança da aviação, mas «sem prejuízo» do direito de acesso do público aos documentos estabelecido no Regulamento relativo ao Acesso a Documentos. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se este último pode ser invocado para justificar a não publicação de documentos cuja publicação é expressamente prescrita pelo Tratado. O órgão jurisdicional nacional pede, portanto, orientação sobre a interpretação do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos para poder decidir o processo que lhe foi submetido.

50. A segunda questão reflecte as dúvidas do órgão jurisdicional nacional quanto à força vinculativa das disposições de direito comunitário que não foram publicadas, mas que, não obstante, impõem, no seu entender, obrigações aos indivíduos. Em meu entender, o conceito de «força vinculativa» exige o exame tanto da questão de saber se o Regulamento n.º 622/2003 impõe obrigações a indivíduos, como a de saber se o mesmo é válido ou, de facto, juridicamente existente. Em conformidade com as suas obrigações nos termos do acórdão Foto-Frost [33], o órgão jurisdicional nacional decidiu, portanto, submeter ao Tribunal de Justiça uma segunda questão prejudicial.

30 — V., nomeadamente, acórdãos de 18 de Julho de 2007, Lucchini (C-119/05, Colect. p. I-6199, n.º 43 e a jurisprudência aí referida) e de 15 de Novembro de 2007, International Mail Spain (C-162/06, Colect., p. I-9911, n.º 23).

31 — V., nomeadamente, acórdãos de 7 de Setembro de 1999, Beck e Bergdorf (C-355/97, Colect., p. I-4977, n.os 22 a 24); de 5 de Dezembro de 2006, Cipolla e o. (C-94/04 e C-202/04, Colect., p. I-11421, n.º 25); e de 8 de Novembro de 2007, Amurta (C-379/05, Colect., p. I-9569, n.º 64).

32 — V. Amurta, já referido na nota 31 *supra*, n.º 64 e a jurisprudência aí referida.

33 — Acórdão de 22 de Outubro de 1987, Foto-Frost (314/85, Colect., p. 4199, n.os 17 a 20), que estabelece o princípio de que só este Tribunal de Justiça pode declarar inválida uma medida comunitária.

51. O Tribunal de Justiça não viu o anexo não publicado do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada). Nem, tanto quanto posso saber, o órgão jurisdicional nacional. Por conseguinte, nenhum dos tribunais se encontra em posição de afirmar se as raquetes de ténis figuram especificamente na lista de artigos proibidos incluída nesse anexo ou se este contém outras disposições de habilitação ou obrigatórias que possam influenciar o resultado do presente processo [34]. Nenhum dos tribunais pode, portanto, determinar com certeza se, através do seu anexo, o Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada), impõe obrigações aos particulares e, em caso afirmativo, qual possa ser o seu conteúdo exacto.

52. No entanto, como referi, a essência deste processo está no facto de, perante o órgão jurisdicional nacional, as autoridades nacionais se basearem aparentemente em legislação comunitária não publicada que poderá ser considerada inválida ou inexistente precisamente porque não está publicada. Este Tribunal pode examinar a questão de saber se a não publicação produz tais consequências jurídicas sem analisar o conteúdo do anexo. Se concluir que a legislação comunitária é inválida ou inexistente, o órgão jurisdicional nacional será, de igual modo, dispensado da necessidade de examinar o seu conteúdo.

34 — O facto de a Comissão ter publicado um comunicado de imprensa (v. nota 21) com uma lista de artigos proibidos (onde não figuram as raquetes de ténis) é interessante, mas irrelevante para este efeito. O Tribunal de Justiça decidiu recentemente no Acórdão de 11 de Dezembro de 2007, Skoma-Lux (C-161/06, Colect., p. I-10841, n.os 47 a 50), que a «publicação» de um regulamento no site da Internet EUR-Lex não satisfaz as exigências do artigo 254.º CE (v. ainda os n.os 88 e 89 abaixo). *A fortiori*, a publicação através de um comunicado de imprensa num subconjunto limitado das línguas oficiais da União (inglês, francês e alemão) não pode ser considerada adequada, nem respeitadora da segurança jurídica.

53. Por conseguinte, as questões prejudiciais submetidas são admissíveis.

Quanto ao mérito

Observações preliminares

54. O Tratado CE prevê a publicação e/ou a notificação de medidas destinadas a produzir efeitos jurídicos e o direito de acesso a documentos das instituições comunitárias. O Tratado trata estes dois aspectos separadamente, em duas disposições adjacentes e complementares.

55. O artigo 254.º CE estabelece as regras de divulgação dos actos comunitários junto daqueles a quem afectam e assegura um nível adequado de comunicação obrigatória — publicação no Jornal Oficial ou notificação — dos actos juridicamente vinculativos. Os actos jurídicos enumerados no artigo 254.º, n.os 1 e 2, CE são objecto de publicação obrigatória no Jornal Oficial, para permitir o acesso mais amplo possível do público ao seu conteúdo. Os actos jurídicos de menor importância pública enumerados no artigo 254.º, n.º 3, CE — as directivas não dirigidas a todos os

Estados-Membros e as decisões — são objecto de notificação obrigatória aos respectivos destinatários; mas não são automaticamente divulgadas mediante a sua publicação no Jornal Oficial.

56. Se for considerado desejável, no interesse da transparência e da governança mais aberta, tornar disponíveis ao público quaisquer categorias de documentos não abrangidas pelas exigências de publicação obrigatória do artigo 254.º, n.os 1 e 2, terão de ser postos em prática outros mecanismos (adicionais).

57. O artigo 255.º deixa claro que isso deve acontecer. Estabelece o princípio de que «todos os cidadãos da União e todas as pessoas singulares ou colectivas que residam ou tenham a sua sede social num Estado-Membro têm direito de acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão»; e confere as necessárias competências ao Conselho e a cada instituição para determinar, respectivamente, os princípios gerais e as disposições específicas que hão-de reger esse acesso.

58. O Regulamento relativo ao Acesso a Documentos estabelece os devidos «princípios gerais e os limites que, por razões de interesse público ou privado, hão-de reger o exercício do direito de acesso aos documentos» [35]. Ao fazê-lo, baseia-se expressamente no artigo 255.º CE [36] e segue as indicações estruturais do artigo do Tratado. Assim, começa por definir o seu objectivo de garantir que «o acesso aos documentos seja o mais amplo possível», estabelecer normas que garantam que «o exercício deste direito seja o mais fácil possível» e «promover boas práticas administrativas em matéria de acesso aos documentos» [37]. Tal definição só pode significar garantir o acesso aos documentos que não são já públicos. Não é necessária a adopção de legislação secundária nos termos do artigo 255.º CE para obter «acesso» a um documento sujeito a publicação obrigatória no Jornal Oficial nos termos do artigo 254.º, n.os 1 e 2, CE [38].

59. Por conseguinte, a obrigação de publicar os regulamentos resulta, de forma clara e directa, dos artigos 254.º, n.os 1 e 2, CE. Isto é assim, independentemente de um regulamento (normalmente, impresso em papel ou em formato electrónico) [39] poder ser considerado um «documento» para os efeitos do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos.

60. Parece, por conseguinte, adequado examinar as questões prejudiciais na ordem inversa.

35 — Artigo 255.º, n.º 2, CE.

36 — V. a sua base jurídica, o quarto considerando e o artigo 1.º, alínea a).

37 — Artigo 1.º, alíneas a), b) e c), respectivamente.

38 — Cfr. o despacho do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Outubro de 1999, Meyer/Comissão (T-106/99, Colect., p. II-3273): «A Decisão 94/90 não tem por objecto tornar acessíveis ao público, pela instauração de um direito de acesso que se imponha à Comissão, documentos que o são já devido à sua publicação no Jornal Oficial» (n.º 39).

39 — Quanto à inadequação da publicação sob a forma electrónica, v. acórdão Skoma-Lux, já referido na nota 34, n.os 47 a 50.

A segunda questão

61. Com a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se os regulamentos ou partes destes que, contrariamente ao prescrito no artigo 254.º, n.º 2, CE, não tenham sido publicados no Jornal Oficial da União Europeia, têm força vinculativa.

O que constitui a publicação adequada de um regulamento?

62. O artigo 254.º, n.os 1 e 2, CE são bastante inequívocos:

«1. Os regulamentos […] são publicados no [Jornal Oficial]. …

2. Os regulamentos do Conselho e da Comissão […] são publicados no [Jornal Oficial]»

63. Resulta do Tratado e do que eu referi nas minhas observações preliminares que o dever de publicar regulamentos nos termos destas disposições é inequívoco e não admite excepções.

64. Um anexo constitui parte integral de uma medida legislativa. O entendimento contrário permitiria aos seus autores evitar os requisitos do artigo 254.º CE, mediante o simples expediente de incluir as disposições substantivas num anexo não publicado. De facto, foi precisamente isto o que a Comissão procurou fazer no presente caso. As disposições publicadas do Regulamento n.º 622/2003 constituem um mero esqueleto [40]. O leitor não pode conhecer os efeitos do regulamento sem ver o anexo, porque este contém toda a substancia do regulamento [41].

65. O Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) é notavelmente lacónico na explicação que apresenta para agir sob a forma de regulamento e, para a inclusão, não

40 — Contêm, em sequência, o objecto do regulamento (artigo 1.º), duas definições (artigo 2.º), uma remissão para o anexo cuja confidencialidade é invocada (artigo 3.º), uma disposição que permite a utilização de novos métodos e processos técnicos (artigo 3.º-A), um requisito de notificação segundo o qual, nos termos do artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2320/2002, os Estados-Membros aplicam medidas de segurança nacionais em pequenos aeroportos, em lugar das medidas previstas no regulamento (artigo 4.º), um requisito de notificação semelhante quando são aplicadas medidas compensatórias pelo facto de os passageiros rastreados e os passageiros que chegam não poderem ser fisicamente separados (artigo 5.º) e a disposição habitual que especifica a data da entrada em vigor e a aplicabilidade directa (artigo 6.º).

41 — Nomeadamente, as «necessárias medidas de aplicação e adaptação técnica das normas de base comuns sobre a segurança da aviação que deverão ser inseridas nos programas nacionais de segurança da aviação civil»: v. artigo 1.º, para o qual remete o artigo 3.º. A técnica utilizada parece constituir uma violação clara do n.º 22 do acordo interinstitucional em matéria de redacção, que não permite que um anexo contenha qualquer direito ou obrigação novo que não tenha sido enunciado no dispositivo.

obstante, de conteúdo substancial não no dispositivo, mas num anexo não publicado. O preâmbulo refere simplesmente que «o regulamento é o instrumento mais adequado» [42] para a adopção pela Comissão de medidas de aplicação das normas de base comuns sobre a segurança da aviação em toda a União Europeia, sem explicar o motivo. A justificação avançada para a inclusão de todo o conteúdo substancial num anexo não publicado também é breve: diz-se que é feito «nos termos do Regulamento n.º 2320/2002 e de forma a evitar actos ilegais» [43]. É difícil conciliar tudo isto com as directrizes contidas no acordo interinstitucional em matéria de redacção [44]. Dito isto, penso que uma fundamentação mais completa seria ainda insuficiente para dispensar a publicação integral do regulamento no Jornal Oficial.

66. Tal como o Parlamento Europeu observou na audiência, existe, além do mais, um absurdo fundamental na posição da Comissão. Se a Comissão achava que o artigo 8.º do Regulamento n.º 2320/2002 exigia que a lista de artigos proibidos fosse mantida secreta, a publicação do comunicado de imprensa [45] foi uma violação flagrante deste artigo. Se, pelo contrário, a Comissão pensava que a lista de artigos proibidos não estava abrangida pelo artigo 8.º, devia, naturalmente, ter sido publicada no Jornal Oficial. As «orientações» básicas que indicam os tipos de artigos que deverão ser proibidos figuram, de facto, no apêndice (publicado) do anexo (publicado) do Regulamento n.º 2320/2002. Por conseguinte, é bastante difícil perceber a lógica que subjaz à não publicação do que constitui (presumivelmente) uma versão completa desta lista. Por último, é contraditório referir no preâmbulo do Regulamento n.º 68/2004 (em meu entender, com toda a razão) que «é [...] necessário estabelecer uma lista harmonizada, acessível ao público [...]» [46]e depois não divulgar uma tal lista.

67. A publicação do esqueleto sem a substância foi, portanto, uma publicação deficiente e inadequada que não satisfaz os requisitos do artigo 254.º, n.º 2, CE.

42 — Primeiro considerando.

43 — Segundo considerando.

44 — V. o acordo interinstitucional em matéria de redacção, directrizes 1, 3 e 22. Sobre a importância deste acordo, v. as conclusões apresentadas pelo advogado-geral L. A. Geelhoed, em 5 de Abril de 2005, no processo Alliance for Natural Health, já referido na nota 17, n.º 88. O mais detalhado «Guia Prático Comum: o Guia do Parlamento Europeu, do Concelho e da Comissão para as pessoas que contribuem para a redacção de textos legislativos nas instituições comunitárias» (a seguir «GPC», disponível em http://eur-lex.europa.eu/en/techleg/1.htm *et seq.*) indica igualmente a importância da fundamentação clara e adequada, em especial no que diz respeito a medidas repressivas: v., em especial, as directrizes GPC 10 (sobretudo o ponto 10.14), 18 e 22.

45 — V. nota 21.

46 — Terceiro considerando do Regulamento n.º 68/2004. O quarto considerando reconhece que «tal lista nunca poderá ser exaustiva» e que «a autoridade adequada deverá, consequentemente, dispor da faculdade de proibir outros artigos além dos incluídos na lista», acrescentando logo a seguir que «os passageiros devem ser claramente informados, antes e durante a fase de aceitação, de quais são os artigos proibidos».

Consequências jurídicas da não publicação de um regulamento

— Impossibilidade da oponibilidade de medidas não publicadas a particulares

68. Se o Tribunal de Justiça decidir, ao contrário do que irei sugerir [47], não se pronunciar sobre a validade do regulamento, deverá, não obstante, recordar a sua jurisprudência assente de que os actos jurídicos comunitários que não foram publicados não podem impor obrigações ao público.

69. O Tribunal de Justiça já decidiu, em diversos contextos, que o «princípio da segurança jurídica exige que uma regulamentação comunitária permita aos interessados conhecer com exactidão a extensão das obrigações que ela lhes impõe» [48] e que os sujeitos de direito «possam conhecer sem ambiguidade os seus direitos e obrigações e agir em conformidade» [49].

70. Nem este tribunal nem o órgão jurisdicional de reenvio viram o anexo secreto. Nenhum dos tribunais pode, portanto, afirmar com segurança se e, em caso afirmativo, como e em que medida, o Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) afectou o Dr Heinrich. Os dois tribunais sabem apenas que as autoridades nacionais identificaram o Regulamento n.º 622/2003 (e o Regulamento n.º 2320/2002) como a base jurídica para as suas acções ao recusarem o embarque ao Dr Heinrich.

71. Se o Tribunal de Justiça decidir pronunciar-se apenas sobre a questão de saber se o Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) impõe obrigações a particulares, considero que deverá limitar-se a declarar em abstracto que o anexo secreto não pode conter ou ser a fonte de *quaisquer* obrigações para os particulares.

72. Seja-me permitida uma breve descrição das opções que se apresentam ao Tribunal de Justiça se este decidir ir além daquela declaração abstracta e examinar a questão de saber se o anexo do Regulamento n.º 622/2003 se destinava, de facto, a impor obrigações aos particulares.

73. Parece-me que são possíveis três hipóteses quanto à base jurídica das medidas adoptadas contra o Dr Heinrich:

47 — Nos n.os 78 a 110 abaixo.

48 — V. acórdãos de 1 de Outubro de 1998, Reino Unido/Comissão (C-209/96, Colect., p. I-5655, n.º 35); de 20 de Maio de 2003, Consorzio del Prosciutto di Parma e Salumificio S. Rita (C-108/01, Colect., p. I-5121, n.º 89); de 21 de Fevereiro de 2006, Halifax e o. (C-255/02, Colect., p. I-1609, n.º 72); e de 21 de Junho de 2007, ROM-projecten (C-158/06, Colect., p. I-5103, n.º 25).

49 — V. acórdãos de 13 de Fevereiro de 1996, Van Es Douane Agenten (C-143/93, Colect., p. I-431, n.º 27); e de 26 de Outubro de 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun (C-248/04, Colect., p. I-10211, n.º 79). V. também, por ex., o acórdão de 25 de Janeiro de 1979, Racke (98/78, Recueil, p. 69, n.º 15) e o acórdão ROM-projecten, já referido na nota 48, n.º 25.

a) As medidas basearam-se em poderes nacionais soberanos ou no Regulamento n.º 2320/2002, cujo artigo 6.º deixa uma grande margem de liberdade aos Estados-Membros. Se for este o caso, o Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) não é relevante para o processo pendente no órgão jurisdicional nacional;

b) As medidas basearam-se em poderes nacionais que resultam exclusivamente e/ou são circunscritos pelo anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada), sem o qual não seriam válidos. Neste caso, a proibição de transporte das raquetes de ténis para a aeronave depende da validade do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada);

c) As medidas constituíram uma aplicação directa das disposições do anexo. A consequência no que se refere à proibição das raquetes de ténis seria a mesma que em (b).

74. Sem ter visto o anexo não publicado do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada), é impossível para o Tribunal de Justiça chegar a uma conclusão esclarecedora sobre qual destas hipóteses é a correcta.

75. O Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) é um regulamento de aplicação adoptado pela Comissão nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2320/2002, em conformidade com o procedimento referido no seu artigo 9.º, n.º 2. Deve (presumivelmente) ser lido em conjugação com o artigo 4.º, n.º 1, do anexo deste regulamento e com o apêndice desse anexo. O ponto 4 do anexo exige que sejam retirados aos passageiros todos os artigos proibidos que estes transportem ou que lhes seja proibido o acesso à zona restrita de segurança ou à aeronave, se for caso disso. O apêndice estabelece orientações sobre o que devem ser considerados artigos proibidos. É provável que a verdadeira lista de artigos proibidos, juntamente com eventuais considerações mais pormenorizadas sobre o que também deve ser considerado um artigo proibido (e porquê) e a eventual autorização expressa ou implícita a nível comunitário de medidas adicionais se possam encontrar no anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada). O artigo 12.º do Regulamento n.º 2320/2002 exige que os Estados-Membros garantam que as sanções a aplicar em caso de infracção às disposições do regulamento sejam «eficazes, proporcionadas e dissuasivas».

76. Neste contexto, parece-me intuitivamente provável que o Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) imponha obrigações a particulares. No entanto, trata-se de mera especulação. A questão só pode ser resolvida vendo o anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada).

77. Por conseguinte, não penso que o Tribunal de Justiça esteja em condições de se pronunciar sobre a questão de saber se o anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) impõe obrigações a particulares, sem pedir para ver o anexo e reabrir a fase oral. Não sugiro que o faça.

— Validade do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada)

78. A segunda questão não levanta expressamente a questão da validade. No entanto, resulta da decisão de reenvio que o órgão jurisdicional nacional tem sérias dúvidas quanto à força vinculativa do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) e que estas dúvidas levaram à formulação do pedido de decisão prejudicial [50].

79. Nestas circunstâncias, o Tribunal de Justiça pode pronunciar-se sobre a validade da medida comunitária em questão [51]. Embora caiba aos órgãos jurisdicionais nacionais decidir a pertinência das questões que colocam ao Tribunal de Justiça, a função deste tribunal é, depois, a de «extrair do conjunto dos elementos fornecidos pelo órgão jurisdicional nacional, nomeadamente da fundamentação do acto de reenvio, os elementos de direito comunitário que requerem uma interpretação ou uma apreciação de validade tendo em conta o objecto do litígio» [52].

80. Volto, portanto, à questão de como a não publicação de um regulamento afecta a sua validade.

81. No acórdão Opel Áustria [53], o Tribunal de Primeira Instância decidiu que, ao antedatar-se deliberadamente o número do Jornal Oficial em que foi publicado o regulamento em litígio, o que teve como efeito a entrada em vigor do regulamento antes da sua publicação, se violou o princípio da segurança jurídica [54]. O regulamento foi, portanto, anulado.

82. O Tribunal de Justiça decidiu, em numerosas ocasiões, que o princípio da segurança jurídica se opõe, regra geral, a que os efeitos de um acto comunitário no tempo retroajam a uma data anterior à da sua publicação,

50 — V. n.os 31 e 50 *supra*.

51 — V. acórdão de 1 de Dezembro de 1965, Schwarze (16/65, Colect., p. 910, p. 922), de 3 de Fevereiro de 1997, Strehl (62/76, Colect., p. 211) e de 15 de Outubro de 1980, Roquette Frères (145/79, Colect., p. 2917, n.os 6 e 7).

52 — *SA Roquette Frères*, já referido *supra*, n.º 7.

53 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Janeiro de 1997, Opel Austria/Conselho (T-115/94, Colect., p. II-39).

54 — N.os 127 a 133. V. também o n.º 124, em geral, sobre o princípio da segurança jurídica que exige, em especial, que uma regulamentação que impõe encargos desfavoráveis aos particulares seja clara e precisa e a sua aplicação previsível para os particulares (v. também, neste sentido, acórdãos de 15 de Dezembro de 1987, Irlanda/Comissão (325/85, Colect., p. 5041), *Van Es Douane Agenten* (já referido na nota 49, n.º 27), de 15 de Fevereiro de 1996, Duff e o. (C-63/93, Colect., p. I-569, n.º 20); e de 7 de Junho de 2005, VEMW e o. (C-17/03, Colect., p. I-4983, n.º 80).

acrescentando que pode assim não ser, a título excepcional, quando o objectivo a alcançar o exija e quando a confiança legítima dos interessados seja devidamente respeitada [55]. Existe, consequentemente, escassa jurisprudência em apoio da tese de que os instrumentos jurídicos comunitários podem produzir efeitos jurídicos mesmo quando não se encontram publicados [56]

83. Estes processos referiam-se a uma publicação tardia [57]. No caso em apreço, o anexo nunca foi destinado a ser publicado. Portanto, a conclusão do Tribunal de Primeira Instância no processo Opel Austria parece ser aplicável *a fortiori*. Além disso, quando o Tribunal de Justiça permite a retroactividade, devem ser satisfeitas duas condições: o objectivo a ser alcançado deve exigi-la e a confiança legítima das pessoas envolvidas deve ser devidamente respeitada [58]. É difícil ver de que modo poderá afirmar-se que qualquer destas condições foi satisfeita no caso em apreço.

84. O acórdão Sevince [59] do Tribunal de Justiça não fornece uma orientação pertinente para o processo em apreço. Nesse processo, o Tribunal de Justiça decidiu que a não publicação das Decisões n.º 2/76 e n.º 1/80 do Conselho de Associação CE-Turquia não impedia que estas disposições tivessem um efeito directo susceptível de ser invocado por particular [60]. Contudo, nem o artigo 254.º CE, nem o Acordo de Associação CEE-Turquia [61], prevêem a obrigação de publicação de tais actos [62].

85. A jurisprudência sobre a obrigação de notificação de decisões (individuais) às pessoas a quem estas se aplicam, nos termos do artigo 254.º, n.º 3, CE, pode, no entanto, aplicar-se, uma vez que este requisito de notificação pode ser visto como o equivalente funcional do requisito de publicação do artigo 254.º, n.ºs 1 e 2, CE. A finalidade dos dois requisitos é informar as pessoas afectadas pelas normas legais do seu conteúdo.

55 — V., nomeadamente, acórdãos de 13 de Novembro de 1990, Fedesa e o. (C-331/88, Colect., p. I-4023, n.º 45); de 2 de Outubro de 1997, Parlamento/Conselho (C-259/95, Colect., p. I-5303, n.º 21); e de 28 de Novembro de 2006, Parlamento/Conselho (C-413/04, Colect., p. I-11221, n.º 75).

56 — V. acórdãos Racke (já referido na nota 49, n.º 20), de 25 de Janeiro de 1979, Decker (99/78, Recueil, p. 101, n.º 8) (ambos respeitantes aos montantes compensatórios monetários relativos ao comércio do vinho) e de 21 de Fevereiro de 1991, Zuckerfabrik (C-143/88 e C-92/89, Colect., p. I-415, n.º 52) (encargos financeiros a pagar pelos produtores de açúcar para uma campanha de comercialização que já tinha decorrido). V. também os processos «isoglucose»: acórdãos de 30 de Setembro de 1982, Amylum/Conselho (108/81, Recueil, p. 3107), Roquette Frères/Conselho (110/81, Recueil, p. 3159) e Tunnel Refineries/Conselho (114/81, Recueil, p. 3189).

57 — V. também acórdão de 29 de Maio de 1974, König (185/73, Recueil, p. 607, Colect., p. 321), no qual o Tribunal de Justiça decidiu que o atraso na publicação afectava a data a partir da qual o regulamento podia ser aplicado e produzir efeitos, mas não a sua validade intrínseca (n.º 6).

58 — V., de forma semelhante, as conclusões apresentadas pelo advogado-geral Tizzano em 16 de Dezembro de 2004, no processo *Goed Wonen* (acórdão de 26 de Abril de 2005, C-376/02, Colect., p. I-3445, n.ºs 31 e 35), parafraseando os processos referidos na nota 55 *supra*.

59 — Acórdão de 20 de Setembro de 1990, Sevince (C-192/89, Colect., p. I-3461).

60 — O Tribunal de Justiça teve o cuidado em distinguir entre as consequências para o Estado-Membro e as consequências para o indivíduo, indicando que «a falta de publicação destas decisões, ainda que possa constituir obstáculo a que sejam impostas obrigações a um particular, não é susceptível de privar este último da faculdade de invocar, perante uma autoridade pública, os direitos que estas decisões lhe conferem» (n.º 24).

61 — (JO C 217, pp. 3685 e 3686).

62 — Compare-se com o acórdão de 23 de Novembro de 1999, Portugal/Conselho (C-149/96, Colect., p. I-8395). A decisão impugnada neste processo (Decisão 96/386/CE do Conselho, de 26 de Fevereiro de 1996, relativa à celebração de memorandos de acordo entre a Comunidade Europeia e a República Islâmica do Paquistão e entre a Comunidade Europeia e a República da Índia sobre acordos em matéria de acesso de produtos têxteis ao mercado (JO L 153, p. 47) era uma decisão sem um destinatário específico. Pelo que não era abrangida pela categoria de actos que exigem a publicação nos termos do artigo 254.º CE (ao contrário do que acontecerá nos termos do artigo 297.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia se o Tratado de Lisboa entrar em vigor). Não obstante, tratava-se de uma medida que merecia obviamente publicação. Neste contexto, o Tribunal de Justiça agiu correctamente ao decidir que a «publicação tardia de um acto comunitário no Jornal Oficial das Comunidades Europeias não influencia a validade desse acto» (n.º 54).

86. Resulta do acórdão Hoechst do Tribunal de Justiça que «a não notificação [absoluta] […] só pod[e] conduzir ao reconhecimento da inexistência do referido acto ou à sua anulação». O Tribunal de Justiça acrescentou que «o direito comunitário não conhece uma situação intermédia entre o reconhecimento da inexistência de um acto e a sua anulação» e que «a esta conclusão não se podia objectar que, nos termos do artigo 254.º, n.º 3, CE, as decisões produzem efeitos através da sua notificação e que, não havendo notificação, a decisão não produzia qualquer efeito. Na verdade, relativamente à notificação de um acto, como a qualquer outra formalidade essencial, ou a irregularidade é tão grave e evidente que acarreta a inexistência do acto impugnado, ou constitui uma violação de formalidades essenciais que pode implicar a sua anulação» [63].

87. No acórdão Espanha/Comissão [64], o Tribunal de Justiça decidiu que a falta de notificação pode, em determinadas hipóteses, justificar a anulação de um acto das instituições comunitárias [65]. Ao fazê-lo, o Tribunal de Justiça tratou a falta de notificação não como um simples impedimento para a entrada em vigor de uma medida [66], mas como uma deficiência fundamental que afecta a sua validade. A base teórica desta abordagem pode ser considerada transponível para a não publicação de um regulamento.

88. Muito recentemente, no acórdão Skoma-Lux [67], o Tribunal de Justiça teve a oportunidade de examinar as consequências jurídicas do facto de um regulamento comunitário, alegadamente violado pela Skoma-Lux, não estar publicado em checo, à data dos factos, no Jornal Oficial. O Tribunal declarou de forma inequívoca [68] que «decorre da própria letra do disposto no artigo 254.º, n.º 2, CE que um regulamento apenas produz efeitos jurídicos se tiver sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia». Lida isoladamente, esta afirmação poderia levar à conclusão de que o Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada), que não foi publicado na íntegra, não podia produzir quaisquer efeitos jurídicos. No próprio acórdão Skoma-Lux, o Tribunal de Justiça teve o cuidado de evitar uma tal conclusão. Em vez disso, examinou separadamente, em primeiro lugar, a questão de saber se o regulamento em questão era oponível aos particulares (concluindo que era inoponível) [69] e, em segundo lugar, a questão de saber se o regulamento vinculava, não obstante, o Estado-Membro considerado, a partir da sua adesão (decidindo que vinculava) [70] antes de apreciar, em terceiro lugar, as consequências, nomeadamente a questão de saber se deviam ser postas em causa as decisões nacionais tomadas com base nesse regulamento, que se tenham tornado definitivas nos termos das normas nacionais aplicáveis (ao que o Tribunal de Justiça respondeu negativamente, com excepção das «medidas administrativas ou decisões jurisdicionais, designadamente de carácter repressivo, que atentassem contra os direitos fundamentais») [71].

63 — Acórdão de 8 de Julho de 1999, Hoechst/Comissão (C-227/92 P, Colect., p. I-4443, n.os 68, 71 e 72).

64 — Acórdão de 18 de Junho de 2002, Espanha/Comissão (C-398/00, Colect., p. I-5643).

65 — N.º 33; v. também acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Julho de 2002, SAT.1/IHMI (SAT.2) (T-323/00, Colect., p. II-2839, n.º 12) em que este Tribunal decidiu que não resulta dos factos que tenha havido uma verdadeira violação.

66 — V. acórdão de 14 de Julho de 1972, ICI/Comissão (48/69, Colect., p. 205, n.os 39 e 40). V. também acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Maio de 1998, W/Comissão (T-78/96 e T-170/96, ColectFP, pp. I-A-239 e II-745, n.º 183).

67 — Já referido na nota 34.

68 — N.º 33.

69 — V. n.os 32 a 51 e 60.

70 — V. n.os 57 a 59.

71 — V. n.os 67 a 73. O Tribunal de Justiça deixou às autoridades nacionais competentes a decisão sobre a aplicabilidade desta regra a casos particulares.

89. A abordagem mitigada do Tribunal de Justiça no acórdão Skoma-Lux justificava-se pelo facto de este processo não envolver a falta total de publicação de um regulamento em todas as línguas, mas a falta da publicação atempada na língua oficial do novo Estado-Membro em causa. Por conseguinte, afigurava-se adequada, nesse caso, a distinção entre as consequências para os Estados-Membros e para os particulares. Os particulares devem poder conhecer os seus direitos e obrigações na língua ou numa das línguas oficiais do Estado-Membro de que são nacionais, que poderá ser a sua língua materna. Todavia, o Estado-Membro já tinha conhecimento e tinha aceite expressamente o *acervo comunitário*. Era, portanto, razoável, que estivesse vinculado por este regulamento, o qual era parte desse acervo (publicado).

90. No caso em apreço, o texto do anexo nunca foi publicado. Além disso, a não publicação não foi nem acidental nem involuntária [72]. A Comissão promulgou deliberadamente um conjunto de novas medidas (Regulamento n.º 622/2003 e os seus sucessores, incluindo, em especial, o Regulamento n.º 68/2004) e publicou cada um deles apenas parcialmente, mantendo secreto o anexo (substantivo). Houve, por outras palavras, uma prática consistente e intencional de não publicação.

91. Concluo que a falta total de publicação de um regulamento ou de uma parte integrante do mesmo, contrariamente ao prescrito no artigo 254.º CE, constitui violação de uma formalidade essencial, traduzindo-se, no mínimo, numa invalidade.

72 — V. n.º 113 abaixo.

— Limitação temporal

92. Se o Tribunal de Justiça declarar inválido o Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada), levanta-se a questão de saber qual o momento a partir do qual tal decisão deverá produzir efeitos. Na audiência, os governos austríaco e polaco e o Governo do Reino Unido pediram ao Tribunal de Justiça a declaração de que todas as medidas adoptadas ao abrigo do regulamento impugnado são definitivas até à adopção pela Comissão de uma nova medida. No entanto, não especificaram quais as consequências da invalidade do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) que justificariam a limitação do efeito temporal desta decisão judicial.

93. É certo que o Tribunal de Justiça manteve, em determinadas ocasiões, os efeitos de normas inválidas até à adopção de novas normas. No acórdão Van Landschoot [73], o Tribunal de Justiça concluiu que o regulamento impugnado era discriminatório, na medida em que o regime de isenção de um encargo nele previsto não se aplicava a determinadas categorias de operadores económicos. A mera declaração de invalidade conduziria a que, enquanto se esperava uma nova regulamentação, deixasse de haver isenções. O Tribunal de Justiça aplicou analogicamente o artigo 174.º, n.º 2, do Tratado CEE (actual artigo 231.º CE), segundo o qual este Tribunal pode indicar

73 — Acórdão de 29 de Junho de 1988, van Landschoot/Mera (300/86, Colect., p. 3443).

quais os efeitos do regulamento anulado que se devem considerar subsistentes [74]. Assim, concluiu que, enquanto se esperava a nova regulamentação, as autoridades competentes deviam continuar a aplicar a isenção e alargar o benefício dessa isenção aos operadores que foram objecto da discriminação verificada [75].

94. Deste modo, o grupo de operadores com direito à isenção foi alargado — um efeito que não poderia ter sido atingido com a mera declaração da invalidade do regulamento impugnado [76].

95. Não estou convencido de que os efeitos do Regulamento n.º 622/2003 necessitem de ser preservados no caso em apreço.

96. A declaração de invalidade do Regulamento n.º 622/2003 deixaria intactas as obrigações já impostas aos Estados-Membros, nos termos do Regulamento n.º 2320/2002 de adopção das necessárias medidas, no âmbito do exercício da respectiva competência de direito nacional, para evitar a introdução de artigos proibidos nas zonas restritas de segurança e a bordo das aeronaves e, de facto, cumprir as outras medidas enunciadas ou referidas no âmbito da segurança da aviação civil. O apêndice do anexo do Regulamento n.º 2320/2002 refere que «estas orientações abordam as várias formas possíveis de armas e de artigos sujeitos a restrições. Para avaliação dos objectos susceptíveis de poderem eventualmente ser utilizados como armas deverá, contudo, imperar o bom senso». Com base nestas disposições, os Estados-Membros são perfeitamente capazes de assegurar a adopção de normas, nos termos do direito nacional, que proíbam o transporte de potenciais armas para as zonas restritas de segurança ou a bordo das aeronaves, enquanto se aguarda a adopção de um regulamento de substituição (contendo uma lista de artigos proibidos) que seja devidamente publicado.

97. As obrigações específicas já impostas aos Estados-Membros pelo Regulamento n.º 2320/2002 são reforçadas pelo dever mais genérico, nos termos do artigo 10.º CE, de «tomar[…] todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações […] resultantes de actos das instituições da Comunidade», «facilitar[…] à

74 — V., por exemplo, acórdãos de 13 de Dezembro de 1991, Lomas e o. (C-38/90 e C-151/90, Colect., p. I-1781, n.º 23) e de 8 de Novembro de 2001, Silos (C-228/99, Colect., p. I-8401, n.ºs 35 a 38).

75 — N.ºs 22 a 24.

76 — As conclusões do advogado-geral Stix-Hackl apresentadas em 17 de Março de 2006 no processo Banca popolare di Cremona (acórdão de 3 de Outubro de 2006, C-475/03, Colect., p. I-9373, n.ºs 132 a 134) fornecem uma síntese útil das situações em que o Tribunal de Justiça limitou o efeito temporal de uma decisão prejudicial sobre a validade de uma medida adoptada pelas instituições comunitárias. A titulo de exemplo de um recurso de anulação em que o Tribunal de Justiça manteve a validade de parte de uma disposição de direito comunitário até à adopção de uma nova disposição, ver: Acórdão de 18 de Outubro de 2007, Comissão/Parlamento e Conselho (C-299/05, Colect.,. p. I-8695, n.ºs 74 e 75). Neste caso, a anulação pura e simples da inscrição do subsídio de subsistência para deficientes (a seguir «DLA») do Reino Unido na lista constante do Anexo II A alterado do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 teria tido por efeito coagir o Reino Unido a conceder o elemento «mobilidade» dessa prestação a um número indeterminado de beneficiários em toda a União Europeia, quando essa parte do DLA era indiscutivelmente uma prestação de carácter não contributivo e podia, portanto, constar legalmente da referida lista como prestação não exportável.

Comunidade o cumprimento da sua missão» e «abster-se[…] de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos» comunitários. Resulta do próprio Regulamento n.º 2320/2002 quais são estes objectivos e como devem ser atingidos e os Estados-Membros tiveram (naturalmente) conhecimento do conteúdo do anexo não publicado do Regulamento n.º 622/2003.

98. A Comissão também deverá pensar, no período que decorrerá após a apresentação destas conclusões e enquanto o Tribunal de Justiça delibera, sobre o modo de garantir que eventuais medidas de segurança dos aeroportos específicas previstas exclusivamente no anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) não serão postas em perigo se o Tribunal de Justiça decidir de modo genérico sobre os efeitos jurídicos desse Regulamento [77].

99. Além disso, o Tribunal de Justiça utilizou sempre a possibilidade de limitar o efeito temporal de um acórdão para satisfazer as exigências da segurança jurídica. No caso em apreço, pelo contrário, é claro que a segurança jurídica dos particulares em relação ao único elemento conhecido [78] do anexo do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) sofreria ainda mais com a manutenção em vigor do regulamento até à adopção de novas medidas para substituição integral do regulamento.

100. Finalmente, poderá talvez sugerir-se que o interesse público em preservar regras que reforcem a segurança dos aeroportos exige que o Tribunal de Justiça faça vista grossa à violação clara do requisito da publicação obrigatória ou faça uso do seu poder excepcional para manter, definitivamente, os efeitos de uma medida deficiente. Em meu entender este argumento é especioso. Tal como acabei de referir, o Tribunal de Justiça não necessita de exercer esse poder para impedir que a segurança pública nos aeroportos seja comprometida. Argumentos semelhantes são apresentados de forma não pouco frequente em tempos difíceis, para justificar o afastamento do princípio do Estado de direito — independentemente de isso ser feito mediante a suspensão de garantias de direitos fundamentais, a restrição da fiscalização jurisdicional ou a atenuação das consequências de tal fiscalização. Esses argumentos não têm lugar numa União Europeia regida pelos princípios do Estado de direito e cujo Tribunal tem a obrigação, nos termos do Tratado, de garantir «o respeito do direito» [79].

101. Sugiro, portanto, que, neste caso, o acórdão não seja objecto de qualquer limitação temporal.

77 — Quanto ao que a Comissão poderá fazer, v. n.os 111 a 120 abaixo.

78 — Embora o conteúdo da lista de artigos proibidos não seja conhecido, é certo que o anexo do Regulamento n.º 622/2003 *contém* uma tal lista.

79 — Artigo 220.º CE (antigo artigo 164.º). Comparar com as conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro apresentadas em 16 de Janeiro de 2008 no processo Kadi/ Conselho (C-402/05, n.º 35): «[…] quando se considera que os riscos para a segurança pública são extremamente elevados, a pressão é especialmente forte para adoptar medidas que não levem em conta os direitos individuais, […] nesses casos, os tribunais devem cumprir o seu dever de proteger o princípio do Estado de Direito com vigilância acrescida».

— O Tribunal de Justiça deve ir mais além e declarar o Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) inexistente?

102. O órgão jurisdicional de reenvio entende que a não publicação de um regulamento implica a sua inexistência.

103. O Tribunal de Justiça decidiu, em diversas ocasiões, que os actos das instituições comunitárias gozam, em princípio, de uma presunção de legalidade e produzem efeitos jurídicos enquanto não forem revogados, anulados no quadro de um recurso de anulação ou declarados inválidos na sequência de um pedido prejudicial ou de uma excepção de ilegalidade [80].

104. Uma derrogação deste princípio é a doutrina do acto inexistente. Nos termos desta doutrina, os actos inquinados por irregularidade cuja gravidade seja tão evidente que não pode ser tolerada pela ordem jurídica comunitária devem ser considerados insusceptíveis de produzir qualquer efeito jurídico, ainda que provisório, ou seja, devem ser considerados juridicamente inexistentes. Esta derrogação destina-se a manter o equilíbrio entre duas exigências fundamentais, mas por vezes antagónicas, que qualquer ordem jurídica deve satisfazer, ou seja, a estabilidade das relações jurídicas e o respeito da legalidade [81].

105. A gravidade das consequências associadas à declaração de inexistência de um acto das instituições comunitárias determina, por razões de segurança jurídica, que tal declaração seja reservada a hipóteses extremas [82]. Certos comentadores académicos têm defendido que a não publicação de um regulamento se enquadra nesta categoria [83].

106. Tanto quanto é do meu conhecimento, o Tribunal de Justiça de Justice só declarou um acto inexistente uma vez: no acórdão Société

80 — V., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o. (C-137/92 P, Colect., p. I-2555, n.º 48); Hoechst (já referido na nota 63, n.º 69); de 8 de Julho de 1999, Chemie Linz/Comissão (C-245/92 P, Colect., p. I-4643, n.º 93); e de 5 de Outubro de 2004, Comissão/Grécia (C-475/01, Colect., p. I-8923, n.º 18).

81 — Acórdãos Comissão/BASF, Chemie Linz e Comissão/Grécia, todos já referidos na nota 80, n.os 49, 94 e 19, respectivamente; e acórdão Hoechst, já referido na nota 63, n.º 70.

82 — Acórdãos Comissão/ BASF, Chemie Linz e Comissão/ Grécia, todos já referidos na nota 80, n.os 50, 95 e 20, respectivamente; e Hoechst, já referido na nota 80, n.º 76. Algumas ocasiões em que o Tribunal de Justiça decidiu que o acto impugnado *não* era inexistente incluem os acórdãos de 12 de Julho de 1957, Dineke Algera e o. (7/56, 3/57 a 7/57, Recueil, p. 39, n.º 60), de 21 de Fevereiro de 1974, Roswitha Kortner, Schots pelo casamento, e o./ Conselho, Comissão e Parlamento (15/73 a 33/73, 52/73, 53/73, 57/73 a 109/73, 116/73, 117/73, 123/73, 132/73 e 135/73 a 137/73, Recueil, p. 177, n.º 33) e de 26 de Fevereiro de 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Comissão (15/85, Colect., p. 1005, n.os 10 e 11) («Sem que seja sequer necessário analisar a gravidade das irregularidades alegadas pela Comissão, basta declarar que nem uma nem outra assumem um carácter evidente. Nenhuma delas resultava da leitura da decisão.»); de 30 de Junho de 1988, Comissão/Grécia (226/87, Colect., p. 3611, n.º 16); de 8 de Julho de 1999, Hüls/Comissão (C-199/92 P, Colect., p. I-4287, n.os 84 a 88); de 8 de Julho de 1999, ICI/Comissão (C-200/92 P, Colect., p. I-4399, n.os 70 a 73); de 8 de Julho de 1999, Montecatini/Comissão (C-235/92 P, Colect., p. I-4539, n.os 96 a 100); de 30 de Janeiro de 2002, Itália/Comissão (C-107/99, Colect., p. I-1091, n.º 45); Comissão/Grécia (já referido na nota 80, n.os 18 a 21); e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Outubro de 2007, SP e o./Comissão (T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 e T-98/03, Colect., p. II-4331, n.º 122).

83 — V., por exemplo, H. Von der Groeben, J. Thiesing, e C.-D. Ehlermann (eds), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Auflage, Band 4: Art. 189 — 314* (2004), p. 834, n.º 14.

des usines à tubes de la Sarre [84]. Neste processo, colocava-se a questão de saber se um ofício enviado pela Alta Autoridade podia ser considerado um parecer na acepção do artigo 54.º, n.º 4, CA. Tais pareceres deviam, designadamente, ser fundamentados. O ofício não o era. O Tribunal de Justiça decidiu que os artigos 5.º, 15.º e 54.º CA exigiam claramente a fundamentação de um parecer e, além disso, que esta era um elemento essencial e constitutivo. Sem a fundamentação, o parecer não podia existir legalmente. Uma vez que o acto objecto do pedido de anulação era legalmente um acto inexistente, o Tribunal de Justiça declarou o pedido inadmissível por falta de objecto.

107. No acórdão BASF/Comissão [85], o Tribunal de Primeira Instância decidiu que uma decisão da Comissão era inexistente. O Tribunal de Justiça revogou essa decisão em sede de recurso, porque entendeu que as irregularidades de competência e de forma relativas ao processo de aprovação da decisão da Comissão apontadas pelo Tribunal de Primeira Instância não eram de uma gravidade de tal modo evidente que a referida decisão devesse ser considerada juridicamente inexistente [86].

108. Parece-me que a irregularidade que fere o Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada) — a não observância deliberada e persistente dos requisitos de publicação obrigatória previstos no artigo 254.º, n.º 2, CE em relação a toda a parte substantiva do regulamento — é de uma gravidade tão óbvia que não pode ser tolerada pela ordem jurídica comunitária. A minha preferência vai, por conseguinte, para a declaração da inexistência do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada). A questão da eventual limitação temporal do acórdão deixa, nesse caso, de ser relevante.

109. Se o Tribunal de Justiça não desejar ir tão longe, é óbvio que, pelo menos, houve uma violação de uma formalidade essencial. Assim, o Tribunal de Justiça deverá, no mínimo, declarar inválido o Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada).

110. Qualquer das soluções tornará claro que a não publicação de regulamentos ou partes destes — *a fortiori* quando deliberada — é inaceitável na ordem jurídica da União Europeia.

O que devia ter feito a Comissão?

111. Na audiência, o Parlamento Europeu e o Conselho manifestaram-se no sentido de que o artigo 8.º do Regulamento n.º 2320/2002 não autoriza a Comissão a adoptar um regulamento de execução com um anexo não publicado que contenha as medidas detalhadas necessárias à aplicação e à adaptação das normas de base comuns sobre medidas de segurança da aviação. A Comissão, por seu

84 — Acórdão de 10 de Dezembro de 1957, Société des usines à tubes de la Sarre/Alta Autoridade (1/57 e 14/57, Recueil, p. 201, Colect. 1954-1961, p. 167, 112).

85 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Fevereiro de 1992, BASF e o./Comissão (T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, Colect., p. II-315).

86 — Comissão/BASF, já referido na nota 80, n.º 52.

lado, indicou que considerava que seria útil que o Tribunal de Justiça desse uma orientação sobre a forma de instrumento legal que a Comissão deveria utilizar para cumprir a sua obrigação, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2320/2002, de adoptar tais medidas.

112. Embora tenha sido crítico da promulgação pela Comissão do Regulamento n.º 622/2003 (na sua redacção alterada), sinto alguma simpatia pela situação difícil subjacente que se lhe apresenta. Ofereço, portanto, os seguintes comentários.

113. O artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2320/2002 estabelece que as medidas relativas ao funcionamento das medidas de segurança dos aeroportos [87] «são secret[a]os e não são publicad[a]s». Isto é afirmado 'sem prejuízo' do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos. Deduzo daí que o legislador não previa que tais medidas viessem alguma vez a fazer parte de um acto jurídico comunitário sujeito a publicação obrigatória no Jornal Oficial por força do artigo 254.º CE. Pelo contrário, a intenção era a de que estas ficassem contidas num documento não publicado e que o acesso só fosse possível através do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos (nos termos do qual, presumivelmente, o acesso seria então recusado com o fundamento de que o documento em questão era abrangido pelas excepções enumeradas no artigo 4.º e/ou era um «documento sensível» na acepção do artigo 9.º).

114. Saliento que o artigo 8.º do Regulamento n.º 2320/2002 funciona como uma excepção à obrigação normal de transparência e acessibilidade da informação. Enquanto tal, deve ser interpretado de forma restritiva. Daí decorre que só devem merecer tal tratamento os elementos que, considerados objectivamente, sejam efectivamente abrangidos pelas diversas categorias de informação secreta especificadas no artigo 8.º, n.º 1 [88]. Em especial, os elementos que sucedam aos já divulgados, por terem sido publicados como parte do Regulamento n.º 2320/2002, devem continuar a ser divulgados.

115. No que diz respeito à lista de artigos proibidos, parece-me claríssimo que esta lista não devia ser secreta, mas pública. Esta — e quaisquer outras medidas que, consideradas objectivamente, não necessitem de ser mantidas secretas — deviam, portanto, ser publicadas no Jornal Oficial como anexo de um regulamento.

87 — Ou seja: (a) critérios de desempenho e ensaios de aceitação de equipamentos; procedimentos detalhados que contenham informações de carácter sensível; e critérios detalhados para derrogações às medidas de segurança; (b) especificações da vigilância da conformidade; e (c) relatórios das inspecções e as respostas relativas à vigilância da conformidade. O artigo 8.º, n.ºs 2 e 3, também prevê a confidencialidade «tanto quanto possível e nos termos da legislação nacional aplicável» das informações que resultem dos relatórios das inspecções e das respostas dos Estados-Membros sempre que elas disserem respeito a outros Estados-Membros.

88 — V. nota 87

116. E quanto aos elementos que genuinamente estão ligados ao funcionamento das medidas de segurança dos aeroportos e que, portanto, necessitam efectivamente de ser mantidos secretos?

117. Se se considerar prudente assegurar que alguns ou todos estes elementos constem de um acto juridicamente vinculativo, a Comissão possui, em teoria, uma escolha ilimitada de instrumentos legais. A base jurídica do Regulamento n.º 2320/2002 foi o artigo 80.º, n.º 2, CE [89]. Embora o Conselho optasse por utilizar um regulamento, não estava obrigado a fazê-lo.

118. No entanto, na prática, nem o regulamento nem a directiva dirigida a todos os Estados-Membros é um instrumento legal adequado para medidas que devam ser mantidas secretas Ambos estão sujeitos ao requisito da publicação obrigatória previsto no artigo 254.º, n.º 2, CE.

119. A escolha mais natural seria, portanto, uma decisão (na acepção do artigo 249.º CE) dirigida a todos os Estados-Membros. O artigo 254.º CE não exige que tal acto seja publicado, mas apenas «notificad[o] aos respectivos destinatários» [90]. A decisão «produzi[rá] efeitos mediante essa notificação» [91]. Observo que o artigo 13.º, n.º 2, alínea c), do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos estabelece que tais decisões são publicadas no Jornal Oficial «tanto quanto possível». Se o conteúdo da decisão fosse de molde a ser abrangido pelo artigo 4.º (excepções) ou pelo artigo 9.º (documentos sensíveis) de tal Regulamento, seria legítimo recusar o acesso à decisão e, *a fortiori*, não a publicar.

120. De facto, a Comissão, recorda, nas suas observações escritas que adoptou uma solução semelhante em relação às medidas confidenciais e não confidenciais quando adoptou o Regulamento n.º 1683/95 [92]. O anexo publicado desse regulamento continha determinadas especificações relativas ao formato dos visas a serem emitidos pelos Estados-Membros. O artigo 2.º do regulamento previa que as especificações técnicas complementares do formato uniforme dos visas relativas a elementos adicionais e a

89 — «O Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode decidir-se, em que medida, e por que processo, podem ser adoptadas, para os transportes marítimos e aéreos, disposições adequadas.»

90 — Artigo 254.º, n.º 3, CE.

91 — *Idem*.

92 — Regulamento (CE) n.º 1683/95 do Conselho, de 29 de Maio de 1995, que estabelece um modelo-tipo de visto(JO L 164, p. 1), na redacção que lhe foi dada mais recentemente pelo Regulamento (CE) n.º 1791/2006 do Conselho, de 20 De Novembro de 2006 que adapta determinados regulamentos e decisões nos domínios da livre circulação de mercadorias, livre circulação de pessoas, direito das sociedades, política da concorrência, agricultura (incluindo legislação veterinária e fitossanitária), política de transportes, fiscalidade, estatísticas, energia, ambiente, cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos, união aduaneira, relações externas, política externa e de segurança comum e instituições, em virtude da adesão da Bulgária e da Roménia (JO L 363, p. 1).

requisitos de segurança que incluam normas reforçadas que impeçam a contrafacção ou a falsificação e normas e aos métodos técnicos a utilizar para o preenchimento do formato uniforme do visa deviam ser adoptadas pela Comissão. O artigo 3.º previa que estas especificações deviam manter-se secretas. Por conseguinte, a Comissão adoptou uma decisão de aplicação, dirigida a todos os Estados-Membros, que não foi publicada [93]. Parece-me que a Comissão pode adoptar validamente uma solução semelhante ao aplicar o Regulamento n.º 2320/2002, para manter secretos os elementos que, objectivamente, necessitam dessa protecção.

A primeira questão

121. Se o Tribunal de Justiça responder à segunda questão conforme sugeri, será desnecessário responder à primeira questão. No entanto, uma vez que a primeira questão gerou um intenso desacordo entre as partes, tanto nas respectivas observações escritas como nas orais [94], proponho as seguintes observações.

122. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se os actos que, nos termos do artigo 254.º CE, devem ser objecto de publicação, constituem «documentos» na acepção do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos [95].

123. De acordo com a finalidade prosseguida pelo regulamento estabelecida no artigo 1.º [96], a definição do âmbito no artigo 2.º, n.º 3, é adequadamente ampla. O regulamento «é aplicável a todos os documentos na posse de uma instituição, ou seja, aos documentos por ela elaborados ou recebidos que se encontrem na sua posse, em todos os domínios de actividade da União Europeia». Antes do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos entrar em vigor, uma instituição não podia divulgar documentos emanados de terceiros, e a parte que solicitava acesso tinha de dirigir o seu pedido directamente ao autor do documento (a denominada regra do autor) [97]. A definição ampla do âmbito do artigo 2.º, n.º 3, inverte essa regra. Desde que a instituição possua realmente o documento, é

93 — Nas suas observações escritas, a Comissão menciona autores da doutrina alemã que sugerem que uma decisão se destina apenas a casos individuais: v., por exemplo, H. Von der Groeben, J. Thiesing, e C.-D. Ehlermann (eds), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag,* já referido na nota 83, p. 791, n.º 43. Contudo, outros autores sustentam o entendimento contrário: v. J. Bast, «On the Grammar of EU Law: Legal Instruments», Jean Monnet Working Paper 9/03, Heidelberg, 2003, pp. 65 e 66 disponível online em http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-05.pdf. S. também R. Greaves «The Nature and Binding Effect of Decisions under Article 189 EC», *European Law Review*, 1996, pp. 3 a 16, que salienta que as decisões dirigidas a todos os Estados-Membros tendem a ser de natureza quase-legislativa. Um exemplo claro é a Decisão 65/271/CEE do Conselho, de 13 de Maio de 1965, relativa à harmonização de certas disposições com incidência na concorrência no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO 1965, 88, p. 1500; EE 07 F1 p. 91), em causa no de 6 de Outubro de 1970, Grad (9/70, Recueil, p. 825).

94 — Assim, os Governos checo, polaco e finlandês defendem que um regulamento *não* é claramente um documento na acepção do regulamento relativo ao Acesso a Documentos, enquanto que os Governos austríaco, dinamarquês, francês, grego, húngaro, sueco e do Reino Unido, assim como o Conselho e a Comissão sustentam com igual veemência que o *é*.

95 — V. n.º 49 *supra*. Já chamei a atenção para o contexto mais amplo dos artigos 254.º e 255.º CE: v. n.os 54 a 60 *supra*.

96 — V. n.º 58 *supra*.

97 — V., por exemplo, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Abril de 2005, Sison/Conselho (T-110/03, T-150/03 e T-405/03, Colect., p. II-1429, n.º 92).

possível pedir o acesso, independentemente do autor. Assim, as instituições podem ter de divulgar documentos emanados de terceiros, incluindo (em especial) os Estados-Membros [98].

124. A definição do termo «documento» é igualmente ampla: «qualquer conteúdo, seja qual for o seu suporte (documento escrito em suporte papel ou electrónico, registo sonoro, visual ou audiovisual) sobre assuntos relativos às políticas, acções e decisões da competência da instituição em causa» [99].

125. Os artigos 4.º («Excepções») e 9.º («Documentos sensíveis») definem os limites do direito de acesso aos documentos, com fundamento no interesse público ou privado Seguem a estrutura do artigo 255.º CE. As excepções devem ser interpretadas de forma estrita, em conformidade com as regras habituais de interpretação do direito comunitário [100]. A necessidade de as interpretar daquela forma é realçada pelo facto de se tratar de excepções obrigatórias [101] de um regulamento cujo objectivo essencial é, pelo contrário, o de garantir que «o acesso aos documentos seja o mais amplo possível» [102].

126. O artigo 13.º regula a «Publicação no Jornal Oficial». O artigo 13.º, n.º 1, explica que «[s]em prejuízo dos artigos 4.º e 9.º, são publicados no Jornal Oficial», diversas categorias de documentos «*para além* [103] dos actos referidos nos n.os 1 e 2 do artigo 254.º do Tratado CE». Parece-me incontestavelmente claro que o legislador identifica determinadas categorias adicionais de texto (*adicionais* em relação aos textos que serão, de qualquer forma, publicados, por força do artigo 254.º CE, n.os 1 e 2,) que merecem sistematicamente a vasta difusão que decorre da publicação no Jornal Oficial. Contudo, as categorias adicionais de documentos também devem ser publicadas «tanto quanto possível» [104].

127. Apenas os documentos que não estejam cobertos nem pelo artigo 12.º nem pelo artigo 13.º, terão de ser solicitados individualmente [105].

98 — V. décimo considerando. V. também acórdão de 18 de Dezembro de 2007, Suécia/ Comissão e o. (C-64/05, ainda não publicado na colectânea, n.os 55 e 56) e as conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro apresentadas nesse processo em 29 de Novembro de 2007, n.os 27 e 28.

99 — Artigo 3.º, alínea a).

100 — V., no que diz respeito ao artigo 4.º, os acórdãos de 1 de Fevereiro de 2007, Sison/Conselho (C-266/05 P, Colect., p. I-1233, n.º 63) e Suécia/Comissão, já referido na nota 98, n.º 66.

101 — Assim, o artigo 4.º, n.º 1, prevê que as instituições recusarão o acesso aos documentos abrangidos pelas categorias aí identificadas. Depois de identificar os documentos que são «documentos sensíveis», o artigo 9.º, n.º 1 não contém nenhum verbo principal que não seja uma instrução obrigatória.

102 — Artigo 1.º, alínea a).

103 — Sublinhado meu.

104 — O artigo 13.º, n.º 2; às instituições é conferida uma margem de apreciação adicional para publicarem de forma ainda mais ampla ao abrigo do artigo 13.º, n.º 3.

105 — V., em termos gerais, os artigos 6.º, 7.º, 8.º e 10.º O artigo 12.º obriga as instituições a fornecer, «tanto quanto possível», acesso público directo aos documentos sob forma electrónica ou através de um registo. Em especial, «os documentos legislativos, ou seja os documentos elaborados ou recebidos no âmbito de procedimentos tendo em vista a aprovação de actos juridicamente vinculativos nos, ou para os, Estados-Membros, deveriam ser tornados directamente acessíveis, sem prejuízo do disposto nos artigos 4.º e 9.º».

128. Neste contexto, a resposta à primeira questão torna-se bastante clara. O texto de um regulamento é susceptível de ser abrangido pela definição muito ampla de um documento contida no artigo 3.º, alínea a), do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos. Um tal texto possui um «conteúdo […] sobre assuntos relativos às […] decisões da competência da instituição em causa» e encontra-se num suporte especificado no artigo 3.º, alínea a). Assim, a definição de «documento» do artigo 3.º, alínea a), do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos é suficientemente ampla para conter os instrumentos jurídicos sujeitos a publicação nos termos do artigo 254.º, n.os 1 e 2, CE. Tal não significa, no entanto, que tais instrumentos jurídicos estejam abrangidos pelo âmbito de aplicação do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos, de forma que o artigo 4.º ou o artigo 9.º possam ser invocados para recusar o acesso aos mesmos. Em meu entender, passa-se o inverso.

129. O artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos refere que o regulamento «é aplicável a todos os documentos na posse de uma instituição, ou seja, aos documentos por ela elaborados ou recebidos que se encontrem na sua posse, em todos os domínios de actividade da União Europeia» [106]. Claro que é verdade que uma instituição poderá ter cópias do texto final de um regulamento finalmente aprovado. No entanto, o texto também já deverá estar divulgado em virtude da sua publicação (obrigatória) no Jornal Oficial. Tecnicamente, a instituição tem a «posse» do texto enquanto «documento». No entanto, uma tal leitura literal do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos ignora que o objectivo do regulamento é dar acesso a documentos que, de outra forma, não são automaticamente acessíveis. A interpretação teleológica e o senso comum apontam igualmente para a conclusão de que, se um texto é (ou devia ser) acessível por força da publicação obrigatória nos termos do artigo 254.º, n.os 1 e 2, CE, não terá de ser (e, portanto, não devia ser) considerado um «documento» «na posse» de uma instituição na acepção (respectivamente) do artigo 3.º, alínea a), e do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos. Além disso, o artigo 1.º, alínea a), define o objectivo do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos por referência à garantia do «acesso aos documentos […] o mais amplo possível». Isto implica, por si só, que o direito de acesso a um documento por força do regulamento seria redundante quando este deva, de qualquer forma, ser publicado por força do artigo 254.º CE. A publicação no Jornal Oficial já garante o «acesso […] mais amplo possível».

130. O artigo 13.º do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos confirma esta análise. Só faz sentido se o regulamento for interpretado como complementando o artigo 254.º CE, em vez de o comprometer. Não há necessidade de criar acesso (adicional), ou de facto a publicação, através do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos, em relação a um documento que é um dos textos enumerados no artigo 254.º, n.º 1 ou n.º 2, CE. Inversamente, se um documento não é um tal texto, faria todo o sentido tratá-lo como estando abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos e depois averiguar se é publicável ao abrigo do artigo 13.º Portanto, a leitura correcta deve ser a de que o Regulamento relativo ao Acesso a Documentos tem por objecto documentos (sob todas as formas) que não estão já abrangidos pelo artigo 254.º, n.º 1 ou n.º 2, CE.

106 — Sublinhado meu.

131. Poderá perguntar-se qual o estatuto do texto de um regulamento entre a data da sua adopção pela instituição relevante e a data da publicação no Jornal Oficial. Em meu entender, o regulamento enquanto regulamento não é um «documento» abrangido pelo Regulamento relativo ao Acesso a Documentos (porque o requisito da publicação nos termos do artigo 254.º CE já lhe está associado). No entanto, qualquer cópia desse regulamento (por exemplo, escrito em suporte de papel ou electrónico) na posse da instituição é um documento dessa natureza; e o acesso a este poderia, por conseguinte, ser obtido nos termos do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos. Em termos práticos, penso que haverá sempre uma cópia desse tipo em algum lugar. Portanto, não haverá um hiato durante o qual o regulamento não seja acessível, nem através do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos, nem por força da sua publicação obrigatória nos termos do artigo 254.º CE.

132. A título de corolário, refira-se que o Regulamento relativo ao Acesso a Documentos não pode ser utilizado para restringir a publicação de um documento abrangido pelo artigo 254.º, n.º 1 ou n.º 2, CE. O regulamento, enquanto legislação secundária, não pode ser interpretado num sentido que contrarie o direito primário sob a forma de uma disposição do Tratado. Por conseguinte, as excepções ao acesso contidas nos artigos 4.º e 9.º do Regulamento relativo ao Acesso a Documentos apenas se aplicam a documentos cujo acesso seja possível por força deste regulamento. Em especial, não podem ser invocadas para inserir, por vias travessas, uma excepção à publicação obrigatória nos termos do Tratado.

133. Daí decorre que a resposta à primeira questão deve ser a de que os actos que exigem a publicação no Jornal Oficial nos termos do artigo 254.º, n.º 1 ou n.º 2, CE não constituem documentos na acepção dos artigos 2.º, n.º 3, e 3.º, alínea a), do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, porque já estão sujeitos ao requisito da publicação obrigatória nos termos do Tratado e, por conseguinte, são totalmente acessíveis ao público.

Conclusão

134. Pelos fundamentos expostos, entendo que as questões prejudiciais submetidas pelo Verwaltungssenat im Land Niederösterreich devem ser respondidas da seguinte forma:

— Os regulamentos que, contrariamente ao prescrito no artigo 254.º, n.º 2, CE, não tenham sido publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*, são juridicamente inexistentes;

— Os actos que exigem a publicação no Jornal Oficial nos termos do artigo 254.º, n.º 1 ou n.º 2, CE não constituem documentos na posse de uma instituição na acepção dos artigos 2.º, n.º 3, e 3.º, alínea a), do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, porque já estão sujeitos ao requisito da publicação obrigatória nos termos do Tratado e, por conseguinte, são totalmente acessíveis ao público.